



REPUBLICA DE COLOMBIA

DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA

JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO

Bucaramanga, catorce de noviembre de dos mil dieciocho

Provee el Juzgado en relación con la Acción de Tutela interpuesta por LR, quien actúa en nombre propio en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – REGIONAL SANTANDER, siendo vinculados LFDC y DJDS en calidad de padres de los menores, CENTRO ZONAL LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, DEFENSORIA DE FAMILIA DE LA OFICINA DE DIRECCIÓN DE SERVICIOS Y ATENCIÓN AL CIUDADANO DEL CENTRO ZONAL DE PROTECCIÓN ESPECIAL – a través del defensor RAFAEL DANIEL CASTRO ARENAS, a la DEFENSORÍA DE FAMILIA N°4 DEL CENTRO ZONAL LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO a través de la Dra. LUZ AMANDA RIAÑO GALIANO, MEPR – esposo de la demandante, OTDB- hogar sustituto, y PROCURADURÍA DE FAMILIA con el propósito de dictar sentencia.

El Despacho advierte que como medida de protección de la intimidad de los niños involucrados a que se hace alusión en los hechos de la demanda, se ordena suprimir de esta providencia el nombre de los niños, el de sus familiares, hogar sustituto, y hogar de crianza, al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación, para los cuales se sustituyen por letras para facilitar la lectura de la presente providencia y la comprensión de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia. Cuando se trate de un nombre ficticio, éste se escribirá en letra cursiva y no se usarán apellidos.

I. INFORMACIÓN PRELIMINAR

Los hechos que han dado lugar a la formulación de la presente acción constitucional son del siguiente tenor:

- Que en el año 2013 nacieron los niños LMDC y DJDD o DJDC, hijos biológicos de LFDC y DJDS; quienes luego de su nacimiento estuvieron varios meses en el ICBF mientras su padre cumplía pena privativa de la libertad.
- Luego indica la parte actora que los niños estuvieron con los familiares paternos, con el padre, sin que se tuviera certeza del paradero de la madre.
- Señala que en el año 2017 el padre DJDS y su esposo MEPR suscribieron ante notario un documento a través del cual se autoriza la afiliación de los niños ante el sistema de salud y la representación de los niños. Así mismo, hizo entrega de la custodia de los niños de manera informal y desde ese entonces los niños empezaron a vivir con ellos –LR y MEPR-, reconociéndolos los niños como padres.
- Manifiesta que en el mes de octubre de 2018 el DEFENSOR DE FAMILIA DEL CENTRO ZONAL DE PROTECCIÓN ESPECIAL LUIS CARLOS SARMIENTO mediante auto N° 366 ordena la apertura de la investigación administrativa de

restablecimiento de derechos, donde se establece que al niño DJDD o DJDC le están vulnerando sus derechos y ordena llevar al niño a un hogar sustituto.

- Señala que firmaron dos notificaciones personales del auto N° 366 y que no conocieron ningún otro pronunciamiento en relación con el niño LMDS, así como tampoco orden alguna de ser llevado a un hogar sustituto. Sin embargo, les indicaron a los señores LR y MEPR que al no tener vínculo legal o consanguíneo con los niños, éstos están siendo retenidos de manera ilegal y por lo tanto, los niños fueron enviados a un hogar sustituto.
- Así mismo, indica que el auto en mención ordenó la búsqueda de la familia biológica materna y paterna de los niños, la realización de los estudios pertinentes por trabajo social y psicología, pero que en ningún momento tienen en cuenta a la familia de crianza, desconociendo sus derechos.
- Finalmente señala que aunque existen vías legales para continuar con el proceso, considera que los derechos de los niños están siendo vulnerados desde que fueron separados de su familia.

Adjuntó como prueba las documentales que reposan a folios 8 a 22 del expediente

#### PETICIONES

Solicita la parte accionante que en virtud del presente trámite constitucional se tutele el derecho fundamental a la familia y en consecuencia:

Se ordene al ICBF y/o a quien corresponda que revoque la medida de protección que ordenó enviar al niño a un hogar sustituto y sea devuelto a su familia de crianza.

Ordenar al ICBF devolver al niño LMDC, para que los niños puedan vivir y convivir nuevamente con quienes reconocen como padres, mientras sigue el proceso administrativo y se normaliza la situación de los niños.

