



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, seis (06) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-23-33-000-2019-00326-01
ACCIONANTE: SGSA en representación de su menor hija IJSF¹
ACCIONADO: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - DIRECCIÓN ESPECIALIZADA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO - SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. - SARTA Y ARAGÓN CONSULTORES Y ASOCIADOS SYA S.A.S.
NATURALEZA: ACCIÓN DE TUTELA

Procede la Sala, a decidir la impugnación presentada por la parte accionante, contra la sentencia adiada 1º de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se declaró improcedente la acción de tutela.

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- Pretensiones²:

El señor SGSA en representación de su menor hija IJSF, interpuso acción de tutela contra la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN - DIRECCIÓN ESPECIALIZADA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO - SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S. - SARTA Y ARAGÓN CONSULTORES Y ASOCIADOS SYA S.A.S.**, con el fin que se le protejan sus derechos fundamentales a la integridad física, la salud y la familia.

¹ Con el fin de proteger el derecho a la intimidad de la menor accionante y su núcleo familiar, se suprimen los nombres dentro del contenido de esta providencia.

² Folio 3 del cuaderno de primera instancia.

En consecuencia, solicita que se ordene a la parte accionada, cese cualquier medida que perturbe el bienestar de la menor y se abstenga de realizar el desalojo del bien inmueble ubicado en la carrera 36 No. 34 - 31, lote 16, cada 16, Conjunto Residencial Linares de Sincelejo, Sucre, hasta tanto se defina su situación jurídica y se determine si el bien tiene o no procedencia ilícita, mediante sentencia ejecutoriada.

1.2.- Hechos³:

Narra el accionante que él y su menor hija, son sujetos de especial protección, en atención a que su hogar es monoparental, es decir, lo conforman los dos como padre e hija; situación que fue constatada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entidad que expidió el informe psicosocial S-2018007997, previa verificación de la ausencia permanente de la madre de la niña y su incumplimiento de las obligaciones como tal, aunado a que, hay deficiencia de ayuda sustancial de los demás miembros de la familia.

También señala, que la menor presenta un cuadro depresivo, conforme al informe Psicológico rendido por la Psicóloga Akever Torregrosa Tirado, en el que se señaló: *“la paciente presenta un trastorno del estado de ánimo (depresión) y un trastorno de ansiedad (mutismo selectivo), estas patologías deben ser tratadas con la mayor prontitud posible”*. Así mismo, según la evolución de su historia clínica y diagnóstico de la Psicóloga Elizabeth Vergara Peralta, adscrita a la IPS Salud a tu lado S.A.S., la niña presenta *“Cuadro depresivo recurrente”*.

Indica, que la Fiscalía 13 de la Dirección Especializada de la Unidad Nacional de Extinción del Derecho de Dominio, decretó dentro el proceso radicado No. 110016090909068201701995ED, las medidas cautelares de embargo, secuestro y la consecuente suspensión del poder dispositivo de dominio de varios inmuebles, fundamentando su actuar en que la

³ Folios 1 – 3 del cuaderno de primera instancia.

adquisición de tales bienes, presuntamente proviene de una actividad ilícita.

Dice el demandante, que entre los bienes afectados se encuentra uno de su propiedad, ubicado en la ciudad de Sincelejo en la carrera 36 No. 34-31, Lote 16, Barrio Medellín, conjunto residencial Linares, registrado con folio de matrícula inmobiliaria 340-109497 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sincelejo.

Anota, que la anterior decisión fue materializada el 1º de agosto de 2019, por la Fiscalía 70 de la Dirección Especializada de la Unidad Nacional de Extinción del Derecho de Dominio, lo cual consta en el acta de secuestro del inmueble; y a su vez, la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. nombra como depositaria a Sarta y Aragón Consultores y Asociados SYA S.A.S.

El 27 de agosto de 2018, la Sociedad de Activos Especiales S.A.S., emite orden de desalojo e informa, que debe efectuar la entrega inmediata, real y material del inmueble, dentro de los treinta (30) días siguientes a partir del recibo de la comunicación.

