

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
PALMIRA VALLE DEL CAUCA**

Palmira (V.), veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia TUTELA 2a. Instancia No. 90
Rad. 76-130-40-89-002-**2023-00286-01**

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Procede el despacho a resolver el **recurso de IMPUGNACIÓN** presentado por el accionante, **contra la sentencia N° 120 del 06 de julio de 2023¹**, proferida por el **Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca**, dentro de la ACCIÓN DE TUTELA incoada por el señor **JULIO FERNANDO FRANCO QUIJANO**, identificado con la cédula de ciudadanía **N° 94.042.373**, actuando a través de apoderado, contra la **COMISARIA DE FAMILIA DE CANDELARIA (V.)**, la **DEFENSORA DE FAMILIA DE POPAYÁN – ICBF REGIONAL POPAYÁN**. Asunto al cual fueron vinculadas la señora **DIANA MARCELA SERNA BECOCHE**, la señora **DIANA MARCELA SERNA BECOCHE** madre de la menor **H.M.F.S.²**, la doctora **DIANA MARCELA LONDOÑO HERRERA** Comisaria de Familia de Candelaria (V.), doctora Marillín Muñoz Martínez, Defensora de Familia del Centro Zonal del ICBF Popayán (C.).

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

Se solicita el amparo del derecho fundamental al **debido proceso**.

¹ Ítem 019 Expediente Digital

² Se abrevia su nombre para salvaguardar su derecho a la intimidad

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

El accionante a través de su apoderado manifestó que la señora Diana Marcela Serna, madre de la menor H.M.F.S., radicó solicitud de custodia y cuidado personal ante la Comisaria de Familia de Candelaria, argumentando una presunta negligencia por parte de su padre hoy accionante, quien venía ostentado la custodia de manera personal de la menor

Indica que, se procedió a la apertura de la investigación administrativa de restablecimiento de derechos a favor de la menor, mediante **auto 356 del 29/08/2022**, colocando como medida de protección la ubicación de la niña en el medio familiar con su progenitora. Dicho auto fue notificado de manera personal al accionante, quien, presentó a través de apoderado controversia sobre dicho auto, recurso que fue resuelto mediante escrito del **15/09/2022**, donde se dispuso remitir el expediente por competencia al Centro Zonal del ICBF de Popayán – Cauca, donde la defensora de familia, avocó el conocimiento el **13/09/2022**, y dispuso seguimiento de la medida de valoración psicológica y visita domiciliaria, entre otros a través de equipo disciplinario.

Afirma que mediante auto del **16/12/2022**, se fijó fecha para audiencia de pruebas y fallo, a fin de definir la situación de la menor H.M.F.S, diligencia realizada el **26/12/2022**. Sin embargo, de dicha audiencia el hoy accionante Franco Quijano y su apoderado de confianza no fueron notificados, motivo por el cual no pudieron ejercer su derecho a la defensa, ni presentar los recursos de contradicción.

Expresa que, no se tuvieron en cuenta las pruebas aportadas, en el escrito de contestación, frente al auto que ordenó la apertura del trámite, y que fueron presentadas ante la Comisaria de Familia de Candelaria.

Por lo narrado considera vulnerados los derechos fundamentales y acude al trámite que nos ocupa, para solicitar que se protejan sus derechos, ya que esta acción de tutela es el único medio de defensa, toda vez que el proceso de restablecimiento se encuentra archivado y con auto de cierre, además presentó derecho de petición solicitando copia íntegra del expediente, pero que solo le remitieron copias parciales.

LAS RESPUESTAS DE LA ACCIONADA Y VINCULADAS:

A ítem **007** del proceso electrónico la **COMISARIA DE FAMILIA DE CANDELARIA** (V.), procedió a hacer un análisis de cada uno de los hechos, a los hechos primero, segundo, tercero, cuarto, dijo son ciertos, frente al hecho quinto, que es parcialmente

cierto, en el sentido de que ese despacho dio respuesta el 15/09/2022, al escrito presentado por el togado, cuya contestación a la solicitud se encaminó a explicar los lineamientos que establece la ley, procede a describir los informes de las valoraciones y el trámite realizado.

