

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA

Villeta, Cundinamarca, dieciséis (16) de junio de dos mil veintiuno (2.021).

Ref: Rad. 2021-0112-01, Acción de tutela de MILADYS PANESSO OSPINA contra COMISARIA DE FAMILIA DE SAN FRANCISCO, CUNDINAMARCA y otros. (Segunda instancia).

Asunto

Procede el Despacho a decidir la impugnación presentada por la accionante, señora MILADYS PANESSO OSPINA, frente al fallo de tutela emitido el 19 de mayo de 2.021 por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Francisco, Cundinamarca, (radicado interno 2021-00058-00).

Antecedentes

En síntesis y en lo que interesa al litigio, en el escrito de tutela propuesto por la demandante se ha perseguido, amén de la provisión de la orden de protección de derechos fundamentales especialmente radicados en cabeza del niño BRAYAN ALEXANDER MORENO PANESSO, especialmente el relativo a tener una familia y a no ser separado de ella, se ordene a las accionadas proveer todo lo necesario para que el mentado menor regrese al seno materno, pues en la actualidad aquel permanece al lado de su abuela paterna, señora FIDELINA GOMEZ.

Para obtener el regreso del menor a su lado por la vía del amparo constitucional, la actora recuerda los siguientes aspectos de facto relevantes:

La demandante parte por decir que ella y el señor JAIRO ALEXANDER MORENO GOMEZ, convivieron en unión libre desde el 30 de diciembre de 2.015 y hasta el 15 de junio de 2.019 inclusive. Fruto de dicha relación nació el niño BRAYAN ALEXANDER MORENO PANESSO, quien en la actualidad tiene tres años.

Ahora bien, refiere la demandante que pese a haber tenido bajo su custodia y cuidado al hijo ya mencionado, en el mes de noviembre de 2.019 tuvo que atender una situación extraordinaria consistente en que su señora madre, FLOR ELENA OSPINA, afrontó una condición delicada en su salud y de hecho fue internada a nivel hospitalario a partir del 6 de noviembre de 2.019 en una institución en el municipio de Bello, Antioquia. Por ello, gozando del consenso con el progenitor del menor, la actora se retiró a cuidar a su madre y dejó al hijo al cuidado de la abuela paterna, la señora FIDELIGNA GOMEZ. (Valga agregar al punto que la madre de la actora falleció en la ciudad de Medellín, Antioquia, el 30 de marzo de 2.021).

Pese al consenso ya referido entre los padres sobre el cuidado temporal del hijo en común, la abuela paterna a quien se le confió su custodia ha negado el retorno de aquel al seno materno expresando que *“el padre del menor había dado la orden de no entregarlo y prohibirle que lo visitara”*.

Se menciona que la relación sentimental sostenida con el padre del niño ya mencionado culminó y por ello ella en el mes de enero de 2.020, se radicó con su otro hijo (de ocho años de edad), en la ciudad de Yopal, Casanare, con mejores oportunidades, pues a partir de dicho mes la demandante labora como auxiliar de odontología.

Seguidamente se dice que solo después de la apertura morigerada del transporte que se hallaba restringido en razón de la pandemia del covid-19, reanudó la empresa de contar con su hijo más pequeño consigo, sumando con todo, que ha enviado diversas colaboraciones económicas para su manutención que sumadas todas arrojan al día de hoy un valor cercano a los dos millones de pesos. A su vez, el progenitor no presta para el niño colaboración económica alguna.

Se aclara igualmente que el padre del niño involucrado es electricista, trabaja en el municipio de Girardot, Cundinamarca, y tiene en dicha localidad una nueva pareja y cuenta con dos hijos más que no conviven con él.

Súmese a lo dicho que la demandante ha cumplido con las citaciones y requerimientos que se le han realizado por parte de las autoridades competentes, en especial las realizadas por la accionada Comisaría de Familia de San Francisco, Cundinamarca, para atender las conciliaciones de los días 6 de octubre y 6 de noviembre de 2.020, convocatorias a las que el padre del menor no compareció.

Con todo, lo que resulta claro de la lectura del pedimento de amparo constitucional es que la hoy demandante entiende que no existe un procedimiento preciso o un trámite administrativo concreto en el que se explique cuál es la actuación que se viene realizando y mucho menos se explica el por qué se avala que la abuela paterna continúe con la tenencia del niño. Tal conclusión se explica en los párrafos que a continuación se transcriben:

“... Que dentro del trámite de orientación y asistencia a la familia nunca se solicitó por parte de los progenitores la custodia, alimentos o regulación de visitas, ya que la potestad parental no estaba en discusión, debido a que la ejercíamos conjuntamente como padres del menor.

“... El funcionario al servicio de la Comisaría de Familia de San Francisco se extralimitó en sus funciones al conceder la custodia provisional de mi hijo a su abuela paterna. Decisión que fue arbitraria, desproporcionada, carente de un análisis probatorio juicioso que justificara la orden de entregarlo. Entendiendo que la progenitora no ostenta ninguna tacha social o moral, que me impidiera ejercerla.

“... Existe un interés entre el padre de mi hijo y la abuela paterna para desacreditar mi rol materno e instrumentalizarlo en mi contra para dañar la imagen que tiene el menor de mi, cuando el padre ni siquiera ha asumido responsablemente su posición de garante frente a nuestro hijo.

“... La abuela señora FIDELIGNA GOMEZ ha impedido que las llamadas telefónicas, único medio de comunicación que tengo con mi hijo se realicen de manera autónoma e independiente, controlando el tiempo, número de llamadas y ha impedido mi derecho a visitarlo a pesar de la distancia.

“... Que a la fecha de presentación de la presente acción constitucional las accionadas no han actuado con diligencia y prontitud en el cumplimiento de sus obligaciones legales, concernientes a la visita domiciliaria y la diligencia de entrega del menor a su progenitora.

Vista así la acción de tutela de la referencia, la misma fue puesta de presente a las accionadas, haciendo especial énfasis a la Comisaría de Familia de San Francisco, Cundinamarca, el padre del menor y la abuela paterna de dicho niño, y las anteriores coinciden en afirmar que existe un sobrado motivo para que dicho infante permanezca lejos de su progenitora y al lado de la referida abuela, pues dicha progenitora prácticamente le abandonó. Por ello peticionaron la denegatoria de lo pretendido en sede constitucional.

Con esas posiciones, el Juzgado a-quo profirió fallo el pasado 19 de mayo de 2.021, negando el amparo deprecado apalancándose en las siguientes razones que se sintetizan, así:

En primer lugar, un elemento inicial y no negado corresponde a la inexistencia de decisión alguna sobre la custodia del niño involucrado o afectado. De hecho, la actuación administrativa que se ha suscitado es la que la Comisaría de Familia de San Francisco, Cundinamarca, nominó como “orientación y asistencia a la familia” y en aquel no hay providencia alguna en el sentido dicho.

En segundo lugar, se refiere que por su propio querer la progenitora demandante dejó a su hijo bajo el cuidado de la abuela paterna, incluso gozando tal proceder del asentimiento del padre del niño, y tal situación sólo puede ser reversada con el consenso de los progenitores, como lo impone el artículo 23 de la ley 1098 de 2.006.

En tercer lugar, la acción de tutela no corresponde al escenario donde deban ser debatido a quien corresponde la custodia del niño, pues para tal efecto el Código de la Infancia y la Adolescencia contempla mecanismos expeditos que a su vez, una vez decididos por las autoridades administrativas son revisables por los Jueces de Familia.

En cuarto lugar, no se vislumbra que el menor se encuentre en condiciones que determinen la mengua de sus derechos, sino que es atendido en todos los campos por su abuela materna (no por sus progenitores).

Por último, el Juzgador insistió en que la Comisaría de Familia de su localidad debía evacuar el trámite de definición de la custodia del niño de manera inmediata.

Inconforme con lo resuelto, la demandante impugnó lo decidido por el Juzgado de instancia y es respecto de dichas inconformidades a las que deberá proporcionar respuesta la autoridad actual de segundo grado.

Consideraciones

Pártase por decir que la acción de tutela es una institución que consagró la Constitución Política de 1.991 para proteger los derechos fundamentales de las personas de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos,

por parte de un particular, sobre todo cuando éste es prestador de servicios públicos o cuenta con una posición dominante. Se trata igualmente de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso, por regla general, puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en ese sentido la acción de tutela no es una institución procesal alternativa ni supletiva de los medios ordinarios de defensa de los derechos fundamentales.

Es decir, que su cometido siempre debe estar dirigido a garantizar que los derechos fundamentales de las personas, cuya realización es condición esencial para preservar que su dignidad y su autonomía, no sean objeto de amenazas o de violación por parte de las autoridades públicas, o de particulares bajo ciertos y específicos supuestos, sin que ello implique que al juez constitucional le esté permitido desplazar con su actividad a los jueces ordinarios especializados o invadir su órbita de competencia. Su actividad deberá estar encaminada a hacer prevalecer esos derechos, en cuanto inherentes a la condición de dignidad de los individuos.

Pero quizá uno de los mayores aciertos de la acción de tutelas es que ella puede convertirse en el mecanismo que tienen algunos sectores notoriamente débiles para solicitar el resguardo de sus prerrogativas y entre esos sectores se encuentran los niños, las niñas y los adolescentes. Con esa premisa, claramente el ruego de la acción de tutela no se erige para satisfacer el interés particular de la madre que firma la demanda, sino que el mismo se enfila a que el menor BRAYAN ALEXANDER MORENO PANESSO, regrese al seno materno, tal como todo lo ordenamiento constitucional y legal lo determina.

Es decir, el precepto basilar de la familia es que los miembros de aquella permanezcan unidos y en armonía y la base de esa unión se cimenta en la dupla padres e hijos y es claro que el reclamo de que esa relación así concebida desde el ámbito constitucional no es posible que la formule el niño de manera directa, pues él sencillamente se sujeta a las vías de hecho que emprenden tanto sus familiares como las autoridades involucradas.

Ahora bien, el Juzgado de instancia entendió que al no existir una decisión administrativa sobre a quién corresponde la custodia de niño (ni provisional ni definitiva) y al estar el menor en buenas condiciones al lado de su abuela paterna, debía mantenerse dicho statu quo hasta tanto la Comisaría de San Francisco, Cundinamarca, la definiera y que tal era el camino natural de definición del entuerto, descartando de plano para dicho fin a la acción de tutela (bajo el precepto de subsidiariedad).

A su vez, el reclamo de la demandante es, en el escrito de su impugnación, que las autoridades y la familia paterna (padre y abuela) se han empeñado en desconocer el derecho del menor a permanecer al lado de su madre, y han omitido escuchar los motivos poderosos que tuvo dicha progenitora para dejar al niño a buen recaudo con su abuela paterna y cómo ella ha estado atenta a todas las convocatorias para definir el entuerto. Amén de ello, no existe un procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos que como medida de protección haya impuesto su separación de su hijo, luego claramente existen suficientes motivos para revocar el fallo cuestionado.

Y es claro entonces que a la hoy demandante le asiste completa razón, como pasa a explicarse:

Lo primero que ha de recalcarse es que con arreglo al artículo 42 de la Constitución Nacional *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”* y que en dicha senda la pareja, como base innegable de dicha institución *“tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”*.

De ese precepto fundamental se sigue, tal como lo cita el Juzgado de instancia, que conforme al artículo 23 del Código de la Infancia y de la Adolescencia, el deber ser de la situación de la relación padres e hijos es que *“los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral”*. Entonces, bajo ese postulado, lo natural es que los hijos menores de edad permanezcan al lado de sus padres y sólo comporta una excepción a ello su estadía al lado de otros familiares, como bien pueden ser sus abuelos, bajo ciertas condiciones especiales.

Bajo esas nociones no puede negarse que brilla con luz propia el derecho fundamental de los niños a permanecer con su familia y ello conduce a decir que el Estado puede intervenir solo de manera excepcional para interrumpir dicha premisa y solo en casos muy particulares o casos muy graves en los que es evidente que la familia no tiene la capacidad de brindarle al niño un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Así, existe en nuestro ordenamiento jurídico una presunción a favor de la familia, según la cual, el Estado tiene que entrar a intervenir en la vida familiar, únicamente cuando aquella *“no sea apta para cumplir con los cometidos básicos que le competen en relación con los niños, las niñas y adolescentes, o represente un riesgo para su desarrollo integral y armónico”*.¹

Por correspondencia, las razones que llevan a separar a un niño de su familia, y en especial las razones que deben conducir a interrumpir la relación vital padres e hijos deben ser suficientemente fuertes y relevantes, pues de lo contrario se estaría incurriendo en una vulneración contra la noción de la familia como núcleo fundamental de la sociedad prevista así desde el mismo ámbito constitucional. Por ello, pueden existir razones que moralmente no comportan un argumento suficiente y válido para separar a un niño de su familia, pues para ello *“resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros hijos, analizando -entre otras- si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño.”*²

Por lo tanto, no sólo en aras de proteger el derecho fundamental de los niños a no ser separados de su familia, sino también al tomar ésta como una institución social básica que también goza de una especial protección constitucional, el Estado no debe interferir

¹ Sentencia T-514 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández, explicó que el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica... basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”.

² Sentencia T-510 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

en su desarrollo y en su vida privada. Sólo bajo hipótesis realmente excepcionales y con la observancia y respeto por el debido proceso puede inmiscuirse en dicho ámbito, que en principio está por fuera de sus competencias.

Entonces, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corporación, la intervención del Estado en las relaciones familiares protegidas por la Constitución únicamente puede tener lugar como medio subsidiario de protección de los niños afectados, puesto que la primera llamada a cumplir con los deberes correlativos a los derechos fundamentales de los niños es la misma familia.

En esa senda, el Juzgador de instancia obvió elementos importantes que no debió dejar de lado para arribar a una decisión que redundara no solo en el acatamiento de los preceptos de primacía y resguardo de la familia establecidos en la Constitución Nacional sino en el mayor beneficio del niño BRAYAN ALEXANDER MORENO PANESSO:

Inicialmente, no existe una sola prueba que permita inferir en la madre del menor y promotora de la demanda constitucional, que ella constituya un factor de peligro o desatención para aquel. Muy por el contrario, ella siempre ha estado atenta a los llamados de la Comisaría de Familia de San Francisco, Cundinamarca, y al del personal que integra dicha institución, para cumplir con todos sus requerimientos. Si bien es cierto, a partir del 29 de mayo de 2.019 se notició que el niño contaba con cierto brote en su piel, la progenitora en cita cumplió con todas las tareas necesarias para morigerar dicho desequilibrio en la salud de su hijo y ello llevó a que la misma fuese calificada por el área de trabajo social como una “madre cuidadora”.

En segundo término, la madre dejó al menor al cuidado de su abuela paterna amparada en el consenso al que llegó con su entonces pareja y por ende, el compromiso era que la mencionada abuela paterna regresaba al niño con su madre una vez la última en referencia hubiese superado sus problemáticas. Como puede verse, el año 2.020 fue absolutamente anormal, plagado de políticas y órdenes de cierre de las vías y de los comercios encaminados a morigerar la expansión de la pandemia del covid-19 y ello condujo al distanciamiento de las familias y a la suspensión de actividades en todos los órdenes, incluyendo los administrativos y los judiciales.

Es por lo dicho que, una vez superadas las situaciones y establecida una normalidad para la madre actora, ella regresó por su hijo, pero se encontró con una vía de hecho insuperable y era ella la reticencia a la entrega por parte de la abuela, pues el progenitor estaba ausente.

En tercer lugar, si la madre sigue teniendo la responsabilidad parental y la patria potestad, notorio es que no necesita del consenso de nadie para llevarse consigo a su hijo. Ahora, si se honra el compromiso expuesto en la consideración anterior, por supuesto que el padre había consentido la posibilidad del retorno de la madre para llevar consigo a su hijo.

En cuarto lugar, no hay decisión administrativa ni judicial que determinen la separación de la madre del niño afectado. Dicho de otro modo, el Estado, materializado en alguna autoridad con competencia para ello, no ha dictado una medida de protección ni provisional ni definitiva que retire la custodia del menor a su madre y es por ello que los

Jueces constitucionales ni los particulares asentados en motivos morales, no pueden entrar a torcer lo que la misma Constitución y la misma ley han definido.

Por último y no de menor importancia, se ha dejado de lado el último concepto emitido por los profesionales en trabajo social y en psicología, que a título de ejemplo llegó a las siguientes conclusiones:

“La señora MILADIS PANESEO OSPINA tiene una red de apoyo sólida, constituida con su actual cónyuge y la hija de la pareja, la cual constituyen un factor protector en el desarrollo del niño BRAYAN ALEXANDER MORENO PANESEO. Así mismo, cuenta con una disponibilidad de tiempo para el cuidado ya que los dos trabajan en el mismo en donde se encuentra la vivienda. Sumado a esto la señora MILADIS PANESEO OSPINA se muestra como una mujer con un proyecto de vida claro en la cual vincula a sus dos hijos.

“La señora MILADIS PANESEO OSPINA, es apta para ser cuidadora del niño BRAYAN ALEXANDER MORENO PANESEO ya que cuenta con el interés, las capacidades y con el espacio habitacional adecuado para atender todas las necesidades y requerimientos del NNA.

“La señora MILADIS PANESEO OSPINA manifiesta su gran deseo de estar al cuidado del niño. No se evidencian factores de riesgo.”

En las condiciones expuestas, claramente se ha vulnerado el derecho a la unidad familiar de que tratan los artículos 42 y 44 de la Constitución Nacional radicados en cabeza del menor y de su madre, por acciones o vías de hecho procedentes de la abuela, al negar e impedir el retorno del niño a su seno materno y de la Comisaría de Familia de San Francisco, Cundinamarca, al no emitir una respuesta contundente al pedimento que en tal sentido le hizo la hoy demandante el 21 de octubre de 2.019. Por ende, se ordenará que el niño regrese de forma física e inmediata, dos días, a lado de su madre y para tal efecto, en caso de renuencia de la abuela paterna, hoy tenedora, se acudirá al auxilio de la Policía de Infancia y Adolescencia.

De otro lado, si alguno de los intervinientes está interesado en hacer modificaciones a la custodia, bien puede instaurar las acciones correspondientes ante las autoridades competentes instaladas en el nuevo entorno del menor, esto es en Yopal, Casanare.

Bajo tales conclusiones se revocará el fallo impugnado y se accederá al amparo.

Decisión

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Promiscuo de Familia de Villeta, Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

PRIMERO: REVOCAR el fallo de tutela proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Francisco, Cundinamarca, del 19 de mayo de 2.021.

SEGUNDO: En consecuencia, se tutela el derecho fundamental a la unidad familiar de que tratan los artículos 42 y 44 de la Constitución Nacional vulnerado por la COMISARIA DE FAMILIA DE SAN FRANCISCO, CUNDINAMARCA, Y por la señora FIDELIGNA GOMEZ, y que se encuentran radicados en cabeza de la señora MILADIS PANESSO OSPINA y de su menor hijo, BRAYAN ALEXANDER MORENO PANESSO.

Para proteger el derecho fundamental alterado o desconocido, se ordena:

A la señora FIDELIGNA GOMEZ, haga entrega de su nieto BRAYAN ALEXANDER MORENO PANESSO, a su madre, la señora MILADIS PANESSO OSPINA, en un término de tres (3) corridos (no hábiles) siguientes a la notificación de la presente decisión. Para tal efecto, la señora MILADIS MORENO PANESSO, deberá acercarse al inmueble en el que habita el niño en mención a fin de que el mismo le sea entregado.

A la Comisaría de Familia de San Francisco, Cundinamarca, se le ordena coordine la diligencia de entrega del menor en mención, asistida del profesional competente en psicología o en trabajo social, en un término máximo de tres (3) días corridos (no hábiles) siguientes a la notificación de la presente decisión. Para tal efecto, fijará fecha y hora para materializar la entrega ordenada.

En caso de que la señora FIDELIGNA GOMEZ, se niegue a hacer entrega del niño, deberá procederse al rescate del mismo y a la entrega posterior a su madre, con la asistencia del cuerpo de Policía de Infancia y Adolescencia destinado al municipio de San Francisco, Cundinamarca.

Se aclara que actuaciones siguientes deberán ser adelantadas en el nuevo municipio de residencia del menor afectado, esto es, ante las autoridades competentes de Yopal, Casanare.

TERCERO: NOTIFICAR virtualmente esta decisión a los interesados en el término que establece la ley y/o por el mecanismo más expedito y eficaz.

CUARTO: REMITIR la presente actuación con destino a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese,

Firmado Por:

**JESUS ANTONIO BARRERA TORRES
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 PROMISCUO DE FAMILIA DE CIRCUITO DE VILLETIA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

d1ea509d6d243debc6d1ef9485ec5834023be558a2dacc754a6887d0c4fbc898

Documento generado en 16/06/2021 10:52:58 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**