

**INFORME SECRETARIAL:** Las presentes diligencias pasan al despacho hoy veintiocho (28) de abril de dos mil veinte (2020), correspondientes a la acción de tutela promovida por Andrés Malavera Álvarez obrando en nombre propio y en representación de Thomas Malavera Suarez contra Erika Estefany Suarez Mateus, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, la Procuraduría Delegada para la Infancia y Adolescencia y la Comisaría Novena de Familia de Fontibón. Sirvase proveer.

**MONICA YECENIA PERDOMO ROJAS**

Secretaria



**JUZGADO SEPTIMO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020)

Procede el despacho a decidir la acción de tutela instaurada Andrés Malavera Álvarez obrando en nombre propio y en representación de Thomas Malavera Suarez contra Erika Estefany Suarez Mateus, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, la Procuraduría Delegada para la Infancia y Adolescencia y la Comisaría Novena de Familia de Fontibón.

**A N T E C E D E N T E S**

El señor Andrés Malavera Álvarez obrando a nombre propio y en representación de Thomas Malavera Suarez, promovió acción de tutela para que se le ampare el derecho consagrado en el artículo 44 Superior.

Como fundamento de las anteriores peticiones, indicó que el 24 de febrero de 2014 nació su hijo Thomas Malavera Suarez.

Que él y la madre del niño antes referenciado, acudieron ante la Comisaría Novena de Familia de Fontibón, donde mediante acta de conciliación No. 2552 se reguló su custodia, régimen de visitas, cuidado personal y cuota alimentaria.

Que frente al régimen de visitas, se estableció que el señor Malavera Álvarez tiene derecho a recoger a su hijo un fin de semana cada 15 días.

Que en razón a la emergencia sanitaria ocasionada por la Covid 19, se restringió circulación de personas.

Que la señora Erika Estefany Suarez Mateus, no le ha permitido recoger a su hijo incumpliendo con el acta de conciliación 02552.

Que en razón a los motivos antes expuestos, ha recurrido a la presente acción constitucional, para efectos de que por esta vía se "*ordene a la accionada cumplir el acta de conciliación número 02552*".

## RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

La accionada **Erika Estefany Suarez Mateus**, manifestó que el 21 de abril de 2018 radicó denuncia por violencia intrafamiliar en contra del actor.

Que en razón a ello, se solicitó una audiencia de conciliación en la Comisaría de Familia de Fontibón, donde se estableció que el señor Andrés Malavera Álvarez tendría derecho a estar con su hijo cada 15 días de viernes a domingo.

Que al actor no se le ha negado el derecho a ver a su hijo, pues se le indicó que podía realizar llamadas, video llamadas o visitas en el lugar donde actualmente reside.

Que dichas propuestas no fueron aceptadas.

La **Comisaría Novena de Familia de Fontibón**, indicó el actor *“no se ha presentado personalmente ni por apoderado, como tampoco a (sic) allegado escrito alguno a la Comisaría de Familia para informar o solicitar el cumplimiento de lo acordado entre los progenitores en la conciliación realizada el 13 de junio de 2018”*.

El **Procurador 169 Judicial II de Infancia y Adolescencia de Familia de Bogotá**, indicó que se debe buscar la solución de manera transitoria, pues la emergencia sanitaria por la que atraviesa el país, ha sido el motivo por el cual no se ha podido cumplir a cabalidad el régimen de visitas.

Finalmente, el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF** reseña que el único trámite que se ha presentado en relación con las partes en conflicto, está relacionado con una solicitud de *“cancelación de patrimonio de familia inembargable suscrito por el señor Andrés Malavera Álvarez, - en razón a su hijo Thomas Malavera Suarez...”*.

## CONSIDERACIONES

### LEGITIMACIÓN PARA ACTUAR:

#### LEGITIMACIÓN POR ACTIVA

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, así como los de sus representados legalmente. En esta oportunidad, el señor Andrés Malavera Álvarez obrando en nombre propio y en nombre y representación de su hijo Thomas Malavera Suarez, actúa en defensa de su derecho a tener una familia y no ser separado de ella, razón por la cual se encuentra legitimado para intervenir en esta causa.

#### LEGITIMACIÓN POR PASIVA

De conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, *“[l]a acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares...”*.

En este orden de ideas, Erika Estefany Suarez Mateus, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, la Procuraduría Delegada para la Infancia y Adolescencia y la Comisaría Novena de Familia de Fontibón, están legitimados como parte pasiva en el proceso de tutela, al atribuirseles por parte del accionante la presunta vulneración de su derecho fundamental y el de su hijo a tener una familia y no ser separado de ella.

#### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO:**

El señor Andrés Malavera Álvarez obrando en nombre propio y en representación de Thomas Malavera Suarez, interpuso acción de tutela al estimar que la señora Erika Estefany Suarez Mateus ha tomado medidas destinadas a evadir el cumplimiento del régimen de visitas de su hijo. Por lo tanto, estima que con esta actuación se ha vulnerado su derecho fundamental y el de su hijo a tener una familia y a no ser separado de ella, pues dicho incumplimiento ha impedido que se genere un contacto paterno-filial.

Por su parte, la señora Erika Estefany Suarez Mateus, en su escrito de contestación señaló que ha estado dispuesto a cumplir las obligaciones fijadas en la audiencia de conciliación que fijó el régimen de visitas, no obstante, advirtió que ha sido el actor quien ha puesto trabas para que esta situación se materialice.

De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde al juzgado resolver el siguiente problema jurídico: ¿vulneran las accionadas el derecho fundamental de Andrés Malavera Álvarez y de su hijo Thomas Malavera Suarez a tener una familia y a no ser separado de ella, debido a que supuestamente no se han adoptado las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento del régimen de visitas acordado sobre el infante?

Para resolver el problema jurídico, se analizará la procedencia de la acción de tutela en esta clase de asuntos y posteriormente se entrará a estudiar el caso concreto.

#### **COMPETENCIA:**

El Juzgado Séptimo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., tiene competencia para conocer en primera instancia de esta petición tutelar, tal como lo dispone el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1983 de 2017.

#### **RÉGIMEN APLICABLE Y SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:**

La viabilidad de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, deviene de la necesidad de conjurar la amenaza o vulneración de uno o más derechos fundamentales de una persona, como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos previstos en la ley, siempre y cuando el afectado con ello no cuente con otro medio de defensa de similar eficacia, excepto cuando se la utilice para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el tema ha sido prolija la H. Corte Constitucional al señalar que:

*“...De lo regulado por el artículo 86 de la Constitución Política, se extrae que la acción de tutela es una acción judicial de rango constitucional, de*

*naturaleza autónoma, cuya finalidad es proteger los derechos fundamentales cuando quiera que ellos hayan sido vulnerados, caso en el cual es restitutoria, o cuando exista una amenaza de vulneración de los mismos, caso en cual es preventiva. Por el contrario, no es una acción indemnizatoria ni sancionatoria, finalidades que no son posibles de alcanzar por este mecanismo judicial, como tampoco es declarativa, es decir no está diseñada para definir asuntos litigiosos.”<sup>1</sup>*

En otras palabras, la acción de tutela, constituye un medio judicial excepcional, subsidiario y residual, no alternativo u optativo a elección del accionante y que, como último medio al alcance del ciudadano, se ha previsto para lograr la inmediata, efectiva y cabal protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando no existen recursos judiciales ordinarios que garanticen la vigencia de tales derechos o cuando, existiendo y habiéndolos ejercido diligente, oportuna y eficientemente, los mismos han resultado insuficientes e infructuosos en aras de precaver dicha amenaza o vulneración.

Así las cosas, los medios y recursos judiciales ordinarios, siguen siendo preferenciales, y a ellos deben recurrir las personas para solicitar la protección de sus derechos; por lo mismo, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario frente a los demás modos de defensa judicial y su objetivo no es desplazarlos, sino que se convierte en el último recurso para obtener la protección efectiva de los derechos fundamentales, en la medida en que el ordenamiento jurídico no le ofrece al afectado otro medio de defensa, como paladinamente lo define el artículo 6<sup>a</sup> del Decreto 2591 de 1991.

Teniendo como base los anteriores rudimentos y ya circunscrito el despacho en los argumentos expuestos por las partes, rápidamente llega a la conclusión de que la acción constitucional se torna en improcedente. Lo anterior, en la medida que el amparo suplicado desatiende el presupuesto de procedibilidad general de la subsidiariedad, toda vez que el reclamante dispone de otros medios de defensa idóneos y eficaces para defender el derecho que le asiste a tener contacto con su hijo.

En efecto, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, en casos de similares contornos fácticos al aquí estudiado, han manifestado en forma prolija que la acción de tutela no es el medio procedente para materializar la pretensión procesal deprecada por el actor, pues existen medios judiciales y administrativos creados por el legislador con tal propósito. Sobre este tema, se manifestó la primera de las Corporación antes referenciadas en la sentencia de radicación T-431 de 2016, en la que se dijo:

*“En asuntos de custodia o cuidados personales y reglamentación de visitas, tanto los jueces de familia<sup>2</sup> como los defensores y comisarios de familia<sup>3</sup> tienen competencia para conocer del proceso judicial o del trámite*

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia T-583 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>2</sup> El artículo 21 de la Ley 1564 de 2012 “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso”, dispone: “COMPETENCIA DE LOS JUECES DE FAMILIA EN ÚNICA INSTANCIA. Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asuntos: || [...] || 3. De la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios”. Conforme al artículo 390 numeral 3<sup>o</sup>, estos asuntos se tramitan por el proceso verbal sumario.

