



Barranquilla, septiembre catorce (14) del año dos mil veintidós (2022).

PROCESO	TUTELA
RADICADO	08-001-31-05-011-2022-00261-00
ACCIONANTE	RAFAEL OBREGON PEÑA
ACCIONADO	ICBF SECCIONAL BARRANQUILLA

ASUNTO

Procede esta autoridad jurisdiccional a resolver en PRIMERA INSTANCIA la acción de tutela presentada por el señor RAFAEL OBREGON PEÑA actuando en nombre propio en contra del ICBF – SECCIONAL BARRANQUILLA, al considerar que se le está vulnerando sus derechos fundamentales del niño, al padre, a la familia y a la dignidad humana.

CAUSA FÁCTICA

Manifiesta el accionante que sostuvo una relación con la señora YURANIS HERRERA ULLOQUE MIRANDA del cual nació la menor VIOLETA OBREGON ULLOQUE, pero que como consecuencia de conflictos internos presentados como pareja dieron por terminada su relación sentimental.

Que como consecuencia de ello, la madre de la menor en varias ocasiones no le ha dejado ver a su hija por lo que se vio en la necesidad de ir al Instituto de Bienestar Familiar Colombiano con el fin de solicitar el acompañamiento de la entidad en el trámite de cuota alimentaria, regular la custodia y visitas de la niña.

Que en fecha de 13 de julio de 2022 el defensor de familia ordeno la integración de la declaración tomada al señor RAFAEL OBREGON y de la señora ULLOQUE MIRANDA y de declarar la medida provisional de restablecimiento de derecho de la menor VIOLETA OBREGON ULLOQUE.

Que el 19 de julio de la misma anualidad, el defensor de familia asignó la custodia provisional de la menor a la señora FABIOLA MIRANDA YEPES, quien es la progenitora de la madre de la niña, sin ningún tipo de valoración o fundamento probatorio, descartándolo a él para tener a la menor VIOLETA OBREGON ULLOQUE.

Que a pesar de lo consignado y las obligaciones encomendadas a la custodiante, la señora MIRANDA YANES ha sido arbitraria y ha dejado al cuidado y merced de su hija YURANIS ULLOQUE MIRANDA el bienestar de la niña y desatendiendo su derecho de visitas.

Que el día 12 de agosto de 2022 presentó solicitud de incumplimiento de orden emanada por el ICBF en fecha 19 de julio de 2022, a fin de que se tomaran los correctivos y amonestaciones del caso ante las esquivas a su derecho de visita.

Que el 19 de agosto de 2022 el ICBF a través del funcionario de conocimiento, teniendo en cuenta lo dicho por el señor OBREGON PEÑA y confirmado por la declaración tomada a la señora MIRANDA YANES quien esgrimió que la niña la dejaban todo el día en casa de un tercero, procedió de manera arbitraria mandar a la niña a un hogar sustituto.

OBJETO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La presente acción tiene por objeto la protección de sus derechos fundamentales del niño, al padre, a la familia y a la dignidad humana del señor RAFAEL OBREGON PEÑA, es decir, se le ordene al ICBF dejar sin efecto la resolución del 19 de agosto de 2022 y en consecuencia le otorgue la custodia de la menor a la señora GLORIA OBREGON PEÑA, hermana del accionante.

SÍNTESIS PROCESAL

La presente acción de tutela fue instaurada por el señor RAFAEL OBREGON PEÑA actuando en nombre propio en contra del ICBF – SECCIONAL BARRANQUILLA correspondiéndole a este despacho judicial el conocimiento de la misma, mediante reparto realizado por la Oficina Judicial el día 01 de septiembre de 2022. En consecuencia, la misma fue admitida el mismo día y se ordenó la notificación a las accionadas, para que dieras contestación sobre los hechos relatados por el actor en la Demanda de Tutela, en el término de 48 horas.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

1. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

El doctor ELVIS ENRIQUE COVILLA MIER en su calidad de Defensor de Familia del ICBF manifiesta que el 01 de julio de 2022 se recibió petición de solicitud de restablecimiento de derechos el cual fue radicada bajo No. SIM 1763166144.

Que existe otra petición radicada bajo No. 1763134940, la cual no se encuentra a su cargo pero que revisado el aplicativo misional SIM evidentemente se encontró que se trata de un caso de definición de custodia, alimentos y visitas.

Que al avocar conocimiento de la Solicitud de Restablecimiento de Derechos bajo radicado SIM 1763166144 y en cumplimiento a la Ley 1878 de 2018, se ordenó mediante auto de trámite fechado 1 de julio de 2022 al equipo las respectivas acciones de verificación de derechos, encontrándose vulnerados los derechos a la protección contra el abandono físico, emocional o psicoafectivo, a la custodia y cuidado personal, el derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano y a alimentos.

