



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA
SALA CIVIL FAMILIA**

Despacho 03 HONORABLE MAGISTRADA: BRIYIT ROCIO ACOSTA JARA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta a través de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Cúcuta, ubicada en la Avenida Gran Colombia Palacio de Justicia Bloque C Piso 2 Oficina 205C,

NOTIFICACION POR AVISO:

A los siguientes **VINCULADOS** A ACCION DE TUTELA

1. **IRMILENIS MARIANA ORONoz MALENO**

PARTES EN LA ACCION CONSTITUCIONAL

ACCIONANTE: DEFENSORES DE FAMILIA DEL CENTRO ZONAL CUCUTA DOS REGIONAL NORTE DE SANTANDER DEL ICBF -DANIEL ANDRES CAMARGO ROJAS Y JESUS ARMANDO OSORIO

ACCIONADO: JUZGADO QUINTO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CUCUTA

CLASE DE PROCESO:

ACCION DE TUTELA

Vulneración del Debido Proceso y el PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR

RADICADO JUZGADO: **54001 2213 000 2024 00005 00**

RADICADO TRIBUNAL: **2024-00005**

PROVIDENCIA A NOTIFICAR: SENTENCIA

De fecha: **01 DE FEBRERO DE 2024**

La vinculada debe concurrir a este despacho judicial a recibir notificación personal de: 1) Sentencia de tutela;

VER DOCUMENTO

El AVISO se entenderá surtido transcurridos Uno (01) día hábil después de la publicación de la presente.

LUIS EMILIO TOLOZA TITIAN
Secretario Adjunto Sala Civil Familia



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
SALA CIVIL - FAMILIA

OFICIO No. 0167

San José de Cúcuta, Febrero 02 de 2024

SEÑORA
IRMILENIS MARIANA ORONoz MALENO
MADRE DE LA NIÑA A.V.A.O
CALLE 11 AVENIDA 13 BARRIO EL LLANO FRENTE AL SUPERMERCADO FAMI
CIUDAD

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA RADICADO DEL TRIBUNAL NO. 54001-2213-000-2024-0005-00 – RADICADO INTERNO NO. 2024-0005-00 PROMOVIDA POR LOS DEFENSORES DE FAMILIA DEL CENTRO ZONAL CÚCUTA DOS REGIONAL NORTE DE SANTANDER DEL ICBF, DANIEL ANDRÉS CAMARGO ROJAS Y JESÚS ARMANDO OSORIO, EN CONTRA DEL JUZGADO QUINTO DE FAMILIA DE CÚCUTA.

Para su conocimiento y demás fines pertinentes, me permito **NOTIFICARLE** el contenido de la **SENTENCIA** proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, el día primero (01) de febrero del presente año por la H. Magistrada Sustanciadora de la Sala Civil Familia de esta Corporación, Doctora **BRIYIT ROCÍO ACOSTA JARA**.

Atentamente,

Olga Yarima Tiria Romero.

OLGA YARIMA TIRIA ROMERO
OFICIAL MAYOR SALA CIVIL FAMILIA

Anexo: Sentencia enunciada

OlgaT



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
SALA CIVIL – FAMILIA
Área Constitucional

BRIYIT ROCÍO ACOSTA JARA
Magistrada Ponente

Proceso	Acción de Tutela – Primera Instancia
Radicado Tribunal	54001-2213-000-2024-00005-00
Radicado Interno	2024-0005-00
Accionante	Defensores de Familia Daniel Andrés Camargo Rojas y Jesús Armando Osorio
Accionado	Juzgado Quinto de Familia de Cúcuta

San José de Cúcuta, primero (1) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO A DECIDIR

Surtido el trámite previsto en el Decreto 2591 de 1991, procede esta Sala de decisión adscrita a la Sala Civil – Familia del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en ejercicio de sus competencias legales y constitucionales a resolver la acción de tutela relacionada en el epígrafe.

ANTECEDENTES

Hechos.

Manifiestan los Defensores de Familia que por el Juzgado Quinto de Familia de Cúcuta se está incurriendo en violación del debido proceso e interés superior del menor, al interior del expediente radicado No. 54001-3160-005-2023-00572-00, producto de la aplicación de una norma que aún no ha entrado en vigencia, incurriendo en un defecto sustantivo.

Relatan los accionantes que, Daniel Andrés Camargo Rojas, como Defensor de Familia, generó el conflicto negativo de competencia para continuar conociendo del proceso administrativo de restablecimiento de derechos que inició por competencia a prevención, a favor del menor A.V.A.O., el cual correspondió por reparto al Juzgado Quinto de Familia de la ciudad, quien mediante proveído del 11 de diciembre de 2023 lo declaró competente.

Refutan que, para tomar la citada determinación, el juzgado accionado aplicó el parágrafo primero del artículo 5 de la Ley 2126 de 2021, indicando que su entrada en vigencia se dio desde el 4 de agosto de 2023, lo cual afirman es desacertado, comoquiera que, el artículo 203 ibidem, en su parágrafo primero establece que aquella disposición regirá a partir del 1° de julio de 2024.

