

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARENTA Y OCHO (48) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS

Bogotá, D. C., doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020)

ASUNTO

Resolver la acción de tutela promovida por **JOHANN ANDRÉS FONSECA**, en nombre propio y en representación de sus menores hijos N. F. A. y A. F. A.¹, contra **COLEGIO TABORA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL** y la madre de los menores **ROCÍO DEL PILAR ARIAS CAMARGO**, por los derechos fundamentales de los niños, petición, debido proceso, vida en condiciones dignas, igualdad y educación.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

El señor **JOHANN ANDRÉS FONSECA** manifestó en primera medida que es padre legítimo de los menores N. F. A. y A. F. A., seguidamente refirió que el día 19 de febrero de 2020 acudió ante el **COLEGIO TABORA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL** ubicado en la localidad de Engativá con el propósito de solicitar los dos boletines de estudios de sus menores hijos quienes están cursando quinto y segundo de primaria.

Adujo que el mismo día 19 de febrero de 2020, en la Institución Educativa diligenció un formato dirigido al rector del colegio, en donde expreso los hechos que lo motivaron a cambiar de colegio a sus dos hijos y por ello requería de los dos boletines para efectuar el correspondiente tramite de matrícula ante otra institución, de igual forma aseguró que la coordinadora de la Institución le

¹ En el presente caso debe aclararse que por estar involucrada una menor de edad, el Despacho no hace mención de su nombre como medida para garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra, en atención a lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006.

preguntó si la madre de los menores tenía conocimiento de dicha situación a lo cual contestó que no, por ello la madre se comprometió a entregar estos documentos entre el jueves o viernes 20- 21 de febrero de 2020 sin embargo nunca los allegó.

Relató que el 24 de febrero de 2020, nuevamente se dirigió ante el **COLEGIO TABORA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL**, con el fin de reiterar su solicitud para la entrega de los boletines de los menores, como quiera que ya estaba próximo a vencerse el plazo de matrícula en la otra institución, no obstante el accionado no resolvió de fondo su solicitud, no le entregó dichos documentos y se le indicó que se encuentran a la espera de la orden que imparta el Juez o Fiscal, respecto a quien tendrá la custodia de los menores o hasta tanto se resuelve el proceso judicial que se adelanta, lo que a su juicio es una vulneración a los derechos fundamentales de los menores, como quiera que se los está privando de acceder al sistema educativo.

Sostuvo que hasta el pasado 3 de febrero de 2020, la madre de los menores **ROCÍO DEL PILAR ARIAS CAMARGO**, tenía la custodia de sus hijos, sin embargo a la fecha, él es quien los tiene al cuidado, en razón a los hechos ocurridos el lunes 3 de febrero de 2020, por maltrato físico y psicológico hacia los dos menores, situación que está en conocimiento de la autoridad competente, esto es el **JUZGADO DOCE DE FAMILIA DE BOGOTÁ** en el radicado número 110013110012201600613 donde cursa el proceso declarativo- Regulación de visitas- el cual ya tiene fallo de fecha 8 de marzo de 2017. Finalmente indicó que también se está llevando a cabo proceso penal por el delito de violencia intrafamiliar en la Fiscalía General de la Nación contra la progenitora.

PRETENSIONES

Solicita se tutelen los derechos fundamentales de los niños, petición, debido proceso, vida en condiciones dignas, igualdad y educación de los menores N. F. A. y A. F. A., se ordene al **COLEGIO TABORA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL** o a la señora **ROCÍO DEL PILAR ARIAS CAMARGO** entregar los boletines de los menores y se abstengan de cometer conductas que atenten contra los derechos de los menores.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 2 de marzo de 2020, este Despacho admitió la acción de tutela presentada por **JOHANN ANDRÉS FONSECA** contra el **COLEGIO TABORA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL** y la señora **ROCÍO DEL PILAR ARIAS CAMARGO**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de los niños, petición, debido proceso, vida en condiciones dignas, igualdad y educación.