#### DE LAS ACTUACIONES ADELANTADAS POR EL JUZGADO

Una vez se tuvo conocimiento de la existencia del trámite constitucional y teniendo en cuenta las afirmaciones habidas en el escrito genitor, se procedió a integrar a LFDC y DJDS en calidad de padres de los niños, CENTRO ZONAL LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, DEFENSORIA DE FAMILIA DE LA OFICINA DE DIRECCIÓN DE SERVICIOS Y ATENCIÓN AL CIUDADANO DEL CENTRO ZONAL DE PROTECCIÓN ESPECIAL - a través del defensor RAFAEL DANIEL CASTRO ARENAS, a la DEFENSORÍA DE FAMILIA N°4 DEL CENTRO ZONAL LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO a través de la Dra. LUZ AMANDA RIAÑO GALIANO, MEPR - esposo de la demandante, OTDB- hogar sustituto, y PROCURADURÍA DE FAMILIA. Igualmente, se requirió a la DEFENSORIA DE FAMILIA DE LA OFICINA DE DIRECCIÓN DE SERVICIOS Y ATENCIÓN AL CIUDADANO DEL CENTRO ZONAL DE PROTECCIÓN ESPECIAL para que remitiera copia de la totalidad del expediente administrativo de los niños.

#### RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS

**DEFENSORIA DE FAMILIA DEL ICBF – DEFENSORA DE FAMILIA Dra. LUZ AMANDA RIAÑO GALIANO:** En respuesta obrante a folios 41 a 45 del plenario procedió a dar contestación a la presente acción constitucional, señalando que los niños fueron dejados a disposición y protección del ICBF por parte de la POLICIA NACIONAL, al encontrar que vivían con una pareja respecto de quienes no reportan tener ningún parentesco, ni documento que acredite su custodia. Que una vez verificado el cumplimiento de los derechos de los niños, el equipo psicosocial de la Defensoría de Familia de atención y servicios al usuario da a conocer que a los niños le habían vulnerado o amenazados sus derechos, lo que sirvió de fundamento para abrir investigación administrativa de restablecimiento de derechos, decretando como medida provisional de restablecimiento de derechos su ubicación en un hogar sustituto.

Además indicó que la DEFENSORIA DE FAMILIA N° 4 recibe el proceso PARD, avoca conocimiento e inicia la etapa probatoria con el propósito de restablecer los derechos de los niños y determinar cómo los niños salen de la familia de origen y llegan a una familia cuidadora que vive en ciudad diferente de donde vivían los niños, y respecto de quien no tienen parentesco; señala que se recibieron las declaraciones de la familia cuidadora y de la progenitora.

Manifiesta que hasta tanto se surtan las pruebas y estudios psicosociales correspondientes, tanto a los progenitores como a las familias extensas, se procederá a tomar una medida definitiva, resaltando que en todo caso primará el interés superior de los niños. Por lo cual indica que el ICBF no ha vulnerado los derechos fundamentales de los niños y por el contrario dentro del marco de su competencia ha velado por su protección.

Finalmente, hace alusión a la improcedencia de la acción de tutela, su carácter residual, y peticiona que se deniegue el amparo constitucional deprecado.

**PROCURADURÍA JUDICIAL PARA LA DEFENSA DE LA INFANCIA, ADOLESCENCIA Y FAMILIA:** -F. 153 a 154-, trae a colación jurisprudencia de la H. Corte Constitucional sobre la prevalencia de los derechos de los niños y su interés superior, sin presentar oposición a la prosperidad de las pretensiones de la acción de tutela, para lo cual habrá de valorarse si la decisión adoptada por la Defensoría de Familia fue razonable, justificada, necesaria, y proporcional ante la situación vivenciada por los niños y si además no le genera ningún daño o peligro para su desarrollo armónico e integral y la satisfacción plena de sus derechos.

**LA PROGENITORA LFDC** -F. 159 a 162-, inicialmente manifestó tener conocimiento de la investigación administrativa adoptada por el ICBF y que reside en el municipio de Puerto Colombia Atlántico; respecto del caso concreto mencionó que es cierto que los niños estuvieron a cargo de los familiares paternos, dado que el padre de los niños tenía problemas penales y ella era menor de edad y estuvo un tiempo en un centro de menores; que en diferentes oportunidades intentó la recuperación de sus hijos pero siempre estuvo impedida por los familiares del padre; y que se enteró de que sus hijos los tenía los tutelantes, cuando ellos la contactaron para ayudarles a solucionar el problema que tenían con el ICBF, por tanto, considera que los tutelantes están vulnerando los derechos de los niños y que el ICBF es el encargado de establecer cuáles son las mejores condiciones y beneficios de los niños.

LOS DEMÁS ACCIONADOS Y VINCULADOS omitieron hacer pronunciamiento alguno en relación con la presente acción constitucional.