También alegan que, por el contrario, el párrafo segundo del artículo 5 ejusdem determina que, cuando el defensor o comisario conozca de casos diferentes a los de su competencia, verificará la garantía de derechos, y de ser necesario dará inicio al proceso de restablecimiento de derechos, ordenará las medidas de protección y remitirá el caso a la autoridad competente, tal y como procedió en el presente asunto.

Pretensiones.

Con fundamento en los anteriores hechos, solicitan los accionantes (i) se ordene dejar sin efecto la providencia emitida por el accionado el 11 de diciembre de 2023, (ii) se determine que la competencia para conocer el proceso administrativo de restablecimiento de derechos del menor A.V.A.O. recaerá en la Comisaría de Familia Permanente de Cúcuta y (iii) se compulsen copias a la Procuraduría General de la Nación y la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía de San José de Cúcuta por las actuaciones de obstaculización, retardo y negación del servicio por parte de la Comisaría Permanente de Cúcuta.

Trámite.

Con auto del 22 de enero de 2024 se admite la acción, vinculándose a la Comisaría de Familia Permanente de Cúcuta y la señora Irmilenis Mariana Oronoz Maleno, madre de la niña A.V.A.O. y concediéndose el término de un día para el traslado al accionado y vinculados.

En ejercicio del derecho de defensa, se allegan contestaciones así:

El *Juzgado Quinto de Familia de Cúcuta* manifiesta que, en efecto, el 4 de diciembre de 2023 avocó conocimiento del conflicto de competencia aludido por los actores y requirió tanto al Defensor de Familia como a la Comisaria de Familia Permanente para que allegaran las diligencias que tuvieran en su poder. También pidió información del Caivas.

Indica que, el criterio normativo aplicado para la emisión de la decisión de fondo no se funda en la norma aludida por los defensores, sino en la falta de existencia de hechos de violencia intrafamiliar en contra de la menor y la comisión de la conducta por parte de un tercero que, si bien fue compañero permanente de la progenitora de A.V.A.O., para el momento del denuncia, investigación y apertura del PARD no formaba parte de la unidad doméstica de la niña, con lo cual se desdibuja la competencia de la comisaría de familia.

Que, aun cuando el párrafo 1º del artículo 5 de la Ley 2126 no ha cobrado vigencia, las demás disposiciones contenidas en la misma y que se relacionan con la violencia intrafamiliar si se encuentran vigentes y fueron las que se aplicaron en el proveído del 11 de diciembre de 2023.

Precisa que, la interpretación y análisis de la norma debe darse de manera conjunta con los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y de este Tribunal Superior, en cuanto a la existencia de hechos de violencia intrafamiliar para determinar la competencia entre defensores y comisarios de familia en aras de salvaguardar los derechos de los NNA que se encuentren inmersos en casos de abuso sexual.

Que, entonces, se tiene prohibido tipificar en la norma trasuntada un actuar que resulta susceptible de ser encuadrado en otro delito sancionado con mayor severidad, siendo el de los delitos sexuales el tipo ejemplo, pues tienen no solo una descripción más precisa y especial, sino que su punibilidad es mayor que la de la violencia intrafamiliar.

Discurre que, no resulta lógico que ante la presencia de una situación que involucra comportamientos atentatorios contra la sexualidad de una persona, se prefiera radicar la investigación en un ente que conoce genéricamente de la violencia intrafamiliar, sobre todo cuando ello implica desplazar a una unidad creada, concebida y puesta en marcha para especializarse y concretarse en la atención, auxilio e investigación de conductas sexuales.

Considera que, la conducta de la cual fue víctima la menor se basa única y exclusivamente en hechos de abuso sexual, de allí, que no tenga sustento alguno su adecuación en hechos de violencia intrafamiliar y no resulta admisible que se someta a la menor A.V.A.O por parte del ICBF a una atención diferencial en cabeza de una entidad que no solo no es especializada en asuntos de abuso sexual, sino que además carece de los profesionales y elementos idóneos para su atención y abordaje.

Reitera que, no se demostró por parte de la Defensoría de Familia la existencia de hechos de violencia intrafamiliar, de los que fuera víctima la menor por parte de algún miembro de los que habitara de manera permanente en su unidad doméstica y que activara la competencia de las Comisarías de Familia, razón por la cual no puede menoscabarse los derechos de la menor y redireccionarse la atención especializada que debe recibir por parte de los profesionales del ICBF-CAIVAS en una entidad con menor capacidad de abordaje.

Finalmente solicita denegar la acción por improcedente, en la medida que, de su parte, se surtieron todos los trámites requeridos sin quebrantar derecho alguno.

La *Comisaría de Familia Permanente de Cúcuta* expresa que, aun cuando desconoce el criterio que conllevó a la señora Juez de Familia a determinar que la competencia del asunto era de la Defensoría de Familia, comparte tal decisión pues garantiza el acceso a la justicia a la menor y se ajusta a la jurisprudencia, además, no es admisible que el Defensor pretenda endilgar su competencia a la Comisaría alegando hechos de violencia intrafamiliar que no fueron verificados ni constatados por su equipo interdisciplinario, aun cuando fue dicha entidad la que realizó diversas intervenciones a la menor desde principios de 2023.

