El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA DECISIÓN JUDICIAL / REGULACIÓN DE VISITAS / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / NO HAY PETICIÓN PREVIA.**

Acude en esta oportunidad la accionante en su defensa y también en procura de la protección de los derechos fundamentales de su hija menor de edad, presuntamente vulnerados por los accionados que no les garantizan el cumplimiento del régimen de visitas que se estableció mediante sentencia judicial.

Aquí de entrada debe recordarse que tienen dicho la Corte Constitucional y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, como también esta Corporación, en criterio ahora unánime, que “(…) la improcedencia por falta de acción u omisión (de una acción de tutela) ocurre cuando: (i) No hay petición o se resolvió antes de presentar el amparo; y, (ii) La decisión cuestionada es inexistente. Criterio que aplica en amparos contra despachos judiciales”.

Lo que se subraya es importante porque es patente que la tutela es improcedente habida cuenta de que la accionante no le ha elevado al juzgado ninguna queja sobre el presunto incumplimiento al régimen de visitas, por parte del señor JMTC, y tampoco le ha presentado ninguna petición al respecto, ni para que se modifiquen las visitas o para que, ahora, se le otorgue la custodia de la menor, tal como lo pretende con esta demanda.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**PEREIRA**

**SALA CIVIL-FAMILIA**

**ST1-0181-2023**

 Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

 Pereira, junio seis de dos mil veintitrés

 Expediente: 66001221300020230019600

 Acta: 271 del 6 de junio de 2023

Decide la Sala la **acción de tutela** promovida por **LFVM**[[1]](#footnote-1), en nombre propio y en representación de la menor **CTV**, contra el **Juzgado Cuarto de Familia de Pereira**, y a la que fueron vinculados JMTC, el Procurador 21 Judicial II de Infancia, Adolescencia, Familia y Mujeres de Pereira, la Defensoría de Familia que actúa ante este Tribunal, la Comisaria de Familia Alcalá, la Personería Municipal de Alcalá, el Instituto de Bienestar Familiar de Pereira, la Defensoría del Pueblo de Pereira, la Policía de Infancia y Adolescencia, y la Fiscalía General de la Nación.

#### **1. ANTECEDENTES**

1.1. De la extensa demanda y los anexos se extrae, en síntesis, que el juzgado accionado conoce del proceso de custodia, cuidado personal y visitas con radicado 660013110004-**2021-00130-00**, donde se profirió sentencia el pasado 19 de enero de 2022, y en la cual se le asignó la custodia de la menor CTV a su progenitor, señor JMTC, en esa decisión también se fijó la cuota alimentaria a cargo de su madre, señora LFVM, aquí accionante, y se estableció el régimen de visitas.

Aunque la madre no estuvo de acuerdo con esa sentencia, está cumpliendo con la cuota que se le encomendó, sin embargo, el señor JMTC, está incumpliendo con su parte, dado que viene poniendo obstáculos y excusas que impiden las visitas de la madre a la menor.

Por ejemplo, a la mamá le correspondía el fin de semana del 1° de octubre de 2022, época en la cual se celebraría el cumpleaños 6 de la niña, para lo cual ya estaba todo comprado y preparado, pero el día antes, el señor JMTC, informó no entregaría a la menor con la excusa de que había presentado una laceración, la cual era una cortada mínima.

Por ese tipo de comportamientos la señora LFVM ha acudido a diferentes autoridades como a la Personería de Alcalá, al ICBF, a la Policía Nacional, pero ninguna solución ha obtenido; incluso, con la asistencia de la Policía de Infancia y Adolescencia intentó acercarse a su hija en la casa donde está residiendo, pero los agentes no hicieron nada y permitieron que el progenitor continuara incumpliendo el fallo judicial.

Pidió la demandante, entonces, que se le garantice la custodia de su hija ya que ella está en capacidad de garantizarle estabilidad emocional y económica, dado que ya trabaja en una institución privada; también que se le proteja su derecho a la dignidad humana, dado que el señor JMTC *“(…) en las audiencias siempre [h]a manifestado que care[ce] de las capacidades económicas, emocionales e intelectuales como mujer y madre”;* finalmente solicitó conminar a la Policía de Infancia y Adolescencia para que sea efectiva a la hora de hacer cumplir el fallo emitido por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira.[[2]](#footnote-2)

1.2. En esta instancia se dio impulso a la acción con auto del 23 de mayo de 2023, con las vinculaciones arriba señaladas.[[3]](#footnote-3)

1.3. El juzgado accionado remitió el enlace para acceder al expediente de marras, e indicó que *“(…) Mediante sentencia del 19-enero-2022, se resolvió lo concerniente a la custodia, visitas y cuota alimentaria, providencia que está en firme y no fue objeto de reparos por las partes. El Juzgado no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante. Si la accionante pretende modificar lo establecido en la sentencia antes indicada respecto de la custodia de la menor, debe acudir a las acciones judiciales establecidas para esos efectos, de allí que la tutela para esos fines resulte improcedente por existir otros mecanismos judiciales para la protección de los derechos que invoca.” [[4]](#footnote-4)*

1.4. La Defensoría del Pueblo de Risaralda adujo su falta de legitimación en la causa por pasiva.[[5]](#footnote-5)

1.5. El Procurador 21 Judicial II de Infancia Adolescencia, Familia y Mujeres, explicó que *“(…) como no se ha agotado el proceso ordinario y teniendo en cuenta que el juez de tutela no puede sustituir al juez natural, se debe tener en cuenta que el accionante debe primero agotar dicho instrumento procesal, participar del trámite y en los momentos pertinentes, si no está de acuerdo con las decisiones de fondo, deberá interponer los recursos a los que haya lugar para oponerse a las decisiones de la autoridad, en consecuencia, en este momento se torna improcedente la acción de tutela.” [[6]](#footnote-6)*

1.6. La Fiscalía 01 Seccional de Pereira, hizo saber que allí se adelanta un proceso con radicado 66001600036202258659 por la conducta punible de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, en el cual aparece como denunciante LFVM y como indicado JMTC, el cual está activo y en etapa de indagación.[[7]](#footnote-7)

1.7. El ICBF, regional Risaralda informó que en el Centro Zonal Pereira ha sido atendido 5 veces el grupo familiar de la menor CTV, que desde el año 2020 la niña se encuentra en el medio familiar paterno por acuerdo entre los padres y no hay noticia de que la progenitora no pueda tener contacto con la menor. Que el 23 de marzo de 2021 se tomó una decisión administrativa, mediante la Resolución Nro. 12, en la cual se le asignó la custodia al papá, se fijó una cuota alimentaria a cargo de la mamá y se determinó de manera provisional un régimen de visitas; esa decisión fue refrendada por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira.

Agregó que el tema de las visitas no quedó resuelto de fondo en el fallo judicial, por lo cual *“(…) el señor JMTC ha venido haciendo un ejercicio arbitrario de la patria potestad, al dar una interpretación acomodada a sus decisiones e intereses las decisiones adoptadas por las autoridades, impidiéndole a la niña el goce de su derecho a compartir con su progenitora.”*

Pidió, entonces, *“(…) ordenar la práctica de valoraciones psicológicas y estudios sociofamiliares que permitan al Juez tomar una decisión que ponga fin a las controversias permanentes entre las partes, en beneficio del interés superior de la niña CTV”.[[8]](#footnote-8)*

1.8. JMTC apuntó que no están vulnerados los derechos fundamentales de la accionante ni de la menor CTV, al contrario, según una respuesta a solicitud de restablecimiento de derechos por incumplimiento a las visitas que presentó la señora LFVM, que emitió la Defensora de Familia ICBF Centro Zonal Pereira el 13 de marzo de 2023, *“(…) La niña, en conclusión, No presenta vulneración en sus derechos en el medio familiar donde se desenvuelve. Tras el relato de padre e hija se puede evidenciar que la señora LFVM es quien se ha distanciado de la niña durante los últimos seis meses, en los cuales no visita ni se comunica con la niña. Ante esto CTV expresa tristeza porque la esperó dos fines de semana y su madre no llegó ni llamó”.*

**2. CONSIDERACIONES**

2.1. La acción de tutela se constituye en un medio ágil y expedito para que toda persona pueda reclamar ante los jueces, en cualquier momento y lugar, la protección de sus derechos fundamentales, si ellos son vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública y, en determinados casos, por particulares.

Acude en esta oportunidad la accionante en su defensa y también en procura de la protección de los derechos fundamentales de su hija menor de edad, presuntamente vulnerados por los accionados que no les garantizan el cumplimiento del régimen de visitas que se estableció mediante sentencia judicial.

2.2. Aquí de entrada debe recordarse que tienen dicho la Corte Constitucional[[9]](#footnote-9) y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[[10]](#footnote-10), como también esta Corporación[[11]](#footnote-11), en criterio ahora unánime, que *“(…) la improcedencia por falta de acción u omisión* (de una acción de tutela) *ocurre cuando: (i) No hay petición o se resolvió antes de presentar el amparo; y, (ii) La decisión cuestionada es inexistente. Criterio que aplica en amparos contra despachos judiciales”* [[12]](#footnote-12)*.*

Lo que se subraya es importante porque es patente que la tutela es improcedente habida cuenta de que la accionante no le ha elevado al juzgado ninguna queja sobre el presunto incumplimiento al régimen de visitas, por parte del señor JMTC, y tampoco le ha presentado ninguna petición al respecto, ni para que se modifiquen las visitas o para que, ahora, se le otorgue la custodia de la menor, tal como lo pretende con esta demanda.

Es decir, sin una petición al juzgado, es imposible endilgarle una omisión al juez que conoce de esa causa, pues no se le ha dado la posibilidad de valorar los nuevos acontecimientos que, según se afirma en la demanda, están atentando contra el derecho de visitas que les asiste a la mamá y a la niña. Y tampoco hay como imputarles desidia a las demás autoridades accionadas dado que no se demostró que se les hubiera presentado un requerimiento formal para que contribuyan en el cumplimiento de lo decidido en la sentencia proferida en el juicio de alimentos.

Solo se sabe que ante la Fiscalía General de la Nación se instauró una denuncia por el delito ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad contra el señor JMTC, a la cual se le está dando trámite, y en la actualidad el caso se encuentra en etapa de indagación.

Esa circunstancia es suficiente para declarar improcedente el amparo, y así sucederá.

2.3. Una consideración adicional.

Con las pruebas que se anexaron al expediente se deduce que la interacción entre la mamá y la menor puede estar amenazada.

Al punto que, según se aprecia en los videos que se anexaron a esta demanda, el señor JMTC impide que la mamá se lleve a la menor aduciendo que *“(…) desde que no haya un documento de por medio yo no voy a aceptar que la niña se vaya con ella, (…) hasta que no se llegue a un acuerdo oficial (…)”[[13]](#footnote-13).*

Así las cosas, por la importancia que reviste el interés superior de la menor de edad, se oficiará al Juzgado Cuarto de Familia de Pereira para que evalúe la posibilidad de iniciar un trámite incidental tendiente a verificar el cumplimiento al régimen de visitas establecido en la sentencia del 19 de enero de 2022, proferida en el proceso con radicado 660013110004-**2021-00130-00**, y determinar si en la actualidad ese régimen sigue siendo adecuado. También para que ejerza todas sus facultades para establecer si se ha ejercido algún tipo de violencia en contra de la mujer, aquí demandante, y si eventualmente se cumplen los criterios para resolver el asunto atendiendo a la perspectiva de género.

Ello de conformidad con lo previsto en el artículo 129 del CGP y siguiendo la doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que, al respecto, explica[[14]](#footnote-14):

En efecto, respecto a esa temática, esta Corte ya se ha pronunciado en diferentes oportunidades[[15]](#footnote-15), en las que sostuvo que el juez de familia debe asumir un papel activo a la hora de garantizar los derechos de los menores, por eso debe atender las solicitudes efectuadas por las partes referentes al cumplimiento del plan de visitas que impuso en una decisión judicial, pues aunque puedan coexistir otras acciones como la ejecutiva, la denuncia penal o el trámite de restablecimiento de derechos, **lo cierto es que ello no lo autoriza para que se abstenga de adelantar el incidente correspondiente, para que previo traslado a la parte incidentada y la práctica de pruebas correspondientes, adopte las medidas a las que haya lugar, a fin de lograr su acatamiento**.

Al respecto, se puntualizó:

 *(…)*

*6.* ***Así las cosas, se reitera, el competente para hacer cumplir el régimen de visitas impuesto a través de decisión judicial, es el juez de familia que la profirió, quien previo trámite incidental donde escuchara a las partes y decretará las pruebas que estime necesarias, adoptará las medidas que sean conducentes para su cumplimiento, según su sensato juicio****[[16]](#footnote-16), circunstancia que, como se dijo, torna improcedente el resguardo suplicado, ya que el tutelante no puede pretender a través de esta herramienta especialísima que se provea, así sea de manera transitoria, la solución de una cuestión que corresponde dirimir al juez natural, a través del mecanismo judicial…* (CSJ STC17234-2017, EXP. 11001-22-10-000-2017-00627-01). (Destaca la Sala)

También se oficiará al Procurador 21 Judicial II de Infancia, Adolescencia, Familia y Mujeres de Pereira, para que acompañe y asesore a la accionante en el eventual trámite incidental.

**3. DECISIÓN**

En armonía con lo dicho, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA IMPROCEDENTE** la presente acción de tutela.

En atención al interés superior de la menor de edad, se dispone lo siguiente:

(i) Se **OFICIA** al titular del Juzgado Cuarto de Familia de Pereira para que evalúe la posibilidad de iniciar un trámite incidental tendiente a verificar el cumplimiento al régimen de visitas establecido en la sentencia del 19 de enero de 2022, proferida en el proceso con radicado 660013110004-**2021-00130-00**, y determinar si en la actualidad ese régimen sigue siendo adecuado. También para que ejerza todas sus facultades para establecer si se ha ejercido algún tipo de violencia en contra de la mujer, aquí demandante, y si eventualmente se cumplen los criterios para resolver el asunto atendiendo a la perspectiva de género.

(ii) Se **OFICIA** alProcurador 21 Judicial II de Infancia, Adolescencia, Familia y Mujeres de Pereira, para que acompañe y asesore a la accionante en el eventual trámite incidental.

Notifíquese la decisión a las partes en la forma prevista en el artículo 5º del Decreto 306 de 1992, y si no es impugnada, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

A su regreso, archívese el expediente.

Los Magistrados,

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

1. Se omite el nombre de las partes para garantizar sus derechos fundamentales. [↑](#footnote-ref-1)
2. Documento 002. [↑](#footnote-ref-2)
3. Documento 007. [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento 011. [↑](#footnote-ref-4)
5. Documento 013. [↑](#footnote-ref-5)
6. Documento 015. [↑](#footnote-ref-6)
7. Documento 017. [↑](#footnote-ref-7)
8. Documento 020. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-230 de 2014, reitera las SU-975 de 2003 y T-883 de 2008 [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ. STC12717-2019 y STC13358-2019. [↑](#footnote-ref-10)
11. TSP, SCF. Sentencia 25/09/20 Rad. 66001-22-13-000-2020-00129-00, M.P. Duberney Grisales Herrera. [↑](#footnote-ref-11)
12. Ibídem. [↑](#footnote-ref-12)
13. Anexo3Prueba, Carpeta 003. [↑](#footnote-ref-13)
14. CSJ-STC-6990-2018 [↑](#footnote-ref-14)
15. STC11867-2016 y STC17234-2017 [↑](#footnote-ref-15)
16. Esta postura además garantiza que no se judicialice aún más el enfrentamiento o disputa que pueda existir entre los padres, sino que aboga por que se dé una solución a la problemática que se presente, a través del funcionario que en pretérita oportunidad con su decisión garantizó las garantías superiores que le asisten al menor objeto de las visitas. [↑](#footnote-ref-16)