Indica que, no le asiste razón al apoderado, al indicar que tenía competencia para dar respuesta al escrito allegado, toda vez que la solicitud iba encaminada a la práctica de pruebas periciales, y a que se tuvieran como pruebas las allegadas como anexos en el escrito, además solicitó dejar sin efecto el numeral 7 del auto que dio apertura a la investigación donde se otorgó la custodia y cuidado personal de la menor a la progenitora, por lo que se manifestó en las conclusiones que no era competente conocer y pronunciarse respecto a las pretensiones, que debían ser solicitadas al Defensor de Familia del Centro Zonal de Popayán, ya que las diligencias se habían remitido a dicha dependencia, además del escrito del 13/09/2022, para lo de su competencia.

Al hecho sexto, dijo ser parcialmente cierto, ya que no le consta a ese despacho el día en que la defensora de familia avocó el conocimiento, ni las ordenes que emitió. Al hecho séptimo no le consta las actuaciones surtidas por la defensoría de familia, conducentes a la audiencia de pruebas y fallo dentro del proceso de restablecimiento de derechos a favor de la menor, igualmente si fueron notificados el progenitor de la menor y su apoderado de la resolución del fallo.

Al hecho octavo, indica que el escrito presentado por el togado el 13/09/2022, fue remitido el 15/09/2022, por ese despacho al Centro Zonal de Popayán; al hecho noveno, resalta que las actuaciones surtidas en ese despacho se cumplieron conforme a las disposiciones legales; al hecho décimo no le consta la solicitud de copia integral del proceso.

En cuanto a las pretensiones solicita se niegue la nulidad absoluta, y se niegue la acción de tutela, por cuanto la misma es improcedente, ya que no cumple con el requisito de subsidiariedad y desde esa dependencia no se vulneraron derechos fundamentales al accionante.

La **DEFENSORA DE FAMILIA DEL ICBF REGIONAL POPAYAN**, y la señora **DIANA MARCELA LONDOÑO HERRERA**, guardaron silencio.

EL FALLO RECURRIDO

El señor **Juez Segundo Promiscuo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca (ítem 19 expediente electrónico)**, en su decisión decidió negar el amparo constitucional de los derechos fundamentales al debido proceso, legítima defensa y acceso a la administración de justicia, deprecado por accionante a través de apoderado judicial.

Decidió tutelar el derecho fundamental al derecho de petición, y ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Popayán, remita en su integralidad, el expediente de Restablecimiento de Derechos, con radicado HSF N°356-22, adelantado en favor de la menor H.M.F.S., al accionante, y a su apoderado judicial.

LA IMPUGNACIÓN

A **Ítem 021 del expediente de primera instancia**, el accionante **JULIO FERNANDO FRANCO QUIJANO**, a través de su apoderado presentó escrito de impugnación solicitando revocar el fallo proferido, y se declare la nulidad de lo actuado por violación al debido proceso, por defecto factico, por no apreciación de la prueba.

CONSIDERACIONES

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: por activa, la tiene el señor **JULIO FERNANDO FRANCO QUIJANO**, dado que aquél resulta ser el titular de los derechos fundamentales invocados a saber: **debido proceso y petición**, por ende se encuentra legitimado para ser parte activa en esta acción constitucional prevista en el artículo 86 correspondiente, con independencia del resultado final de la acción propuesta.

Por la parte accionada lo está la **COMISARIA DE FAMILIA DE CANDELARIA (V.), DEFENSORA DE FAMILIA DE POPAYÁN – ICBF REGIONAL POPAYÁN**, como quiera que son las destinatarias de la solicitud, y de quienes se afirma no han dado el respectivo trámite, debido a que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

LA COMPETENCIA: Le asiste al despacho de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1382 de 2017, en atención al factor funcional

EL PROBLEMA JURÍDICO: Conforme las pretensiones del accionante y los motivos de impugnación presentados le corresponde a esta instancia determinar, ¿si es procedente revocar la sentencia de primera instancia en la forma pretendida por el impugnante? Ante lo cual se contesta en sentido **negativo** por las siguientes razones.

1. Recordemos que la Acción de tutela (art. 86), se encuentra establecida en nuestra Constitución Política de 1991 y se encaminó a la protección por vía judicial de los derechos fundamentales previstos en el título II, capítulo 1 de dicho estatuto, que se encontraren amenazados o agraviados, y a la vez se encomendó su salvaguarda a la Corte Constitucional, quien tuvo a bien desarrollar dicha norma, para indicar que se trata de amparar los derechos fundamentales, incluso aquellos previstos en otros apartes de la Carta Política y que resultaren fundamentales por conexidad, v.gr. la salud, la dignidad humana. Posteriormente determinó esa Corporación, mediante sentencia **T-760 de 2008** que los llamados derechos fundamentales por conexidad, lo son realmente de forma directa, por ser inherentes a la dignidad de la persona, lo cual legitima que en este expediente nos ocupemos de los invocados por la parte accionante.

2. EL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ. Debe tenerse en cuenta que en acogimiento al precedente jurisprudencial se debe tener en cuenta cómo en tratándose de acciones de tutela no debe mucho tiempo entre la ocurrencia de los hechos que se dicen lesivos y la presentación de esta acción, toda vez que se involucra derechos fundamentales. Situación que en este caso permite decir que no estamos antes hechos actuales los cuales fueron en el año del 2022, por tanto el principio en mención no se da por satisfecho.

3. EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA TUTELA. En atención a lo previsto en el decreto 2591 de 1919, artículo 6, numeral 1 cabe decir que la acción de tutela, aunque protectora de los derechos fundamentales, no fue prevista para suplir otros mecanismos legales de defensa

Así las cosas, con relación al tema propuesto encontramos que en principio según el precedente constitucional la tutela no fue prevista para solucionar este tipo de asuntos, dado el carácter residual de la tutela y la existencia de otro mecanismo judicial. No obstante, ello no ha sido una posición extrema, sino que la misma Corte³ ha tenido a bien precisar la posibilidad de intervenir mediante la presente acción, al señalar que:

“... la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho

³ Sentencia C-132 de 2018 MP. Alberto Rojas Ríos

fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos **que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable** entendido este último como aquél que tan sólo puede resarcirse en su integridad mediante el pago de una indemnización (artículo 6º del Decreto 2591 de 1991).". (negritas del juzgado)

Así mismo mediante su sentencia **T-024 de 2019** reiteró:

"La Corte Constitucional, en sentencia SU-442 de 2016, indico que la solicitud de amparo es procedente si se emplea cuando i) el actor no dispone de otro medio judicial de defensa; o ii) existen otros medios de defensa judicial pero es necesaria la tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; o iii) los recursos disponibles no son idóneos o eficaces, toda vez que su sola existencia formal no es garantía de su utilidad en el caso concreto. En esa medida, destaco que es competencia del juez constitucional examinar cual es la eficacia que, en concreto, tiene el otro instrumento de protección, para lo cual, se debe verificar si "los otros medios de defensa proveen un remedio integral y si son expeditos para evitar un perjuicio irremediable"

Bajo ese examen que se debe hacer para determinar la subsidiariedad, se tiene en cuenta como de igual manera, nuestro ordenamiento jurídico consagra que el Estado Social de Derecho, incluido su preámbulo, su artículo 5 debe adoptar la legislación necesaria para protegerla familia y dentro de ésta en particular a los menores de edad que hagan parte de la misma. Con ese fin de manera preponderante mediante la **ley 75 de 1968** (Por medio de la cual se aprueba la Convención de los Derechos de los niños) fue creado el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, como entidad estatal, autónoma, con patrimonio propio, con competencias específicas, personal profesional diverso (abogados, psicólogos, trabajadores sociales quienes además pueden trabajar en red con otras instituciones públicas), además tiene autoridad legal para intervenir en las relaciones de familia cuando así se requiera, con el fin de protegerla o de salvaguardar a sus miembros si fuere necesario, de modo que sus determinaciones han de cumplirse, aunque claro está pueden ser objeto de eventual revisión por parte de los Jueces de Familia o penales según el caso, quienes finalmente deciden.