Que, en los procesos de abuso sexual debe prevalecer el interés superior de los NNA y no es dado que se pretenda generar un agravio al asignar competencia a las Comisarías de Familia, las cuales no cuentan con el equipo técnico interdisciplinario especializado ni con la red de investigación de Caivas.

Refiere que, el envío de las diligencias a esa Comisaría sin existir siquiera indicios de violencia intrafamiliar en el núcleo de la menor, evidencia la dilación y vulneración de derechos por parte del Defensor de Familia, pues no solo inobserva lo dispuesto en la normatividad vigente y la línea jurisprudencial, sino que desconoce que por su equipo interdisciplinario se plasmó que *"en cuanto al área familiar, las relaciones han sido funcionales y armoniosas, basados en el amor, respeto y sana convivencia, la autoridad es ejercida por la representante legal, existe cumplimiento de normas y reglas establecidas en el hogar"*.

Que, entonces, teniendo en cuenta que contra la menor no se generaron hechos de violencia intrafamiliar en su unidad doméstica y la denuncia interpuesta en agosto de 2023 ante el ICBF se origina por hechos de abuso sexual, la remisión realizada a esa Comisaría no tiene sustento alguno.

Discurre que, el Defensor de Familia no solo no realizó la respectiva verificación de derechos de que trata el artículo 1 de la Ley 1878 de 2018 en debida forma, sino que pretende vaciar su competencia en supuestos de violencia intrafamiliar obviando la naturaleza propia de la Defensoría de Familia y además violando los derechos de la menor producto del no adelantamiento de actuación alguna a su favor, pues de haber realizado una valoración e intervención basada en los preceptos de la norma, se hubiesen generado garantías de no repetición y protección integral, lo cual no ocurrió pues presuntamente siguió siendo víctima de abuso sexual durante todo el año 2023.

Que, la niña no fue remitida a valoración por medicina legal, ni se tomaron por el Defensora actos urgentes y necesarios para garantizar su atención por la entidad promotora de salud. Situación que dificultó establecer y esclarecer los hechos materia de investigación, en lo concerniente a si se presentaron hechos de acceso carnal, lesiones personales o lesiones que afectaran su salud mental.

Por lo anterior, solicita no acceder a las pretensiones de la acción.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela es la vía jurídica preferente, sumaria y subsidiaria¹ a la cual toda persona puede acudir cuando considera que sus derechos fundamentales son amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, en los casos expresamente previstos por el legislador. Se caracteriza por ofrecer protección inmediata² en ausencia de medios ordinarios de defensa, o en presencia

¹ Sentencias T-827 de 2003, T-648 de 2005 y T-015 de 2006, entre otras.

² Sentencia T-570 de 2005, entre otras.

de estos, si se tramita como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³.

Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el Juzgado Quinto de Familia de la ciudad trasgredió derechos fundamentales, dentro del expediente radicado No. 54001-3160-005-2023-00572-00, correspondiente al conflicto de competencia suscitado entre la Defensoría de Familia del Centro Zonal 2 y la Comisaría de Familia Permanente, ambos de Cúcuta, al atribuir a la primera la competencia para conocer del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la menor A.V.A.O.

De la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Los funcionarios judiciales son autoridades públicas que en el ejercicio de sus funciones deben ajustarse a la Constitución y a la ley y garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Política. Para salvaguardar la autonomía judicial y la seguridad jurídica -principios de relevancia constitucional- que pueden verse afectados por la revisión de una providencia judicial en sede de tutela, la jurisprudencia constitucional⁴, en particular en la Sentencia C-590 de 2005, desarrolló y tiene decantada la regla general de su improcedencia, precisando que para la viabilidad del amparo tuitivo contra providencias judiciales, han de hacer presencia dos tipos de requisitos, a saber: **i)** los denominados generales, de naturaleza estrictamente procesal, y **ii)** los llamados específicos, de naturaleza sustantiva, que recogen los defectos que antes eran nombrados vías de hecho, hoy causales de procedibilidad en materia de acción de tutela contra providencias judiciales.

En la sentencia SU-273 de 2022, la Corte enunció las condiciones generales de procedencia, así:

"(i) relevancia constitucional: el juez de tutela sólo puede resolver controversias de orden constitucional con el objeto de proteger derechos fundamentales, no puede inmiscuirse en controversias meramente legales; (ii) subsidiariedad: el accionante debe agotar todos los medios de defensa judicial a su alcance, excepto cuando el amparo se presente como mecanismo transitorio o cuando tales medios no sean idóneos; (iii) inmediatez: la protección del derecho fundamental vulnerado debe buscarse en un plazo razonable; (iv) irregularidad procesal decisiva: si lo que se discute es una irregularidad procesal, esta debe tener un efecto determinante en la providencia que se ataca; (v) identificación razonable de los hechos que transgreden el derecho: el actor debe precisar los hechos vulneradores y los derechos cuya protección pretende, también es necesario que estos factores se hayan alegado en el proceso judicial, siempre que ello haya sido posible; (vi) que no se ataquen sentencias de tutela: esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos

³ Sentencias SU-544 de 2001, SU-1070 de 2003, C-1225 de 2004 y T-698 de 2004, entre otras.