## II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El artículo 86 de la Carta Política consagra la acción de tutela como un mecanismo idóneo para que toda persona pueda reclamar ante los Jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten amenazados o quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares por excepción.

El inciso tercero de la citada disposición contempló que dicha acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En desarrollo del precitado canon Superior se expidió el Decreto 2591 de 1991, el cual estableció en su artículo 6° que la existencia de otros medios de defensa judiciales será apreciada en concreto, en cuanto a su eficiencia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Así mismo, el artículo 14 del mismo decreto estableció que la acción podrá ser ejercida sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito.

La doctrina de la Corte Constitucional ha establecido que eventualmente, el trámite preferencial y sumario prevalece y desplaza al medio ordinario de defensa judicial cuando éste no es idóneo ni eficaz en el caso concreto, o bien cuando el derecho fundamental es susceptible de quedar relegado a un simple enunciado teórico sin vocación real de concreción material.

## III. DE CÓMO SE RESOLVERA EL PRESENTE CASO

El problema jurídico en este evento se concita en determinar si:

*¿Se vulneran los derechos fundamentales de un niño, a tener una familia y a no ser separado de ella y el interés superior del menor cuando, dentro de una actuación administrativa de apertura de investigación, proferida por una Defensora de Familia se ordena como medida provisional remitir a los niños a un hogar sustituto, argumentando que este no se encuentra a cargo de sus padres sino de terceros con los cuales no tiene parentesco legal o biológico?*

La respuesta a este interrogante tiene una respuesta negativa de conformidad con las consideraciones que se esbozan a continuación:

**PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA T-387 de 2016 MP. Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO:**

*"De conformidad con el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, el procedimiento de restablecimiento de derechos culmina en un término máximo de cuatro meses,*

*prorrogables por otros dos por decisión del Director de ICBF. Al cabo de ese término, se debe decidir sobre el restablecimiento de derechos del menor de edad, mediante resolución contra la cual procede el recurso de reposición.*

*De otra parte, de conformidad con el inciso 4° del artículo en cita, las decisiones administrativas adoptadas por los defensores y los comisarios de familia en relación con el restablecimiento de derechos de los niños, se someten a la homologación o confirmación por parte de los jueces de familia, por petición de una de las partes o del Ministerio Público”.*

Igualmente, se señaló en la referida jurisprudencia: *“En relación con la improcedencia de la tutela para controvertir medidas tendientes a restablecer los derechos de los menores de edad, en sentencia T-276 de 2012, esta Corporación determinó que, como regla general, el medio jurisdiccional de homologación es el mecanismo idóneo para controvertir las medidas definitivas tomadas en este tipo de procesos.*

*En la misma decisión se estableció que la tutela puede ser el mecanismo idóneo para proteger los derechos de los menores de edad, cuando se cuestionen actuaciones adoptadas dentro del procedimiento de restablecimiento de derechos y no la medida de restablecimiento en sí misma.”*

Así mismo, es de resaltar que la alta Corte aclaró en la sentencia que viene siendo objeto de estudio en este caso lo siguiente: *“que cuando la tutela se interpone con el fin de obtener el amparo de los derechos de sujetos de especial protección constitucional, como son los menores de edad, debe evaluarse en cada caso concreto si es necesario un pronunciamiento del juez constitucional para salvaguardar sus derechos”.*

#### **NATURALEZA Y ALCANCE DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO T-387 del 2016**

Al respecto la H. Corte Constitucional ha indicado que “El artículo 44 de la Constitución establece algunos de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, identifica las personas y entidades que tienen a su cargo deberes frente a este grupo, y determina que los derechos de los niños y niñas prevalecen sobre los de los demás.

En efecto, de acuerdo con la norma citada, los niños no sólo son sujetos de derechos, sino que sus derechos e intereses prevalecen en el ordenamiento jurídico. Así pues, siempre que se protejan los derechos de los menores de edad cobra relevancia el interés superior del niño, lo que significa que todas las medidas que les conciernan, *“(…) deben atender a éste sobre otras consideraciones y derechos, para así apuntar a que los menores de edad reciban un trato preferente, de forma que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembros de la sociedad”*<sup>1</sup>.