Refiere el accionante, que el bien referenciado fue adquirido mediante préstamo otorgado por el Fondo Nacional del Ahorro y las cesantías producto del cargo de Líder de Programa que desempeñó en la Secretaría de Salud del Departamento de Sucre; pesando sobre dicho inmueble gravamen de hipoteca con cuantía indeterminada.

Aduce, que es el único inmueble de su propiedad y es donde habita con su menor hija, por tanto, se encuentra recaudando las pruebas necesarias para ejercer su derecho de defensa ante la medida cautelar decretada por la Fiscalía; sin embargo, aclara, que los trámites respectivos demoran más de treinta (30) días.

1.3.- Contestación:

- **La Fiscalía General de la Nación - Fiscalía Trece Seccional**⁴: Informa, que el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 340-109497, fue afectado dentro del trámite de la acción de extinción de dominio prevista en la Ley 1708 de 2014 - Código de Extinción de dominio, modificado por la Ley 1849 de 2017.

Señala, que dicho proceso se encuentra en fase inicial, etapa a cargo de la Fiscalía General de la Nación, la cual es reservada acorde con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 10 del C.E.D., con la excepción prevista en el numeral 1° del artículo 13 ibídem.

Indica, que la diligencia de materialización de la medida cautelar de secuestro, conforme el acta del 1° de agosto de 2019, fue atendida por el accionante, fecha a partir de la cual, la Sociedad de Activos Especiales SAS "SAE SAS", entregó el bien en depósito provisional a Aragón y Consultores.

Refiere, que el capítulo III del Código de Extinción de Dominio, regula la administración y destinación de los bienes sometidos al trámite extintivo, reglamentado por el Decreto 2136 de 2015 y para este caso, el artículo 92 ibídem, determina los mecanismos para facilitar la administración de bienes, infiriéndose de su contenido, que la Fiscalía no tiene injerencia en las decisiones o actos que adelante la Sociedad de Activos Especiales "SAE SAS", en desarrollo del cumplimiento de su deber legal.

Precisa que, de acuerdo con la citada codificación, el accionante cuenta con otros mecanismos legales para la defensa de sus intereses.

- **El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (vinculado)**⁵: Adjuntó la historia de atención de la adolescente, en la cual se encuentra el informe

⁴ Folio 110 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 100 y ss del cuaderno de primera instancia.

de verificación del estado de cumplimiento de derechos, realizada por el equipo de defensoría de familia en turno.

1.4.- Providencia recurrida⁶:

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 1º de octubre de 2019, declara improcedente el amparo solicitado por el accionante, al considerar que existe un mecanismo judicial alternativo a la tutela, previsto en los artículos 111, 112 y 113 de la Ley 1708 de 2014, *“Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio”*, modificada por la Ley 1849 de 2017, las cuales permiten al afectado con la medida cautelar, solicitar a un Juez de Extinción de Dominio ejercer el control de legalidad sobre dicha decisión.

Respecto a las causales para solicitar la ilegalidad de las medidas decretadas por el Fiscal del caso en el proceso de extinción de dominio, cita las previstas en el artículo 112 de la Ley 1708 de 2014 y señala, que el control de legalidad debe someterse al procedimiento establecido en el artículo 113 de la misma obra, el cual es expedito y rápido, pues, luego de surtirse el traslado de cinco (5) días, el Juez Especializado tiene el mismo plazo, para resolver sobre la legalidad o no de la cautela decretada.

Finalmente anota, que la consideración de improcedencia de la tutela, podría ser eventualmente refutada bajo el argumento de que la accionante es una menor de edad, que al no estar vinculada al proceso de extinción de dominio, carece de legitimación en la causa para solicitar el control de legalidad sobre la medida cautelar decretada por el Fiscal 13 Seccional de la Dirección Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, no obstante, tal apreciación no sería de recibo, en razón a que las actuaciones que su señor padre pueda ejercer en defensa de sus derechos patrimoniales, redundan en beneficio de ella.

⁶ Folios 144 – 151 del cuaderno de primera instancia.