⁴ Sentencias T-125/12, T-429/11, T-453/10 y T-231/94, entre otras.

fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión se tornan definitivas, y (vii) legitimación en la causa por activa y por pasiva: esto quiere decir que la acción sea interpuesta por quien padeció la vulneración del derecho fundamental, su representante legal, mediante apoderado, agente oficioso o el Defensor del Pueblo; en contra de quien tiene la aptitud legal de ser llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, en caso de que transgresión resulte demostrada”

Por otra parte, superado el análisis de los presupuestos generales, para que se configure un vicio en la providencia judicial es necesario que concurra, por lo menos, uno de los siguientes defectos o causales específicas de procedencia:

"a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución. "Se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque: (i) deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto; o porque (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución”.

CASO CONCRETO

Descendiendo al asunto sometido a consideración, comoquiera que el debate se centra en el presunto desconocimiento de derechos al interior de una providencia judicial, lo primero que ha de verificar la Sala es si se superan los presupuestos generales de procedencia de la acción de tutela, pues solo en dicho evento puede el juez constitucional adentrarse en el fondo de la vulneración demandada.

Lo anterior, en el entendido que la procedencia de la acción constitucional contra una providencia judicial está supeditada al cumplimiento de rigurosos requisitos, puesto que “[n]o se trata entonces de un mecanismo que permita al juez constitucional ordenar la anulación de decisiones que no comparte o suplantar al juez ordinario en su tarea de interpretar el derecho legislado y evaluar las pruebas del caso. De lo que se trata es de un mecanismo excepcional, subsidiario y residual para proteger los derechos fundamentales de quien, luego de haber pasado por un proceso judicial, se encuentra en condición de indefensión y que permite la aplicación uniforme y coherente -es decir segura y en condiciones de igualdad- de los derechos fundamentales a los distintos ámbitos del derecho.”⁵

Entonces, volviendo a la causa en cuestión de entrada se advierte que tiene *relevancia constitucional*, toda vez que se alega la presunta conculcación al debido proceso y la prevalencia del interés superior del menor. De igual manera se cumple el presupuesto de *inmediatez*, comoquiera que se interpuso la acción en un término razonable, si se tiene en cuenta que la providencia atacada data del 11 de diciembre del año inmediatamente anterior. En el mismo sentido se supera la *subsidiariedad*, dado que contra la decisión cuestionada no procede recurso. También se satisfacen tanto la *legitimación* por activa como por pasiva, en el entendido que el conflicto de competencia se suscitó por la Defensoría de Familia, en cuanto a la primera, y quien lo decidió fue el Juzgado Quinto de Familia de la ciudad, en lo que respecta a la segunda. Igualmente se enunciaron debidamente los hechos y derechos presuntamente amenazados y no se trata de una *sentencia de tutela*.

Ahora, a fin de establecer si la decisión controvertida incurre en el defecto sustantivo que le endilga el extremo actor, habrá de recordarse primeramente lo que sobre el particular ha dejado decantado el Máximo Tribunal de lo Constitucional.

En sentencia SU072 de 2018 la Corte recordó que el defecto sustantivo “*parte del reconocimiento de que la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta. En consecuencia este defecto se materializa cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto. La jurisprudencia de este Tribunal en diferentes decisiones ha recogido los supuestos que pueden configurar este defecto, así en las sentencias SU-168 de 2017 y SU-210 de 2017, se precisaron las hipótesis en que configura esta causal, a saber:*

(i) *Cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional.*

(ii) *La aplicación de una norma requiere interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y resultan necesarias para la decisión adoptada.*

(iii) Por aplicación de normas constitucionales pero no aplicables al caso concreto. En este evento, la norma no es inconstitucional pero al ser aplicada al caso concreto vulnera derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicada.

(iv) Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia.

(v) Al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de efectos erga omnes. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.

(vi) Por aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es abiertamente contrario a la constitución.

Adicionalmente, esta Corte ha señalado que una autoridad judicial puede incurrir en defecto sustantivo por interpretación irrazonable, en al menos dos hipótesis: (i) cuando le otorga a la disposición jurídica un sentido y alcance que esta no tiene (contraevidente); o (ii) cuando le confiere a la disposición infraconstitucional una interpretación que en principio resulta formalmente posible a partir de las varias opciones que ofrece, pero que en realidad contraviene postulados de rango constitucional o conduce a resultados desproporcionados”.