Igualmente, frente a este aspecto se señaló:

*“En conclusión, siempre que las autoridades administrativas y operadores judiciales adopten una decisión de la que puedan resultar afectados los derechos de un menor de edad, deberán aplicar el principio de primacía de su interés superior, y en particular acudir a los criterios fácticos y jurídicos fijados por la jurisprudencia constitucional para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen sus derechos.”*

#### **EL DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA**

En este aspecto la Corte Constitucional en la sentencia T-387 del 2016 indicó:

*“Para establecer si la prevalencia del interés superior de un niño exige que sea separado de su núcleo familiar, además de los criterios generales de análisis ya mencionados, en la*

<sup>1</sup>Sentencia T-767 de 2013; M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*sentencia T-510 de 2003<sup>2</sup> la Corte Constitucional identificó tres tipos de circunstancias que indican cuándo se debe tomar una determinación en este sentido.*

*En primer lugar, existen hechos que son suficientes para decidir en contra de la ubicación de un niño en una determinada familia, estos son: (i) la existencia de riesgos ciertos para la vida, la integridad o la salud del menor de edad; (ii) los antecedentes de abuso (físico, sexual o psicológico) en la familia, y (iii) las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 Superior ordena protección, esto es, abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.*

*En segundo lugar, las circunstancias que pueden constituir motivos de peso para separar a un niño de su familia son "aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar; pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: por ejemplo, el hecho de haber entregado al niño en adopción o de haber delegado el cuidado diario de un menor de edad en personas distintas de sus padres".<sup>3</sup>*

En tal sentido, argumentó la Corte Constitucional:

*"De acuerdo con estos criterios, que deben servir de fundamento a la decisión de apartar a un menor de edad de su familia biológica, para decretar la separación es indispensable hacer una valoración integral de las circunstancias fácticas de cada caso."*

Ahora bien, respecto del concepto de familia, la Corte Constitucional ha proferido una extensa jurisprudencia en la cual, reconociendo la diversidad cultural presente en el país, considera que es indispensable admitir la existencia de formas diferentes de familia. Así entonces, la protección de la familia y del derecho del menor a no ser separado de ella, puede tener lugar por fuera de la familia biológica, para ello se aplica, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte una "traslación del ámbito de operancia del derecho del niño a la familia hacia la familia de crianza con la cual el menor ha desarrollado vínculos afectivos cuya perturbación afectaría su interés superior".

Esa tránsito no es más que el reconocimiento jurídico de un hecho social. El hecho de que algunos menores son dejados al cuidado de otros familiares o de familias conocidas es una conducta que aunque no es deseable, ha permitido a muchos niños acceder a una forma de protección, afecto, y cuidado diverso a la familia biológica.

Esta Corte ha determinado que: *"en numerosas oportunidades, la jurisprudencia constitucional -en concordancia con la jurisprudencia de tribunales internacionales tales como la Corte Europea de Derechos Humanos- ha considerado que, cuandoquiera que (i) un menor ha sido separado de su familia biológica y ha sido cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre el menor y los integrantes de dicha familia, y (ii) la afectación de tales vínculos no promueve el interés superior del menor implicado, entonces el ámbito de protección del derecho de tal menor a tener una familia y no ser separado de ella se traslada hacia su grupo familiar de crianza. En otras palabras: en casos en los cuales se han consolidado lazos de apego entre un niño y su familia de hecho, cuya ruptura amenaza el interés superior del menor y la estabilidad de su proceso de desarrollo, la presunción constitucional a favor de la familia biológica cesa de operar, y se considera, para todos los efectos legales, que el grupo familiar digno de protección constitucional es el constituido por la familia de crianza de dicho menor. Se trata, así, de lazos familiares de hecho que, por su carácter excepcional y su trascendencia para la estabilidad y el desarrollo de los niños implicados, son merecedores de protección constitucional".*

<sup>2</sup> M.P. Manuel José Cepeda.

<sup>3</sup> Sentencia T-510 de 2003.

Al momento de tomar la decisión de separar a un niño de su hogar de crianza deben entonces tenerse en cuenta las implicaciones que dicha separación puede tener sobre su desarrollo. La Corte ha sido clara en asumir que existe un cambio de ámbito de protección de la familia biológica a la de crianza, *“cuando un menor ha sido separado de su familia biológica y puesto al cuidado de una familia distinta durante un lapso lo suficientemente largo como para que se hayan formado vínculos afectivos entre el menor y esa familia de crianza, la separación del menor de esa familia, lo afecta psicológica y emocionalmente y perturba la promoción del interés superior del menor, razón por la cual, el ámbito de protección del derecho del menor a tener una familia y no ser separado de ella se traslada, preferiblemente, hacia su grupo familiar de crianza”*.

