República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Purificación Tolima

Purificación, veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Ref.: **ACCION DE TUTELA**
Accionante: **SANTIAGO RODRIGUEZ GONZALEZ**
Accionada: **COMISARIA DE FAMILIA PURIFCACION.**
Rad: **2021-00084-00 RI. 6540**

ASUNTO.

Al despacho para decidir la acción de tutela de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor **SANTIAGO RODRIGUEZ GONZALEZ**, identificada con cedula de ciudadanía No.93.206.466. instaura acción de tutela actuando en nombre propio, contra la **COMISARIA DE FAMILIA de PURIFICACION,** a fin de obtener el amparo de su derecho fundamental debido proceso, conforme a la siguiente situación fáctica.

HECHOS

1. Manifiesta la accionante que en calidad de padre de los menores ENMANUEL SANTIAGO y CRISTIAN DAVID RODRIGUEZ ROJAS, se inició proceso bajo el expediente N.051 de 2019, ante la comisaria de familia de Purificación, con el fin de que se fijara la custodia, cuota alimentaria y el cuidado personal de sus hijos en virtud de las diferencias con su progenitora.

2. Que el día 08 de abril de 2019 se llevó a cabo audiencia de conciliación quedando de común acuerdo que el cuidado y protección provisional de los menores estaría a cargo de su progenitora la señora DIANA CRISTINA ROJAS ARAGON y que él tendría derecho a pasar tiempo los fines de semana con los menores desde el viernes a las 7:00 pm hasta el lunes a las 7:00 pm.

3. Que posteriormente fue realizada nuevamente audiencia de conciliación a fin de regular la custodia, alimentos y visitas, la cual se realizó el 27 de abril de 2020, sin ánimo conciliatorio y ante la fijación de cuota alimentaria provisional se presentó recurso de revisión ante el Juez promiscuo de Familia de Purificación.

4. Que, a pesar de los acuerdos realizados ante la accionada, la madre de los menores se ha mostrado renuente a las visitas, impidiendo y obstaculizando que pueda compartir tiempo con sus hijos.

5. Con el fin de restablecer el régimen de visitas, la comisaria de familia determino que debía anteceder una valorización por parte del psicólogo de la E.P.S. donde se encuentra afiliado, la cual fue llevada el día 19 de mayo de 2021, de allí se determinó las visitas se debían realizar los días miércoles y viernes de 3:00 pm a 5: pm, dentro de la comisaria familia.

6. Que el horario establecido por la accionada se cruza con su horario laboral, ya que labora en una petrolera, solicitando ante la comisaria que las visitas se pudieran realizar los fines de semana y poder llevar a sus hijos a pasar tiempo en otros lugares fuera de la comisaria.

7. Ha presentado varias oportunidades solicitudes para que se fije fecha y hora para realizar audiencia de conciliación para reglamentar el régimen de visitas, custodia y cuidado personal desde el 01 de febrero, sin obtener respuesta.

8. Que para el régimen de visitas es necesario llevar a cabo una conciliación como requisito de procedibilidad antes de acudir al Juez de Familia, teniendo en cuenta que con la progenitora no se ha llegado a un acuerdo y las medidas tomadas por la comisaria de Familia han vulnerado sus derechos y el de los menores a compartir, convivir y visitarlos, procedió a accionar esta entidad a fin de que se restablezca sus derechos.

9. Teniendo en cuenta el régimen de visitas establecidas por la accionada y el tiempo que ha trascurrido sin obtener un restablecimiento de derechos tanto para sus hijos menores como para él. vulnerando sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la justicia, a tener una familia y compartir tiempo de calidad con sus hijos.

PRETENSIONES

"PRIMERO: Solicito al Honorable Juez tutelar mis derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la justicia y tener una familia.

SEGUNDO: en consecuencia, se ordene a la entidad accionada Comisaria de Familia de Purificación, actuando en calidad de comisaria la señora LINA MARIA GUARNIZO BARRERO, que dentro del término legal de 48 horas se restablezca mis derechos al debido proceso, compartir, convivir y visitarlos con el fin de mantener sin obstáculos las relaciones afectivas con mis hijos.