Volviendo a lo que es materia de estudio, del auto calendado 11 de diciembre de 2023, por medio del cual la señora Juez Quinto de Familia de esta urbe dirimió el conflicto de competencia suscitado entre la Defensoría de Familia y la Comisaría de Familia Permanente, ambas de Cúcuta, se extrae que, el principal fundamento normativo para adoptar la decisión de que se queja el extremo actor fue:

“Si bien es cierto y de conformidad con el artículo 5° de la Ley 2126 de 2021:

“(…) Los comisarios y Comisarías de Familia serán competentes para conocer la violencia en el contexto familiar que, para los efectos de esta ley, comprende toda acción u omisión que pueda causar o resulte en daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, patrimonial o económico, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión que se comete por uno o más miembros del núcleo familiar, contra uno o más integrantes del mismo, aunque no convivan bajo el mismo techo (...)”,

El párrafo 1° del artículo 5° de la ley 2126 de 2021, de la Competencia en su parte pertinente reza:

“PARÁGRAFO 1. Cuando en un mismo municipio concurren Defensorías de Familia y Comisarías de Familia, la competencia se determinará así:

- 1. El comisario o la comisaria de familia se encargará de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando se presenten vulneraciones o amenazas de derechos dentro del contexto de la violencia*

familiar, excepto cuando se trate de cualquier forma de violencia sexual. Negrilla fuera del texto.

- 2. El defensor o la defensora de familia se encargará de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes en las circunstancias de vulneración o amenaza de derechos diferentes de los suscitados en el contexto de la violencia familiar.**
- 3. El defensor o la defensora de familia será competente respecto de cualquier forma de violencia sexual, sin distinción de quien cometa la vulneración. En caso de existir dentro del mismo núcleo familiar otros niños, niñas y adolescentes víctimas de violencias distintas a la sexual, el defensor o la defensora de familia asumirá competencia frente a todos ellos. Negrilla Fuera del Texto.**
4. En aquellos casos en los cuales además de la violencia sexual en el contexto familiar contra el niño, niña o adolescente, se hayan presentado hechos de violencia contra uno o varios de los integrantes adultos de su núcleo familiar, la competencia será asumida por el comisario o la comisaria de familia”.

Norma que ha cobrado vigencia a partir del 04 de agosto de 2023.

Y que para la presente controversia es válido referenciar el parágrafo 1° del artículo 47 ibidem, del cual se cita:

"PARÁGRAFO 1°. Los casos que estén bajo el conocimiento de las Defensorías de Familia y de las Comisarías de Familia, y que difieran de la competencia establecida en el Parágrafo Primero del Artículo 5 de la presente ley, continuarán siendo tramitados hasta su finalización, ante la autoridad que los esté conociendo". (subrayado y negrilla del texto original).

Ahora, si bien es cierto la ley a la cual acudió la falladora establece en su artículo 47 que su entrada en vigencia opera *a partir de su promulgación*, esto es del 4 de agosto de 2021, y que el parágrafo 1° del artículo 5, entre otros, *entrarán a regir a partir de los dos (2) años de su entrada en vigencia*, lo cual sería en la fecha aludida por el despacho enjuiciado en su providencia, 4 de agosto de 2023.

No es menos cierto que, la Ley 2294 del 19 de mayo de 2023⁶ previó en el artículo 203, parágrafo 1° que *“Con el fin de asegurar el tránsito institucional hacia la estructuración del Sistema Nacional de Justicia Familiar, el parágrafo 1o del artículo 5o y el artículo 44 de la Ley 2126 de 2021, entrarán a regir a partir del 1o de julio de 2024.”* (subraya la Sala).

Luego, sin mayor dubitación se puede concluir que, en efecto, como lo consideró la parte accionante, el Juzgado Quinto de Familia de Cúcuta aplicó en su providencia

⁶ Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 “Colombia Potencia Mundial de la Vida.

resolutoria del conflicto de competencia una norma que para la fecha no se encuentra vigente, pues aun cuando inicialmente se encontraba establecido que regiría a partir del pasado 4 de agosto, con posterioridad se extendió el inicio de su aplicación al 1° de julio del presente año.

Ahora, más allá de la evidente aplicación indebida de la norma, considera la Sala pertinente, a fin de garantizar la prevalencia del interés superior de la menor en cuyo favor se está adelantando el proceso de restablecimiento de derechos y evitar que se presente más dilación en su tramitación, verificar si al establecerse en cabeza de la Defensoría de Familia la competencia para conocer del mismo, tal y como lo hizo en su resolutive el despacho accionado, se desconoce lo reglado sobre el particular.

Para efectos de lo anterior, lo primero es recordar que el Decreto 936 de 2013, en su artículo 7 regula que los agentes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar son aquellas entidades que ejecutan acciones relacionadas con la protección integral de niños, niñas y adolescentes definida en el artículo 7 de la Ley 1098 de 2006 y el fortalecimiento familiar, estableciendo que, el SNBF en el ámbito municipal y distrital está conformado por:

- "1. Los municipios o distritos.*
- 2. Los Centros Zonales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar presentes en su jurisdicción.*
- 3. Las Defensorías de Familia.*
- 4. Las Comisarías de Familia.*
- 5. Las Inspecciones de Policía, en municipios donde no haya Defensoría de Familia o Comisaría de Familia.*
- 6. Las entidades descentralizadas funcionalmente o por servicios con funciones y competencias en los municipios asociadas a la prestación del Servicio Público de Bienestar Familiar.*
- 7. Aquellas entidades, instituciones o agencias, públicas o privadas, solidarias o comunitarias, que ejerzan actividades inherentes a dicho sistema en el ámbito de un distrito o municipio.*
- 8. Las organizaciones de la sociedad civil y de la cooperación internacional que desarrollen líneas de acción en infancia, adolescencia y fortalecimiento familiar."*