En este mismo sentido, la sentencia T-580A de 2011 recordó que el hecho de que un menor sea recibido y cuidado por una familia diferente a la biológica es una manifestación del principio de solidaridad y que tal manifestación solidaria es objeto de protección constitucional. Dijo entonces: *“Esta Corporación ha reconocido en reiterada jurisprudencia, que si un menor carece de una familia que lo asista y proteja, bien porque haya sido abandonado por sus padres, bien porque carezca de ellos o porque no cumplan con las obligaciones que tienen para con sus menores hijos, de forma subsidiaria corresponde al Estado el deber de brindar asistencia y protección. No obstante, los niños también son objeto primordial de la solidaridad social y en esa medida, ante la falta de su familia de origen tiene derecho que otras personas le presten solidaridad. El artículo 44 de la Carta consagra expresamente la trascendencia de la solidaridad establecida a favor de los menores, al considerar que es innegable que la integridad física, moral, intelectual y espiritual de la niñez, y la garantía de la plenitud de sus derechos son asuntos de interés general que no admite excepciones”*.

Las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños clasifica este tipo de hogares de crianza como formas de acogimiento alternativo informal y por lo tanto, susceptibles de protección en atención al interés prevalente del menor. Así *“las decisiones relativas a los niños en acogimiento alternativo, incluidos aquellos en acogimiento informal, deberían tener en cuenta la importancia de garantizar a los niños un hogar estable y de satisfacer su necesidad básica de un vínculo continuo y seguro con sus acogedores, siendo generalmente la permanencia un objetivo esencial. [...] reconociendo que, en casi todos los países, la mayoría de los niños carentes del cuidado parental son acogidos informalmente por parientes u otras personas, los Estados deberían tratar de establecer los medios apropiados, compatibles con las presentes Directrices, para velar por su bienestar y protección mientras se hallen bajo tales formas de acogimiento informal, respetando debidamente las diferencias y prácticas culturales, económicas, de género y religiosas que no estén en contradicción con los derechos ni el interés superior del niño”*.

#### EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS

*“El procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos es el mecanismo que prevé la ley para asegurar a los niños, niñas y adolescentes sus garantías fundamentales.*

*En particular, el artículo 50 del Código de la Infancia y la Adolescencia indica que “se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, 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”.<sup>4</sup> Además, el artículo 52 de la misma normativa establece que el restablecimiento de los derechos es responsabilidad del Estado, a través de las autoridades públicas, las cuales tienen la obligación de adelantar el trámite respecto de los menores de edad que se encuentran en condiciones de riesgo o vulnerabilidad, para que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales.<sup>5</sup>*

<sup>4</sup> Distintas sentencias han destacado la importancia de esta norma, ver, entre otras, las sentencias T-044 de 2014 y T-075 de 2013; M.P. Nilson Pinilla.

<sup>5</sup> La sentencia T-851A de 2012 M.P. Nilson Pinilla, hace un recuento de la normatividad en la materia y se analiza un caso sobre el tema.

*El ejercicio de aquella obligación estatal implica que, de manera inmediata, la autoridad competente compruebe el estado de cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y verifique: 1. el estado de salud física y psicológica; 2. el estado de nutrición y vacunación; 3. la inscripción en el Registro Civil de Nacimiento; 4. la ubicación de la familia de origen; 5. el entorno familiar y la identificación, tanto de elementos protectores, como de riesgo para la vigencia de los derechos; 6. la vinculación al sistema de salud y seguridad social; y 7. la vinculación al sistema educativo<sup>6</sup>.*

Igualmente, ha de resaltarse lo señalado por la alta Corte en cuanto a la adopción de medidas de restablecimiento de derechos de los menores de edad, concretamente lo siguiente:

*“La Corte Constitucional ha fijado reglas para la adopción de medidas de restablecimiento de derechos de los menores de edad, y específicamente ha señalado que el decreto y práctica de medidas de restablecimiento de derechos están sujetos a límites constitucionales, tales como la motivación objetiva,<sup>7</sup> por tal razón toda medida “debe encontrarse precedida y soportada por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente”<sup>8</sup>.*

En ese orden de ideas, las medidas de restablecimiento deben estar justificadas de manera explícita, y además deben ser razonables y proporcionadas<sup>9</sup>. Estos estándares argumentativos limitan el margen de discrecionalidad que ostentan las autoridades competentes según el artículo 96 del Código de la Infancia y la Adolescencia (las defensorías y comisarías de familia)<sup>10</sup> para prevenir, garantizar y restablecer los derechos<sup>11</sup>.