TERCERO: que dentro del término legal de 48 horas la Comisaria de Familia de Purificación, fije fecha y hora a fin de regular el régimen de visitad con mis hijos sin vulnerar mis derechos a mantener una relación socio-afectiva sin obstáculos."

TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de fecha 13 de julio del año 2021, se admitió esta acción constitucional, ordenándose la notificación a la accionada, quien dentro del término otorgado por este despacho dio respuesta.

Respuesta parte accionada

En primer lugar, la parte accionada dentro de su respuesta alude a su papel dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, y asimismo de su misión de garantizar, prevenir reestablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley. Se refiere a los expedientes No. 155 y 156 de 2021, para la custodia, cuota de alimentos

y regulación de visitas invocado por parte de la señora DIANA CRISTINA ROJAS ARAGON, en su calidad de progenitora de los menores. Dentro de estos, se encuentra la etapa de conciliación previa, necesario para este tipo de procesos ya mencionados, y asimismo obra prueba de la manera en la que posteriormente se le fija al señor SANTIAGO RODRIGUEZ GONZALES una cuota alimenticia correspondiente al 30% del salario que este devengue, y además se le concede la custodia provisional a la progenitora.

Consta en los documentos la acción que promueve el señor SANTIAGO RODRIGUEZ GONZALES de iniciar una solicitud de modificación de la custodia y cuidado de sus hijos; además, consta la medida de protección que con posterioridad demanda la señora DIANA CRISTINA ROJAS ARAGON. En ocasión de esto, se llevó a cabo la audiencia correspondiente a la ley 575 del 2000, en la que como se resalta, se ordena la abstención a ambas partes de ejercer hechos de violencia.

La accionada narra la manera en la que el proceso se llevó a cabo, y el análisis psicosocial que se estaba llevando a cabo alrededor del núcleo de los menores como lo es la señora LUZ MARINA ARAGON, abuela de los menores. Asimismo, resalta la manera en la que se le informo al señor SANTIAGO RODRIGUEZ GONZALES, después de haber tomado las medidas provisionales, que la psicóloga de la comisaria de familia la Dra. JOHANNA RINCON MURILLO se encargaría de hacer seguimiento psicosocial de su caso, respecto a la modificación de las visitas durante el tiempo que se tramite el proceso de Restablecimiento de Derechos en favor de los menores, de manera que esta pueda dar un análisis profesional con respecto a la posibilidad de realizar dichas modificaciones.

Por esta razón, la parte accionada pide no tutelar los derechos invocados por el accionante, pues a juicio de esta, no se ha vulnerado el derecho al debido proceso y derecho a la familia en razón a que esa comisaria se encuentra en un proceso del cual ya se le ha informado accionante, en el cual se busca en fundamento del interés superior de los menores, la protección de los derechos de estas mediante la obtención del análisis psicológico del cual todavía se está en espera.ai mismo Por la accionada considera que por el contrario siempre ha actuado en beneficio de los menores por lo que el debido proceso no se ha violado, pues por el contrario las medidas provisionales son una prueba de que se está buscando lo mejor para los niños.

DE LA LEGITIMACIÓN

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

1. DE LA LEGITIMACIÓN

   a. Por activa

El art. 86 de la Constitución Nacional faculta a cualquier persona para promover acción de tutela contra una autoridad pública o un particular en los casos permitidos por la ley, cuando se amenacen o vulneren derechos fundamentales.

En el presente caso, el accionante **SANTIAGO RODRIGUEZ GONZALEZ**, al actuar en su propio nombre, se encuentra legitimado para

incoar la presente acción de tutela, en aras de proteger su derecho fundamental de petición

b. Por pasiva

La legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. En este caso la accionada es una entidad pública, que presta funciones públicas, del orden municipal, encontrándose legitimada por pasiva.