Luego, tanto comisarías como defensorías de familia son agentes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Ahora, sobre el particular que hoy ocupa la atención, ya en ocasión anterior este Tribunal Superior, en su Sala Civil Familia y con ponencia del Magistrado Roberto Carlos Orozco Núñez, tuvo la oportunidad de pronunciarse así:

“Véase que las comisarías y defensorías de familia integran el Sistema Nacional de Bienestar Familiar pero en el plano municipal o distrital. Las primeras son dependencias adscritas a las alcaldías; mientras que las segundas hacen parte de los Centros Zonales de las oficinas regionales del ICBF. También ellas –defensorías y comisarías- han tenido mención y desarrollo en varias de las disposiciones que desde sus respectivas existencias han sido expedidas. En la actualidad sus competencias se encuentran en la Ley 1098 de 2006, mejor conocida como Código de la Infancia y la Adolescencia, que se refiere a ambas del siguiente modo:

Entidad	Defensorías de Familia	Comisarías de Familia
<i>Definición legal</i>	<i>Son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, encargadas de prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes (artículo 79)</i>	<i>Son entidades distritales o municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, cuya misión es prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia <u>conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar</u> y las demás establecidas por la ley (artículo 83).</i>
<i>Funciones</i>	<i>1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza. 2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes.</i>	<i>Corresponde al comisario de familia: 1. Garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar. 2. Atender y orientar a los niños, las niñas y los adolescentes y demás miembros del grupo familiar en el ejercicio y restablecimiento de sus derechos. 3. Recibir denuncias y adoptar las medidas de</i>

	<p>5. Dictar las medidas de restablecimiento de los derechos para los niños y las niñas menores de catorce (14) años que cometan delitos.</p> <p>6. Asumir la asistencia y protección del adolescente responsable de haber infringido la ley penal ante el juez penal para adolescentes.</p> <p>11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar.</p> <p>12. Representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.</p> <p>14. Declarar la situación de adoptabilidad en que se encuentre el niño, niña o adolescente.</p> <p>16. Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito.</p>	<p>emergencia y de protección necesarias en casos de delitos contra los niños, las niñas y los adolescentes.</p> <p>4. Recibir denuncias y tomar las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar</p> <p>5. Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar.</p> <p>6. Practicar rescates para conjurar las situaciones de peligro en que pueda encontrarse un niño, niña o adolescente, cuando la urgencia del caso lo demande.</p> <p>7. Desarrollar programas de prevención en materia de violencia intrafamiliar y delitos sexuales.</p> <p>8. Adoptar las medidas de restablecimiento de derechos en los casos de maltrato infantil y denunciar el delito.</p> <p>9. Aplicar las medidas policivas que correspondan en casos de conflictos familiares, conforme a las atribuciones que les confieran los Concejos Municipales.</p>
--	--	--

6.- Nótese, ello es cierto, que -como lo pregona la tutelante- el legislador le otorgó a las comisarías de familia unas competencias asociadas en mayor medida a los

casos de violencia intrafamiliar, los cuales debe prevenir, o restablecer y reparar para los eventos en que ya hayan sido materializados. Y por violencia intrafamiliar cumple entender cualquier daño físico, psíquico, a la integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión que sufra una persona por parte de un miembro de su grupo familiar, a tono con lo que indica el artículo 16 de la Ley 1257 de 2008.

De cara a la definición que viene de presentarse, una primera conclusión que podría extraerse es que ciertamente los vejámenes, abusos o actos no consentidos de índole sexual que una persona recibe de parte de otra que integra su núcleo familiar, bien puede encuadrarse en violencia intrafamiliar. Y si de ese temperamento son las cosas, no se aprecia desvarío alguno de la Juez Tercero de Familia al radicar en cabeza de la Comisaría la investigación por las denuncias que involucran como víctima a la hija de (...), pues los actos que la afectan se atribuyen a integrante de su núcleo cercano.

7.- Sin embargo, no puede perderse de vista que también el propio legislador le dio a la violencia intrafamiliar el carácter de conducta o instituto jurídico de contenido general, que debe ceder su paso y no resulta aplicable cuando el comportamiento se encuadra en un delito más grave. En efecto, así está previsto en el artículo 229 del Código Penal Colombiano que alude al punto en estos términos:

"El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años." (Las subrayas no son del texto original).

Es decir, se tiene prohibido tipificar en la norma trasuntada un actuar que resulta susceptible de ser encuadrado en otro delito sancionado con mayor severidad. Y el típico ejemplo, sin duda, es el de los delitos sexuales. Resulta ser que estos últimos tienen no solo una descripción más precisa y especial, sino que su punibilidad es mayor que la de la violencia intrafamiliar. Entonces lo que no quiere el legislador es que una conducta que afecte el bien jurídico tutelado del pudor sexual, se juzgue como violencia intrafamiliar, pues ello implicaría un premio para el procesado. De allí que, se reitera, se le diera a esta última un carácter supletivo o sucedáneo, aplicable en tanto y en cuanto el acto de violencia genéricamente entendido no se engastase en otro tipo que corresponda a una descripción mucho más precisa.

Y ciertamente a juicio de la sala ha de ser ese el parámetro que también gobierne la actividad de las autoridades administrativas competentes en la disciplina familiar. Es que no resulta muy lógico que ante la presencia de una situación que involucra comportamientos atentatorios contra la sexualidad de una persona, se prefiera radicar la investigación en un ente que conoce genéricamente de la violencia intrafamiliar, sobre todo cuando ello implica desplazar a una unidad creada, concebida y puesta en marcha para especializarse y concretarse en la atención, auxilio e investigación de conductas sexuales. La primera es supletiva de la segunda, y lo que ella significa es que solo puede entrar en acción cuando el asunto de que se trate no entre en el radio de competencia preciso, determinado y específico de

ésta. Y cuando se encuentra involucrado un niño, entonces los criterios de asignación de competencias deben ser mucho más celosos y estrictos.

Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, si lo que la denuncia anónima manifestó fue que la pequeña V.S.G.P. estaba siendo afectada en su sexualidad, no se podía legítimamente abandonar esta descripción especial para en su lugar hacer escalar la cuestión hacia una figura que no solo es genérica, sino que tiene una punibilidad más reducida. Y es incomprensible también que se desprecien los conocimientos, experticia e integralidad de un equipo preparado para afrontar comportamientos de contenido sexual, para en su lugar preferir a una entidad legalmente ideada para tramitar los casos genéricos de violencia intrafamiliar. Se le dio mayor importancia, en fin, a quien no tiene sino una competencia general en desmedro de quien está especializado en un determinado y específico tema.

Es que el propio ICBF reglamenta ese tipo de situaciones en el denominado "Lineamiento técnico para la atención a niños, niñas y adolescentes, con derechos amenazados o vulnerados, víctimas de violencia sexual", aprobado mediante la Resolución 8376 del 4 de Julio de 2018. Ese documento ha de representar el código, manual o directriz de procedimiento atendible para los eventos en que un menor de edad sea afectado por cualquiera de las múltiples conductas de contenido sexual que allí se describen. Y de su lectura podrá notarse que todas las instrucciones impartidas tienen como destinatarios a los defensores de familia, que no a los comisarios.

Es mas, hay al menos un par de conceptos expedidos por la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, en los que se especifica que son de incumbencia de la defensoría CAIVAS o defensorías de centros zonales –en los lugares en que aquellas no funcionen- las investigaciones por denuncias de actos sexuales perpetrados contra infantes. El primero de esos conceptos es el 150 del 9 de Diciembre de 2015, en el que se puede leer lo siguiente:

(2.3) Competencia para adelantar el proceso según el lineamiento técnico para el programa especializado de atención a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual.

El lineamiento técnico para el programa especializado de atención a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, contempla lo siguiente:

(...)

2.6. RUTA DE ATENCIÓN

2. Cuando existe Centro Zonal y CAIVAS:

Todos los casos de violencia sexual que se recepcionen en los Centros Zonales de la jurisdicción serán atendidos integralmente allí, en todas las etapas del proceso administrativo de restablecimiento de derechos. La atención terapéutica se debe direccionar al CAIVAS, quien se encargará del proceso terapéutico del niño, niña o adolescente víctima. Asimismo, se coordinarán acciones con el sector salud en

cumplimiento a lo ordenado en la Ley 1146 de 2007 para garantizar atención terapéutica oportuna.

Si el agresor es mayor de 14 años se remitirá al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, con el fin de que acompañe el proceso legal, inicie el proceso administrativo de restablecimiento de derechos y dentro de éste garantice la atención terapéutica especializada para el joven y su familia.

Si el ofensor es menor de 14 años el Centro Zonal desarrollará la atención terapéutica necesaria.

Todos los casos que se recepcionen en los CAIVAS siempre y cuando el agresor sea mayor de edad deben ser atendidos íntegramente en todas las etapas del proceso administrativo de restablecimiento de derechos por el Equipo Técnico Interdisciplinario de Defensoría del CAIVAS, conformado por psicólogo, trabajador social y defensor, en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos incluida la intervención terapéutica; si el ofensor es mayor de 14 años y menor de 18 deberá remitirse al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.

3. Cuando existe únicamente Centro Zonal

Todos los casos de Violencia Sexual que se recepcionen en los Centros Zonales de la jurisdicción, serán atendidos allí íntegramente en todas las etapas del proceso administrativo de restablecimiento de derechos incluyendo la atención terapéutica.

Si el presunto agresor es mayor de 14 años se remitirá al Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes, donde se garantizará desde la Defensoría de Familia el proceso de Restablecimiento de Derechos y se realizará acompañamiento de las acciones judiciales.