1.5.- Impugnación⁷:

El accionante impugna la decisión anterior, argumentando que el juez de tutela erró al considerar que la acción de tutela iba dirigida a que se levantaran las medidas cautelares en sí, cuando realmente lo que debió resolver era si con la medida de desalojo se vulneraban los derechos de la menor.

Aduce, que en ningún sentido pretende que se levante la medida cautelar, pues, bien señaló que se encontraba recaudando las pruebas necesarias, en ejercicio de su derecho de defensa, ante la medida tomada por la Fiscalía.

También arguye, que el mecanismo judicial alterno a la tutela previsto en los artículos 111, 112 y 113 de la Ley 1708 de 2017, que permite al afectado con la medida cautelar solicitar al Juez de Extinción de Dominio competente, ejercer la legalidad sobre dichas decisiones, resulta inidóneo e ineficaz, ya que este no ofrece una solución integral y en toda su dimensión a la inminencia del daño del cual será víctima su menor hija.

En efecto, señala que la solución integral para saber si el bien tiene procedencia ilícita, solo la brinda una sentencia que lo declare responsable de los delitos por los que es investigado y posteriormente, en un proceso de extinción de dominio, en donde se resuelva que el bien inmueble donde reside la menor tiene origen ilícito, conforme lo señala la Sentencia C-740/2003.

Además, los términos que señala la Ley 1708 de 2017 se supone que son de obligatorio cumplimiento, pero lo cierto es, que la congestión judicial y el término de 30 días calendarios para desalojar el inmueble, ya vencieron. Por tal razón acude a la tutela, con el interés primordial de evitar el daño grave, injustificado e irremediable que se causara en una niña, que es doblemente sujeto de protección especial por parte del Estado.

⁷ Folios 161 – 167 del cuaderno de primera instancia.

Así mismo, alega que el Juez considera que el trámite previsto en los artículos 111, 112 y 113 de la Ley 1708 de 2017 sólo dura 5 días, cuando tal término sólo corresponde al traslado; hay otros procedimientos previos y posteriores que se deben surtir a instancia judicial y de parte, para que se entienda que tal mecanismo judicial tenga una decisión definitiva, sobre la legalidad de las medidas, más no del desalojo.

Por último, destaca que los derechos en juego son los de una menor de edad que deben ser atendidos de manera prioritaria, debiendo considerarse como aspectos relevantes, el interés superior de la niña y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

1.6.- Trámite en segunda instancia:

Por auto del 15 de octubre de 2019⁸, se admitió la impugnación interpuesta por la parte actora contra la sentencia de fecha 1º de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

2. CONSIDERACIONES:

2.1. Competencia:

El Tribunal, es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente la acción, conforme lo establecido en el artículo 37 del decreto ley 2591 de 1991.

2.2.- Problema jurídico.

Teniendo en cuenta los supuestos fácticos descritos, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

⁸ Folio 4, Cuaderno de segunda instancia.

¿La acción de tutela, es procedente para solicitar la protección de los derechos fundamentales invocados por el accionante, en representación de su menor hija?

2.3.- Análisis de la Sala

2.3.1. Acción de tutela. Naturaleza y subsidiariedad.

La tutela, es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando estos resulten amenazados o vulnerados, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas, en el inciso final del artículo 86 de la Carta Política⁹.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los Jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona, la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución, a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Ahora, para la procedencia de la acción, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa para hacer valer sus derechos, salvo que la ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio

⁹ "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión".

Esta acción solo 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"

irremediable, siendo en todo caso, claro está, la existencia de una acción u omisión de la autoridad pública, la que pueda configurar la violación del derecho fundamental, cuyo amparo se pretende.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha reiterado:

“Este mecanismo privilegiado de protección, es sin embargo, residual y subsidiario. Ello significa que sólo es conducente cuando (1) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, - caso en el cual la tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados -, o (2) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste (i) o no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados, o (ii) la tutela es necesaria como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

De lo afirmado se desprende entonces, que por su propia finalidad, la acción de tutela está revestida de un carácter extraordinario, que presupone el respeto por las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como por sus propias acciones, procedimientos, instancias y recursos, a fin de que la acción constitucional no usurpe las competencias de otras autoridades jurisdiccionales.