La jurisprudencia constitucional ha establecido algunos elementos que deben considerar tales decisiones, en razón a que se trata de procesos técnicos e interdisciplinarios complejos. Particularmente ha establecido que estas medidas deben:

*“(i) ser precedidas de un examen integral de la situación en que se halla el niño, de modo que no pueden basarse en apariencias, preconcepciones o prejuicios; en otras palabras, cualquier medida de restablecimiento debe fundamentarse en evidencia y criterios objetivos; (ii) deben además responder a una lógica de gradación, es decir, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas; (iii) por tanto, deben sujetarse al principio de proporcionalidad; (iv) se deben adoptar por un término razonable; (v) cuando impliquen la separación del niño de su familia, deben ser excepcionales, preferiblemente temporales y deben basarse en evidencia de que aquella no es apta para cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar; (vi) deben estar justificadas en el principio de interés superior del niño; (vii); no pueden basarse únicamente en la carencia de recursos económicos de la familia, especialmente cuando conlleven la separación del niño de su familia; y (viii) en ningún caso pueden significar una desmejora de la situación en la que se encuentra el niño.”<sup>12,13</sup>*

<sup>6</sup> Artículo 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

<sup>7</sup> Ver la sentencia T-768 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

<sup>8</sup> Sentencia T-572 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>9</sup> Sentencia T-851A-12.

<sup>10</sup> Los comisarios de familia, en los lugares donde existen defensores de familia, solamente pueden ocuparse en los casos de violencia intrafamiliar. En los lugares donde no hay defensores, conocen de cualquier amenaza o vulneración de los derechos de los niños y pueden tomar cualquier medida de restablecimiento, salvo la declaración de adoptabilidad del niño que le corresponde al defensor de familia.

<sup>11</sup> Código de Infancia y Adolescencia artículo 99.

<sup>12</sup> “T-572 de agosto 26 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-572 de julio 15 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; T-671 de febrero 20 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T-502 de julio 30 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-580 de julio 25 de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo; entre otras.”

<sup>13</sup> Sentencia T- 276 de 2012; M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En ese sentido, concluyó la alta corte: *"cualquier medida de restablecimiento de derechos debe estar precedida por un análisis de oportunidad, conducencia y conveniencia. Lo contrario podría conllevar, de manera paradójica, a la negación de los derechos que el Estado pretende proteger y a la admisión de la arbitrariedad como regla, en contra del derecho fundamental al debido proceso administrativo"*

Finalmente, se señaló por la alta Corte:

*"La adopción de medidas de restablecimiento de derechos debe estar precedida y soportada por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente, y justificarse en el interés superior del niño.*

*En particular, las autoridades que tomen estas medidas deben soportarlas en criterios jurídicos que determinen el interés superior de los niños, tales como propender por el desarrollo integral del menor de edad, proporcionar las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, protegerlos frente a riesgos prohibidos, y proveer un ambiente familiar apto para su desarrollo"*

#### DEL DEBIDO PROCESO T-051 de 2016:

*"La Corte Constitucional ha manifestado que el debido proceso comprende: "a) El derecho a la jurisdicción, que a su vez implica los derechos al libre e igualitario acceso ante los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo. b) El derecho al juez natural, identificado este con el funcionario que tiene la capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley. c) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando se requiera, a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso. d) El derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables. e) El derecho a la independencia del juez, que solo tiene efectivo reconocimiento cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo. f) El derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, de acuerdo con los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas."*

*"El debido proceso administrativo ha sido definido jurisprudencialmente como: "(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal". Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca "(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"."*

Finalmente, se señaló: *"Las garantías establecidas en virtud del debido proceso administrativo, de acuerdo a la jurisprudencia sentada por este alto Tribunal, son las siguientes: "(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a*

*que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso."*

#### ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela, ha de decirse que en este caso existe legitimación en la causa por activa y por pasiva, pues a la actora LR, aduciendo tener la calidad de madre de crianza de "LMDC y DJDD o DJDC", cuestiona las decisiones tomadas por el ICBF en virtud del trámite del proceso administrativo de restablecimiento de derechos y en tal sentido, las partes aquí convocadas tienen la suficiencia y capacidad para comparecer al presente trámite constitucional.

Ahora bien, en cuanto al requisito de la subsidiariedad de la acción se hace necesario evaluar las circunstancias fácticas concretas para verificar si existe un perjuicio irremediable inminente a suceder o una actuación que amerite que este Juez Constitucional entre a revisar el caso y de ser procedente, profiera una orden a fin de salvaguardar los derechos fundamentales, especialmente atendiendo a que de por medio se encuentra el interés superior de los niños "LMDC y DJDD o DJDC".

