



JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C.
Bogotá D.C., dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

I-. OBJETO POR DECIDIR

La impugnación interpuesta por el accionante contra el fallo proferido por el **Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá**, dentro de la acción de tutela promovida por **el impugnante** en contra de Derly Alcantar Sepúlveda, por la presunta vulneración del derecho a tener una familia y no ser separado de ella, derecho a la vida digna de los NNA, derechos de los NNA a no ser maltratados en ninguna de las modalidades de maltrato.

II-. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

1.- De la tutela

El accionante, a través de apoderado judicial, fundamenta la tutela en los hechos que sucintamente son:

- La accionada y el accionante sostuvieron relación de convivencia durante nueve (9) años desde el año 2004 hasta el 2017 de manera intermitente.
- Producto de su relación nació I.M.A., el 27 de agosto de 2015, la cual actualmente tiene 7 años de edad.
- Desde el mes de abril de 2022 la accionada ha impedido las visitas con el actor argumentando que debe darle dinero para poder ver a su hija.
- La accionada ha ejercido conductas de manipulación sobre la niña para cortar el vínculo con su progenitor, conductas que consisten en reprenderla si se acerca a su padre, desde hace seis meses el padre no ha podido compartir con su hija.
- La accionada no ha permitido en el colegio en donde esta matriculada la niña el contacto con el padre, debido a la orden de no hacerlo dada por la madre accionada.
- Indicó el accionante que vivió en Francia durante cinco (5) años, aproximadamente, y en todo ese tiempo aportó dinero garantizando así la obligación alimentaria de la menor.
- Lo anteriormente descrito ha vulnerado de manera flagrante los derechos de la niña I.M.A. frente a su adecuado desarrollo en familia y no ser apartada de ella, a vivir dentro de un ambiente sano y no ser instrumentalizada o involucrada en conflictos suscitados entre sus progenitores o demás miembros del núcleo familiar, así como la no alienación parental.



Por lo anterior, solicita le sean amparados los derechos fundamentales de la hija I.M.A. a tener una familia y no ser separados de ella, calidad de vida e integridad personal, así como los demás que resulten conculcados por consideración del juez constitucional.

2-. RESPUESTAS DE LAS ACCIONADAS Y VINCULADAS.

2.1. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá

En respuesta dada indicó que:

“(...) Descendiendo al caso en estudio en la acción de tutela interpuesta por el señor WELFREN FERNANDO MOLINA CARO en representación de la niña I.M.A. no se hace mención que por parte del ICBF se haya desplegado alguna acción u omisión que haya desencadenado en la vulneración de derechos de la niña y en el escrito de tutela el ICBF no funge como demandada por parte del accionante.

Respecto a la competencia subsidiaria del Juez de tutela cumple un papel residual no obstante se debe analizar la idoneidad y eficacia del mecanismo jurisdiccional para la garantía de derecho hoy en busca de tutela, como lo son la conciliación donde las partes de mutuo acuerdo establecen el régimen o la decisión de un Juez mediante sentencia si no hubiera acuerdo recordando que en caso de incumplimiento de acuerdos previos se debe acudir al Juez para que sea el Juzgado quien reclame ese incumplimiento aunado a que debe realizarse un análisis del asunto para determinar que no sea el mismo menor quien por voluntad propia y cerca de la mayoría de edad incumple las visitas.

Las visitas pueden ser acordadas por las partes aprobadas por funcionario correspondiente o en su defecto fijadas por el Juez de Familia, después de un estudio detallado de la conveniencia tanto para el NNA como para cada uno de sus padres.

En el presente asunto no se cumple con dos de los requisitos de procedencia de tutela la legitimidad por pasiva y la subsidiaridad de la tutela, pues el accionante debe acudir a la jurisdicción civil ante el incumplimiento de los acuerdos relacionados a las visitas. Por tal razón será necesario que el despacho valore si la presente cumple con los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Constitución Política y su Decreto Reglamentario Decreto 2591 de 1991. (...)”

Solicitó desvincular a la entidad y en atención a que lo solicitado en acción de tutela no resulta de una omisión o vulneración de derechos por parte de ICBF.

2.2. Respuesta de Derly Alcantar Sepúlveda

En respuesta emitida por la accionada, contestó que:

“(...) Mantuve con el accionado una relación sentimental y convivencia permanente desde el 03 de marzo de 2009 hasta el 10 de septiembre de 2018, cuando el señor



Welfren Fernando Molina Caro, toma la decisión de irse a Francia, sin avisarme previamente, no obstante, en la distancia se continuo con la relación, hasta marzo del 2021, cuando el accionante por vía telefónica me manifiesta que no desea continuar la relación y que se ocupará de cumplir con las obligaciones alimentarias de nuestra menor hija.

(...) nunca le he exigido sumas de dinero en contraprestación por las visitas, sin embargo, si le he exigido, cumplir con las obligaciones alimentarias correspondientes a su condición de progenitor, tal como consta en Acta de Conciliación de Custodia, Cuidado Personal y Alimentos No. 125-174 del 22 de marzo de 2017, emitida por la Comisaría Cuarta de Familia de San Cristóbal.

(...)

Procedo a indicar que, el accionado, desde la última vez que departió con nuestra hija, el 24 de abril de 2022, no volvió a comunicarse con nuestra hija, hasta el 11 de mayo de 2022, cuando manifestó que quería ver a nuestra hija, frente a este manifiesta desinterés por el bienestar de ella, le indico que radiqué ante la Fiscalía General de la Nación, Denuncia por el Delito de Inasistencia Alimentaria, bajo el número de radicado 1100160990832022502970; frente a esta situación, el accionado, en retaliación, solicita audiencia de conciliación, ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y me pide que nos encontremos el 27 de julio de 2022, para firmar la notificación de la audiencia, próxima a celebrarse el 02 de agosto del 2022, audiencia que fue fallida, pues el accionado no generaba acciones conciliatorias y tampoco demostraba actitud para estar al día con las cuotas alimentarias pendientes desde el mes de abril de 2022.(...)"

Por lo anterior, la accionada solicita muy respetuosamente se atienda favorablemente la excepción de carencia actual de objeto, toda vez que no han existido situaciones de vulneración de derechos fundamentales o la calidad humana de nuestra menor hija.

III-. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 1º de diciembre de 2022 el Juzgado Segundo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, profirió sentencia por medio de la cual resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo de tutela solicitado en la presentación de la acción, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia. (...)"

Fundamentó su decisión indicando que de las pruebas allegadas por la parte accionada, se encuentra acta de conciliación de custodia, cuidado personal y alimentos que fue suscrita por las partes ante la Comisaria de Familia de San Cristóbal II el pasado veintidós (22) de marzo de dos mil diecisiete (2017); por lo que la parte activa puede solicitar su cumplimiento ante la entidad correspondiente o, en su defecto, petitionar la regulación de visitas ante la jurisdicción en la especialidad de familia.

También, indicó que aunque el demandante afirmó que el medio alternativo consistente en acudir al INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR – ICBF y que este le ocasiona una demora que prolonga la vulneración



de derechos fundamentales, lo cierto es que no se acreditó que dicho mecanismo sea insuficiente o no resulte idóneo.

Siendo así, el fallo resulta improcedente, en sentido que, como ya se determinó el juez constitucional no puede usurpar las funciones propias del juez natural, en este caso el de familia, la respectiva Comisaría o el ICBF, primero, porque se estaría pretermitiendo la instancia correspondiente y, segundo, porque como se ha insistido, este mecanismo constitucional es de carácter residual y subsidiario.

IV-. IMPUGNACIÓN

1-. Inconforme con el fallo, el accionante presentó impugnación (pdf. 08 del archivo 001 del cuaderno tutela), señalando que:

Por tratarse de una situación especial, alrededor de los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional, es de analizarse la situación más allá de la simple exigencia de ritualidad en el presente caso y que se siente irrespetado al régimen de visitas, también se encuentra en desacuerdo respecto a lo expuesto por la juez de primera instancia en el sentido de que si el deudor no cumple la obligación alimentaria no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal, por último que se cuenta con otros mecanismos diferentes a la tutela para dirimir el conflicto, empero que se debe tener en cuenta la congestión judicial y de los centros de ICBF.

V-. RAZONAMIENTOS QUE FUNDAMENTAN LA CONCLUSIÓN

1-. Problema Jurídico

Con fundamento en los precedentes señalados, ¿se debe determinar si la entidad accionada y la madre de la menor le han vulneraron los derechos fundamentales conculcados por el accionante? Y si, ¿la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la solución del caso planteado?

Conforme al Artículo 86 Constitucional, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales. Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

2.- Subsidiariedad



El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “*permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos*”¹. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad²:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

Así mismo, dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y, (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de

¹ Sentencia T-603 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); Sentencia T-580 de 2006 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

² Sentencia T-662 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).



forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

3- Mecanismos de defensa administrativos y judiciales existentes en el ordenamiento jurídico colombiano para decidir respecto de la custodia y el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes

En lo que tiene que ver con la fijación de la custodia, el cuidado personal y el régimen de visitas y alimentos de los niños, niñas y adolescentes, los artículos 23° y 24° del Código de la Infancia y de la Adolescencia³ establecen, respectivamente, que todos los menores de edad *“tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales”* y que, en ese sentido, *“tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes (...)”*.

“En ese sentido, un primer mecanismo es el contenido en el artículo 31° de la Ley 640 de 2001⁴, en tanto que esta norma establece que los asuntos de familia pueden ser conciliados ante *“los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios”*. Particularmente, el artículo 82.8 del Código de la Infancia y de la Adolescencia establece que a los Defensores de Familia les corresponde *“promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente”*.

“En todo caso, estas conciliaciones extrajudiciales finalizan con un acta⁵ que, en los casos en los cuales se fija el régimen de custodia y cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, no hace tránsito a cosa juzgada y, por lo tanto, cualquiera de los padres, frente a un cambio en las condiciones acordadas o una inconformidad, podrá solicitar que se realice nuevamente la diligencia, con la finalidad de pactar nuevas situaciones que se derivan del cuidado de la menor”.

“Ahora bien, el legislador también estableció un proceso judicial mediante el cual se puede resolver lo relativo a la custodia y cuidado de los niños, niñas y adolescentes.

³ Ley 1098 de 2006.

⁴ Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

⁵ Artículo 1° de la Ley 640 de 2001.



Al respecto, es posible encontrar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Código General del Proceso⁶, cualquiera de las partes puede llevar la litis ante un Juez de Familia que, mediante sentencia de única instancia y a través de un proceso judicial verbal sumario, resolverá respecto de las pretensiones presentadas”.

“En efecto, el artículo 21° de la norma antes citada establece que corresponde conocer a los jueces de familia, en única instancia, “(...) 3. *De la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios (...)*”.

“En ese mismo sentido, el numeral 3° del artículo 390 refiere que se tramitarán mediante proceso verbal sumario *“las controversias que se susciten respecto del ejercicio de la patria potestad, las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en este y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior y del restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes”*.

“En todo caso, esta Corte ha sostenido que el proceso judicial de fijación de custodia y cuidado personal deberá garantizar el debido proceso de cada uno de los interesados y, en ese orden de ideas, este escenario se convierte en un *“espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del ministerio público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños”*⁷. En estos trámites corresponde a las autoridades judiciales *“analizar todos los elementos de juicio correspondientes para determinar a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño y cómo se regulan las visitas del otro padre a que hayan lugar”*⁸.

“Es importante resaltar que tanto en la diligencia de conciliación extrajudicial que puede ser adelantada ante los Defensores de Familia adscritos al ICBF, así como en el proceso judicial, se deberá velar por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, esta Corte ha considerado que son esas autoridades quienes, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, *“son los llamados a analizar el interés superior del menor de edad y evaluar de manera oportuna las pruebas idóneas para ponderar la situación económica, social, psicológica y cultural, en aras de determinar quién es la persona más idónea para asumir la custodia del menor”*⁹.

Así, es posible concluir que para efectos de definir lo que tiene que ver con la custodia y el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, existen otros mecanismos ordinarios de carácter administrativo y judicial a los cuales se puede acudir para que, en el marco de un debido proceso y en aras de proteger el interés de la menor de edad, se fije todo lo relacionado con sus garantías.

4.- Análisis del caso concreto.

⁶ Ley 1564 de 2012.

⁷ Ver sentencias T-024/09, T-884/11, C-239/14 y C-569/16.

⁸ Ver sentencias T-884/11, C-239/14 y C-569/16.

⁹ Ver sentencia C-569/16.



Del estudio de las pretensiones invocadas por el accionante, es evidente que lo pretendido es el amparo de los derechos fundamentales de la hija menor I.M.A., regulación de visitas, cuidado y custodia de la misma; y aunque existe un acta suscrita por las partes ante la Comisaria Carta de Familia de San Cristóbal II el pasado veintidós (22) de marzo de dos mil diecisiete (2017) y según la evidencia de los Whatsapp aportados al plenario, los padres no se han puesto de acuerdo en varios asuntos, por lo que necesitan recurrir ante el ICBF, la Comisaria de Familia o ante el Juez de Familia para que dirima los conflictos suscitados entre las partes, todo en beneficio de la hija menor.

También resulta relevante resaltar que en el presente caso no existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable que amerite una orden provisional por parte del juez constitucional de tutela, como quiera que de las pruebas aportadas, no es posible establecer que la menor se encuentre en situación de riesgo.

Conforme a lo anterior, respecto a la procedibilidad de la acción de tutela, la Corte Constitucional a través de la sentencia T-009 de 2020 puntualizó:

*“... (i) legitimación por activa, la solicitud puede ser ejercida por todas las personas cuyos derechos fundamentales se encuentren vulnerados o amenazados. Aquellas podrán actuar por sí mismas o por conducto de un tercero que intervenga en su nombre; (ii) legitimación por pasiva, el amparo procede contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de particulares; **(iii) subsidiariedad, la acción de tutela resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial disponibles, cuando los mecanismos disponibles no resultan idóneos o eficaces a la luz de las circunstancias del caso concreto o, cuando aun siéndolo, se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable, en cuyo caso se emplea la acción como mecanismo transitorio;** (iv) inmediatez, no puede transcurrir un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado entre la actuación u omisión y el uso efectivo del amparo...”* (Negrillas y subrayado del Despacho)

Consecuentemente, observa este Juzgador que el principio de subsidiariedad no se cumple, ya que como lo reitero la Corte Constitucional, al existir otros medios de defensa, bien sea en sede administrativa o judicial, para obtener la protección de los derechos que se sostienen han sido vulnerados, es resorte de la parte interesada ejercitarlos ante la autoridad correspondiente, en dichos eventos no será procedente acudir a la vía tutelar, de tal suerte que la acción de tutela es un mecanismo excepcional, que brinda la protección inmediata de los derechos constitucionales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública, pero de ninguna manera se establece como una acción que pueda ser sustitutiva de las acciones ordinarias que se ejercen ante las autoridades jurisdiccionales competentes.



Por lo anterior, el juez constitucional no puede usurpar las funciones propias del Juez natural, en este caso el de familia, la respectiva Comisaría o el ICBF, primero, porque se estaría pretermitiendo la instancia correspondiente y, segundo, porque como se ha insistido, este mecanismo constitucional es de carácter residual y subsidiario.

Debe recordarse que la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela no procede cuando existen otros medios de defensa judicial, a no ser que se acredite que éstos no son idóneos o resulta más gravoso acudir a los mismos, debido, por ejemplo, al tiempo que demoraría obtener una decisión de fondo o a la urgencia para evitar o conjurar la consumación de un perjuicio irremediable, siempre y cuando se utilice como mecanismo de protección transitorio.

En la sentencia T-161-09, la Corte Constitucional señaló que:

*“La acción de tutela es un mecanismo de origen constitucional de **carácter residual y subsidiario**, encaminado a la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas que están siendo amenazados o conculcados (art. 86 de la C.P.), y no procede "cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.” (Artículo 6° numeral 1° del Decreto 2591 de 1991).*

Es del caso precisar aquellos eventos que la jurisprudencia constitucional ha determinado como perjuicio irremediable¹⁰. En relación a este tema, esta Corporación ha aplicado criterios para determinar su existencia:

“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 imposterabilidad 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 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.”¹¹

En conclusión, y con la finalidad de buscar una solución legal de la tenencia de la custodia y el cuidado personal de la menor de edad, regulación de visitas y la cuota alimentaria a que tiene derecho, se debe indicar que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para la salvaguarda de sus derechos. Precisamente, son esas autoridades administrativas y judiciales, a quienes la Constitución y la ley les entregaron la competencia para velar por la protección y la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia; los cuales son el Instituto

¹⁰ Ver por ejemplo las sentencias T-743 de 2002, T-596 y T-343 de 2001, T-215 de 2000.

¹¹ Sentencia T -225 de 1993.



Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F., Las Comisarias de Familia y en la Jurisdicción Ordinaria Los Jueces de Familia.

Por lo anterior se confirmará el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA (40) LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, actuando como juez constitucional,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido el 1° de diciembre de 2022, por el Juzgado Segundo (02) Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., conforme a las razones expuestas.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE lo decidido a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: REMÍTASE a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

El Juez,

DIDIER LÓPEZ QUICENO