De igual forma se dispuso vincular de manera oficiosa corriéndole traslado de la demanda con sus anexos Al Rector- Coordinador Académico y Orientador del **COLEGIO TABORA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL**, **JUZGADO DOCE (12) DE FAMILIA DE BOGOTÁ, FISCALÍA 364 LOCAL Y SECRETARÍA DISTRITAL DE EDUCACIÓN**, para integrar el debido contradictorio.²

RESPUESTA DE LA PARTE ACCIONADA

COLEGIO TABORA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL

En escrito aportado el 05 de marzo de 2020, la Institución accionada manifestó que en ningún momento se ha negado las certificaciones de estudios correspondientes a los menores N. F. A. y A. F. A., toda vez que a su madre, acudiente de responsable de los menores y quien asumió los compromisos en la institución, se les entregó oportunamente los mismos tan pronto como fueron promovidos al siguiente grado, situación que se llevó a cabo en noviembre de 2019, garantizando así el derecho a la educación y por ende a la promoción escolar en condición de igualdad y oportunidad.

No obstante lo anterior se vuelve a tramitar dichos certificados y se envían al despacho. Dando respuesta al requerimiento, razón por la cual no existe vulneración a los derechos fundamentales alegados.³

² Folio 12, cuaderno original

³ Folio 20, cuaderno original.

ROCÍO DEL PILAR ARIAS CAMARGO

La progenitora de los menores, mediante apoderado judicial allegó respuesta a la presente actuación y enunció en primera medida que efectivamente fue pareja del accionante, unión de la cual nacieron los menores prenombrados, seguidamente informó que siempre han estado al cuidado de la madre, quien ha velado por todas sus garantías y derechos. Enfatizó que los menores se encontraban estudiando en el Colegio distrital de la Localidad, situación que interrumpió el padre por capricho y negándoles el derecho a la educación.

Aseveró que es ella quien ostenta la custodia de los menores y que el Juzgado Doce de Familia definió el régimen de visitas en los siguientes términos: *“El padre debe asistir cada 15 días el día domingo en el horario de 9 de la mañana a 5 de la tarde”* disposición que no ha sido cumplida por el progenitor quien incluso se ha sustraído de las obligaciones alimentarios con los menores, afirmó.

Realizó un recuento de los inconvenientes que ha venido presentando con el padre y señaló que el día 3 de febrero de 2020, debido a un altercado familiar, los menores huyeron del hogar y al tener comunicación con los familiares de la línea paterna pudo constatar que se encontraban con sus abuelos, por ello se dirigió a dicho domicilio, pero el señor **JOHANN ANDRÉS FONSECA** no le permitió llevárselos bajo el argumento que los menores habían sufrido violencia intrafamiliar.

Enunció que el padre de los menores, desconoce el derecho que tiene la madre sobre la custodia y el cuidado e incluso está ejerciendo un uso abusivo de la patria potestad al sustraerlos de su hogar y negar todo contacto con la progenitora, debido a esta situación el día 24 de febrero de 2020, acudió ante la Fiscalía General de la Nación para interponer denuncia en contra del señor **JOHANN ANDRÉS FONSECA** por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor (Artículo 230 el Código Penal) proceso que se encuentra en investigación

De igual forma declaró que se radicó una querrela ante la Comisaría de Familia de Engativá exponiendo los hechos y solicitando se cite al querellado para poder recuperar la custodia de los menores que siempre ha estado en cabeza de la madre y así evitar trastornar el cabal desarrollo personal, educativo y conductual de los menores ya que el querellado está ejerciendo arbitrariamente su patria potestad como padre.

Para finalizar concretó que el actuar del padre vulnera los derechos fundamentales de ella y sus menores hijos y advierte que los planteamientos referidos por el señor **JOHANN ANDRÉS FONSECA** no obedecen a la realidad y comunicó que la denuncia por violencia intrafamiliar que el señor puso en su contra se encuentra inactivo por conducta atípico.

Bajo esos argumentos solicita citar a las partes para esclareces el conflicto y le sean regresados los menores al hogar materno para que continúen sus actividades educativas y su desarrolló integral con normalidad, así mismo se desestimen las pretensiones del señor **JOHANN ANDRÉS FONSECA**.⁴

SECRETARÍA DISTRITAL DE EDUCACIÓN

La Asesora Jurídica de la Secretaría señaló que de acuerdo con los hechos narrados en el escrito de tutela se tiene que en ningún momento se han vulnerado los derechos del accionante ni de los niños, por cuanto los documentos requeridos le fueron entregados a la progenitora, por ser la persona que aparece como acudiente responsable de los niños ante el Colegio.

Adujo que se puede evidenciar que en presente caso corresponde a un conflicto familiar entre el accionante y la madre de sus hijos, en el cual el Colegio no puede verse inmerso, ni mucho menos endilgarle responsabilidad alguna por las situaciones adversas de los progenitores. Así las cosas solicitan ser desvinculados del presente trámite, por cuanto la vulneración de los derechos de los menores se origina por los mismos progenitores quienes anteponen las diferencias y pugnas que existen entre los dos por encima del bienestar y desarrollo armónico sus hijos.

⁴ Folios 25-33, cuaderno original.

Para finalizar Indico que como quiera que en el presente caso se puede estar inmersas situaciones de violencia intrafamiliar, negligencia y/o ejercicio arbitrario de la patria potestad, es necesario que el Juez de tutela tome las medidas tendientes a esclarecer la situación y de ser el caso dar traslado a las autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños.

FISCALÍA 364 LOCAL

El 10 de marzo del año que avanza, la Fiscalía vinculada mencionó que una vez consultado el Sistema Misional SPOA y las bases de datos existentes, se registra noticia criminal número 110016000050201519148 adelantada en esa Fiscalía adscrita a la Unidad de Violencia Intrafamiliar, teniendo como indiciada a la señora Roció del Pilar Arias Camargo y el denunciante el señor Johan Andrés Fonseca, seguidamente reseñó que se observa que el proceso llegó hasta la etapa de indagación, teniendo como estado actual el de inactivo, por lo que se ordenó el archivo de las diligencias el 30 de enero de 2018, por conducta atípica.⁵

JUZGADO DOCE (12) DE FAMILIA DE BOGOTÁ

Mediante oficio No 199 del 2 de marzo de 2020, esta Agencia Judicial le corrió traslado de la demanda de tutela y sus anexos a la vinculada para que de inmediato se pronunciara, obrando constancia del recibo de tal documento por la interesada, el 3 de marzo hogaño⁶, sin que a la fecha se haya pronunciado al respecto, por lo cual se dará aplicación a lo establecido en los artículos 19 y 20 del Decreto 2591 de 1991.

⁵ Folio 23, cuaderno original.

⁶ Folio 17, cuaderno original.

PRUEBAS

1. Con el escrito de tutela, **JOHANN ANDRÉS FONSECA** allegó los siguientes documentos:

- a. Copia de petición presentada ante la institución Colegio Tabora, de fecha 19 de febrero de 2020.
- b. Copian de la cédula de ciudadanía número 1.013.582.405 perteneciente al accionante.
- c. Copia de registro civil de nacimiento de los menores.

2. Con la respuesta allegada por la señora Rocío del Pilar Arias Camargo. Se aportaron las siguientes pruebas:

- a. Copia de poder otorgado al apoderado judicial.
- b. Copia de registros civiles de nacimiento de los menores
- c. Copia de las tarjetas de identidad de los menores.
- d. Copia de carnet de servicios médicos de la progenitora y los menores.
- e. Copia de fallo de proceso declarativo de fecha 8 de marzo de 2017.
- f. Copia de documento presentado por la progenitora ante el Juzgado Doce de Familia de fecha 10 de julio de 2017.
- g. Copia de documento para regulación de visitas presentado por la progenitora ante el Juzgado Doce de Familia de fecha 15 de marzo de 2019.
- h. Copia de relación de giros efectuado a la accionada, donde indica que para el año 2019 y 2020 no se han efectuado lo pagos correspondientes.
- i. Copia de recibos de caja, arrendamiento, compras de alimentos, entre otros.
- j. Copia de documentos relacionados con la escolaridad de los menores ante el Colegio Tabora I. E. D.
- k. Copia de denuncia penal contra el accionante por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor.
- l. Copia de conversaciones con el accionante, vía whatsapp