Que ante lo afirmado por la señora Yurani Paola Ulloque Miranda en su declaración jurada del 18 de julio de 2022 y el concepto del equipo interdisciplinario de que ninguno de los padres era garante de los derechos fundamentales de la niña, se les solicitó a estos suministrar datos de familiares extensos y fue así como la madre de la niña suministró el de la señora FABIOLA ESTHER MIRANDA YANES - abuela materna de la menor, a quien se le asignó los cuidados personales de la misma.

Que para el 19 de agosto de 2022 la señora FABIOLA ESTHER MIRANDA YANES rindió declaración jurada, por lo que una vez analizada la misma y en aras de garantizar la integridad personal y vida de la niña puesto que esta era trasladada en motocicleta desde bien temprano en horas de la mañana y en horas de la noche, se modificó la ubicación de la niña siendo ubicada bajo

la medida de hogar sustituto establecida en el artículo 59 de la Ley 1098 de 2006, mediante auto de fecha agosto 19 de 2022.

Por otro lado, el tutelante fue denunciado penalmente por la señora Yurani Paola Ulloque Miranda por los delitos de Violencia Intrafamiliar proceso este identificado bajo radicado 20228150285792, por tal razón en virtud de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 2126 de 2021 el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos será trasladado a la Comisaría Sexta de Familia.

PRUEBAS

Se decide con fundamento en las afirmaciones contenidas en la solicitud de tutela, así como las pruebas, las contestaciones y anexos aportados.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 1991 este despacho es competente para conocer de la acción de Tutela que nos ocupa.

NATURALEZA DE LA ACCION DE TUTELA

La Constitución Nacional no solo consagró en forma expresa un conjunto de derechos considerados fundamentales, sino que, además, instituyó un mecanismo especial para proteger jurídicamente tales derechos. Dicho mecanismo es el de la ACCIÓN DE TUTELA.

El artículo 86 de la Carta Magna establece la tutela como un instrumento jurídico de protección general a disposición de toda persona contra la violación o amenaza de sus derechos fundamentales, mediante las acciones u omisiones de cualquier autoridad.

Por eso, la medida no está condicionada más que a la naturaleza del derecho cuyo amparo se persigue y a la posibilidad de que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el competente, y en todo caso lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Acorde con las voces del artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces de la República, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí o por quien actué en nombre, la protección inmediata de sus Derechos Constitucionales Fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de los particulares.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA TUTELA:

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6° del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran

vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que 'siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela'.

En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.

En relación con la idoneidad del recurso ordinario, esta Corporación en la sentencia SU-961 de 1999 indicó que en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, de no cumplirse con los mencionados presupuestos, el operador judicial puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

En el mismo sentido, la sentencia T-230 de 2013, indicó que una de las formas para determinar que el mecanismo no es idóneo, se presenta cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión. En consecuencia, la aptitud del medio debe analizarse en cada caso concreto y en su estudio se considerarán: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario y (iii) el derecho fundamental involucrado.

De otra parte, en cuanto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal, en la sentencia T-225 de 1993, señaló que de acuerdo con el inciso 3º del artículo 86 Superior, aquel se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto de que ya no puede ser recuperado en su integridad.

Adicionalmente, en la sentencia T-808 de 2010, reiterada en la T-956 de 2014, la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.

En primer lugar, estableció que el daño debe ser inminente, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Asimismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser urgentes y precisas ante la posibilidad de un daño grave evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

Finalmente estableció que la acción de tutela debe ser impostergable para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.¹

CASO CONCRETO

El objetivo de la acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, al Decreto 2591 de 1.991 y a la doctrina constitucional, es la protección efectiva y cierta del derecho constitucional fundamental, presuntamente vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad o de un particular en los casos expresamente señalados por la ley.

En virtud de lo anterior, la eficacia de la acción de tutela radica en el deber que tiene el juez, en caso de encontrar amenazado o vulnerado un derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento orientada a la defensa actual y cierta del derecho que se aduce, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí o por quien actué en nombre.

Procede la acción de tutela cuando no existen otros medios o recursos de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Se ha acudido a la petición de amparo constitucional pretendiendo la protección a los derechos fundamentales del niño, al padre, a la familia y a la dignidad humana del señor RAFAEL OBREGON PEÑA el cual tiene como fin de que se le ordene al ICBF dejar sin efecto la resolución del 19 de agosto de 2022 y en consecuencia le otorgue la custodia de la menor a la señora GLORIA OBREGON PEÑA, hermana del accionante.