2. DE LA INMEDIATEZ Y LA SUBSIDIARIEDAD

Determinada la legitimación por activa y por pasiva, debe examinarse los presupuestos de inmediatez y subsidiaridad. En reiteradas oportunidades la jurisprudencia ha sido clara en señalar que la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez. Al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno, ello en procura del principio de seguridad jurídica y la preservación de la naturaleza propia de la acción de amparo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que si bien es cierto la acción de tutela no tiene un término de caducidad, esto no debe entenderse como una facultad para presentar la misma en cualquier tiempo. Lo anterior, por cuanto a la luz del artículo 86 Superior el amparo constitucional tiene por objeto la protección inmediata de los derechos invocados. En este caso, entre los hechos relatados como violatorios de los derechos fundamentales de la accionante y la acción de tutela transcurrió un plazo razonable. En efecto el accionante mediante escrito dirigido a la accionada con fecha 3 de junio de 2021, solicitó el cambio de día y hora para la visita a sus hijos e igualmente la autorización para que esas visitas fuera en lugar diferente al establecido (Comisaria de Familia) mientras que la acción de tutela fue presentada el 12 de julio de 2021, habiendo transcurrido un plazo razonable.

Para el despacho, resulta indudable que, además de los derechos fundamentales invocados por el accionante, se trata de verificar si la accionada violó el derecho fundamental de petición del accionante, al no dar respuesta a su solicitud relacionada con el cambio de fecha y el sitio para la visita que como padre puede hacer a sus menores hijos, que había sido regulada por la misma entidad accionada.

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria y, en consecuencia, su procedencia se encuentra condicionada a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o existiéndolo, éste no resulte lo suficientemente idóneo y eficaz para la defensa del derecho invocado, circunstancia en la cual, se habilita el uso del amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ha dicho la Corte Constitucional “En el caso concreto de la protección del derecho de petición, esta Corte ha estimado que el ordenamiento jurídico colombiano no tiene previsto un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz diferente de la acción de tutela, de modo que quien resulte afectado por la vulneración de este derecho fundamental

no dispone de ningún mecanismo ordinario de naturaleza judicial que le permita efectivizar el mismo. Por esta razón, quien encuentre que la debida resolución a su derecho de petición no ocurrió, esto es, que se quebrantó su garantía fundamental, puede acudir directamente a la acción de amparo constitucional". En este caso no se evidencia que el accionante disponga de otro medio judicial, cumpliendo esta acción constitucional con el requisito de subsidiariedad.

En relación con los otros derechos fundamentales invocados por el accionante (debido proceso – acceso a la administración de justicia), el despacho abordara el requisito se subsidiaridad en las consideraciones de esta misma providencia.

COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero, del numeral primero, del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, compilado en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, este despacho resulta competente para conocer de la presente acción de tutela, por ser juez con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos. De otra parte, el decreto 1983 de 2017 "Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela", en su artículo 1 determina que "1. Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o **municipal** y contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales." (Resaltado fuera de texto)

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Ha de establecer el juzgado si la accionada, ha vulnerado el derecho fundamental de petición, debido proceso, acceso a la justicia u otro derecho fundamental de la accionante, como consecuencia de la falta de respuesta a la solicitud del accionante a la Comisaria de Familia de Purificación Tolima, de audiencia de conciliación para reglamentar el régimen de visitas, custodia y cuidado personal de sus hijos menores.

CONSIDERACIONES.

Para el despacho, tal y como ya se dijo con anterioridad al momento de analizar el requisito de subsidiariedad de esta acción constitucional, resulta indudable que, además de los derechos fundamentales invocados por el accionante, se trata de verificar si la accionada violó el derecho fundamental de petición del accionante, al no dar respuesta a su solicitud relacionada con el cambio de fecha y el sitio para la visita que como padre puede hacer a sus menores hijos, que había sido regulada por la misma entidad accionada. Por lo anterior, se analizará en primer lugar este derecho fundamental.

Del derecho de petición

El artículo 23 de la Carta Superior, consagra: "Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución".

Como consecuencia del desarrollo jurisprudencial del derecho de petición, se sintetizó las reglas para su protección, en los siguientes términos:

a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.
c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.
d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.
e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.
f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.
   g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.
h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.
i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994.”