<sup>3</sup> Los artículos 82 y 86 de la Ley 1098 de 2016 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, establecen respectivamente, las funciones de los defensores de familia y los comisarios de familia, a quienes compete adelantar el procedimiento administrativo para el restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. El artículo 100 ibid., que señala el trámite de dicho procedimiento, dispone: “Cuando se trate de asuntos que puedan conciliarse, el defensor o el comisario

administrativo, según sea el caso, y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de derechos en eventos en los que se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. En todo caso, compete al juez de familia en única instancia, la revisión de las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, en cumplimiento de la Ley 1098 de 2016<sup>4</sup>.

Teniendo en cuenta los medios de defensa reseñados, judiciales y administrativos, en principio, el juez constitucional no tendría competencia para intervenir en temas propios de las autoridades de familia. Por esta razón, no sería la acción de tutela el mecanismo idóneo para discutir la reglamentación de visitas o solicitar su cumplimiento cuando ha sido decretada por un juez de familia, un defensor o un comisario de familia, a no ser que se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

(...)"

5.2. Aclarado que no se trata de cuestionar la medida judicial sino de procurar su ejecución, la Sala precisa que el mecanismo idóneo para perseguir el cumplimiento del régimen de visitas fijado por el Juez Primero de Familia de Cúcuta es el proceso ejecutivo, el cual puede adelantarse ante el mismo juez para ser tramitado dentro del mismo expediente del proceso verbal en los términos del artículo 306 del Código General del Proceso<sup>5</sup>.

(...) (Subrayas no originales)

Por su parte, la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria ha manifestado:

*"3.1. Ciertamente, frente a los derechos de los menores de edad, se torna necesario recordar, que aquellos se encuentran reconocidos por el artículo 44 del texto constitucional, como por tratados internacionales que hacen*

de familia o, en su caso, el inspector de policía citará a las partes, por el medio más expedito, a audiencia de conciliación que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes al conocimiento de los hechos. Si las partes concilian se levantará acta y en ella se dejará constancia de lo conciliado y de su aprobación. || Fracasado el intento de conciliación, o transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin haberse realizado la audiencia, y cuando se trate de asuntos que no la admitan, el funcionario citado procederá establecer mediante resolución motivada las obligaciones de protección al menor, incluyendo la obligación provisional de alimentos, visitas y custodia". Y, en todo caso, conforme a lo señalado en el artículo 119 ibíd., compete al juez de familia en única instancia, la revisión de las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, en los casos previstos en la Ley 1098 de 2016.

<sup>4</sup> Artículo 119 de la Ley 1098 de 2006.

<sup>5</sup> El artículo 306 del Código General del Proceso, dispone: "EJECUCIÓN. Cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada. Formulada la solicitud el juez librará mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo señalado en la parte resolutoria de la sentencia y, de ser el caso, por las costas aprobadas, sin que sea necesario, para iniciar la ejecución, esperar a que se surta el trámite anterior. || Si la solicitud de la ejecución se formula dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, o a la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso, el mandamiento ejecutivo se notificará por estado. De ser formulada con posterioridad, la notificación del mandamiento ejecutivo al ejecutado deberá realizarse personalmente".

*parte del bloque de constitucionalidad, disposiciones en donde consagran que éstos son sujetos de especial protección y que por ende, sus prerrogativas deben ser objeto de protección por la familia, la sociedad y el Estado, a fin de «garantizar su desarrollo armónico e intelectual».*

*Ha previsto el artículo 9° del Código de la Infancia y la Adolescencia que «en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos». Además, en razón del interés superior del menor, todas las personas se encuentran obligadas a garantizar su «satisfacción integral y simultánea».*

*3.2. Luego entonces, atendiendo los referidos lineamientos, si bien penalmente existen una serie de sanciones, tal y como lo expuso el Juzgado aludido por el ejercicio arbitrario de la patria potestad, lo cierto es que estas penalidades se deben tener como un mecanismo alternativo para hacer efectivos los derechos de los infantes, pues lo cierto que a más del mandato de citado en precedencia, la referida codificación estipula una corresponsabilidad de todas las autoridades en la garantía de las prerrogativas de los menores, de allí que era del caso tomar las medidas pertinentes con el acompañamiento de todas las entidades involucradas en la protección de aquéllos, para que de una manera integral<sup>6</sup> se cumpla o se modifique el régimen de visitas establecido en pretérita oportunidad, siendo necesaria entonces, la apertura de un incidente con el fin de verificar esa puntual temática<sup>7</sup> (Subrayas ex texto)*

