

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO
LEY 600 DE BOGOTÁ**

Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5 Bloque E.

Complejo Judicial de Paloquemao

Teléfono 607-3532666 Ext. 71489

Correo institucional: pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver la impugnación interpuesta por el accionante, señor **JUAN CAMILO AFANADOR QUINTERO**, contra el fallo de tutela proferido el 28 de diciembre de 2023, por el Juzgado Ochenta (80) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., en la que figura como accionada la **COMISARIA NOVENA DE FAMILIA DE FONTIBÓN**.

SITUACIÓN FÁCTICA

El señor **JUAN CAMILO AFANADOR QUINTERO** relató que, el 23 de noviembre del 2023, la **COMISARIA NOVENA DE FAMILIA DE FONTIBÓN** profirió medida provisional de protección en favor de la señora **MEDRIC ALEJANDRA PACHECO ZABALA** y **LYAN AFANADOR PACHECO**, en favor de ellos, y en contra del accionante, considerando el accionante que dicho auto atenta contra sus derechos fundamentales, así como contra los derechos de su hijo, y promueve el ejercicio arbitrario de la patria potestad por parte de la madre de su hijo.

El accionante indicó que, desde el 23 de noviembre del 2023, no se le ha permitido realizar visitas a su hijo y tampoco continuar con lo pactado en las conciliaciones precedentes como lo son el régimen de visitas, vacaciones, entre otros.

El demandante pidió se protejan los derechos fundamentales de su hijo, a tener una relación sana con su progenitor y no se le coarte la posibilidad de un normal desarrollo psicológico. Como consecuencia, se deje sin efectos la providencia mencionada.

Esta actuación fue recibida por reparto el 17 de enero de 2024, vía correo electrónico, procedente de la oficina de reparto.

PRETENSIONES

Se pidió la protección del derecho al debido proceso.

La pretensión concreta, es la siguiente:

“...Se declare la vía de hecho por defecto fáctico del auto proferido por la Comisaria Novena de Fontibón fechado el día 23 de noviembre de 2023.

“2. Que se tutele mi derecho fundamental al debido proceso.

“3. Se protejan los derechos fundamentales de mi hijo, a tener una relación sana con su progenitor y no se le coarte la posibilidad de un normal desarrollo psicológico.

“4. Como consecuencia, se deje sin efectos la providencia mencionada, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, se dé respuesta restablezcan mis derechos como padre el menor Lyan Afanador Pacheco.”.

DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA:

En sentencia proferida el 28 de diciembre de 2023, el Juzgado Ochenta (80) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: NEGAR la ACCIÓN DE TUTELA instaurada por el señor JUAN CAMILO AFANADOR QUINTERO, identificado con cédula de ciudadanía N.º 79.954.456, en contra de la COMISARIA NOVENA DE FAMILIA FONTIBÓN, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente fallo”.

Sostuvo que la acción de tutela resulta improcedente en la medida que no se cumple con el requisito general de subsidiariedad de la acción constitucional. Ello por cuanto el señor JUAN CAMILO AFANADOR QUINTERO, cuenta con mecanismos de defensa legales para alegar su inconformidad; amén que no se demuestra el cumplimiento de requisito de procedibilidad, no se está en presencia de un perjuicio irremediable que haga procedente la acción constitucional siquiera como mecanismo transitorio.

DE LA IMPUGNACIÓN

JUAN CAMILO AFANADOR QUINTERO, sostuvo que su inconformidad radica en que no se ha analizado de manera completa la afectación al derecho constitucional al debido

proceso ya que se está ante una vía de hecho por defecto sustancial, toda vez que *“la Comisaria en ejercicio de su autonomía e independencia desborda con su interpretación la Constitución y la ley, por la no correcta aplicación de la misma”*.

Aduce que la Comisaría tomó una decisión sin mediar pruebas y con un relato inconsistente y por último, hubo un defecto procedimental absoluto puesto que, *“la nueva fecha de audiencia, puesto que la ley 294 de 1996 en el artículo 15 indica que la nueva audiencia se deberá celebrar 5 días después de la que se debió postergar y en este caso cita la Comisaria hasta el 1º de febrero de 2024, es decir 56 días después.”*

Por lo anterior, solicitó *“revocar la providencia de fecha veintiocho (28) de diciembre de dos mil veintitrés (2023) (...) toda vez que no se realiza un análisis en conjunto de la actuación de la demandada y solo por el contrario señala que se tienen otras vías judiciales para salvaguardar el debido proceso”*.