3. El **COLEGIO TABORA I. E. D.**, allego copia de los boletines de los menores N. F. A. y A. F. A.

4. La **FISCALÍA 364 LOCAL**, apporto copia de pantallazo del Sistema Misional SPOA.

5. La **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL**, allegó copia de consulta de procesos y requerimiento a la I. E. D. accionada.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 y los artículos 1° y 37 del Decreto 1382 de 2000 y el Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sede Judicial para resolver la solicitud de tutela. Frente al factor territorial se tiene que el domicilio de la parte accionante y accionada es Bogotá, además es en esta ciudad donde tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

Derechos de los niños, niñas y adolescentes

“Los menores de edad son considerados un grupo poblacional en condición de debilidad manifiesta por su ausencia de madurez física y mental, la cual los hace indefensos y vulnerables, en consecuencia, demandan protección y cuidados especiales a lo largo de su crecimiento, a fin de formarse como seres independientes. Bajo estas precisiones se ha considerado que tienen un interés superior sobre el resto de la población, por consiguiente, todo conflicto entre estos y otro grupo poblacional debe resolverse en su favor.

Consideraciones como las precedentes llevaron a establecer en el artículo 44 de la Constitución Política que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. En consecuencia, las determinaciones que frente a estos se asuman se desarrollan conforme con el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses.

Nuestro marco legislativo actual determina el interés superior del niño, entre otros instrumentos, en la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, en el cual se establece que:

“Artículo 8°. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes: *Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.*

“Artículo 9°. Prevalencia de los Derechos: *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, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.”⁷

Del derecho de petición

La Honorable Corte Constitucional ha determinado los componentes conceptuales básicos y mínimos del derecho de petición en los siguientes términos:

“... comprende (i) la posibilidad efectiva y cierta de elevar peticiones respetuosas ante los diferentes entes del poder público, facultad que está garantizada por la correlativa obligación impuesta a las autoridades de (ii) dar trámite a la solicitud, sin que exista argumento alguno para negar su admisión o iniciar las diligencias para dar la respuesta⁸. (iii) Proferir una respuesta oportuna, dentro de los términos legales establecidos en el ordenamiento jurídico. (iv) Resolver de fondo lo solicitado, cuestión que exige a la autoridad referirse de manera completa a los asuntos planteados, excluyendo de plano las respuestas evasivas y (v) comunicar prontamente lo decidido al peticionario, independientemente de que la respuesta sea positiva o negativa a sus pretensiones. Los anteriores criterios tienen como fundamento los principios de suficiencia, congruencia y efectividad del derecho de petición”.⁹

El derecho de petición está ampliamente desarrollado por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otras decisiones por aquella¹⁰ en la que se expone que:

“... cuando una persona presenta peticiones respetuosas a la autoridad, ya sea en interés particular o general, obtiene el derecho a una pronta resolución de la misma, al tiempo que la autoridad a quien se dirige la petición contrae la obligación constitucional de responder en el término establecido por la ley. Por tanto, cuando la autoridad omite resolver la petición, vulnera el derecho amparado en el artículo 23 de la Carta Fundamental, cuyo núcleo esencial comprende una pronta resolución...”

Principio de subsidiariedad de la acción de tutela

De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte Constitucional¹¹, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo

⁷ Sentencia T- 292-2016

⁸ Sentencias T – 944 de 1999 y T – 259 de 2004

⁹ Sentencia T- 363 de 2004

¹⁰ Sentencia T- 096 de 1997

¹¹ Sentencias T-354 de 2010, T-059 de 2009, T-595 de 2007, T-304 de 2007, T-580 de 2006, T-222 de 2006, T-972 de 2005, T-712 de 2004 y C-543 de 1992, entre otras.

judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter *subsidiario*. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos, en estos términos nos lo ha recordado esa Corporación en sentencia T-711 de 2011.

También ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, en la sentencia T-753 de 2006 precisó:

“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. Al respecto, en la sentencia T-406 de 2005, el Máximo Tribunal Constitucional indicó:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo.”