Así las cosas, el despacho llega a la conclusión de que existen instancias judiciales y administrativas -estas últimas operantes actualmente por virtud del decreto legislativo 460 del 22 de marzo de 2020-, a las cuales debía haber acudido el actor para garantizar la satisfacción de la pretensión procesal que hoy deprecia por esta vía. No obstante lo anterior, como no hay prueba de que ello hubiera ocurrido (fl. 98), el resguardo suplicado se torna improcedente, ya que el tutelante no puede pretender a través de esta herramienta especialísima que se provea, así sea de manera transitoria, la solución de una cuestión que corresponde dirimir a otras autoridades, a través de los mecanismos fijados por la ley<sup>8</sup>, que se itera, nunca se formularon. Frente a lo aquí pretendido es de recordar lo expuesto por nuestra Honorable Corte Constitucional, al sostener en forma reiterada lo siguiente:

*“... No puede pensarse que el Juez de tutela mediante un procedimiento preferente y sumario que inicialmente debe culminar en diez días, según el artículo 86 de la Constitución Nacional, pero que de todas maneras tiene una característica eminentemente supletoria, pueda reemplazar a aquel que en el trámite y desarrollo de los procesos está sometido a los derroteros señalados por las leyes respectivas en los cuales debe respetar rigurosamente el principio del debido proceso, sin olvidar que ellas le dan poder coercitivo suficiente para su cumplimiento.*

<sup>6</sup> Entiéndase acompañamiento médico, psicológico, familiar directo no solo de la menor, sino de los padres biológicos.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – sentencia STC 17234-2017

<sup>8</sup> Artículo 99 ley 1098 de 2006

*“El desplazamiento y sustitución de la jurisdicción ordinaria por esta novedosa institución, no fue en ningún momento el propósito del constituyente de 1991...”.*

Finalmente, si en gracia de discusión el despacho estudiara el amparo suplicado por el actor, en todo se consideraría que no existen elementos de juicio que sustenten el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que él persigue. En efecto, no se allegó ningún elemento demostrativo que sirviera para acreditar que la progenitora del niño Thomas Malavera Suarez, se hubiera opuesto a que el señor Malavera Álvarez materializara el régimen de visitas conciliado a través de acta 02525 de 2018; por el contrario, las pruebas que obran entre folios 30 a 53 del expediente, evidencian que a él se le han brindado diferentes alternativas, a través de las cuales podría ejercer su derecho.

Sobre este último aspecto, es menester señalar que en virtud de la emergencia sanitaria que emerge de la propagación acelerada de la COVID 19, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha dado las siguientes directrices, destinadas garantizar la materialización del régimen de visitas:

*“En el numeral 4 del artículo 3 del Decreto 457 del 22 de marzo de 2020 se imparten instrucciones sobre la emergencia sanitaria generada por el COVID-19, las cuales permiten la circulación de las personas que realicen actividades de asistencia y cuidado de niños, niñas y adolescentes.*

*- Los padres o madres que se movilicen para dar cumplimiento a dicho régimen deberán contar con cualquiera de los documentos en los que conste la respectiva regulación: acta de conciliación, escritura pública, resolución administrativa o sentencia judicial; a fin de evitar cualquier tipo de sanciones por parte de las autoridades competentes.*

*- Los niños, niñas y adolescentes sólo se pueden trasladar de la casa de uno de sus progenitores hacia la otra. Son los padres y madres quienes deben conservar las medidas de cuidado de los niños como: el uso de tapabocas y quantes, asegurarse que cuando su hijo o hija se encuentre en su vivienda, las personas con quienes convive no presenten sintomatología asociada al virus, síntomas de gripa o tengan contacto con personas que hayan viajado recientemente al exterior.*

*- En caso de que los progenitores no puedan cumplir con el régimen de custodia compartida o visitas, debido a que las circunstancias no lo permiten, se debe recurrir a los medios tecnológicos y virtuales disponibles, mediante los cuales se garanticen los encuentros con el niño, niña o adolescente.”*  
(Subrayas ex texto)

En ese orden de ideas, se itera, el amparo será declarado improcedente.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Juzgado Séptimo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** el amparo solicitado por Andrés Malavera Álvarez en representación de Thomas Malavera Suarez, conforme a las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO. - NOTIFICAR** la presente decisión a las partes y a todos los interesados por el medio más expedito, advirtiendo que contra ésta procede la impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

**TERCERO. -** Si este fallo no es impugnado dentro del término de su ejecutoria, remítase el expediente ante la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**

**MARIO FERNANDO BARRERA FAJARDO**

**JUEZ**