Sirva la anterior mención, para entender que asuntos como el presente deben ser dilucidados por el ICBF, de modo que el juez constitucional está llamado a actuar y a decidir, cuando dicha autoridad administrativa no asuma sus funciones (lo cual puede acarrear eventuales responsabilidades disciplinarias.

Cabe recordar que al tenor del **precedente constitucional** la atención primordial que demandan las personas que ostentan la calidad de sujetos de especial protección constitucional, impone al juez constitucional la obligación de tomar medidas en

beneficio de la efectividad de dicha protección especial. Así, entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor debe ser la eficacia de las medidas de defensa que se tomen, en aras de consolidar los principios rectores del Estado Social de Derecho⁴ y el cumplimiento a las normas previstas en la **Convención sobre los derechos del Niño**, artículo 3⁵ que dice:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. .”

Al respecto tenemos que la ley 1098 de 2006 establece en su artículo 50, sobre el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, que es la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados.

En esa misma norma, el art. 51 establece que:

Art. 51. El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra, la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales.

También se debe tener presente que la mencionada Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia expuso en su art. 96 sobre las autoridades competentes en este tipo de asuntos que *"Corresponde a los defensores de familia y comisarios de familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el presente Código. El seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas por los defensores y comisarios de familia estará a cargo del respectivo coordinador del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar."*

Así mismo debe recordarse sobre el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes que la Corte Constitucional⁶, ha dicho:

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-799 de 2006

⁵ Vigente en Colombia desde el 22 de enero de 1991 según la ley 12 de 1991

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-019/20. M.P. Alberto Rojas Ríos.

“El procedimiento se entiende iniciado con la decisión de apertura del proceso, **y culmina con la adopción de una decisión que resuelva si efectivamente se vulneraron los derechos del menor y adopte una medida de restablecimiento** de las establecidas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006 que permita superar la situación evidenciada; estas son: (i) la amonestación de los padres o las personas responsables del cuidado del menor con asistencia obligatoria a curso pedagógico, (ii) el retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y la ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado, (iii) la ubicación inmediata en medio familiar, (iv) la ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso, (v) la adopción y (vi) promover las acciones policivas administrativas o judiciales a que haya lugar. Además de las anteriores, podrá (vii) aplicar las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Adicionalmente, las autoridades cuentan con la posibilidad de adoptar medidas provisionales como lo es la “ubicación en hogar sustituto” para permitir que, en los casos en que el menor carezca de una red familiar que permita su cuidado, sea posible brindarle los cuidados y atenciones que requiere mientras se resuelve de forma definitiva sobre su situación jurídica.” (Resalta el juzgado).

Sirva todo el contexto normativo para entender que en el tema de las relaciones familiares le interés del niño ha de prevalecer, de ahí que se propugne por su bienestar mediante decisiones que **no hacen tránsito a cosa juzgada** tal como lo tiene previsto la jurisprudencia civil emanada de la Corte Suprema de Justicia (STC12085-18), por manera que si grupo familiar con el cual el menor o la menor se encuentra no es idóneo o dejare de serlo se puede provocar de nuevo la valoración y su reubicación, mediante acción familiar. De ahí entonces que la decisión tomada por la defensora de Familia de Popayán no es inamovible, lo cual conlleva a pensar que la presente acción de tutela no puede prosperar dado su carácter residual previsto en el decreto 2591 de 1991, artículo 6, numeral 1.

4. Cabe agregar que en efecto la acción de tutela tiene como condiciones esenciales para su procedencia la **subsidiariedad**; debido a que sólo es viable cuando el perjudicado no dispone de otro medio de defensa judicial, a menos que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, y surge incontrastable la protección efectiva, actual y concreta del derecho fundamental amenazado.

Téngase presente que debe configurarse un perjuicio irremediable para la procedencia de la tutela, pero para ello debe reunir unos requisitos que ha definido la jurisprudencia⁷, entre ellos se encuentra que, el perjuicio deber ser **inminente**, es decir, que amenaza con suceder o está por suceder, las medidas han de ser urgentes para conjurarlo, y **que el perjuicio sea grave**, es decir, de gran intensidad,

⁷ Corte Constitucional, T-225/93, citada en la sentencia T-1159 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

determinada o determinable, y que, **la urgencia y gravedad determinen la impostergabilidad del amparo deprecado**, situación que no fue acreditada en el presente caso, al contrario la lectura de la Resolución No. 344 del 26 de diciembre de 2022, vista a ítem 7, emitido por la Defensora de Familia, denota lo contrario, toda vez que determinó que puede estar bien al cuidado de la madre.

5. La representación por apoderado. Sea el momento para tener en cuenta que la acción de tutela prevista en el artículo 86 constitucional, reglamentada mediante el decreto 2591 de 1991, puede ser ejercida de manera directa por el titular del derecho reclamado, sin requerir que sea abogado. Aún se admite que si una persona no puede actuar por sí misma se puede hacer uso de la agencia oficiosa prevista en el artículo 10 de dicho decreto. No obstante, si se optare por actuar mediante abogado, entonces la jurisprudencia de la Corte Constitucional exige que se otorgue poder, así ha expresado esa Corporación:

"21. Ahora bien, en lo que tiene que ver con el apoderamiento judicial en materia de tutela, esta Corporación ha precisado que *i)* es un acto jurídico formal, por lo cual debe realizarse por escrito; *ii)* se concreta en un escrito, llamado poder que se presume auténtico; *iii)* debe ser un poder especial; *iv)* el poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido para instaurar procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen en el proceso inicial; *v)* **el destinatario del acto de apoderamiento sólo puede ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional.**^[21]

22. De igual forma, la Corte ha enfatizado que cuando la acción de tutela se ejerce mediante representante judicial, es necesario que tenga la calidad de abogado inscrito; así lo ha manifestado esta Corporación en otras decisiones, al advertir que *"que cuando una persona actúa por medio de mandatario judicial, las circunstancias procesales cambian, por cuanto en este evento, se hace necesario acompañar a la demanda el poder por medio del cual se actúa."*

Sirva la anterior cita para hacer ver que en el presente trámite, a ítem 1 de la actuación de primera instancia (memorial de tutela) un profesional del derecho se presenta como apoderado del accionante **JULIO FERNANDO FRANCO QUIJANO** habida cuenta que lo representó dentro del proceso de Restablecimiento de derechos de la menor H.M.F.S., asunto par al cual le fue conferido poder como se ve a **ítem 2, fl 5** del pdf. Sin embargo, en dicho mandato no se incluyó la facultad para instaurar tutelas, ni se le dio otro poder específico para dicho fin, por tanto, no lo puede representar. En su lugar siguiendo el precedente jurisprudencial la presente acción debió ser denegada.

Sin más comentarios con base en lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia N° 120 del 06 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Candelaria, Valle del Cauca, dentro de la ACCIÓN DE TUTELA formulada por el señor JULIO FERNANDO FRANCO QUIJANO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 94.042.373, actuando a través de apoderado, contra la COMISARIA DE FAMILIA DE CANDELARIA (V.), DEFENSORA DE FAMILIA DE POPAYÁN – ICBF REGIONAL POPAYÁN,

SEGUNDO: DENEGAR la ACCIÓN DE TUTELA presentada por el apoderado del señor JULIO FERNANDO FRANCO QUIJANO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 94.042.373, actuando a través de apoderado, contra la COMISARIA DE FAMILIA DE CANDELARIA (V.), DEFENSORA DE FAMILIA DE POPAYÁN – ICBF REGIONAL POPAYÁN.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta decisión conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991, a la accionante, al accionado, a los vinculados y al Juzgado de primera instancia lo acá dispuesto.

CUARTO: REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual REVISIÓN conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991.

CÚMPLASE

LUZ AMELIA BASTIDAS SEGURA

Juez

Firmado Por:
Luz Amelia Bastidas Segura
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 002
Palmira - Valle Del Cauca

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: **fed0579b9df00f823ce4f459b4be035be6a5b3fada08ff9629ef3a331a5cd73b**

Documento generado en 24/08/2023 11:03:43 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>