Igualmente, el Decreto Legislativo No. 491 del día 28 de marzo de 2020, expedido por el Presidente de la República, adoptó medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades y los particulares que cumplan funciones públicas y tomó

medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. Este decreto, según su artículo 1, se aplica a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, órganos de control, órganos autónomos e independientes del Estado, y a los particulares cuando cumplan funciones públicas, a quienes se les dará el nombre de autoridades.

La entidad accionada, es una entidad pública; en tal virtud, se le aplican las disposiciones del decreto legislativo No 491 de 2020.

El referido decreto legislativo en su artículo 5 estableció la ampliación de los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, “Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así: Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: (i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción.

(…)

En los demás aspectos se aplicará lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011. Parágrafo. La presente disposición no aplica a las peticiones relativas a la efectividad de otros derechos fundamentales.” (Resaltado fuerza de texto).

En el caso en concreto que nos ocupa, el accionante expresa que: “*Ha presentado en varias oportunidades solicitudes para que se fije fecha y hora para realizar audiencia de conciliación para reglamentar el régimen de visitas, custodia y cuidado personal desde el 01 de febrero, sin obtener respuesta*”. El despacho observa que tal afirmación no es exacta.

En efecto consta en el expediente que la última solicitud realizada en ese sentido por el accionante fue radicada ante la accionada con fecha 3 de junio de 2021, y antecedida por una de fecha 1 de junio del mismo año, las que fueron resueltas por la accionada con fecha 16 de junio de 2021, en donde de manera expresa le indica que se refieren a el derecho de petición de fecha 1 y 3 de junio de 2021, manifestando que : “ ordenó a la doctora JOHANNA RINCON MURILLO psicóloga de esta comisaria de familia realizar el respectivo seguimiento psicosocial a usted como solicitante de la modificación de visitas durante el tiempo que se tramite este proceso para que se indique por parte de la Psicóloga la viabilidad de la modificación estableciendo lugar y días “ “ por lo anterior ruego el favor de acercarse a esta comisaria o a través de su apoderado fijar la hora y fecha de acuerdo a su disponibilidad con la Psicóloga para que ella proceda a realizar lo ordenado y proceder a realizar la modificación de vistas por parte de este despacho”.

Ahora, si bien es cierto el accionante se refiere a que ha elevado solicitudes desde el 01 de febrero de 2021 para que se realice la audiencia de conciliación, y en la respuesta de la accionada también se expresa que el 01 de febrero de 2021, el señor SANTIAGO RODRIGUEZ GONZALEZ , allega poder otorgado al doctor JUAN CARLOS CASALLA SIERRA , para que inicie solicitud y modificación de la custodia de sus hijos E.S.R.R y C.D.R.R , costa en el expediente una comunicación de la accionada con fecha 31 de mayo de 2021, en donde le informan al accionante un auto de apertura de restablecimiento de derechos a favor de los niños hijos suyos, en el cual la accionada le expresa que le allega el auto referido “ teniendo en cuenta su falta de voluntad en haber

recibido copia del mismo en este despacho por lo cual se hace necesario notificar el mismo mediante correo a la dirección por usted registrada en este despacho”

Es incuestionable que la accionada dio respuesta al derecho de petición, concretamente las solicitudes de fecha 1 y 3 de junio de 2021, cumpliendo los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para tal efecto. Esta respuesta fue oportuna, por cuanto fue dada en un término de 13 días comunes, cumpliendo los términos establecido por el decreto legislativo No 491 del día 28 de marzo de 2020, expedido por el presidente de la república; igualmente fue resuelta de fondo, de manera clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado y fue puesta en conocimiento del peticionario, a través de su apoderado, como consta en el pantallazo del correo electrónico juancassallas79, que obra en el expediente. Además, se debe tener en cuenta que el derecho fundamental de petición no exige para su protección que la respuesta tenga que aceptar lo solicitado por el peticionario, sino que se garantice que se responda en las condiciones ya referidas, todo lo cual se cumplió en este caso en concreto. No obstante, el despacho hace ver que el trámite de modificación de las visitas solicitadas por el accionante se encuentra en curso y pendiente del concepto de la psicóloga de la misma comisaria quien, tal y como se le indico al accionante en la respuesta al derecho de petición deberá hacer seguimiento para determinar la viabilidad de tal modificación.

