

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

ATP1557-2019

Radicación n.º 106676

(Aprobación Acta No. 245)

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Sería del caso resolver la impugnación interpuesta por David Muñoz Yunda contra el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 14 de agosto de 2019, mediante el cual se declaró improcedente el amparo formulado, si no fuera porque se observa una causal de nulidad que vicia de manera insalvable la legalidad de la actuación que hasta este punto se ha cumplido.

1. Los hechos que motivaron la solicitud de amparo fueron recogidos en la decisión de primera instancia en los siguientes términos¹:

Del extenso escrito de tutela entiende la Sala, en lo pertinente, que el arriba mencionado ciudadano pide al juez constitucional la protección de los mencionados derechos fundamentales, los cuales considera vulnerados por las también referidas entidades y personas porque, en síntesis:

A. – Entre el 10 de diciembre de 2010 y el 8 de septiembre de 2018, convivió con la señora

Paola Andrea Tejeda Castro, fruto de cuya relación nació el 8 de septiembre de 2017 su hijo D.M.T.

B. – El 8 de septiembre de 2018, en la fiesta de celebración del primer año de nacido de su hijo, fue agredido de manera verbal por varios familiares de la señora Tejeda Castro que le manifestaba, entre otras cosas, que era un “mantenido”: fecha a partir de la anterior fecha, su ex pareja no lo dejó volver a ingresar a lugar donde convivían y, además, le impidió volver a ver a su hijo, motivo por el que la denunció penalmente por el delito de “EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA EN HIJO MENOR DE EDAD” que cursa en la Fiscalía 89 Seccional de esta Ciudad.

C. – El 27 de septiembre de 2018, la Comisaría de Familia de Jamundí mediante acta No. 32-2-01-355-2018 fijó de forma provisional y por el término de 4 meses: 1. – la custodia y cuidado del niño D.M.T en cabeza de la progenitora, además; 2. – señaló que el régimen de visitas quedaba a regulación de los padres del menor visitas en las que, en todo caso, siempre debía estar presente la madre del niño y, 3. – le impuso al padre del menor una cuota de alimentos de \$390.000; cuota que, en criterio del accionante, resulta desproporcionada pues no tiene trabajo y, por lo mismo, no se le puede exigir un valor que no puede pagar. Sin embargo, ello no quiere decir que sea un mal padre pues le puede brindar a su hijo educación, salud y recreación pública.

D. – Con base en la mencionada acta de la Comisaría de Familia de Jamundí, se inició proceso ejecutivo de alimentos en su contra que cursa actualmente en el Juzgado 10º de Familia del Circuito de Cali; juzgado que no ha tenido en cuenta el memorial en el que le puso presente que tal acta fue revocada a través de la resolución “No. 230 de 2019” expedida por el nuevo Comisario de Familia de Jamundí.

E. – Agrega, que debido al antecedente agresivo de la familia de su ex pareja, es probable que su hijo pueda ser maltratado y golpeado ya que, de un lado, el mismo se parece mucho

a él y, de otro, la señora Tejeda Castro es una persona que requiere de valoración psicológica, tal como se dejó señalado en el acta de la Comisaria de Familia de Jamundí.

En consecuencia, pide que: 1. – se ordene a la Fiscalía 89 Seccional de Cali, resolver, en menos de 5 días hábiles, la denuncia interpuesta contra la señora Paola Andrea Tejeda Castro por el delito de ejercicio arbitrario de la patria potestad; 2. – se declare la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso ejecutivo de alimentos que se adelanta ante el Juzgado 10º de Familia de Cali y, 3. – se le conceda la custodia provisional de su hijo D.M.T. (Textual).

2. El 1 de agosto de 2019, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali asumió el conocimiento de la solicitud de amparo contra el Juzgado Décimo de Familia de Cali, la Fiscalía 89 delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cali, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Regional Valle del Cauca, la Comisaría de Familia de Jamundí y los ciudadanos Carlos Humberto Tejeda, Emilson Palacios Lozano y Paola Andrea Tejeda Castro.

3. El Juzgado Décimo de Familia de Cali solicitó denegar el amparo invocado porque el mandamiento de pago que libró es ajustado al ordenamiento jurídico y ha sido respetuoso del debido proceso.

4. El 14 de agosto de 2019, dicha autoridad profirió fallo de primera instancia, mediante el cual determinó que la solicitud de amparo con ocasión del proceso ejecutivo por alimentos y la custodia del niño D.M.T. era improcedente porque las

diligencias no han concluido.2

En relación con la Fiscalía 89 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cali descartó la procedencia del amparo porque se encuentra dentro del término legalmente establecido para adelantar la indagación preliminar sobre la denuncia interpuesta por el presunto delito de ejercicio arbitrario de la patria potestad.

5. El 15 de agosto de 2019, David Muñoz Yunda interpuso recurso de impugnación. 3

6. Al respecto, la Sala encuentra que debe decretar la nulidad de todo lo actuado porque no se aplicaron las reglas de reparto, pues al guardar relación con una decisión judicial, mediante la cual fue librado mandamiento de pago en contra del accionante, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali ha debido remitir las diligencias a su homóloga de Familia, por ser la superior funcional del Juzgado Décimo de Familia de Cali.

Así lo dispone el numeral 5 del Artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017:

Artículo 2.2.3.1.2.1. Reparto de la acción de tutela. Para los efectos previstos en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, conforme a las siguientes reglas:

...

5. Las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada.» (Negrillas de la Sala).

Se trata de una nulidad insaneable. Sobre el particular, es de resaltar que la Corte Constitucional mediante el Auto 189 de 2009 reconoció que las acciones de tutela contra providencias judiciales deben repartirse al superior funcional del que dictó el proveído.

7. En consecuencia, se retrotraerán las actuaciones para que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali asuma lo que concierne a la investigación penal que se adelanta y remita al juez de tutela correspondiente lo que concierne al proceso ejecutivo de familia promovido contra el accionante.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 1,

RESUELVE

1. ABSTENERSE de resolver el recurso de impugnación presentado por el David Muñoz Yunda.

2. DECRETAR LA NULIDAD de todo lo actuado dentro de la acción de tutela promovida por David Muñoz Yunda a partir del auto admisorio de 1 de agosto de 2019 inclusive, sin perjuicio de la legalidad de las pruebas allegadas con posterioridad al expediente, por las razones anotadas en precedencia.

3. REMITIR inmediatamente las presentes diligencias a la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, para lo de su competencia.

4. COMUNICAR esta decisión a los interesados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Folios 257 al 260, cuaderno 1.

2 Folios 257 al 267, cuaderno 1.

3 Folio 282 al 299, cuaderno 1.