En aquellos casos en que se constata la existencia de otro medio de defensa judicial, establecer la idoneidad del mecanismo de protección alternativo supone en los términos del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que el otro medio de defensa judicial debe ser evaluado en concreto, es decir, teniendo en cuenta su eficacia en las circunstancias específicas que se invoquen en la tutela. Por esta razón, el juez de la causa, debe establecer si ese mecanismo permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa” a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional, y su habilidad para proteger los derechos invocados.

La jurisprudencia constitucional ha estimado necesario tomar en consideración para apreciar el medio de defensa alternativo, entre otros aspectos, “(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela” y “(b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales”. Tales elementos, junto con el análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten comprobar si el mecanismo judicial de protección alterno es eficaz o no para la defensa de los derechos lesionados o amenazados. De ser ineficaz, la tutela será procedente. Si el mecanismo es idóneo para la protección de los

derechos, se deberá acudir entonces al medio ordinario de protección, salvo que se solicite o se desprenda de la situación concreta, que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”¹⁰

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y con el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales, que procede, por **regla general**, en eventos en que estos se vean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, cuando no exista otro mecanismo judicial para su protección o como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable o cuando existiendo el mecanismo, no es eficaz para el efecto, frente a la exigencia de adoptar medidas urgentes.

En el evento de acciones de tutela formuladas en contra de la Fiscalía General de la Nación y quienes hacen parte de la denominada extinción de dominio de bienes derivada de la comisión de hechos punibles, la Honorable Corte Constitucional, aplicando la subsidiariedad de la acción de tutela, ha señalado como regla general, la improcedencia de la acción de tutela, ante la existencia de mecanismos judiciales eficientes y efectivos que pueden solventar posibles vulneraciones o atentados contra derechos fundamentales.

Al efecto, tan Alta Corporación en Sentencia de Unificación SU – 394 de 2016, sostuvo:

“77. Como se expuso en los fundamentos jurídicos 12 a 30 esta providencia la jurisprudencia de esta Corporación tiene establecido que el primer nivel de análisis que debe abordar el juez constitucional ante este tipo de solicitudes consiste en determinar si la acción cumple con los requisitos generales de procedibilidad.

*78. En el presente asunto, en relación con el requisito general sobre **el agotamiento efectivo de los recursos y mecanismos ordinarios de defensa**, cabe revisar el estado actual del proceso*

¹⁰ Sentencia T-156 de 2010, M.P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de extinción de dominio para concluir que éste no se encuentra satisfecho.

79. La estructura del proceso de extinción de dominio supone la intervención de dos autoridades judiciales -la Fiscalía y los Jueces del Circuito Especializados de Extinción de Dominio de Bogotá-. En el caso del señor Zúñiga Caballero, los jueces, con posterioridad a la resolución de 3 de julio de 2013, no han tenido oportunidad de hacer su pronunciamiento de fondo (art. 13-6 de la Ley 793 de 2002), sobre lo que la Fiscalía resuelva en materia de procedencia o de improcedencia de la acción extintiva en su contra, en tanto que en la actuación se siguen recopilando pruebas.

80. Así, cualquier inconformidad o presunta violación de alguno de los derechos fundamentales del actor debe ser tramitada primero ante la propia Fiscalía General de la Nación, dentro de las oportunidades que prevé el artículo 13 de la Ley 793 de 2002 para tal fin y, posteriormente, ante los jueces de extinción de dominio que en todo caso deberán hacer el pronunciamiento respectivo una vez les sea remitido el expediente por el ente acusador.