Por su parte, la accionada ICBF manifiesta que, como resultado de toda la investigación y estudio realizado por el equipo interdisciplinario, se concluyó de que ninguno de los padres era garante de los derechos fundamentales de la menor y que por tal motivo habían asignado a la abuela, señora FABIOLA MIRANDA YEPES como cuidadora temporal de la misma. No obstante, a ello, posteriormente y en razón a hechos ocurridos bajo su cuidado se modificó nuevamente la ubicación de la niña siendo ubicada bajo la medida de hogar sustituto establecida en el artículo 59 de la Ley 1098 de 2006, mediante auto de fecha agosto 19 de 2022.

Así mismo, deja constancia que el tutelante fue denunciado penalmente por la señora Yurani Paola Ulloque Miranda por los delitos de Violencia Intrafamiliar y que por tal razón en virtud a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 2126 de 2021 el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos sería trasladado a la Comisaría Sexta de Familia.

Ahora bien, revisado el expediente tutelar, encuentra el despacho que en el caso que aquí se presenta el accionante, aún no ha recurrido a todos los mecanismos judiciales idóneos en donde encausar sus pretensiones tendientes a que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR PEÑA deje sin efecto la resolución del 19 de agosto de 2022 y en consecuencia le otorgue la custodia de la menor a la señora GLORIA OBREGON PEÑA, lo que torna en improcedente esta acción constitucional al existir otro mecanismo legal y al estar vedado al Juez constitucional invadir la órbita del juez natural.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-471 del 2017, M.P.: doctora Gloria Stella Ortiz Delgado.

Ello simple y llanamente porque al verificar el cuaderno de tutela solo se observó que el accionante solo se ha dirigido ante la accionada sin agotar otras vías antes de antes de presentar esta acción constitucional; así como que tampoco se observó que el señor RAFAEL OBGREON PEÑA haya recurrido a la vía ordinaria a través de un proceso judicial, como sería lo correcto puesto que las pretensiones de la presente acción de tutela deberían ser encaminadas a una demanda ordinaria de familia y no ante este mecanismo constitucional.

Lo anterior hace necesario recordar que en reiteradas decisiones hemos dicho que la tutela reviste un carácter subsidiario y accesorio. Así se desprende de las propias voces empleadas por la norma de normas, cuando en el artículo 86 establece: *“Esta acción solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

El carácter subsidiario y residual de la acción de tutela ha servido a la honorable Corte Constitucional para explicar el ámbito restringido de procedencia de las peticiones elevadas con fundamento en el artículo premencionado de la Carta Política, más aún cuando el sistema judicial permite a las partes valerse de diversas acciones ordinarias que pueden ser ejercidas ante las autoridades que integran la organización jurisdiccional, encaminadas todas a la defensa de sus derechos.

Así lo ha hecho saber la honorable Corte Constitucional, en la sentencia T-753 de 2006 en donde 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, la Corte 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”*.

Así las cosas y en atención a que la jurisprudencia y las normas antes citadas obligan al Juez, en punto de la subsidiariedad, a establecer si en la acción se evidencia la existencia un daño inminente, o la necesidad de adoptar medidas urgentes y precisas a fin de evitar un daño grave, pues de la lectura de los hechos, ciertamente lo que se busca es dejar sin efecto la resolución del 19 de agosto de 2022, sin poder determinar en éste corto espacio de tiempo que la accionante realmente se encuentre sufriendo una daño grave, o que éste se torne inminente sobre todo si se tiene en cuenta que dentro de las pruebas aportadas por la accionada se registra el estudio que ha realizado el ICBF dentro del caso de la menor, siempre tomando decisiones en torno al beneficio de la misma, por lo que para el despacho la acción no se evidencia impostergable, teniendo en cuenta que ya ha sido definido un medio de defensa ordinario, igualmente eficaz.

Así las cosas y por las razones que vienen manifestadas en los párrafos anteriores, éste Juzgado advierte que NO se encuentra satisfecho el requisito de subsidiariedad como presupuesto de procedibilidad de la acción constitucional, pues se insiste, el accionante no ha agotado todos los mecanismos legales a su alcance, concretamente la jurisdicción ordinaria en su competencia de familia, por lo tanto, deberá negarse la misma frente al INSTITUTO COLOMBIANA DE BIENESTAR FAMILIAR.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR POR IMPROCEDENTE el amparo a los derechos fundamentales del niño, al padre, a la familia y a la dignidad humana, invocado por el señor RAFAEL OBREGON PEÑA actuando en nombre propio en contra del ICBF – SECCIONAL BARRANQUILLA, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes de la presente providencia por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: Si el fallo no fuese impugnado remítase el expediente a la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión de conformidad con el Art. 30 el decreto 2591/91.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JUAN MIGUEL MERCADO TOLEDO
JUEZ
T 2022-00261