En este aspecto se observa que en los hechos de la acción de tutela, la accionante señaló que la DEFENSORA DE FAMILIA del CENTRO ZONAL LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO-ICBF REGIONAL SANTANDER, en auto 366 de 26 de octubre de 2018 ordenó llevar al niño DJDD o DJDC a un hogar sustituto, sin embargo no se establecieron los derechos vulnerados del otro niño LMDC ni se ordena su traslado a hogar sustituto, y tampoco se hace mención a la familia de crianza, a quienes los niños ya habían compartido más de un año y los reconocía como padres; y es por ello que considera que los derechos de los niños están siendo vulnerados desde el momento en que fueron separados de su familia.

Teniendo en cuenta lo anterior y analizadas las pruebas aportadas por las partes, los informes presentados por las accionadas y partes interesadas, no encuentra este Despacho vulneración alguna al debido proceso de la accionante, en tanto se observa que la DEFENSORA DE FAMILIA CENTRO ZONAL LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO tiene dentro de su competencia adelantar el procedimiento de restablecimiento de derechos de los niños, el cual se encuentra guiado por los trámites dispuestos en el código de infancia y adolescencia, asegurando el acceso igualitario a la actuación administrativa a todas aquellas personas involucradas como lo son los padres o progenitores, su núcleo familiar extenso, las personas que fungen como cuidadores o se consideran familia de crianza; así mismo se observa que las decisiones adoptadas por la DEFENSORIA DE FAMILIA mediante autos de fecha 26 de octubre de 2018, se encuentran motivadas y debidamente sustentadas, en tanto para ello tuvo en cuenta los antecedentes personales de los niños, antecedentes sociales, familiares, las valoraciones realizadas por los profesionales en psicología y nutrición; aunado a ello, se observa que tales decisiones fueron puestas en conocimiento de los interesados, garantizando así el derecho a la defensa de la accionante LR toda vez que siendo notificada de las decisiones adoptadas por la entidad, se le informó de los medios legítimos y adecuados para ser oído, para aportar pruebas y exponer su situación y hacer valer sus derechos, respetándose así el derecho a la igualdad ante la ley procesal, el derecho a la buena fe y la garantía de un proceso guiado por la imparcialidad del funcionario encargado, donde prevalece siempre el interés superior de los niños involucrados. Además debemos agregar que se trata de un procedimiento expedito, en tanto su duración no puede superar los 6 meses, conforme lo indica el ya citado artículo del Código de Infancia y Adolescencia.

Siendo así, y pese a que ella indica no haber sido notificada del auto donde se establecieron los derechos vulnerados del niño LMDC y se ordena su traslado a un hogar de paso, no es menos que en el expediente administrativo existen dos providencias por

medio de las cuales se da apertura de investigación administrativa de restablecimiento de derechos de fechas 26 de octubre de 2018, y que se identifican con los N° 365 y 366 en relación con los niños LMDC y DJDD o DJDC respectivamente, autos que fueron notificados personalmente a los señores LR y MEPR a quienes se les corrió traslado, en debida forma.

Así mismo, cabe anotar que tampoco es cierto que la familia conformada por los señores LR y MEPR no hayan sido tenidos en cuenta por parte de la DEFENSORIA DE FAMILIA, pues justamente dentro de las diligencias adelantadas por la entidad se observa que dentro de la valoración socio familiar de verificación de derechos se realizó entrevista con el señor MEPR; a más de ello, han sido vinculadas y tenidas de presente en las actuaciones adelantadas, siendo notificadas en debida forma de la apertura de la investigación, se ha brindado la oportunidad de recorrer el traslado frente a la decisión adoptada por la entidad, contando para ello con el término de 5 días y advirtiéndose que podían aportar pruebas que quisieran hacer valer, todo ello de acuerdo con el procedimiento establecido en el Código de Infancia y Adolescencia, especialmente en su art. 100.

Ahora bien, frente a la medida tomada por la DEFENSORÍA DE FAMILIA en auto N° 365 y 366 de 26 de octubre de 2018, cumple los requisitos establecidos por la Corte Constitucional, en la jurisprudencia en cita; esto es, la misma no obedeció a criterios subjetivos, sino que fue debidamente motivada, se sustenta en los conceptos suministrados por el equipo interdisciplinario conformado por la trabajadora social, la psicóloga, nutricionista; equipo que tras un análisis detallado de las circunstancias particulares del caso, concluyó que *"aunque los cuidadores actuales de los niños LM y DJ han sido garante en la atención y cuidado en el área de salud y nutrición (...) se recomienda abrir Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD) en la modalidad hogar sustituto, de tal manera que se pueda ubicar familia de los niños y resolver situación de tenencia irregular"*

De modo que, contrario a lo indicado por la parte actora, la decisión de la DEFENSORIA DE FAMILIA, se ciñó a la garantía de los derechos constitucionales de los niños, basándose en un criterio motivado, tras el concepto de profesionales idóneos en la materia y además, atendiendo a las circunstancias fácticas que apuntaban a señalar que el único medio idóneo para garantizar el cuidado del niño era en un hogar sustituto, pues justamente la tenencia irregular de los menores fue la que motivó la investigación que adelanta la entidad.

Así mismo, con la medida tomada no se evidencia que a los niños se les estén vulnerando derechos fundamentales, máxime que se encuentra bajo la custodia del ICBF, en cabeza de un hogar sustituto, recordándose que es esta institución la prevista por el legislador para salvaguardar los derechos fundamentales de los niños, sin que además al plenario, se hubiere aportado una sola prueba que acredite que los niños no cuenta con las condiciones primordiales para su subsistencia y cuidado en condiciones dignas y que con su estadía en el hogar sustituto se le han desmejorado sus condiciones o está siendo afectado en sus derechos fundamentales.

Así mismo, es del caso precisar que la medida tomada por la DEFENSORÍA DE FAMILIA es transitoria, pues así lo establece el art. 59 de la ley 1098 de 2006; y además, no se debe olvidar que se está adelantando un proceso de restablecimiento de derechos de los niños del que se hizo apertura el 26 de octubre hogaño, y en el cual aún se encuentra pendiente por tomar una decisión de fondo, que de acuerdo al art. 100 de la ley 1098 de 2006, *culmina en un término máximo de cuatro meses, prorrogables por otros dos por decisión del Director de ICBF; de manera que al cabo de ese término, se debe decidir sobre el restablecimiento de derechos del menor de edad, mediante resolución contra la cual procede el recurso de reposición.*

*Aunado a ello, de conformidad con la ley 1098 de 2006 en el mismo artículo, se tiene que las decisiones administrativas adoptadas por los defensores y los comisarios de familia en relación con el restablecimiento de derechos de los niños, se someten a la homologación o confirmación por parte de los jueces de familia, por petición de una de las partes o del Ministerio Público".*

Así las cosas, en el caso de autos no estamos en presencia o ante un eventual perjuicio irremediable ni mucho menos una vulneración a los derechos fundamentales de la demandante ni de los niños involucrados que hagan imperiosa o necesaria la intervención del juez de tutela en el trámite administrativo que adelanta el ICBF a través de la Defensoría de Familia, por el contrario, en el proceso de restablecimiento de derechos se ha brindado todas las garantías a las partes, quienes cuentan con los medios idóneos para presentar las solicitudes debidas y allegar las pruebas que pretendan hacer valer en pro de sus intereses.

En esa medida, se denegará improcedente la acción constitucional adelantada por la señora LR.

#### IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bucaramanga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

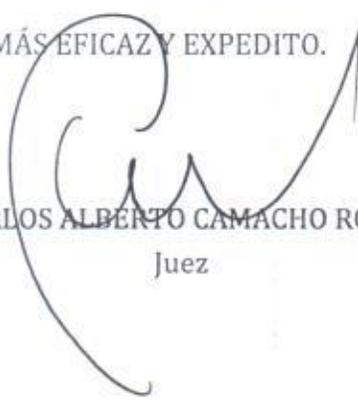
#### V. RESUELVE

**PRIMERO.** DENEGAR POR IMPROCEDENTE la acción constitucional de tutela incoada por LR, quien actúa en nombre propio en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - REGIONAL SANTANDER, siendo vinculados LFDC y DJDS en calidad de padres de los menores, CENTRO ZONAL LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, DEFENSORIA DE FAMILIA DE LA OFICINA DE DIRECCIÓN DE SERVICIOS Y ATENCIÓN AL CIUDADANO DEL CENTRO ZONAL DE PROTECCIÓN ESPECIAL - a través del defensor RAFAEL DANIEL CASTRO ARENAS, a la DEFENSORÍA DE FAMILIA N°4 DEL CENTRO ZONAL LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO a través de la Dra. LUZ AMANDA RIAÑO GALIANO, MEPR - esposo de la demandante, OTDB- hogar sustituto, y PROCURADURÍA DE FAMILIA, conforme se expuso en la parte motiva. En consecuencia,

**SEGUNDO.** Si el presente proveído no es impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, será enviado a la Corte Constitucional en opción de revisión.

**SÉPTIMO.** Una vez en firme el presente proveído ARCHIVENSE estas diligencias.

NOTIFIQUESE POR EL MEDIO MÁS EFICAZ Y EXPEDITO.

  
CARLOS ALBERTO CAMACHO ROJAS  
Juez