81. Por lo anterior, como el trámite procesal no ha terminado, mal podría el juez de tutela relevar y, por ende, excluir a las autoridades judiciales competentes en la adopción de las decisiones necesarias para definir si existe el material probatorio necesario para que en la etapa de juzgamiento se resuelva sobre la procedencia o la improcedencia de la acción de extinción de dominio de los bienes del actor, que la Fiscalía inició formalmente desde el 17 de marzo de 2006 y con apertura de etapa preliminar desde el 26 de diciembre de 2000. Por lo anterior, la Sala Plena no podrá estudiar de fondo la decisión atacada por el señor Zúñiga Caballero en la acción de tutela, pues aquello corresponde al juez natural. El juez especializado de extinción de dominio es la autoridad judicial encargada de emitir pronunciamiento sobre la posible cosa juzgada, el análisis probatorio y el probable desconocimiento del precedente en el proceso extintivo. Al juez constitucional no le compete abordar de fondo los asuntos propios del proceso de extinción de dominio, que aún se encuentra en trámite”.

82. Como se ha indicado, cuando la acción de tutela se dirige contra una providencia judicial, el requisito de subsidiariedad puede ser examinado en dos momentos: i) cuando el trámite procesal ha concluido o ii) cuando la actuación judicial se encuentra en curso.

83. En ese último evento, por regla general, la tutela no procede, por la existencia de los mecanismos judiciales que brinda el proceso ordinario, dado que a través de éstos el interesado podrá manifestar sus inconformidades y obtener la protección correspondiente por parte de la autoridad judicial de conocimiento, que está sometida, en adopción de sus

determinaciones, al imperio de la Constitución y la ley (art. 4 y 230 C.P.).

84. En este aspecto, esta Corporación comparte el análisis de la Sala de Casación Penal y de la Sala de Casación Civil, que actuaron como jueces constitucionales de primera y segunda instancia respectivamente, según las cuales la tutela de la referencia no es procedente porque existe otro mecanismo de defensa judicial. La acción de amparo se interpuso cuando existe un proceso judicial en curso y aún no se habían pronunciado los jueces de extinción de dominio. En efecto, ante la existencia de un medio de defensa judicial especializado, la Corte no puede invadir esa competencia y hacer un análisis de fondo de la decisión atacada” (Negrilla fuera de texto).

2.3.2. La prevalencia de los derechos de los niños en el ordenamiento constitucional colombiano, derivada del principio del interés superior del menor

De conformidad con la Carta Política Colombiana, los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (C. P., art. 44, par. 3º). Este contenido normativo denota la intención del constituyente, de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia, no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.

Esta disposición armoniza, asimismo, con diversos instrumentos internacionales que se ocupan, específicamente, de garantizar el trato especial del que son merecedores los niños, como quiera que “*por su falta de madurez física y mental, necesita[n] protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*”.¹¹ Así, la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño y en la

¹¹ Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Documento A/4354 (1959) del 20 de noviembre de 1959.

Convención sobre los Derechos del Niño.¹² Reconocida, de igual manera, en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24¹⁴), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10¹⁵) y en diversos estatutos e instrumentos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3º, pone énfasis en la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor, al establecer que “[e]n 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”.

¹² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, aprobada por Ley 12 de 1991.

¹³ Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

¹⁴ Adoptada por la resolución A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Aprobada en Colombia por la Ley 74 de 1968. Estos artículos disponen: “Artículo 23. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. // 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. // 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. // 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”. // “Artículo 24. 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado // 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. // 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

¹⁵ Adoptada por la resolución A RES 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Aprobada en Colombia por la Ley 74 de 1968. El artículo 10 dispone: “Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. // 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. // 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”.

La Constitución Política Colombiana, recoge dicho principio expresamente, como fue enunciado, en el párrafo 3° del artículo 44. Igualmente, consigna un listado de los derechos fundamentales de los niños, en el que incluye la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Dispone también el artículo constitucional, que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Y, finalmente, reconoce a favor de la infancia los demás derechos consagrados en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

Son la familia, la sociedad y el Estado quienes están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior del menor.