Por lo anterior, este despacho no encuentra violación a este derecho fundamental en los hechos relatados por el accionante o en las pruebas obrantes en el expediente, por lo cual no procede el amparo como en efecto se declarará.

De los otros derechos fundamentales invocados

Manifiesta el accionante que la accionada ha violado su derecho fundamental al debido proceso y de acceso a la justicia.

No obstante, para el despacho no existe prueba de que la accionada haya violado alguno de esos derechos del accionante.

Ha dicho la Corte Constitucional que existe el Carácter superior y prevalente de los derechos e intereses de los menores de edad, así :

“*En consecuencia, en el artículo 44 Superior, se impone a la familia, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, al tiempo que establece como principio general que los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás y que serán considerados fundamentales para todos los efectos, exigiendo privilegiar y asegurar su ejercicio y goce con total plenitud.*

Este tratamiento preferencial, encuentra respaldo y reconocimiento en el derecho internacional contemporáneo a través del llamado “principio del interés superior del menor, consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño, y posteriormente reproducido en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Principio 2°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts.23 y 24) y la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

(…)

Por otra parte, estos principios han sido desarrollados en la normatividad legal vigente, en concreto, en la Ley 1098 de 2006 por la cual se adoptó el Código de la Infancia y la Adolescencia:

ARTÍCULO 1o. FINALIDAD. Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

(….)

ARTÍCULO 8o. 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 9o. 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.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

Finalmente, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional también ha precisado en diversas oportunidades el contenido de los principios de la protección especial de la niñez y de preservación del interés superior y prevalente del menor. Así, en la sentencia C-796 de 2004[7], la Corte sostuvo lo siguiente:

La protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos, reconocidos de forma expresa por el precitado artículo 44 del actual Estatuto Fundamental, representan verdaderos valores y principios que no sólo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino también a orientar la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar físico, moral, intelectual y espiritual[8]; entendiendo dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico[9].

Lo anterior permite concluir que, de conformidad con la Constitución, la ley, los tratados internacionales y la jurisprudencia constitucional, ***los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los demás****, razón por la cual se ofrecen garantías y beneficios que protegen su proceso de formación y desarrollo. Igualmente, que al adquirir los menores el estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, la satisfacción de ese deber, se constituye en el objetivo primario de toda actuación -particular u oficial- que les concierna.*

4. El carácter subsidiario de la acción de tutela

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 Superior, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario en cuanto sólo 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.

Al respecto, en la sentencia C-543 de 1992, la Corte afirmó lo siguiente:

"(…) no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales (...)".

En el mismo sentido, esta Corporación ha sostenido que "la tutela no converge con las vías judiciales ordinarias previstas por el legislador y, por tanto, para el interesado no es discrecional escoger entre aquellas y el amparo constitucional. Los medios ordinarios serán la vía principal y directa para la discusión del derecho y la acción de tutela sólo operará como mecanismo subsidiario y excepcional para la protección inmediata de las garantías constitucionales fundamentales que no tengan otro medio de resguardo, en la forma y casos previstos en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2951 de 1991".[10]

Bajo ese entendido, la acción de tutela no puede ser utilizada como un mecanismo judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la Ley para la defensa de los derechos, toda vez que con ella no se pretende suplantar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer las acciones y recursos judiciales dispuestos dentro de estos procesos para controvertir las decisiones que se profieran[11].

Empero, cabe mencionar que, con relación con tales medios de defensa judiciales, el artículo 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991 señala que su existencia "será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante". Es decir, que el juez constitucional debe evaluar, en cada caso particular, si el otro mecanismo de defensa judicial existente podría llegar a brindar la protección inmediata que exige el derecho amenazado o vulnerado, o si, por el contrario, se trata de una vía formal cuyos objetivos y resultados finales, dada la prolongación del proceso, resultan tardíos para garantizar la idoneidad de la protección judicial y la intangibilidad de los derechos afectados.

Sobre el particular, en la Sentencia T-03 de 1992 esta Corporación expuso:

"A este respecto debe expresar la Corte, como criterio indispensable para el análisis, que únicamente son aceptables como medio de defensa judicial, para los fines de excluir la acción de tutela, aquellos que resulten aptos para hacer efectivo el derecho, es decir, que no tienen tal carácter los mecanismos que carezcan de conducencia y eficacia jurídica para la real garantía del derecho conculcado".

De otro lado y sin perjuicio de lo anterior, el citado decreto señala que en los casos en los que el mecanismo de defensa no sea eficaz para proteger el derecho amenazado o vulnerado, la tutela puede ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe ser acreditado por el accionante y verificado por el juez de tutela, conforme a los siguientes requisitos exigidos:

"La acción de tutela, como se señaló, también puede ser interpuesta como mecanismo transitorio aun ante la existencia de otro medio de defensa judicial, siempre y cuando su finalidad no sea otra que la de evitar un perjuicio irremediable, el cual se estructura a partir de la existencia concurrente de ciertos elementos, a saber: la inminencia, el cual se relaciona con la exigencia de medidas inmediatas; la urgencia que tiene la persona por salir del perjuicio inminente; y, la gravedad de

los hechos que hace impostergable la tutela como un mecanismo indispensable para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.

Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que "[e]l perjuicio irremediable consiste en un riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño. La gravedad de los hechos debe ser de tal magnitud que haga impostergable la tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos; además, debe resultar urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en que se encuentra.'

De manera que, atendiendo el mencionado carácter subsidiario de la acción de tutela, es posible concluir, en primer término, que el interesado, antes de acudir al amparo constitucional, tiene la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a activar los medios ordinarios de defensa dispuestos en el ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Bajo ese supuesto, se pone de relieve, que el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos ordinarios; entendiendo, por demás, que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo constitucional.

En segundo lugar, que para que el medio judicial existente pueda ser considerado como el procedente en vez de la tutela, debe ser idóneo, eficaz y suficiente, es decir, es indispensable que proporcione "el mismo grado de protección que se obtendría mediante el empleo [de] la acción de tutela, es decir, que sean tan sencillos, rápidos y efectivos como ésta para lograr la protección de los derechos fundamentales lesionados o amenazados".[19] De no ser así, se atentaría contra la eficacia de la administración de justicia y pondría en grave riesgo los postulados del Estado Social de Derecho, haciendo inoperantes no pocas garantías constitucionales[20].

Por último, que, aun existiendo un medio de defensa judicial, si se demuestra que el mismo no es eficaz para obtener la protección del derecho, el actor podrá solicitar la tutela como mecanismo transitorio para conjurar la consumación de un perjuicio irremediable.

5. Existencia de un medio de defensa judicial idóneo y eficaz

5.1. Como quedó previamente establecido, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, es decir, sólo procede cuando el interesado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que ésta se utilice para evitar un perjuicio irremediable. Del mismo modo, se señaló que es deber del juez constitucional analizar en cada caso si dicho mecanismo de defensa judicial es idóneo y eficaz para garantizar la protección inmediata que exige el derecho amenazado o vulnerado.

Así, para las controversias relacionadas con la custodia y cuidado personal de menores existe un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz, ante los jueces de familia.

En efecto, el ordenamiento jurídico prevé una vía judicial idónea, eficaz y expedita ante los mencionados jueces para dirimir los conflictos relativos a la custodia, fijación de alimentos y regulación de visitas de los menores, y para revisar las decisiones administrativas proferidas por los Defensores y los Comisarios de Familia sobre estos mismos aspectos.

Precisamente, frente al particular, el Código de la Infancia y la Adolescencia en el artículo 119, señala las competencias del juez de familia y lo faculta para revisar las decisiones administrativas adoptadas por los comisarios de familia en ejercicio de sus funciones y establece

plazos perentorios para tramitar dichos asuntos. A su vez, el artículo 121 autoriza a la mencionada autoridad judicial, para que, al iniciar el respectivo proceso, adopte las medidas de urgencia que se requieran para proteger a los menores, según las circunstancias del caso. Las mencionadas normas disponen lo siguiente:

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

(…)

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" (Subraya la Sala).

Por consiguiente, de acuerdo con las normas transcritas, corresponde al Juez de Familia conocer de todas las decisiones administrativas proferidas por el Comisario de Familia en consonancia con el artículo 86 de la ley 1098 de 2006[21]. Dicha revisión, deberá efectuarse en un trámite de 'única instancia' por tal autoridad judicial, quien deberá dar prelación el asunto puesto a su conocimiento y decidirlo dentro de un plazo improrrogable de dos (2) meses.

De la misma forma, al momento de iniciarse este trámite, el juez de familia deberá adoptar las medidas de urgencia necesarias para salvaguardar los derechos de los niños, si la situación lo amerita.

Aunado a lo anterior, por disposición del artículo 435, numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, "las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquéllos y sus hijos menores, respecto al ejercicio de la patria potestad; (…)" se tramitarán en única instancia a través de un proceso verbal sumario.

Conforme a lo expuesto, es posible afirmar que el ordenamiento jurídico colombiano contempla un procedimiento eficaz y urgente para la protección de los derechos fundamentales que puedan resultar amenazados como consecuencia de las decisiones adoptadas por los defensores o comisarios de familia. Mas aún, conviene destacar que los plazos fijados por la Ley 1098 de 2006 para que el Juez de Familia actúe en estos casos, son más breves que el término contemplado para la acción de tutela, toda vez 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.

Sobre esa base, la acción de tutela, en principio, no sería procedente teniendo en cuenta el presupuesto de subsidiariedad ya mencionado. Sin embargo, esta Corporación ha señalado que en casos excepcionales, la acción constitucional resultaría el medio adecuado para concluir la custodia de un menor cuando éste se encuentre en una situación de riesgo o peligro físico o psicológico, es decir, cuando se advierta un perjuicio serio e inminente que afecte sus derechos fundamentales. (Sentencia T-858/10)

En el caso que nos ocupa, con posterioridad a las solicitudes que elevó el accionante pretendiendo cambiar la regulación de visitas a los menores hijos, la accionada expidió el auto de apertura de Investigación (Expediente 134 de 2021) de fecha 9 de abril de 2021, que le fue notificado al accionante, en donde la accionada expresa con toda claridad que : " con fundamento en el informe de psicóloga de fecha 11 de marzo de los corrientes en el expediente 051-2029 donde la psicóloga recomendó la necesidad de abrir proceso de restablecimiento de derechos para garantizar la integridad del niño y su hermano CRISTHIAN DAVID RODRIGUEZ ROJAS, fijando la custodia compartida entre la progenitora y su abuela materna, como de igual manera imponer un régimen de visitas supervisadas, lo anterior en vista de que los progenitores les es complicado entenderse para conciliar aspectos que comprometen a sus hijos , afectando significativamente la imagen que los niños tienen frente a ellos del mismo modo perturbando su estabilidad emocional. La anterior recomendación fue dada en caso que los progenitores no llegaran a ningún acuerdo" "Se tiene entonces, que mediante fecha 8 de abril de 2019 DIANA CRISTINA ROJAS ARAGON Y SANTIAGO RODTIGUEZ GONZALEZ no llegaron a ningún acuerdo respecto de conciliar la modificación de la custodia, actualmente los progenitores tienen medida de protección provisionales mientras se surte el proceso administrativo de restablecimiento de derechos"

En la parte resolutiva de este auto, la entidad accionada ordena que "el progenitor podrá visitar a sus hijos los días jueves en el horario de 3:00 a 5:00 P.M. en la comisaria de familia manteniendo los protocolos de bioseguridad de acuerdo a lo recomendado por la Psicóloga de esta comisaria de familia"

Así las cosas, es necesario analizar si en el asunto que ahora nos ocupa la acción de tutela será el camino procesal adecuado.

Recordemos, ante todo, que este proceso administrativo se sigue ante la entidad accionada, por la imposibilidad de conciliar entre los progenitores sus relaciones con los hijos menores. El régimen de vistitas y la custodia provisional han sido determinadas como consecuencia de criterios científicos, es decir, con fundamento en los conceptos profesionales de Psicología, por lo tanto, no han sido caprichosos.

El accionante ha tenido la oportunidad de comparecer, nombrar su apoderado, solicitar pruebas y en general hacer valer sus derechos, que como ya se dijo deben estar sujetos a los intereses y derechos superiores de los menores de edad.

Para el despacho, la inconformidad del accionante, consiste en la fecha y modo en que se han fijado las visitas a sus menores hijos, pero en nada se ha afectado su derecho al debido proceso o de acceso a la justicia. Pretende , simplemente, que las decisiones de la comisaria de familia se acomoden a sus condiciones personales, tratando de que sean en determinados días , horas y en sitios que el mismo solicita, sin demostrar que lo decidido por la comisaria es caprichoso o va en contravía del

concepto de psicología o que se afecten los derechos de los menores, y que hagan necesaria la intervención del juez constitucional para restablecer los derechos vulnerados o que por lo menos hayan sido amenazados por la entidad accionada. Como quedó previamente establecido, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, es decir, sólo procede cuando el interesado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que ésta se utilice para evitar un perjuicio irremediable. Del mismo modo, se señaló que es deber del juez constitucional analizar en cada caso si dicho mecanismo de defensa judicial es idóneo y eficaz para garantizar la protección inmediata que exige el derecho amenazado o vulnerado.

Recordemos que, además, tal y como lo sostiene la Corte Constitucional, para las controversias relacionadas con la custodia y cuidado personal de menores existe un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz, ante los jueces de familia, por cuanto el ordenamiento jurídico prevé una vía judicial idónea, eficaz y expedita ante los mencionados jueces para dirimir los conflictos relativos a la custodia, fijación de alimentos y regulación de visitas de los menores, y para revisar las decisiones administrativas proferidas por los Defensores y los Comisarios de Familia sobre estos mismos aspectos.

Para el despacho, en relación con estos derechos fundamentales (debido proceso y acceso a la justicia) esta acción constitucional no está llamada a prosperar, por cuanto , en primer lugar se encuentra en trámite el proceso administrativo ante la misma comisaria de familia, que no ha concluido, en el cual el accionante puede ejercer sus derechos y controvertir sus decisiones; no obstante, tal y como lo afirma la accionada, el accionante ha sido renuente en recibir notificaciones de las decisiones por lo cual le ha correspondido notificarlas por correo electrónico al negarse al recibirlas en el mismo despacho de la comisaria; De otra parte, existe un medio idóneo y eficaz para revisar esas decisiones de la Comisaria de Familia , es decir, el procedimiento ante el Juez de familia respectivo y no procede el amparo provisional o la acción de tutela como mecanismo transitorio, por cuanto el accionante no ha demostrado que los menores se encuentran en una situación de riesgo o peligro físico o psicológico, es decir, que se advierta un perjuicio serio e inminente que afecte sus derechos fundamentales y que haga necesaria la intervención del juez constitucional. El despacho no encuentra un perjuicio irremediable, un riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño y que sea de tal magnitud que haga impostergable la tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos.

Por estas razones, en relación con estos otros derechos, tal y como también se señaló respecto del derecho de petición, se deberá declarar improcedente el amparo solicitado como en efecto se hará.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Purificación, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - NEGAR por improcedente, la acción de tutela interpuesta por **SANTIAGO RODRIGUEZ GONZALEZ** identificada con cedula de ciudadanía No 93.206.466., según la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: - NOTIFICAR la presente providencia en la forma establecida en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO. - De no ser impugnada la presente decisión, envíese el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La Juez,

GABRIELA ARAGON BARRETO