Acogiendo entonces los criterios desarrollados amplia y uniformemente por la Corte Constitucional debe concluirse que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: *(i)* los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para

garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; *(ii)* se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, *(iii)* el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

Pero frente a estos requisitos, también se ha decantado un criterio que constituye línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, precisando que el perjuicio ha de ser *inminente*, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente: las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser *urgentes*; no basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea *grave*, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea *impostergable*, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad¹².

Así, aunque la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la prueba sobre la existencia del perjuicio irremediable no está sometida a rigurosos formalismos o términos sacramentales, sí ha exigido un mínimo de diligencia del afectado, en el sentido de indicar por lo menos las circunstancias que permitan al juzgador comprobar su configuración.

Improcedencia de la acción de tutela en aspectos de Familia¹³

“En primer término, el ordenamiento jurídico prevé una vía judicial idónea, eficaz y expedita ante los jueces de familia para dirimir los conflictos relativos a la custodia, fijación de alimentos y regulación de visitas de los menores, así como para revisar las decisiones administrativas proferidas por los Defensores de Familia sobre estos mismos aspectos, tal como está planteado en esta oportunidad.

Ciertamente, el Código de la Infancia y la Adolescencia (ley 1098 de 2006) en los artículos 119 y 121 establece plazos perentorios para tramitar los asuntos que allí se inicien, como también la facultad para que el juez de familia adopte las medidas de urgencia en determinadas circunstancias en que así se requiera. Dicen las normas:

*“Artículo 119. COMPETENCIA DEL JUEZ DE FAMILIA EN ÚNICA INSTANCIA. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, **en única instancia**:*

¹² Sentencias T-136, T-331 y T-660 de 2010; T-147, T-809 y T-860 de 2009; T-409 y T-629 de 2008; T-262 y T-889 de 2007; T-978 y T-1017 de 2006; T-954 y T-1146 de 2005

¹³ Sentencia T- 514-2008

(...)

2. La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el comisario de familia, en los casos previstos en esta ley.

(...)

PARÁGRAFO. Los asuntos regulados en este código deberían ser tramitados con prelación sobre los demás, excepto los de tutela y habeas corpus, y en todo caso el fallo deberá proferirse dentro de los dos meses siguientes al recibo de la demanda, del informe o del expediente, según el caso. El incumplimiento de dicho término constituye causal de mala conducta.

(...)

Artículo 121. INICIACIÓN DEL PROCESO Y ADOPCIÓN DE MEDIDAS URGENTES. Los asuntos a que se refiere esta ley se iniciarán a instancia del Defensor de Familia, del representante legal del niño, niña o adolescente, o de la persona que lo tenga bajo su cuidado. El juez podrá iniciarlos también de oficio.

Al momento de iniciar el proceso el juez deberá adoptar las medidas de urgencia que la situación amerite para proteger los derechos del niño, niña o adolescente”

Como el Juez de Familia conoce de todas las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia de que trata la ley 1098 de 2006, entre ellas las referidas en los numerales 1° y 13 del artículo 82, relativas a “adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza”, así como “fijar cuota provisional de alimentos, siempre que no se logre conciliación”, las mismas pueden ser revisadas en ‘única instancia’ por tal autoridad judicial, quien deberá tramitar con prelación el asunto puesto a su conocimiento y decidir el mismo dentro del plazo improrrogable de los dos (02) meses siguientes. Asimismo, al momento de iniciarse este trámite, el juez de familia podrá y deberá adoptar las medidas de urgencia necesarias para salvaguardar los derechos de los niños si la situación lo amerita.

Así entonces, puede afirmarse que la legislación colombiana ha establecido de manera acertada, un mecanismo eficaz y urgente de protección inmediata de los derechos fundamentales que puedan ser desconocidos o amenazados por las autoridades de familia al momento de proferir sus decisiones como por cualquier otra circunstancia de diferente naturaleza pero con incidencia directa en las relaciones familiares. Incluso, puede afirmarse sin perplejidad alguna, que el plazo del trámite como de las medidas de urgencia con que cuenta el juez de familia en estos casos, es mucho más célere que el de la misma acción de tutela, pues no debe olvidarse que estos procesos de familia son de única instancia e indefectiblemente deben resolverse en dos meses, mientras que el amparo definitivo a través de la acción de tutela puede tardar hasta más de cinco meses.

Conforme a lo anterior, en el presente caso resultaría inane adelantar cualquier análisis con relación a la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues como ya quedó señalado, el juez de familia puede actuar con más prontitud y eficacia en este tipo de asuntos que el juez de tutela, más aún cuando en la presente demanda no existen elementos de juicio suficientes para abordar dicho estudio.”

CASO CONCRETO

En la presente actuación se tiene que el señor **JOHANN ANDRÉS FONSECA** es padre de los menores N. F. A. y A. F. A., tal y como se acredita con los registros civiles de nacimiento¹⁴. Así mismo afirmó que a la fecha se encuentra con la custodia de sus hijos, por una presunta situación de violencia intrafamiliar, razón por la cual el día 19 de febrero de 2020, elevó derecho de petición ante el **COLEGIO TABORA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL** con el propósito de solicitar los Boletines de notas finales de sus hijos.¹⁵ Esto como quiera que los iba a matricular en otra Institución Educativa. No obstante a la fecha no ha obtenido respuesta alguna a su solicitud.

Por su parte el **COLEGIO TABORA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL**, reseñó que no ha negado las certificaciones de estudios de los menores mencionados, pues los mismos fueron entregados a su madre quien es la acudiente, por tanto no se han desconocido los derechos invocados, no obstante esta situación allegaron los boletines a este Estrado, dando respuesta al requerimiento. Seguidamente la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DISTRITO**, informó que la petición presentada por el señor **JOHANN ANDRÉS FONSECA** no tiene sello, firma o cualquier medio de convicción que permita inferir que presente esta solicitud de manera formal ante la Institución educativa, aunado a ello no se han entregado estos documentos como quiera que a la fecha no se ha demostrado que el progenitor ostenta la custodia o cuidado personal de los menores.

La señora **ROCÍO DEL PILAR ARIAS CAMARGO**, madre de N. F. A. y A. F. A., aseveró que de conformidad con lo ordenado por el **JUZGADO DOCE DE FAMILIA DE BOGOTÁ D. C.**, ella es quien tiene la custodia los menores y el padre podía visitar a sus hijos cada quince días¹⁶ no obstante aseguró que el progenitor venía incumpliendo esta determinación judicial e incluso se estaba sustrayendo de las obligaciones alimentarias. De igual forma aseveró que debido a un inconveniente familiar sus hijos acudieron a la familia paterna desde el 3 de febrero de 2020, fecha en la que el señor **JOHANN ANDRÉS FONSECA** no le ha permitido tener contacto con ellos, razón por la cual presentó una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación por el delito: *Ejercicio arbitrario de la custodia de*

¹⁴ Folios 9 y 10, cuaderno original.

¹⁵ Folio 7, cuaderno original.

¹⁶ Folios 42-43, cuaderno original.

*hijo menor de edad.*¹⁷ Así como una querrela ante la Comisara de Familia de Engativá.¹⁸

El primer problema jurídico a resolver es verificar si efectivamente se ha vulnerado el derecho fundamental de petición de señor **JOHANN ANDRÉS FONSECA**, sin embargo de las pruebas allegadas al plenario, se constata que el ciudadano no ha elevado o ha interpuesto algún tipo de solicitud ante COLEGIO TABORA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL, pues lo que allega es un manuscrito¹⁹ donde no se evidencia concretamente que dicho documento haya sido entregada a la institución educativa, pues el mismo no cuenta con sello de entrega, firma o cualquier otra prueba que permita a este Juez constatar que efectivamente el ciudadano elevó dicha solicitud, es por ello que esta Instancia debe aclarar que si bien el derecho de petición se encuentra regulado como una garantía máxima constitucional, la misma también tiene formalidades.

Bajo el contexto anterior, Se hace necesario traer a colación la normatividad vigente que regula esta garantía y que dispone lo siguiente al respecto:

Artículo 15. Ley 1755 de 2015 Presentación y radicación de peticiones. Las peticiones podrán presentarse verbalmente y deberá quedar constancia de la misma, o por escrito, y a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos. (...)

(Subrayado fuera del texto original)

Teniendo en cuenta el precitado referente normativo, es claro que el ciudadano **JOHANN ANDRÉS FONSECA** debe elevar la solicitud (Derecho de petición) inicialmente ante la autoridad competente, en este caso **COLEGIO TABORA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL**, pues la acción de tutela no es un mecanismo que tenga como finalidad, pasar por alto los conductos que se han establecido por ley para solicitar peticiones.

¹⁷ Folio 94, cuaderno original.

¹⁸ Folio 95, cuaderno original.

¹⁹ Folio 7, cuaderno original.

No obstante esta situación, el día 11 de marzo de 2020²⁰, el Despacho Judicial le corrió traslado al señor **JOHANN ANDRÉS FONSECA** de la respuesta ofrecida por el **COLEGIO TABORA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL** quienes informaron lo siguiente:

*(...) me permito informar ante su Despacho, que esta institución en ningún momento ha negado certificaciones de estudios correspondientes a los menores (...), toda vez que a su madre, acudiente responsable de los menores y quien firmó y asumió los compromisos como madre cabeza de familia, se le entregaron oportunamente tan pronto como fueron promovidos (...)*²¹

Debe precisar este Fallador, que el propósito de correrle traslado de dicha respuesta, es para que **JOHANN ANDRÉS FONSECA** tenga conocimiento que las certificaciones fueron entregadas a la madre de los menores quien presuntamente es la persona que se encuentra con la custodia, aunado a ello se le envió copia de los boletines de N. F. A. y A. F. A., sin embargo los originales solo son entregados a la acudiente, en este caso la señora **ROCÍO DEL PILAR ARIAS CAMARGO**.

Así las cosas, respecto al derecho fundamental de petición, invocado por el señor **JOHANN ANDRÉS FONSECA**, observa esta Instancia que el mismo no ha sido desconocido, vulnerado o amenazado con el actuar de el **COLEGIO TABORA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL**, pues a la fecha el ciudadano no ha radicado ninguna petición ante la accionada y pese a eso, ya se le corrió traslado de la respuesta ofrecida por la Institución Educativa, así como las copias de los boletines, en caso de requerir los originales, se tendrá que dirimir el conflicto que presenta con la madre respecto a la custodia de los menores en otro escenario y ante la jurisdicción competente.

Ahora bien, respecto al derecho fundamental de educación de los menores N. F. A. y A. F. A., es pertinente indicar que el mismo tampoco ha sido vulnerado, como quiera que a la fecha la institución Educativa Distrital **COLEGIO TABORA** no ha negado el acceso de los niños, por el contrario el hecho que no estén escolarizados actualmente, obedece al conflicto que existe entre los padres, para

²⁰ Folio 108, cuaderno original

²¹ Folio 20, cuaderno original

lo cual enfatiza este Fallador que esta situación que se ha generado por los mismos progenitores, no puede atribuirse como una vulneración a los derechos fundamentales y que se pretenda endilgar esta afectación a un tercero.

Aunado a los argumentos expuestos, denota este Juez de Tutela que lo pretendido por el accionante y una de las accionadas es decir los señores **JOHANN ANDRÉS FONSECA** y **ROCÍO DEL PILAR ARIAS CAMARGO** se relaciona con controversias de otra índole, para lo cual es importante resaltar que en la legislación colombiana se ha establecido una vía judicial idónea para dirimir los conflictos que se presentan en lo relativo a procesos de familia, así las cosas la acción de tutela resulta improcedente, pues como ya se indicó anteriormente, le corresponde a otra jurisdicción resolver la controversia planteada, respecto a la custodia de los menores N. F. A. y A. F. A. y es el Juez de familia quien debe determinar lo pertinente.

Adicionalmente en el precitado referente jurisprudencial la Corte Constitucional ha expresado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario e **improcedente ante la existencia de otros mecanismos judiciales**, a su vez se ha referido que no es la vía para resolver conflictos de otra índole, puesto que para ello el legislador ha previsto otros medios judiciales de defensa. Sin embargo, cuando se trata de sujetos que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta, será procedente, siempre y cuando se encuentre acreditada la amenaza, vulneración o grave afectación de derechos fundamentales, que no puedan ser protegidos oportunamente a través de los mecanismos ordinarios, de manera tal que se entienda que éstos han perdido toda su eficacia material y jurídica.

Es por ello necesario mencionar que en jurisprudencia²² desarrollada por la Corte Constitucional se han determinado varios criterios para determinar la existencia de un perjuicio irremediable de la siguiente manera:

“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la

²² Ver entre otras, la Sentencia T -634 de 2006

situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados.”

En la precitada sentencia, el Máximo Tribunal Constitucional conceptualizó el perjuicio irremediable en los siguientes términos:

“Ahora bien, de acuerdo con la doctrina constitucional pertinente, un perjuicio irremediable se configura cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen. Sobre las características jurídicas del perjuicio irremediable la Corte dice en su jurisprudencia lo siguiente:

“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable” (sentencia T-1316 de 2001).

Es por ello que este tipo de conflictos no son de competencia del juez constitucional. Es inviable, en términos del Máximo Tribunal Constitucional utilizar este mecanismo para tales fines, pues la tutela ha sido consagrada constitucionalmente y desarrollada legalmente como un mecanismo que tiene como fin la protección de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados, mas no para solucionar otros aspectos como los de origen familiar.

Para el caso concreto se tiene que el ciudadano **JOHANN ANDRÉS FONSECA** no reúne las calidades de **una persona que se encuentre en circunstancia de debilidad manifiesta** y si bien afirma que la conducta desplegada por el **COLEGIO TABORA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA DISTRITAL**, afecta los *derechos fundamentales de los niños, petición, debido proceso, vida en condiciones dignas, igualdad y educación*, de las pruebas aportadas a la actuación, no se le puede atribuir ello a la accionada, pues se vislumbra que la controversia está relacionada con un tema familiar, relacionada con la custodia de los menores prenombrados.

Teniendo claro además que la acción de tutela no puede emplearse para dirimir conflictos de otra índole y a su vez revivir mecanismos que no fueron activados en su oportunidad; aunado a que **no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable** que justifique la intervención excepcional del Juez de tutela a fin de proteger los derechos fundamentales; y, tampoco se ilustró cómo podría, ante la ausencia de un perjuicio irremediable dilucidarse amenaza, vulneración o grave afectación de derechos fundamentales.

Corolario de lo anterior, deberá declararse la **IMPROCEDENCIA** de la presente acción de tutela por la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales, acompañado de ausencia de acreditación de perjuicio irremediable y la no afectación de derechos fundamentales.

Finalmente esta sede judicial insta a los señores **JOHANN ANDRÉS FONSECA** y **ROCÍO DEL PILAR ARIAS CAMARGO** padres de N. F. A. y A. F. A., a que utilicen los mecanismos adecuados para poder resolver la controversia que presenta con la custodia y regulación de visitas con los menores, ya sea en la Comisaria De Familia o ante la jurisdicción de familia, Instancias que son las competentes para resolver dichos conflictos, habida cuenta que este fallador no puede invadir competencias que no le corresponden y dirimir conflictos de otra naturaleza.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y OCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

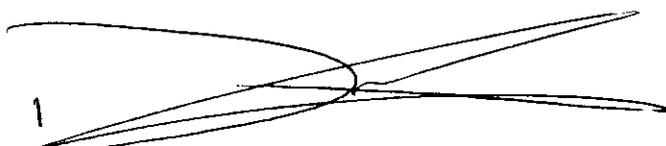
RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela elevada por **JOHANN ANDRÉS FONSECA**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: INFORMAR al accionante, accionada y terceros vinculados que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

TERCERO: De no ser impugnada esta decisión, **REMITIR** la actuación original a la Corte Constitucional para su eventual revisión y una vez se adelante dicho trámite proceder al archivo de las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DAVID SAMUEL GRANADOS MAYA
JUEZ