CONSIDERACIONES

➤ PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO:

Determinar si es procedente la acción de tutela para controvertir las decisiones adoptadas dentro de un procedimiento administrativo llevado a cabo por las Comisarías de Familia, que aún se encuentra en trámite.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de manera tal que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa de carácter judicial, se ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad¹: *cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo o eficaz conforme a*

¹ Sentencia T-146 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

*las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como **mecanismo definitivo**; y, cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.*

La primera hipótesis se refiere al análisis de la idoneidad y eficacia del medio de defensa judicial ordinario previsto en la ley a favor del afectado, el cual no puede realizarse en abstracto, sino que debe comprender el estudio de las situaciones particulares que sustentan el caso concreto. De esta manera, el juez podría advertir que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados².

De otra parte, la segunda hipótesis tiene el propósito de conjurar o evitar una afectación inminente o grave a un derecho fundamental, por lo que la protección es temporal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991³. La concesión del amparo bajo dicha modalidad de protección exige la acreditación de: (i) *una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-*; (ii) *la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación*; (iii) *la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-*; y (iv) *el carácter impostergable de los remedios para la efectiva protección de los derechos en riesgo*⁴.

Finalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de gestación o de lactancia, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos⁵.

➤ DEL CASO CONCRETO:

Si bien es cierto, la COMISARIA NOVENA DE FAMILIA DE FONTIBÓN, cometió un error grave al sindicarle al señor JUAN CAMILO AFANADOR, de abuso sexual, en el auto del 23 de noviembre del 2023, por medio de la cual decretó la medida de protección solicitada por la señora MEDRIC ALEJANDRA PACHECO ZABALA, en favor suyo y de su hijo LYAN

² Sentencia SU-498 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³ “En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente solo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

⁴ Sentencias T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-789 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiteradas en la Sentencia SU-498 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵ Sentencia T-163 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-328 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; -456 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-789 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-136 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

AFANADOR PACHECO, lo corrigió mediante auto del 24 de noviembre del 2023, de la siguiente manera:

Que, en trámite de la Medida de Protección de la referencia, el día veintitrés (23) de Noviembre de dos mil veintitrés (2023), se incurrió en error mecanográfico en el acápite de resuelve número 1: "...PRIMERO: AVOCAR y ADMITIR la Acción de Protección por Violencia intrafamiliar, maltrato infantil y presuntos actos sexuales abusivos a menores de edad de la referencia elevada por MEGRIC ALEJANDRA PACHECO ZABALA Y LYAN AFANADOR PACHECO DE 3 AÑOS a favor suyo y de su hijo (a), en contra de JUAN CAMILO AFANADOR QUINTERO: "...

- Que el artículo 286 del C.G.P. establece: "Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético, puede ser corregida por el Juez que la dicte en cualquier tiempo de oficio o a solicitud de parte mediante auto." Inciso tercero: "Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutoria o influyan en ella". (Negrilla fuera de texto).

Por lo expuesto anteriormente la Comisaría de Familia, **Resuelve:**

I. Proceder a realizar la correspondiente corrección dando aplicación al art. 286 del C. G.P.; por lo que en Acta que se levanta en audiencia de trámite y fallo de la acción de la referencia en el acápite de resuelve se leerá y entenderá así:

II: **AVOCAR y ADMITIR la Acción de Protección por Violencia intrafamiliar, elevada por MEGRIC ALEJANDRA PACHECO ZABALA a favor suyo y de su hijo (a) LYAN AFANADOR PACHECO DE 3 AÑOS, en contra de JUAN CAMILO AFANADOR QUINTERO.**

Ahora bien, aunque el accionante se encuentra en desacuerdo con el procedimiento efectuado en el proceso de medida de protección tramitado en la **COMISARIA NOVENA DE FAMILIA DE FONTIBÓN**, en favor de MEGRIC ALEJANDRA PACHECO ZABALA y de su hijo LYAN AFANADOR PACHECO de tres años, se le debe indicar lo siguiente:

La Ley 294 de 1996, establece en el artículo 5°, que siempre que la autoridad competente determine que el solicitante o cualquier persona dentro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia, "*emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar*".⁶

Después de recibir la petición de una medida de protección, el Comisario de Familia dispondrá la realización de una audiencia, en la cual escuchará a las partes y ordenará la práctica de las pruebas que se estimen útiles y pertinentes para esclarecer los hechos informados.⁷ Las partes podrán excusarse de asistir por una sola vez a esta diligencia y, de encontrarse justificada, se procederá a programar una nueva fecha para su desarrollo. En esta audiencia, el Comisario "*deberá procurar por todos los medios legales a su alcance, fórmulas de solución al conflicto intrafamiliar entre el agresor y la víctima, a fin de garantizar la unidad y armonía de la familia, y especialmente que el agresor enmiende su comportamiento*".⁸ La decisión sobre la petición de una medida de protección se proferirá al finalizar la audiencia, la cual se les notificará a las partes en estrados y, de no estar presentes, mediante aviso, telegrama o por

⁶ Esta medida podrá ser dictada por el Comisario de Familia, o, a falta de este, por el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, a favor de "*toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico, o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar*". Ley 294 de 1996, artículo 4°.

⁷ Ley 294 de 1996, Artículo 12.

⁸ Ley 294 de 1996, artículo 14.

cualquier otra forma supletoria idónea de notificación, según lo previsto por el artículo 16 de la Ley 294 de 1996.

La medida de protección puede ser de carácter provisional o definitivo. En el primer caso, el artículo 11 de la Ley 294 de 1996 prevé que esta medida puede adoptarse, incluso, dentro de las cuatro horas siguientes a la recepción de la petición, “*si estuviere fundada en al menos indicios leves*”. En el caso de la medida definitiva, el juez deberá “*mediante providencia motivada... [ordenar] al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja*”.⁹ Solo la decisión definitiva sobre una medida de protección será susceptible de controvertirse mediante el recurso de apelación, el cual se concederá en el efecto devolutivo;¹⁰ por su parte, las medidas provisionales no son susceptibles de recurso alguno. Finalmente de dictarse una medida de protección, el mismo funcionario es competente para vigilar su ejecución y cumplimiento.¹¹

De acuerdo con lo anterior, como la actuación ante la COMISARIA DE FAMILIA se encuentra en trámite, se le debe indicar al accionante, que puede hacer valer sus derechos dentro de ese procedimiento, ya que ni siquiera se han practicado las pruebas, y si la decisión final le resulta desfavorable, puede apelar para que un juez de familia revise la legalidad de la decisión.

De manera que, como la acción de tutela no ha sido concebida para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencias de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurar el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce, no resulta pertinente por parte del Juez de tutela, entrometerse en un proceso administrativo que se encuentra en trámite, motivo por el cual se **CONFIRMARA** la decisión impugnada.

⁹ Ley 294 de 1996, artículo 5.

¹⁰ Ley 294 de 1996, artículo 18. “Artículo 18. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 575 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> En cualquier momento, las partes interesadas, el Ministerio Público, el Defensor de Familia, demostrando plenamente que se han superado las circunstancias que dieron origen a las medidas de protección interpuestas, podrán pedir al funcionario que expidió la orden la terminación de los efectos de las declaraciones hechas y la terminación de las medidas ordenadas. Contra la decisión definitiva sobre una medida de protección que tomen los Comisarios de Familia o los Jueces Civiles Municipales o Promiscuos Municipales, procederá en el efecto devolutivo, el Recurso de Apelación ante el Juez de Familia o Promiscuo de Familia.”

¹¹ Ley 294 de 1996, artículo 17.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO LEY 600 DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO. - CONFIRMAR el fallo proferido el 28 de diciembre de 2023, por el **JUZGADO OCHENTA (80) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS**, de esta ciudad por las razones anotadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - REMITIR esta decisión al **JUZGADO OCHENTA (80) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, al correo j80pmgbt@cendoj.ramajudicial.gov.co que actúa como juzgado de primera instancia, para su conocimiento.

TERCERO. - ORDENAR NOTIFICAR esta providencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 5º del Decreto 306 de 1992 y remitirla por email a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, vía correo electrónico

La sentencia se debe notificar a las partes, a los siguientes correos electrónicos:

ACCIONANTE:

JUAN CAMILO AFANADOR QUINTERO, al correo electrónico:
juancamiloafanador@gmail.com.

ACCIONADA:

COMISARIA NOVENA DE FAMILIA DE FONTIBÓN, al correo electrónico:
comisaria_fontibon@sdis.gov.co.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



JUAN PABLO LOZANO ROJAS
JUEZ