



## TUTELA

### REPORTE DE CONSULTA

#### RELEVANTE

#### SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA

<b>ID</b>	: 666308
<b>M. PONENTE</b>	: OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
<b>NÚMERO DE PROCESO</b>	: T 1100122100002019-00196-01
<b>NÚMERO DE PROVIDENCIA</b>	: <a href="#">STC7020-2019</a>
<b>PROCEDENCIA</b>	: Tribunal Superior Sala Familia de Bogotá
<b>CLASE DE ACTUACIÓN</b>	: ACCIÓN DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA
<b>TIPO DE PROVIDENCIA</b>	: SENTENCIA
<b>FECHA</b>	: 05/06/2019
<b>DECISIÓN</b>	: REVOCA CONCEDE TUTELA
<b>ACCIONADO</b>	: JUZGADO SEXTO DE FAMILIA DE BOGOTÁ, EXTENSIVA AL DE LA MISMA ESPECIALIDAD Y CATEGORÍA DE SOACHA
<b>ACCIONANTE</b>	: NIXON WILLIAM MELO
<b>FUENTE FORMAL</b>	: Código General del Proceso art. 127, 311

#### ASUNTO:

PROBLEMA JURÍDICO ¿Se vulnera el derecho al debido proceso del padre del menor, al negar el mandamiento ejecutivo por obligación de hacer para que se cumpla la sentencia mediante la cual se otorgó la custodia compartida de su hijo, emitida en el proceso de custodia y cuidado personal del menor?

**TEMA: ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL**

**DERECHO PROCESAL** - Ejecución de las providencias judiciales: improcedencia de la ejecución por obligación de hacer, para cumplir la sentencia que decide la custodia y cuidado personal del menor

**DERECHO PROCESAL** - Incidentes: los asuntos sujetos a trámite incidental deben estar expresamente señalados en la ley

**PROCESO DE CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DEL MENOR** - Improcedencia del trámite incidental para hacer cumplir la sentencia que regula la custodia

Tesis:

«Del contenido de las providencias confutadas (autos de 14 y 26 de marzo de 2019), surge nítido que el estamento censurado encontró que era imposible abrir paso a la coacción implorada por el impulsor, ya que, según averó, la senda establecida por el legislador para materializar los efectos del fallo que definió lo atinente al ejercicio de la custodia de su hijo, lo es el trámite incidental que debe seguirse en el legajo en que se reguló tal aspecto familiar.

Sobre el punto, esa sede exteriorizó que “es inejecutable lo concerniente a la entrega física del menor”, y para sustentar tal raciocinio citó un precedente según el cual

(...) 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 escuchará a las partes y decretará las pruebas que estime necesarias, adoptará las medidas que sean conducentes para su cumplimiento, según su sensato juicio.

3. Analizada tal postura a la luz de las normas que regulan esa materia en el régimen jurídico nacional (custodia y cuidado personal de un menor), la Sala coincide con el “Juzgado Sexto de Familia de Bogotá” y, por ende, se aparta de la tesis sostenida por la Corte Constitucional en T431-2016 en el sentido de que para hacer cumplir el proveído que “reguló la custodia de un menor” no es viable entablar “ejecución por obligación de hacer ya que ello equivaldría a cosificar a la persona humana, con lo cual se quebrantaría su dignidad y otros tantos privilegios que son inherentes a su condición natural.

Con mayor razón cuando, como en este caso, se trata de un problema que involucra, en estrictez, a un sujeto de especial protección constitucional (art. 44 C.P.N.), cuyos derechos ostentan un carácter prevalente sobre cualquier otro y deben, por tanto, ser respetados por el Estado, la Sociedad y la

Familia, que son los encargados de asegurar su realización y desarrollo integral.

Empero, no es posible sostener, como lo hicieron el estrado criticado y esta Sala en STC11867-2016, STC17234-2017 y STC6990-2018, que para resolver tal conflicto se debe promover un “incidente” ante el funcionario que emitió la directriz que se busca hacer cumplir, es decir, el que definió lo concerniente a la custodia del infante, toda vez que el precepto 127 del Código General del Proceso advierte que “solo se tramitaran como incidente los asuntos que la ley expresamente señale (...)”, y en este supuesto no hay una disposición que autorice ventilar esa discrepancia por esa cuerda procesal, lo que deja sin sustento dicho razonamiento».

**DERECHO PROCESAL** - Ejecución de las providencias judiciales - Entrega de personas: competencia del juez de familia que conoce del proceso de custodia y cuidado personal del menor para tramitar la solicitud de entrega del incapaz, sin que pueda admitirse oposición

**Tesis:**

«(...) es del caso expresarlo dada su relevancia para la definición de este suceso, lo que sí procede para zanjar esa clase de disputas, verbi gratia, las enderezadas a hacer cumplir la sentencia que reguló la custodia del menor, es el trámite establecido en el precepto 311 del Código General del Proceso, según el cual “la entrega de incapaces podrá solicitarse en cualquier tiempo, ante el juez o tribunal que lo haya ordenado (...)”, con la advertencia de que “en esta clase de entregas no se atenderán oposiciones”».

**DERECHO AL DEBIDO PROCESO** - Proceso ejecutivo por obligación de hacer: defecto procedimental al no remitir el proceso al juez que conoció de la custodia y cuidado personal

**Tesis:**

«El discrepante aduce que la sede criticada incurrió en un desatino al haber dejado de adelantar la coacción que entabló en procura de hacer cumplir una directiva jurisdiccional que estableció a su favor el derecho a ejercer la custodia de su descendiente, pretextando no ser dable atender tal postulación legal.

De ese sustrato se extrae que lo ansiado por el disidente es que sean invalidados los interlocutorios de 14 y 26 de marzo de 2019 y, en su remplazo, se ordene dar curso al elenco con el que busca efectivizar la directiva a que alude su postulación tuitiva.

[...]

4. Bajo esa lógica, bien pronto se percibe el defecto procedimental cometido por la sede cuestionada, quien pese haber comprendido que carecía de competencia para efectivizar los efectos emanados de la sentencia que definió la custodia del hijo de Nixon William Melo, bajo el entendido que esa atribución la tiene privativamente el operador judicial que definió con antelación dicho conflicto interpersonal de intereses, o sea al Juzgado de Familia de Soacha, se abstuvo de enviar el diligenciamiento a ese órgano para que se pronunciara dentro del marco de sus competencias en torno al “conflicto familiar” suscitado entre los “padres del menor” envuelto en la reyerta.

Tal omisión es trascendente porque aunque ese estamento dejó sentado que no procedía el “mandamiento ejecutivo” al ser inejecutable la prestación de hacer cuya realización se quiso forzar por esa vía, lo cierto es que su justificación lo fue, en gran medida, el hecho de ser la autoridad judicial de Soacha la habilitada para solventar tal conflicto, pues así lo reveló en sus argumentaciones plasmadas en los proveídos de 14 y 26 de marzo de 2018, de donde se sigue que era su deber enviarle la actuación para que arbitrara lo pertinente.

Por ende, en coherencia con lo antelado, se revocará el desenlace opugnado y, en su lugar, se dispensará el resguardo, para lo cual se prevendrá al estamento encartado a fin de que remita la actuación (el ejecutivo por obligación de hacer) a su homólogo en Soacha para que este proceda como lo dispone el precepto 311 del Estatuto Procesal Civil (Ley 1564 de 2012) y de ese modo materialice los efectos de la “sentencia” que dictó el 24 de enero de 2017 en el plenario de “custodia” seguido por Nixon William Melo frente a Yidy Zuleyka Ordóñez Aguirre, para lo cual podrá practicar la diligencia respectiva en el sitio donde se encuentre el “menor” materia de tal “entrega”.