Este principio pretende orientar el ejercicio interpretativo que debe adelantar la autoridad, cuando se haga necesaria su intervención por encontrarse dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales, uno (el del menor), tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización. Por esta razón, los derechos e intereses de los padres y demás personas relevantes deben ser interpretados y garantizados en función del interés superior del menor, de manera que sólo así, se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños. En consideración a que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados.

Así las cosas, es menester destacar que el Juez constitucional, no puede relevarse de la carga de analizar en cada caso en concreto, las

circunstancias que rodean el conflicto entre los derechos fundamentales de los niños y el de los demás, a fin de administrar justicia bajo el principio del debido proceso.

2.3.3- Caso concreto.

La controversia que se suscita en el presente proceso, versa sobre la presunta vulneración de varios derechos fundamentales invocados por el señor SGSA en representación de su menor hija IJSF, en razón a la orden de desalojo del bien inmueble ubicado en la carrera 36 No. 34 - 31, lote 16, casa 16, Conjunto Residencial Linares de Sincelejo, Sucre; en tal sentido, pretende que se ordene a la parte accionada, cese cualquier medida que perturbe el bienestar de la menor, hasta tanto se defina su situación jurídica y se determine si el bien tiene o no procedencia ilícita, mediante sentencia ejecutoriada.

El A-quo, declaró improcedente el amparo solicitado, al considerar que existe un mecanismo judicial alternativo a la tutela, previsto en los artículos 111, 112 y 113 de la Ley 1708 de 2014, *“Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio”*, modificada por la Ley 1849 de 2017, las cuales permiten al afectado con la medida cautelar, solicitar a un Juez de Extinción de Dominio ejercer el control de legalidad sobre dicha decisión.

El accionante recurre tal decisión, en razón a que lo pretendido no es el levantamiento de la medida cautelar, sino evitar una afectación a los derechos de su menor hija con la medida de desalojo.

Pues bien, una vez analizada la situación fáctica de la presente acción, esta Sala considera que la sentencia de primera instancia debe ser **confirmada**, en razón a que lo pretendido por la parte accionante se torna improcedente, conforme pasa a explicarse.

Conforme las pruebas allegadas al plenario y lo manifestado por las partes, se advierte, que dentro de la Acción de Extinción del Derecho de Dominio, por demás en trámite, radicado No. 110016099068201701995, se encuentra

afectado el inmueble ubicado en la ciudad de Sincelejo, en la carrera 36 No. 34 - 31, registrado con folio de matrícula inmobiliaria 340-109497, de propiedad del señor SGSA, en razón a que la Fiscalía 13 Seccional de la Dirección Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, decretó una medida cautelar de embargo, secuestro y la consecuente suspensión del poder adquisitivo de dominio del referido inmueble¹⁶.

En virtud de lo anterior, se observa, que contra el citado inmueble objeto de extinción de dominio, la Sociedad de Activos Especiales S.A.S., emitió una orden de desalojo¹⁷.

Respecto de tal medida cautelar, se comparte el criterio del A-quo, en cuanto a que el señor SGSA, en calidad de afectado, puede solicitar en ejercicio de su defensa patrimonial y en beneficio de su hija menor de edad, la revisión de la legalidad de esa decisión ante el Juez de Extinción de Dominio, acorde con lo dispuesto en los artículos 111, 112 y 113 de la Ley 1708 de 2014, “Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio”¹⁸, modificada por la Ley 1849 de 2017. Lo anterior, permite inferir la

¹⁶ Folios 41 - 54 del Cuaderno de primera instancia.

¹⁷ Folios 39 – 40 del Cuaderno de primera instancia.

¹⁸ **“ARTÍCULO 111. CONTROL DE LEGALIDAD A LAS MEDIDAS CAUTELARES.** Las medidas cautelares proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado no serán susceptibles de los recursos de reposición, ni apelación. Sin embargo, previa solicitud motivada del afectado, del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia y del Derecho, estas decisiones podrán ser sometidas a un control de legalidad posterior ante los jueces de extinción de dominio competentes.

Cuando sea necesario tomar una medida cautelar en la etapa de juzgamiento, el Fiscal General de la Nación o su delegado lo solicitará al juez competente, quien decidirá con arreglo a este Código.

ARTÍCULO 112. FINALIDAD Y ALCANCE DEL CONTROL DE LEGALIDAD A LAS MEDIDAS CAUTELARES. El control de legalidad tendrá como finalidad revisar la legalidad formal y material de la medida cautelar, y el juez competente solo declarará la ilegalidad de la misma cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando no existan los elementos mínimos de juicio suficientes para considerar que probablemente los bienes afectados con la medida tengan vínculo con alguna causal de extinción de dominio.
2. Cuando la materialización de la medida cautelar no se muestre como necesaria, razonable y proporcional para el cumplimiento de sus fines.
3. Cuando la decisión de imponer la medida cautelar no haya sido motivada.
4. Cuando la decisión de imponer la medida cautelar esté fundamentada en pruebas ilícitamente obtenidas.

ARTÍCULO 113. PROCEDIMIENTO PARA EL CONTROL DE LEGALIDAD A LAS MEDIDAS CAUTELARES. El afectado que solicite el control de legalidad debe señalar claramente los hechos en que se funda y demostrar que concurre objetivamente a alguna de las circunstancias relacionadas en el artículo anterior. La presentación de la solicitud y su

improcedencia de la tutela, al existir otros mecanismos ordinarios, idóneos y eficaces, de defensa al alcance de la parte actora.

Ahora bien, el accionante insiste en que acude a este mecanismo constitucional con el interés primordial de evitar que se cause un daño grave, injustificado e irremediable a su hija, quien es sujeto de especial protección por parte del Estado, toda vez, que ella habita el inmueble y no tiene familiares a dónde acudir, pues, su familia es monoparental, es decir, lo conforman los dos, como padre e hija.

Frente a tal afirmación, se precisa, que pese a la situación expuesta por el impugnante, no es procedente suspender el trámite del desalojo a través de la acción de tutela, por la alegada existencia de la menor en el inmueble objeto de tal medida, en *primer lugar*, porque de admitir lo sugerido por el accionante, sería tanto como aceptar que cada vez que una menor se encuentre viviendo en un inmueble con orden de desalojo, ello imposibilite el derecho a recuperar el bien, limitante que la ley no dispone, como quiera que se encuentran en juego otros derechos constitucionales, como el de propiedad con justo título.

Y si bien, debe aceptarse, pueden en determinado momento enfrentarse derechos que asistan a la menor, con aquellos propios del interés general, representados en la recuperación de bienes producto de un ilícito, lo cierto es que es que tal tensión solo puede resolverse atendiendo el procedimiento que el ordenamiento jurídico ha señalado para la extinción de dominio, en el entendido que es al interior de tal proceso, donde deben ventilarse tales circunstancias, con la evidente advertencia que de lo ilícito no puede emanar derecho alguno, por ende, los derechos del menor, para ser

trámite no suspenden el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación procesal.

Formulada la petición ante el Fiscal General de la Nación o su delegado, este remitirá copia de la carpeta al juez competente que por reparto corresponda. Si el juez encontrare infundada la solicitud la desechará de plano. En caso contrario, la admitirá y surtirá traslado común a los demás sujetos procesales por el término de cinco (5) días.

Vencido el término anterior, el juez decidirá dentro de los cinco (5) días siguientes. Las decisiones que tome el juez en desarrollo del presente artículo, serán susceptibles del recurso de apelación.

materializados y protegidos no pueden tener como garantía de protección, bienes cuyo título se anuncia como ilícito y en consecuencia, para proteger tales derechos de los menores, debe acudir a la red de protección o instancias de atención, que inicia con la familia y culmina con el Estado¹⁹, invocándose la figura del restablecimiento del derecho, que por demás debe partir de considerar “*el entorno familiar y la identificación, tanto de elementos protectores, como de riesgo para la vigencia de los derechos*” (art. 52.5 del Código de la infancia y la adolescencia, modificado por el art. 1º de la Ley 1878 de 2018), resultando evidente que la privación de la libertad del progenitor de la menor, es ya un hecho constitutivo de vulneración de los derechos que asisten a la menor, especialmente si se invoca inexistencia de red familiar, como lo señala su propio representante legal.

En *segundo lugar*, en línea con lo expuesto, porque en caso de preverse afectación o amenaza alguna a los derechos de la menor, dada la situación planteada, corresponde acudir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “ICBF”, para que adelante las gestiones necesarias a fin de brindarle el apoyo y la protección adecuada.

Frente a este último argumento, se observa que el ICBF tiene conocimiento de la situación de la menor, pues, en el sub examine allegó prueba de la historia de atención de la adolescente, dentro de la cual se encuentra el informe de verificación del estado de cumplimiento de derechos, realizada por el equipo de la Defensoría de Familia en turno, del que se aprecia las valoraciones psicológica, nutricional, socio familiar y el perfil de vulnerabilidad de la menor, entre otros aspectos, concluyendo además, que se han garantizado los derechos de la menor, como se anota en el documento que líneas adelante se transcribe.

¹⁹ “**Artículo 10 Ley 1098 de 2006. Corresponsabilidad.** Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección...”

Al efecto, en el concepto de equipo sobre la valoración integral de la niña IJSF, se lee:

1.8 CONCEPTO VALORACIÓN INTEGRAL	
Fecha	Concepto de Equipo
23/09/2019 0:00:00	<p><i>Es obligación del estado velar por el cumplimiento de los derechos de todos los niños, niñas y/o adolescentes, y en dado caso en que haya lugar a vulneración de uno o más derechos, o presenten situaciones que interfieran en su pleno desarrollo de manera negativa será el mismo Estado el encargado con apoyo de instituciones como el ICBF, de restablecerlos y tomar las medidas pertinentes para la plena garantía de los mismos.</i></p> <p><i>Una vez verificado el estado de cumplimiento de derechos de la adolescente IJSF, el equipo de defensoría conceptúa que la menor presenta sus derechos garantizados, pues cuenta con una red familiar materna en el municipio de Magangué con quienes permanece durante las vacaciones escolares, la cual podría servir de apoyo en caso que se requiera; mas sin embargo, se observa desde el área de psicología una alteración en su estado emocional (trastorno depresivo recurrente) debido a la situación que en estos momentos se encuentra viviendo la familia, por lo que se sugiere continuar con la atención terapéutica por psicología desde la EPS. Por lo anterior, se concluye que no se amerita la apertura de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos (Negrilla fuera de texto).</i></p>

Como se advierte, el ICBF, como ente encargado de tomar las medidas pertinentes para la plena garantía de los derechos de la menor, le corresponde, en caso de proseguirse con la orden de desalojo, ubicarla en casa de un familiar y en el evento que ello no fuere posible, deberá ubicarla en otro lugar que garantice sus derechos fundamentales, acudiendo a las reglas que regulan este tipo de situaciones.

En ese orden de ideas, se considera que en el presente asunto no existe una razón de peso que amerite la intervención inmediata del juez constitucional; máxime, cuando se ha dicho que el señor SGSA, dentro de la acción de extinción de dominio, puede solicitar la revisión legal de la medida y en el evento de probar alguna de las circunstancias de ilegalidad previstas en la ley, la decisión de desalojo puede ser revertida.

A lo anterior debe añadirse, en *tercer lugar*, que es el Juez Especializado de Extinción de Dominio, la autoridad judicial encargada de emitir pronunciamiento sobre la situación jurídica de los bienes, especialmente de aquellos que han sido objeto de medida cautelar, por ende, como lo sostiene la jurisprudencia, al juez constitucional no le compete abordar de fondo los asuntos propios del proceso de extinción de dominio, que aún se encuentra en trámite, como ocurre en este caso.

Así las cosas, este Tribunal encuentra razones suficientes para confirmar la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 1º de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con lo anotado.

SEGUNDO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

TERCERO: De manera oficiosa, por Secretaría de este Tribunal, envíese copia de la presente decisión al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 0158/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA