



**JUZGADO CUARENTA Y UNO (41) LABORAL
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**
j41ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Dieciocho (18) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

**ACCIÓN DE TUTELA promovida por MANUEL HERNANDEZ ARCOS
contra INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR,
COMISARIA NOVENA DE FAMILIA DE LA LOCALIDAD DE
FONTIBON y FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN.**

ANTECEDENTES

El señor **MANUEL HERNANDEZ ARCOS**, presentó acción de tutela con la finalidad de que se ampare sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso administración de justicia, vida, salud e integridad; consecuente pretende se ordene al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, COMISARIA NOVENA DE FAMILIA DE LA LOCALIDAD DE FONTIBON y FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN** la búsqueda de su hija y restablecimiento de derechos como padre.

Narra el accionante que su hija **MELANIE HERNANDEZ PEDRAZA**, quien se identifica con T.I. 1.013.139.967, se encuentra desaparecida desde hace aproximadamente tres años; que la última vez que vio a la niña fue con la señora **ENDY YULIAN PEDRAZA RODRIGUEZ** quien se identifica con el número de cedula 1.007.689.698 madre de la menor. Que su hija tenía una cuenta en la cual el depositaba para los gastos y desde hace más de un año cerraron la cuenta, que a la fecha desconoce del estado y las necesidades de su hija causándole dolor y depresión, Que hasta el día de hoy desconoce el paradero de la menor. Que puso la queja hace más de dos años en el **BIENESTAR FAMILIAR, COMISARIA DE FAMILIA** quienes le responden que no tienen competencia remitiendo su petición ante la **FISCALIA**, en dicha entidad le asignaron el número de **NOTICIA CRIMINAL 110016000050202223883**, y le han informado que posiblemente es de competencia de las otras entidades demandadas; manifiesta que esta situación es frustrante, pues pasaron cerca de dos años y las tres entidades que deben velar por los derechos constitucionales solo se han dedicado a decir que no les compete.

TRÁMITE PROCESAL

La acción de tutela correspondió por reparto a este Despacho el día 08 de septiembre de 2023, a continuación, mediante proveído del mismo día se admitió en contra de **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, COMISARIA NOVENA DE FAMILIA DE LA LOCALIDAD DE FONTIBON y FISCALIA GENERAL DE LA NACION** y se dispuso vincular a la **FISCALIA 54 ESPECIALIZADA DE BOGOTA y la PERSONERIA DE BOGOTA** por tener interés eventual en las resultas de esta acción. De igual manera, se ordenó su notificación, para que en el término de dos (2) días presenten el informe previsto en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, y se pronuncien acerca de los hechos que dan origen a la presente acción, en la forma en que estime conducente.

En el término otorgado, el **Fiscal 25 Seccional – GATED** rindió informe manifestando que consultado el sistema de nuestra entidad SPOA, se verifica número de noticia criminal 110016000050202223683, asignada el 03 – 08 – 2022, por el delito de EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD ART. 230A C.P. AD. LEY 890/2004 ART.7.

Que esa delegada emitió ORDEN DE ARCHIVO PROVISIONAL, en fecha del 05-08-2022, bajo la causal de “Archivo por conducta atípica art.79 c.p.p” argumentando lo siguiente: El tipo penal de EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD conlleva en su estructura que el sujeto activo tiene una doble cualificación, la primera, debe tratarse del padre, entendiéndose como tal indistintamente al padre o madre que ejerce la patria potestad conjuntamente con el otro, y la segunda, ese padre infractor de la ley penal que no ostenta a su favor la CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL del menor hijo. Por su parte. El sujeto pasivo debe tener la cualificación especial de ser el padre (o madre) que tiene asignada a su favor la CUSTODIA. Situación que no se presenta en el caso en estudio según lo expuesto en los hechos. Debe entenderse que cuando ambos padres son titulares de la patria potestad, pero a uno de ellos se le ha asignado la custodia y cuidado personal y es éste, es decir, el mismo que tiene asignada exclusivamente la custodia y cuidado personal, quien desarrolla algunas de las conducta descritas en el artículo 230 A (arrebate, sustraiga, retenga u oculte), no se configura la ilicitud ,porque no podría privarse a alguien de un derecho que no tiene, en este caso, el derecho de custodia y cuidado personal que no se encuentra asignado al padre denunciante. Lo propio sucede cuando a ninguno de los padres se le ha asignado formalmente la custodia. Se establece como exigencia de esta conducta penal, plasmada en el artículo en cita, que deben estar materializados los verbos rectores de arrebatar, sustraer, retener u ocultar a un menor de edad, sobre quien se ejerce la patria potestad, privando al otro padre del derecho de custodia o cuidado personal. Definidos estos conceptos

doctrinariamente se tiene que **ARREBATAR** supone el tomar por la fuerza al menor; **SUSTRAER** implica sacar al menor de un determinado lugar utilizando el engaño o maniobras fraudulentas; **RETENER** consiste en mantener a una persona sin mediar su voluntad, y **OCULTAR** significa poner al menor fuera del alcance o contacto del otro padre, o sumirlo en el anonimato, o llevarlo a un lugar distante o fuera del país.

Por último, la entidad informó que en cuanto a la búsqueda de la menor **MELANY HERNANDEZ PEDRAZA**, es de saber que de presumirse desaparecida el denunciante deberá colocar una nueva denuncia por los hechos manifestados a fin de activar los canales pertinentes para lo mismo. Para los fines pertinentes allego copia del archivo, respuesta petición realizada mediante Orfeo 20225980048882.

Por su parte, **COMISARIA NOVENA DE FAMILIA FONTIBON** rindió informe solicitando la desvinculación del trámite; para sustentar su pedimento informó que revisado el sistema de gestión documental **SIRBE** encontró dos peticiones el 15 de noviembre de 2022 y 01 de septiembre de 2023, las cuales fueron tramitadas y debidamente resueltas, tal como manifiesta el accionante en el hecho 5. Que en el escrito de tutela ni en las peticiones radicadas por el accionante se refieren a hechos de violencia en el contexto familiar que den lugar a la activación de la competencia de la Comisaria de Familia. Que la comisaria ha garantizado todos y cada uno de los derechos del aquí accionante, dentro de los tramites referidos, dentro de la competencia.

A su turno el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** rindió informe solicitando se declare improcedente la solicitud de amparo, para sustentar su pretensión, la entidad manifiesta que en efecto, el señor Manuel Hernández Arcos se contactó con el Centro de contacto el día 13 de noviembre del 2022, la cual no requiere trámite por parte del ICBF, sin embargo, dicha información se registra en el sistema en la petición existente y relacionada en el asunto en sim se encuentra que el día 11/24/2022, la **REGIONAL BOGOTA**, gestionó el radicado 1320141786 que corresponde a un Derecho de Petición - Información y Orientación con Trámite - Búsqueda de Niños, niñas y adolescentes tramitada por la respectiva comisaria.

Ahora bien, la vinculada **PERSONERIA DE BOGOTA** rindió informe solicitando la desvinculación, manifiesta que el objeto de la tutela no se enmarca en sus competencias legales y reglamentarias. Que como quiera que el objeto de la tutela está relacionado con el dos trámites adelantados ante la Comisaria Novena de Familia de Fontibón, se solicitó informe a la representante del Ministerio Público designada para dicha Comisaría de Familia, doctora **EDNA MARGARITA HERNÁNDEZ CORVACHO** quien manifiesta: De acuerdo a lo anterior, se advierte que, pese a lo manifestado por el **ACCIONANTE** Señor

MANUE HERNANDEZ ARCOS, la comisaria 9 de familia ha dado respuesta en los términos de Ley y remitió su petición a la fiscalía general de la Nación conforme al artículo 21 de la Ley 1755 de 2015, como el mismo accionante lo afirma. Que, en el escrito de tutela, ni en las peticiones radicadas por el señor MANUEL HERNANDEZ ARCOS a la comisaria, se refieren a hechos de violencia en el contexto familiar que den lugar a la activación de la competencia de ella. Es bueno aclarar que los Ministerio Publico de la Personería de Bogotá, ante comisarías de familias, se encuentra para garantizar el debido proceso y garantías de derechos, en el contexto de la violencia familiar. En cuanto al trámite ante Juzgados de Familia y Fiscalía General de la Nación, los competentes para intervenir son los Agentes de Ministerio Publico de la Procuraduría General de la Nación. Es de advertir que las respuestas dadas por la comisaria 9 de familia, se dieron con estricta observancia de las funciones y misión a que se encuentran, ceñidas en las Leyes de Violencia en el contexto familiar: Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 2126 de 2021.”

Por último, el **FISCAL 54 ESPECIALIZADA DE BOGOTA** rindió el respectivo informe manifestando que de los hechos narrados en la tutela donde se relacionan un numero de noticia criminal bajo el radicado 110016000050202223683 precisa que este despacho el cual es el titulas es el de la Fiscalía 54 Local, adscrita a la Dirección Especializada contra la Corrupción por lo tanto solicito de manera respetuosa se ser desvinculado de la presente tutela. Sin embargo, en aras de prestar la debida colaboración según consulta realizada en el SPOA, el proceso bajo el radicado mencionado se encuentra asignado a la fiscalía 25, adscrito a la UNIDAD DE DIRECCIONAMIENTO E INTERVENCION TEMPRANA DE DENUNCIAS, de lo cual adjuntare dicha consulta para los fines pertinentes.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es procedente para reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de una persona, cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos expresamente señalados por el inciso final de este precepto.

No puede, entonces tratarse la acción de amparo como una instancia adicional, alternativa o complementaria de las acciones ordinarias y especiales previstas por la Constitución y la Ley para la defensa de los derechos.

Puestas así las cosas, corresponde a este Despacho determinar si se ha vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso, acceso administración de justicia, vida, salud e integridad del accionante y consecuente se deba ordenar al

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, COMISARIA NOVENA DE FAMILIA DE LA LOCALIDAD DE FONTIBON y FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN la búsqueda de su hija y restablecimiento de derechos como padre.

Previo a estudiar de fondo el asunto, es necesario determinar en primera oportunidad, sobre la procedibilidad de la acción de tutela.

Procedencia general de las acciones de tutela

Frente a la **legitimación en la causa por activa**, este corresponde a **MANUEL HERNANDEZ ARCOS**, como titular de los derechos invocados, razón por la cual, se encuentra legitimada para promover la acción de tutela; respecto a la **Legitimación por Pasiva**, se acredita, al corresponder a las accionadas **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, COMISARIA NOVENA DE FAMILIA DE LA LOCALIDAD DE FONTIBON y FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN**, entidad pública de la cual se depreca la vulneración al derecho fundamental (artículo 5 Decreto 2591 de 1991).

Frente a la **inmediatez**, este requisito no se cumple, toda vez que, la acción no fue presentada en un término prudente y razonable respecto al presunto hecho vulnerador, pues manifiesta que su hija se encuentra desaparecida desde hace más de tres años, así mismo la denuncia presentada por el accionante fue archivada provisionalmente desde el 5 de agosto de 2022, esto es, más de un año sin que se justifique la inactividad del accionante. Al respecto, recordemos que la inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, el cual ordena al juez realizar un estudio *bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto*. De esta manera, la Corte Constitucional en sentencia T 246 de 2015 estableció que la acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo. De esta manera, al caso concreto estas situaciones no se vislumbran a fin que se declare procedente la acción

Finalmente, respecto a la **subsidiariedad**, el artículo 6 del decreto 2591 de 1991 dispone:

“ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante...”

Al respecto, vale la pena resaltar que la Honorable Corte Constitucional ha reiterado que no siempre el juez de tutela debe ser el primero en ser 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.

Bajo estos parámetros, la tutela constituye un medio eficaz para evitar la arbitrariedad de la administración, pero en ningún momento puede constituirse en un mecanismo alternativo que supla las omisiones y el deber que tiene la accionante de cumplir con los procedimientos que han sido establecidos por la propia normatividad en procura de la satisfacción de los derechos que crea tener en su favor, pues al no aplicarse lo anterior, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de diferentes temas, y no de protección de los derechos fundamentales; Al punto, la sentencia T-030 de 2015, la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

“La regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria.”

En atención a lo anterior se puede indicar 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, también ha instituido la jurisprudencia unas excepciones en la que el juez de tutela debe determinar su eventual procedencia y tener en cuenta eventos en los que, existiendo medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, pueden llegar a permitir la procedencia de la acción de tutela, tales como:

“(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.”

De otro lado, la Corte Constitucional en sentencia T 115 de 2014, frente a la subsidiariedad dispuso:

3.2.2. En asuntos de custodia, cuidado personal y regulación de visitas, tanto los jueces de familia, como los comisarios y defensores, tienen competencia, según el Código General del Proceso y el Código de la Infancia y la Adolescencia, para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso, y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de garantías en asuntos donde se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.

3.2.2.1. Teniendo en cuenta los medios de defensa reseñados, judiciales y administrativos, no cabría que el juez constitucional interviniera en temas propios de competencia de las autoridades de familia. Por esta razón, en principio, no sería éste el mecanismo idóneo para discutir la custodia, el cuidado o el régimen de visitas de los menores Sara y Julián, como quiera que el legislador ha dispuesto vías especializadas para resolver tales conflictos...

...3.2.2.4. Frente a tales situaciones, esta Corporación ha indicado que aunque existan mecanismos para hacer efectivos los fallos de los jueces de la República, si se presentan situaciones frente a las cuales su acción resulta truncada, la tutela se convierte en el medio idóneo para tal fin, como instancia dotada del suficiente poder frente a autoridades o particulares renuentes al cumplimiento de los derechos fundamentales protegidos por una providencia Sobre el particular, en la Sentencia T-290 de 1993, se estudió el caso de unas menores cuyo progenitor impedía el contacto y las reuniones entre ellas y su madre, contraviniendo el régimen de visitas pactado. En esta oportunidad, la madre accionante tampoco presentó demanda ejecutiva anterior a la tutela, a pesar de acudir a otras instancias. Sin embargo, en consideración a los hechos y a que el asunto implicaba derechos de menores, la Corte advirtió que “(...) de los enunciados derechos tan sólo el último puede ser amparado en el caso concreto mediante la tutela [derecho de mantener relaciones personales y afectivas entre un padre separado y sus hijos, mediante el régimen de visitas], habida consideración de su naturaleza propia y del carácter fáctico de las eventuales violaciones o amenazas que pueden afectarlo o hacerlo nugatorio, como acontece en el proceso que se revisa, en cuanto la regulación judicial de visitas ha sido desbordada por los hechos como medio eficaz para obtener su plena garantía.”

Al caso concreto, a fin que se verifique el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, corresponde al Despacho determinar si la solicitud de amparo se interpone toda vez que, la accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz; o existiendo este se pretende evitar un perjuicio irremediable.

Al respecto, **de las pruebas recaudadas en el plenario no es posible determinar que se cumpla el requisito de subsidiariedad.** Lo anterior, a fin

que sea estudiado en este procedimiento sumario, la protección a los derechos fundamentales al debido proceso, acceso administración de justicia, vida, salud e integridad y que en consecuencia, se fulmine órdenes a las entidades acá vinculadas.

En primera oportunidad, el ciudadano **no acreditó siquiera haber acudido a la acción ordinaria a fin de reclamar el derecho que considera vulnerado**; en principio, si bien el actor alega que su hija se encuentra desaparecida desde hace más de tres años, considera el Despacho, una vez realizado el estudio de los medios de convicción, del escrito de tutela y de los informes rendidos por las demandadas, **que no nos encontramos** frente a un hecho punible como el desaparecimiento forzado o secuestro, sino una dificultad del accionante de cumplir con sus deberes parentales por desconocer la ubicación exacta de su hija, situación que se ha presentado por el actuar presunto de la madre de la menor.

En esta situación particular, **resulta la acción de custodia, cuidado personal y regulación de visitas y alimentos un mecanismo idóneo y eficaz dado las circunstancias específicas del caso**, escenario en el cual, los jueces de familia, como los comisarios y defensores competentes para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso, pueden evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de garantías en asuntos donde se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. De igual manera, **el accionante puede solicitar a las autoridades ya citadas, que en el marco del proceso, para vincular al contradictorio a la madre de la menor, se despliegue actuaciones officiosas a fin de lograr su ubicación**, tales como consulta de datos de contacto ante la base de datos administrada por la ADRES, Fondo de Pensiones, empleadores, empresas de Salud o entidades financieras, a fin que se pueda adelantar el proceso de regulación de custodia, cuidado personal y régimen de visitas. Situación en la cual vale reiterar, el actor no denuesta haber agotado previo a interponer esta solicitud de amparo.

Así mismo, cabe resaltar que la regulación de custodia, cuidado personal y regulación de visitas y alimentos requiere de un análisis más detallado y que escapa del ámbito propio de la acción de tutela; lo cual no implica que en dichos procesos no se deban garantizar los derechos fundamentales, así mismo, una posible mora en el trámite de un proceso judicial no es argumento suficiente para desvirtuar la eficacia del mecanismo ordinario, dado que la accionante cuenta con la posibilidad de impetrar medidas cautelares.

Aunado a lo anterior expuesto, frente a las acciones ordinarias en materia penal, la Fiscalía informó que consultado el sistema SPOA, se verifica número de noticia criminal 110016000050202223683, asignada el 03 - 8 - 2022, por el delito de EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD ART. 230A C.P. AD. LEY 890/2004 ART.7. frente a la cual se emitió ORDEN DE

ARCHIVO PROVISIONAL, en fecha del 05-08-2022, bajo la causal de “Archivo por conducta atípica art.79 CPP”, pues el accionante no acredita tener el derecho de custodia y cuidado personal sobre la menor. En misma vía -agotar mecanismos ordinarios-, **en cuanto a la búsqueda de la menor, es de saber que de presumirse desaparecida el denunciante deberá colocar una nueva denuncia por los hechos manifestados** a fin de activar los canales pertinentes como lo es el mecanismo de búsqueda para personas desaparecidas de la Ley 971 de 2005.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha aceptado excepcionalmente la procedencia del amparo constitucional **si se evidencia que pese a existir un medio de defensa eficaz e idóneo esto no permite evitar un perjuicio irremediable**, esto es, una afectación inminente y grave del derecho fundamental invocado que requiere de medidas urgentes e impostergables de protección. Uno de los elementos a tener en cuenta es que el ciudadano sea un sujeto en notable debilidad manifiesta, lo cual no se acredita; pues el despacho no conoce las circunstancias físicas, medicas, materiales o mentales de la accionante.

Por todo lo expuesto, es diáfano que en el caso de autos, **no es procedente la acción de amparo** frente a los derechos Fundamentales alegados. Así las cosas, del material probatorio recaudado, analizado a la luz del Decreto 2591 de 1991 y de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, concluye el Despacho que se debe negar la presente acción de tutela.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y UNO (41) LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

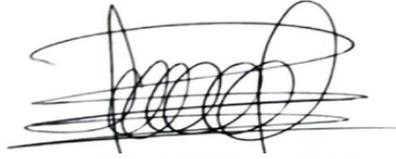
RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela, incoada por **MANUEL HERNANDEZ ARCOS** en contra del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, COMISARIA NOVENA DE FAMILIA DE LA LOCALIDAD DE FONTIBON y FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN**, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia a las partes en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, siempre y cuando la decisión aquí proferida no fuere impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and horizontal strokes, positioned above the name of the judge.

LUIS GERARDO NIVIA ORTEGA
Juez