Asimismo, se coordinarán acciones con el sector salud en cumplimiento de la Ley 1146 de 2007 para garantizar atención terapéutica oportuna".

El otro es el concepto 104 del 5 de Septiembre de 2017, en cuyas conclusiones se plasmó lo siguiente:

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal expuestas se puede concluir lo siguiente:

Primero: *El lineamiento técnico para el programa especializado de atención a niños, niñas y, adolescentes víctimas de violencia sexual, establece claramente las formas de ingreso y la ruta de atención para esta clase de vulneración.*

Cuando el caso es recepcionado en el Centro Zonal, deberá atenderse integralmente allí, todas las etapas del proceso administrativo de restablecimiento de derechos y la atención terapéutica deberá ser coordinada con el sector salud en cumplimiento a lo ordenado en la Ley 1438 de 2011 y la Resolución 459 de 2012 del Ministerio de Salud y Protección Social.

Segundo: *La atención de niños, niñas o adolescentes, víctimas de violencia sexual requieren de la atención inmediata e impostergable de las autoridades que tengan*

conocimiento directo de los Casos, mediante la aplicación de las medidas y actos de urgencia que dichas vulneraciones ameriten.”⁷

El anterior criterio, incluso ha sido reiterado en la sentencia emitida dentro de la tutela con radicado No. 54001.2213.000.2024.00009.00, emitida en esta misma fecha, con Ponencia del Magistrado Roberto Carlos Orozco Núñez, en la cual además de hacerse un amplio estudio de las normas que rigen la materia, se concluye que la competencia para conocer de los asuntos como el que dio origen a la presente tutela, es de los Defensores de Familia, argumentos que esta Sala comparte en su totalidad.

Corolario, aun cuando como se anotó inicialmente, fue desatinada la alusión que hizo el juzgado accionado de una norma que no se encuentra vigente, a partir de lo anterior no hay duda que la resolutive contenida en la providencia que se reprocha por los actores no se torna contraria con el ordenamiento jurídico.

Es que, conforme se extrae de las documentales adosadas a este trámite de tutela, el proceso de restablecimiento de derechos se inició y se ha venido adelantando por los presuntos actos sexuales de los que fue víctima la menor, los que si bien se cometieron en el entorno familiar por el excompañero sentimental de la madre, como se dejó sentado, no pueden reducirse a actos de violencia intrafamiliar como lo pregonan los accionantes, los cuales, en todo caso, no se dejaron demostrados.

Ello implicaría no solo una posible condena menor para el agresor, sino que afectaría el acompañamiento que ha de brindarse a la niña A.V.A.O., pues dejaría de ser atendida por el equipo interdisciplinario especializado en la atención de víctimas de violencia sexual, para pasar a manos de profesionales enfocados de manera general a la violencia en el entorno familiar.

Así las cosas, para la Sala no hay duda que, a pesar de haberse invocado por la señora Juez Quinta de Familia de Cúcuta un fundamento normativo desacertado, en el entendido que este aún no ha cobrado vigencia, lo cierto es que la decisión final que adoptó al resolver el conflicto suscitado entre Defensoría y Comisaría de Familia, en relación a la competencia para conocer del proceso de restablecimiento de derechos de la menor A.V.A.O., no se avizora equivocada, pues ciertamente es a los Defensores de Familia a quienes les compete tramitar el PARD aludido.

En ese orden, las suplicas de amparo se despacharán desfavorablemente.

De otro lado, esta Sala también se une al llamado respetuoso a los servidores accionantes, para que atiendan y apliquen las decisiones que años atrás este mismo Tribunal ha adoptado en casos análogos y eviten promover este tipo de conflictos de competencia, que lo único que conllevan es a dilatar la protección de los derechos de los menores, y en su lugar aúnen sus esfuerzos al cumplimiento de la función misional de la entidad para la que laboran y en pro de la protección de los NNA.

⁷ Sentencia del 18 de marzo de 2021, radicado No. 54001-2213-000-2021-00064-00

En mérito de lo expuesto, **el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta - Sala de Decisión Civil – Familia**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la acción de tutela incoada por los Defensores de Familia Daniel Andrés Camargo Rojas y Jesús Armando Osorio en contra del Juzgado Quinto de Familia de Cúcuta, conforme a la motivación precedente.

SEGUNDO: Por Secretaría **NOTIFICAR** esta providencia a las partes interesadas en ella, a través de sus correos electrónicos y dejándose las constancias de rigor.

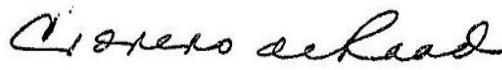
TERCERO: Cumplido lo anterior, si no fuese impugnada la presente decisión, **REMITIR** el expediente digital a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme a lo previsto por el Consejo Superior de la Judicatura en Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


BRIYIT ROCÍO ACOSTA JARA
Magistrada



ÁNGELA GIOVANNA CARREÑO NAVAS
Magistrada


CONSTANZA FORERO NEIRA
Magistrada

(El presente documento se suscribe de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la "firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada", en virtud de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional).