

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



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**  
Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil veinte (2020).

Tutela de Primera Instancia No. **2020-039**

Agotado el trámite establecido por la ley se procede a emitir fallo dentro de la acción de tutela de la referencia en los siguientes términos:

**ANTECEDENTES**

La señora JACKEINE TOVAR VELASQUEZ, actuando en calidad de agente oficiosa de M.F.Z.T., acude a la jurisdicción constitucional solicitando se le proteja los derechos a su hija menor de edad los cuales denominó, “derecho de la menor a tener una familia, protección especial de la menor, condiciones dignas, salud, derecho de petición, derecho a tener una familia y no ser separada de ella”, pues considera le fueron vulnerados por la defensora de familia NANCY FABIOLA ALONSO – del CENTRO ZONAL DE LOS MARTIRES

La menor M.F.Z.T., se encuentra con medida de protección, internada en HOGAR SAGRADA FAMILIA – ICBF BOGOTA, que se ubica en la Cra 8 #1D-25, Barrio Las Cruces de Bogotá, por cuenta de la defensora de familia NANCY FABIOLA ALONSO – CENTRO ZONAL LOS MARTIRES BOGOTA, centro que es coordinado por SANDRA NELLY BARRANTES GAMBA, CENTRO ZONAL ICBF MARTIRES BOGOTA, al que ingresó el día 09 de Marzo de 2020,

La madre de la joven, en pocas oportunidades ha podido conversar telefónicamente con la menor, notando dice ella su angustia, el desmejoramiento de su salud emocional y física, hasta el punto que teme por el deterioro de su estabilidad mental, ya que le manifiesta y deja ver la ansiedad y el deseo por retornar a su núcleo familiar,

El encierro al que es sometida, en un clima frío como lo es el de Bogotá, le ha ocasionado afecciones de tipo respiratorio, puesto que padece asma, situación que es contraria con el ambiente sano que vivía en el lugar en que habitaba anteriormente, dado que es una finca y casa campestre, ubicada en la Vereda Loma Alta del Municipio de Silvania - Cundinamarca, región que goza de un clima cálido, apto para mitigar la enfermedad de asma que padece la menor, en dicho convive con sus abuelos maternos, su hermano menor JUAN FERNANDO ZAPATA quien cuenta con 11 años de edad y la madre.

El día 16 de Marzo de 2020, radicó un escrito firmado por SALOMON TOVAR HERNANDEZ, ROSALBINA VELASQUEZ TORRES y JACKELINE TOVAR VELASQUEZ, dirigido al Defensor de Familia – Centro Zonal Mártires de Bogotá, en el que se asignara a la protección y custodia provisional de la menor, en el sitio de residencia a que se ha hecho referencia, bajo vigilancia y supervisión de la Comisaria de Familia del Municipio de Silvania, despacho que cuenta con un grupo de profesionales interdisciplinarios que pueden certificar el cuidado y protección que la actora y sus familiares pueden tener con la menor, petición que se realizó por pedido de la menor y además por el sufrimiento al cual han sido sometidos quienes conforman el núcleo familiar de la menor.

La Coordinadora del Centro Zonal del ICBF Mártires, Dra. Sandra Nelly Barrantes Gamba, en un escueto oficio, no se manifestó de fondo al respecto de la solicitud del restablecimiento de derechos de la menor, y remitió dicho memorial o petición a la Defensora de Familia Nancy Fabiola Alfonso, según se desprende del radicado 202034016000184201 de fecha 2020-03-19, sin que hasta la fecha de la radicación de la acción de tutela, se haya decidido de fondo la petición y cada día que pasa se deteriora más la salud de la niña, ocasionando que su entorno familiar también sufra las consecuencias del desprendimiento abrupto de su hogar, haciéndole un daño que de continuar, sería irreparable.

Si bien es cierto que la medida de protección se dio a raíz de una sospecha de abuso sexual por parte de su progenitor, informa la accionante que a fin de garantizar que mientras se aclara y resuelve dicha situación, el padre de la menor se encuentra por fuera del hogar y la jurisdicción, por lo que no puede tener contacto con la menor de ninguna índole.

Al momento de tener una conversación con la menor la actora observa que no se permite privacidad para dialogar, pareciera que no se le permite expresar sus emociones, observa que se le impide hasta llorar o manifestarse, y hasta para hablar con quién es su madre, siempre está vigilada, además de las restricciones de horario para llamar, agrega que la menor le ha manifestado *“mama, tengo que no llorar, tengo que estar bien, sino no me van a dejar ir a mi casa, siempre me van a perseguir”*, y que le ha

hablado hasta de que en ese centro de los Mártires hay niñas lesbianas, niñas delincuentes, drogadictas y con toda clase de problemas.

Solo ha tenido la visita de su abuelo materno, la que no contó con la privacidad pertinente entre el adulto y la menor para poder dialogar, pues siempre se tenía el hostigamiento de un funcionario del hogar SAGRADA FAMILIA, en el que se encuentra recluida la menor, recibiendo el tratamiento como si se tratara de una delincuente y no como una víctima de una posible agresión sexual.

Teme la actora que las costumbres sanas de su hija se vean afectadas por el entorno que actualmente la rodea al ser sometida como lo dice ella a un trato de enferma por drogadicción o como si fuera una delincuente juvenil, dado que la menor no merece esa tortura que está viviendo y haberla desarraigado de su familia campesina, como lo es en el ambiente en que nació, se crio y se ha formado.

Agrega la actora que su hija no se encuentra en ningún lugar de protección acorde con los hechos que originaron la medida a que fue sometida, ya que para ella lo lógico hubiese sido que primero se estudiara la probabilidad de que siguiera en su entorno familiar y social, pero lo primero que optaron fue llevarla a un centro juvenil de delincuentes y enfermos por drogadicción.

Por lo que por medio de esta acción constitucional, solicita que el Juez de Tutela ordene al encargado del centro zonal de los mártires, reintegre a la menor a su hogar ubicado en el Municipio de Sylvania - Cundinamarca, amparándole el derecho a la familia y demás citados al inicio de esta providencia.

### **ACTUACIÓN PROCESAL**

Mediante auto datado del 3 de junio de 2020, se avocó conocimiento de la presente acción, y se ordenó oficiar a las entidades accionadas, y se vinculó al trámite al HOSPITAL ISMAEL SILVA DE SILVANIA –CUNDINAMARCA E.S.E., y FUNDACIÓN HOSPITAL DE LA MISERICORDIA, para que se pronunciaran al respecto de los hechos y pretensiones de la tutela iniciada por la ciudadana JACKEINE TOVAR VELASQUEZ.

Así las cosas la Señora OLGA LUCIA ESPITIA GARZON, actuando como apoderada judicial del HOSPITAL ISAMEL SILVA de Sylvania Cundinamarca señaló que, dicha entidad no ha violentado ningún derecho fundamental a la menor MARIA ZAPATA T., más sin embargo remite la historia clínica para la revisión pertinente del despacho.

Por su parte, la Fundación Hospital de la Misericordia es una institución prestadora de salud de carácter privado cuyo objeto empresarial se enfoca en la

prestación de servicios de atención pediátricos de alta complejidad, ofertando sus servicios tanto a entidades pagadoras y aseguradoras del sector de salud como a los usuarios particulares.

De acuerdo a la información suministrada por Gerencia Científica y verificando el sistema de información, se evidencia que la paciente registra valoración última valoración fue desde el día 06 al 09 de marzo de 2020.

En cuanto a los requerimientos del accionante la Fundación estuvo a cargo de su tratamiento clínica mientras estuvo hospitalizada, durante su estancia tuvo atención integral en todos los hallazgos encontrados en la parte clínica y social de la menor. Sin embargo, después del egreso de la niña fue puesta a disposición ante el centro zonal de los Mártires bajo el número SIM 1761794406, momento en el cual la institución pierde toda competencia en relación a las pretensiones motivo de la presente acción.

NANCY FABIOLA ALFONSO RUÍZ obrando en calidad de defensora de familia del Centro Zonal Mártires del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el término respectivo, señala que de conformidad, con el enlistamiento derechos presuntamente conculcados en aras de defender las decisiones tomadas por las autoridades administrativas intervinientes al interior del proceso señaló que la acción administrativa se inicia fundado en lo que en el contenido del sim número 1761794406, que indica: *“ Se comunica funcionaria del Hospital de La Misericordia ubicado en la ciudad de Bogotá con el fin de reportar caso de presunto abuso sexual hacia Maria Fernanda Zapata Tovar de 14 años de edad identificada con TI: 1028782510, informando que la adolescente es remitida el 6 de marzo de 2020 del hospital de Silvania – Cundinamarca por motivo de abuso sexual por lo cual activan la ruta de atención pertinente desde el sector salud, donde la menor de edad comenta que su progenitor, el señor Fernando Antonio Zapata Valencia de 45 años de edad identificado con CC: 7562869, “le realizaba tocamientos en su cuerpo desde hace tres años aproximadamente”.*

La funcionaria informa que la menor de edad reside con su progenitora Yaqueline Tovar Velásquez y el presunto agresor y el hermano menor Juan Fernando Zapata Tovar de 11 años de edad en la Vereda Loma Alta Parte Baja Sector La Isla en la finca de Don Salomón en el municipio de Silvania – Cundinamarca con número de contacto 3209599454, no obstante, permanecerá hospitalizada en la sala de pediatría general en la cama 5418 de este centro de salud ubicado en la Avenida Caracas No. 1 – 13 barrio Eduardo Santos de la localidad de Mártires – Bogotá para luego ser puesta en disposición del centro zonal del ICBF por competencia territorial por el riesgo reportado. Por lo anterior solicita pronta intervención del ICBF.

De conformidad con lo antes transcrito, indicó que de ello se puede colegir sin lugar a equívocos que se puso la niña a disposición por haber observado la red de salud la existencia de un abuso sexual en su contra realizados al interior de su hogar por parte del progenitor. En ese orden de ideas, el funcionario de conocimiento toma como medida provisional a favor de la niña la ubicación en medio institucional al encontrar por parte del equipo psicosocial que existía una vulneración de derechos al interior del lugar de residencia de la niña situación está que lleva a que se de aplicación

al artículo 53 de del código de infancia y adolescencia en el numeral cuarto así como al párrafo primero de dicha norma.

A efecto de lo anterior la autoridad administrativa hizo la solicitud de cupo con el fin de garantizar la integridad sexual de la niña, el derecho a una vida libre de violencias sexuales así como también el derecho a un ambiente sano. De otro lado, mencionó que al interior del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se maneja un sistema de información en el cual se registra cuando los ciudadanos presentan peticiones dentro los procesos de restablecimiento de derechos, en ese orden de ideas la petición que fue formulada por la tutelante fue resuelta mediante correo electrónico lo anterior teniendo como fundamento la pandemia por COVID-19. Y luego refirió que, el derecho a la salud de la niña se encuentra plenamente garantizado, y no se observa o no se tiene registro que la misma haya presentado condiciones de salud precarias o situaciones que hayan puesto en riesgo su salud.

Luego, indicó que que los niños tienen derecho a tener una familia y a no ser separado de ella lo cual es cierto, en el marco de familias que son absolutamente responsables con el cuidado y tenencia de los niños, no se puede hablar de unas condiciones de familia saludables cuando la violencia sexual hacia el niño o niña o adolescente será en el marco de su casa es decir de su núcleo familiar, si bien es cierto la afirmación de la accionante respecto de que el presunto agresor ya no se encuentra en el inmueble con miras a buscar un reintegro de la niña, pese a que por mandato legal tal afirmación debe tenerse como cierta fundada en el principio de la buena fe, ello debe ser objeto de verificación por parte de un equipo psicosocial que evalúe no sólo al interior del inmueble sino el entorno en General con miras a garantizar que efectivamente lo manifestado por la ciudadana sea cierto. Sin embargo, es importante indicar además que esa situación enunciada en acción de tutela no fue puesta en conocimiento nunca de la autoridad administrativa, con posterioridad al auto de avoca conocimiento emitido dentro del proceso y referida líneas precedentes y que diversas personas presentaron una documentación al interior del proceso la cual será debidamente valorada en el proceso en el momento procesal oportuno.

Finalmente, señaló que teniendo en cuenta que el proceso administrativo de restablecimiento de derechos tiene una reglamentación especial contenida en el código de infancia y adolescencia la actora deberá estar a lo dispuesto en dicho trámite.

## **CONSIDERACIONES**

### **Procedencia de la Acción de Tutela**

Tras la reforma constitucional de 1991, el constituyente determinó la viabilidad de una acción directa del orden constitucional para la protección prioritaria de los derechos fundamentales de las personas, al disponer en el art. 86 de la Constitución Nacional, que 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 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.

### **Subsidiariedad**

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte Constitucional ha señalado que *“permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”*. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, determinando que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

*(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,*

*(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.*

En cuanto a la primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una

dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, el cual indica: “[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Así mismo, dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique: (i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

De este modo, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

### **Tutela en contra de las actuaciones administrativas, de índole judicial**

La Constitución Nacional en su artículo 86 consagró un nuevo instrumento a las personas para reclamar del Estado en forma preferente y sumaria *"la protección inmediata de los derechos fundamentales consagrados en la misma Carta"*, cuando quiera que se vean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en determinadas eventualidades.

La acción referida se caracteriza por una serie de principios y exigencias que deben ser analizadas y vigiladas en forma estricta. Uno de los principios característicos es su naturaleza judicial, en virtud a que se estructuró como acción para ser ejercida ante los jueces con el propósito de obtener una orden. Su objeto *"protector inmediato o cautelar"*, su causa *"típica"*, cual es el cercenamiento o amenaza de derechos constitucionales, su procedimiento *"especial, preferente y sumario"*, igualmente son elementos que caracterizan la acción aludida. De otro lado, se le atribuye carácter

subsidiario y eventualmente accesorio en la medida en que sólo puede interponerse en ausencia de cualquier otro mecanismo que al respecto pueda existir para salvaguardar tales derechos.

El despacho abordará primeramente el estudio del debido proceso en el entendido que si se encuentra su vulneración, al tutelarse, cesará la eventual vulneración de los demás derechos invocados por el accionante, pues aquel subsume a estos.

El artículo 29 de la Constitución Nacional establece:

*"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio..."*

Sobre el debido proceso, en sentencia T-200/2004, dijo la Corte Constitucional:

*"En la sentencia T – 924 de 2002 la Corte Constitucional señaló que "el debido proceso y el acceso a la justicia se atribuyen a las personas, naturales y jurídicas, porque son derechos que se basan en la capacidad de obrar de unas y otras, no en la naturaleza de su personalidad. Prueba de ello es que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que el artículo 229 constitucional garantiza a toda persona el acceso a la justicia.*

*En numerosas ocasiones, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela procede, de forma excepcional, contra providencias judiciales. Desde las sentencias T – 006 y T – 494 de 1992, la Corte Constitucional comenzó a precisar que la acción de tutela es un mecanismo idóneo para evitar que a las personas les sean vulnerados sus derechos fundamentales, sin importar si el origen de dicha afectación es una decisión judicial. Si bien en la sentencia C - 543 de 1992 se declararon inexecutable los artículo 11 y 40 del decreto 2591 de 1991, en esa misma decisión se señaló su procedencia excepcional, sujeta a criterios precisos que la Corte ha venido fijando a lo largo de su jurisprudencia.*

*En la sentencia T – 079 de 1993, con base en una decisión tomada por la misma Corte Suprema de Justicia, en donde precisamente concedió una acción de tutela contra una sentencia judicial, y respetando la ratio decidendi de la sentencia C – 543 de 1993, se comenzaría a construir y desarrollar esos criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. En múltiples ocasiones, esta Corporación ha señalado que en aquellos eventos en los cuales puede constatarse la existencia de una vía de hecho, se configura una vulneración a principios constitucionales fundamentales, entre los cuales pueden destacarse el debido proceso, el acceso a la administración de justicia o el derecho de defensa, entre otros, que permiten acceder a la protección de tutela.*

*En reciente jurisprudencia, la Corte ha comenzado a rediseñar el enunciado dogmático de “vía de hecho” como fundamento de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Así, en la sentencia T – 949 de 2003, esta corporación señaló lo siguiente:*

*Esta Corte en sentencias recientes ha redefinido dogmáticamente el concepto de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. (...) En esta tarea se ha reemplazado el uso conceptual de la expresión “vía de hecho” por la de “causales genéricas de procedibilidad”. Lo anterior ha sido inducido por la urgencia de una comprensión diferente del procedimiento de tutela con tal de que permita “armonizar la necesidad de proteger los intereses constitucionales que involucran la autonomía de la actividad jurisdiccional y la seguridad jurídica, sin que estos valores puedan desbordar su ámbito de irradiación y cerrar las puertas a la necesidad de proteger los derechos fundamentales que pueden verse afectados eventualmente con ocasión de la actividad jurisdiccional del Estado.”*

*La necesidad de estas redefiniciones dogmáticas, tiene como base una interpretación armónica de la función de la acción de tutela, con los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución, especialmente los establecidos en el artículo 2 superior. Allí, el constituyente estableció que uno de los fines esenciales del Estado es “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” para lo cual previó en el artículo 86, un mecanismo de amparo que no admite excepciones cuando de proteger derechos fundamentales se trata, a menos que el afectado disponga de un medio de defensa judicial más idóneo.*

*(...) Este nuevo entendimiento de la acción de tutela contra sentencias judiciales, permitió afirmar a la Corte Constitucional en la sentencia T – 1031 de 2001, que ésta no sólo procede cuando puede constatarse la imposición grosera y burda del criterio de la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones, sino que también involucra aquellos eventos en los cuales una decisión judicial se aparta de los precedentes sin motivación alguna, o cuando “su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados”*

*Esta Corporación, también ha identificado aquellas hipótesis en las cuales puede afirmarse que una decisión judicial vulnera los principios, mandatos y garantías constitucionales a través de la afectación de los derechos fundamentales. Su desarrollo puede rastrearse desde la sentencia T – 231 de 1994, en donde se señaló que la tutela procede contra sentencias judiciales, cuando en éstas puede constatarse la existencia de un defecto sustantivo, el cual ocurre cuando se aplica una norma claramente improcedente para el caso concreto; de un defecto fáctico, cuando puede apreciarse un error grosero en la valoración probatoria; de un defecto orgánico, cuando se da una falta absoluta de competencia; y de un defecto procedimental, en aquellos eventos en los cuales la autoridad judicial desconoce por completo los procedimientos establecidos por la ley.*

*Estos criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra sentencias judiciales, han venido sistematizándose y racionalizándose a lo largo de las decisiones de constitucionalidad en casos concretos. Tales criterios, han sido clasificados en por lo menos seis eventos que pueden ser señalados de la siguiente manera:*

*i) Defecto sustantivo, orgánico o procedimental: La acción de tutela procede, cuando puede probarse que una decisión judicial desconoce normas de rango legal, ya sea por aplicación indebida, error grave en su interpretación, desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes, o cuando se actúa por fuera del procedimiento establecido.*

*ii) Defecto fáctico: Cuando en el curso de un proceso se omite la practica o decreto de pruebas o estas no son valoradas debidamente, con lo cual variaría drásticamente el sentido del fallo proferido.*

*iii) Error inducido o por consecuencia: En la cual, si bien el defecto no es atribuible al funcionario judicial, este actuó equivocadamente como consecuencia de la actividad inconstitucional de un órgano estatal generalmente vinculado a la estructura de la administración de justicia.*

*iv) Decisión sin motivación: Cuando la autoridad judicial profiere su decisión sin sustento argumentativo o los motivos para dictar la sentencia no son relevantes en el caso concreto, de suerte que puede predicarse que la decisión no tiene fundamentos jurídicos o fácticos.*

*v) Desconocimiento del precedente: En aquellos casos en los cuales la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variaría, si hubiera atendido a la jurisprudencia.*

*vi) Vulneración directa de la Constitución: Cuando una decisión judicial desconoce el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes, realiza interpretaciones inconstitucionales o no utiliza la excepción de inconstitucionalidad ante vulneraciones protuberantes de la Carta, siempre y cuando haya sido presentada solicitud expresa al respecto*

*Debe repetirse, sin embargo, que las anteriores causales para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, siguen teniendo un carácter excepcional, previstas para ser ejercida indistintamente por una persona natural o jurídica, en aquellos eventos en los cuales se tipifica uno de esos precisos eventos.”*

De igual modo, debe también ponerse de presente que para que proceda una acción de tutela, es menester que la parte accionante haya utilizado en forma oportuna todos los mecanismos de defensa que tenía a su alcance para la defensa de sus derechos fundamentales.

Frente a este tópico, ha reiterado la H. Corte Constitucional, que:

*“...Es necesario que quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales haya agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto. Esta exigencia responde al principio de subsidiariedad de la tutela, que pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador. Menos aún, que resulte ser un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas en los procesos jurisdiccionales ordinarios. Es incorrecto pensar que la acción de tutela puede asumirse como un medio de defensa judicial paralelo al sistema de jurisdicciones y competencias ordinarias y especiales.*

*‘...El juez de tutela no puede entrar a reemplazar a la autoridad competente para resolver aquello que le autoriza la ley, especialmente si los mecanismos que permiten conjurar las posibles falencias que se suscitan durante los trámites procesales no han sido utilizados ni ejercidos por las partes, conforme a las atribuciones y competencias que consagra la ley. El agotamiento efectivo de los recursos y mecanismos ordinarios de defensa judicial, resulta ser entonces, no sólo una exigencia mínima de diligencia de los ciudadanos frente a sus propios asuntos procesales, sino un requisito necesario para la procedibilidad de la acción de tutela, salvo que por razones extraordinarias no imputables a quien alega la vulneración la persona se haya visto privada de la posibilidad de utilizar los mecanismos ordinarios de defensa dentro del proceso judicial; circunstancia que deberá ser debidamente acreditada en la acción de tutela...’ 1*

## **La medida de protección en el marco de las actuaciones por violencia intrafamiliar**

El artículo 42 de la Constitución dispone, entre otros, que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. En particular, su inciso 5 prevé que *“cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley”*.

Mediante la Ley 294 de 1996, el Legislador se propuso de manera explícita regular el citado artículo 42.5 constitucional *“mediante un tratamiento integral de las diferentes modalidades de violencia en la familia, a efecto de asegurar a ésta su armonía y unidad”*. Con tal objetivo, esta Ley prevé normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Sus objetivos principales son, de esta manera, propiciar y garantizar la armonía y la unidad familiar, por lo que proscribió toda forma de violencia en la familia. Esta ley ha sido modificada por las Leyes 575 de 2000 y 1257 de 2008, así como reglamentada por el Decreto 4799 de 2011.

En efecto, uno de los mecanismos previstos por la Ley 294 de 1996 es la denominada “*medida de protección*” El artículo 5 de esta normativa dispone que siempre que la autoridad competente determine que el solicitante o cualquier persona dentro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia, “*emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar.*” Justamente en esto consiste la medida de protección.

Esta medida podrá ser dictada por el Comisario de Familia, o, a falta de este, por el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, a favor de “[*t*]oda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico, psíquico, o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar”. De esta manera, esta medida de protección tiene por objeto ponerle “*fin a la violencia, maltrato o agresión o evit[ar] que esta se realice cuando fuere inminente.*”

Ahora bien, la petición de una medida de protección puede ser presentada, de forma escrita, verbal o por cualquier medio idóneo, “*por el agredido, por cualquier otra persona que actúe en su nombre, o por el defensor de familia cuando la víctima se hallare en imposibilidad de hacerlo por sí misma*”. Esta solicitud debe contener un relato claro de lo sucedido, la mención de las personas involucradas en el conflicto de violencia intrafamiliar y el señalamiento de las pruebas que deberían practicarse y, además, presentarse dentro de los 30 días siguientes a la ocurrencia de los hechos objeto de la medida.

En consecuencia, después de recibir la petición de una medida de protección, el Comisario de Familia dispondrá la realización de una audiencia, en la cual escuchará a las partes y ordenará la práctica de las pruebas que se estimen útiles y pertinentes para esclarecer los hechos informados, según lo previsto por el artículo 12 de la Ley 294 de 1996. Las partes podrán excusarse de asistir por una sola vez a esta diligencia y, de encontrarse justificada, se procederá a programar una nueva fecha para su desarrollo. En esta audiencia, el Comisario también “*deberá procurar por todos los medios legales a su alcance, fórmulas de solución al conflicto intrafamiliar entre el agresor y la víctima, a fin de garantizar la unidad y armonía de la familia, y especialmente que el agresor enmiende su comportamiento*”.

La decisión sobre la petición de una medida de protección se proferirá al finalizar la audiencia, la cual se les notificará a las partes en estrados y, de no estar presentes, mediante aviso, telegrama o por cualquier otra forma supletoria idónea de notificación, según lo previsto por el artículo 16 de la Ley 294 de 1996.

De igual forma, la medida de protección puede ser de carácter provisional o definitivo. En el primer caso, el artículo 11º de la Ley 294 de 1996 prevé que esta medida puede adoptarse, incluso, dentro de las cuatro horas siguientes a la recepción de la petición, “*si estuviere fundada en al menos indicios leves*”. En el caso de la medida definitiva, el juez deberá “*mediante providencia motivada, [...] [ordenar] al agresor abstenerse*

de realizar la conducta objeto de la queja”. Solo la decisión definitiva sobre una medida de protección será susceptible de controvertirse mediante el recurso de apelación, el cual se concederá en el efecto devolutivo; por su parte, las medidas provisionales no son susceptibles de recurso alguno.

El artículo 5 de la misma normativa presenta un listado no taxativo de las medidas que se pueden imponer dentro de este tipo de actuaciones, tales como ordenar que, a costa del agresor, se asista a un tratamiento reeducativo y terapéutico o decidir provisionalmente el régimen de visitas, la guarda y custodia de los hijos, entre otras. De todas maneras, el funcionario competente es autónomo para dictar la medida de protección que considere pertinente para conjurar la situación de violencia o amenaza. Por esta razón, en la sección (n) de esta misma disposición, se previene que podrá adoptarse “[c]ualquiera otra medida necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la presente ley”. Este artículo dispone además, en su párrafo 3, que “La autoridad competente deberá remitir todos los casos de violencia intrafamiliar a la Fiscalía General de la Nación para efectos de la investigación del delito de violencia intrafamiliar y posibles delitos conexos”.

En todo caso, de dictarse una medida de protección, el mismo funcionario es competente para vigilar su ejecución y cumplimiento, según lo dispuesto por el artículo 17 ibídem. En consecuencia, de advertir o tener conocimiento que la medida fue inobservada, el Comisario de Familia procederá a convocar a una nueva audiencia, en la que, previamente, se escucharán a las partes y se practicarán las pruebas necesarias para adoptar una decisión de fondo, la cual podrá finalizar con la imposición de una sanción de incumplimiento. Este trámite de cumplimiento se desarrollará según lo previsto por el mencionado artículo 17, así como el Decreto 2591 de 1991 en lo pertinente. En efecto, de acuerdo con lo previsto por el artículo 18 de la Ley 294 de 1996, “[s]erán aplicables al procedimiento previsto en la presente ley las normas procesales contenidas en el Decreto número 2591 de 1991, en cuanto su naturaleza lo permita”.

La naturaleza, características y procedimiento aplicable a una solicitud de medida protección, se pueden resumir de la siguiente manera, según lo dicho por el órgano de cierre constitucional.

Medida de protección	
Objeto	Es un desarrollo del artículo 42.5 de la C.P., y desarrollado por la Ley 294 de 1996. Su objeto es “prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”.
Solicitud	La puede presentar el agredido, un tercero que actúe en su nombre, o el defensor de familia.  Puede ser presentada de manera escrita, verbal o por cualquier medio idóneo.
Requisitos de la solicitud	Debe contener: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Relato de los hechos.</li> <li>- Identificación de las personas involucradas en el conflicto de violencia intrafamiliar.</li> <li>- Señalar las pruebas que deberían practicarse.</li> </ul>
Término para presentar la solicitud	Dentro de los 30 días siguientes a la ocurrencia de los hechos constitutivos de violencia, y que son objeto de la medida de protección.
Autoridad competente	(i) Comisario de familia (ii) a falta de Comisario, el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal

Requisitos	(i) Providencia debidamente motivada; (ii) Debe estar fundamentada, al menos, en indicios leves que den cuenta de la agresión.
Modalidades	(i) <u>Definitiva</u> . Susceptible de ser controvertida por medio del recurso de <i>apelación</i> , concedido en efecto devolutivo.  (ii) <u>Provisional</u> . No es susceptible de ser controvertida.
<b>Trámite de la medida de protección</b>	
1. <u>Presentación de la solicitud</u> . De conformidad con los requisitos señalados anteriormente.	
2. <u>Notificación de la citación a audiencia de verificación del cumplimiento</u> . Se debe notificar personalmente a las partes, o en su defecto, de conformidad con las reglas previstas por el Decreto 4799 de 2011.	
3. <u>Audiencia ordenada por el Comisario de Familia</u> . Esta audiencia prevé: <ul style="list-style-type: none"> <li>- La intervención de las partes.</li> <li>- La posibilidad de ordenar la práctica de pruebas.</li> <li>- El comisario debe procurar el alcance de fórmulas de arreglo entre las partes.</li> <li>- La posibilidad de que las partes se excusen de asistir, por una única vez. En este caso, se debe proceder a programar una nueva fecha.</li> </ul>	
4. <u>Decisión sobre la medida de protección</u> . Se realizará al finalizar la audiencia.	
5. <u>Notificación de la decisión sobre la medida de protección</u> : en estrados, o, en su defecto, por cualquier otra forma idónea de notificación (art. 16 de la Ley 294 de 1996).	
6. <u>Recurso de apelación</u> . En contra de la decisión que ordena una medida de protección definitiva procede el recurso de apelación. Si la medida de protección es de carácter provisional no procede recurso alguno.	
7. <u>Vigilancia de la ejecución y cumplimiento de la medida de protección</u> . Competencia del Comisario de Familia.	
<b>Trámite de verificación del cumplimiento</b>	
1. <u>Inicio</u> . El trámite incidental de cumplimiento se iniciará de oficio o a solicitud de parte.	
2. <u>Notificación de la citación a audiencia de verificación del cumplimiento</u> . Se debe notificar personalmente a las partes, de no ser posible, está deberá ser notificada de conformidad con las reglas previstas por el Decreto 4799 de 2011.	
3. <u>Audiencia de verificación del cumplimiento</u> . Aplican reglas procesales de los artículos 17 y 18 de la Ley 294 de 1996 y del Decreto 2591 de 1991. En esta audiencia, el Comisario deberá: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Escuchar a las partes</li> <li>- Practicar las pruebas necesarias</li> <li>- Podrá imponer sanción de incumplimiento. En este caso, la decisión se debe notificar personalmente o por aviso.</li> </ul>	
4. <u>Grado jurisdiccional de consulta</u> . En contra de la decisión que tome el comisario sobre el incumplimiento de la medida de protección, únicamente en lo relacionado con la imposición de sanción, procederá el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo previsto por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.	

## CASO EN CONCRETO

En el presente asunto, **el problema jurídico** a resolver consiste en determinar si se le están violentando derechos fundamentales a la menor de edad y su núcleo familiar en razón de la medida de protección de la cual es objeto y por estar resguardada en el Centro Zonal de los Mártires – Bogotá.

Observa el despacho, de las diferentes respuestas dadas por las entidades citadas al trámite que la actuación que al día de hoy adelanta la Defensora de Familia

del Centro Zonal de los Mártires – Bogotá, han sido efectuadas bajo los lineamientos y parámetros del Código de la Infancia y Adolescencia.

A su vez se tiene que la actora si bien es cierto pone de presente que se le están violentando derechos fundamentales a la menor de edad a los que aquella denominó *“derecho de la menor a tener una familia, protección especial de la menor, condiciones dignas, salud, derecho de petición, derecho a tener una familia y no ser separa de ella”* también lo es que los entes de control como lo es el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, tienen la obligación de salvaguardar los derechos de los niños niñas o adolescentes, - derechos fundamentales – tales como la vida, salud, y protección entre otros, generando esto que exista en ese momento un encuentro o choque entre derechos de índole fundamental, como lo son los elevados por la señora Tovar, y los de la menor, siendo estos últimos más relevantes vigilados y salvaguardados por las entidades que el mismo estado creo para tal fin.

Obsérvese que los hechos que dieron inicio a la investigación adelantada por la Comisaria de Familia, son temas delicados, dado que violentan directamente los derechos de la menor, pues según el historial médico se trata de actos o hechos de abuso sexual, razón esta que no le permite a este despacho en sede de tutela ingresar a levantar actuaciones administrativas que deben conocer el órgano judicial- juez de familia o inspector de familia, quienes por regla general son los encargados de analizar las situaciones que en específico se citan.

Sumado a ello, no puede dejar pasar por alto que la acción de tutela esta instaurada como mecanismo subsidiario o temporal a fin de salvaguardar que se deterioren derechos fundamentales, y más en casos de actuaciones administrativas, el peticionario debió haber agotado todos y cada uno de los medio legales pertinentes que tiene para solicitar lo que por medio del escrito de tutela exige, conllevando que dentro del trámite HISTORIA DE ATENCIÓN: 1028842569, se otea que, la menor fue remitida por el HOSPITAL ISMAEL SILVA DE SILVANIA - CUDNDINAMARCA a la FUNDACIÓN HOSPITAL LA MISERICORDIA el día 5 de marzo de 2020, por cuando en la primera entidad señaló que *“MOTIVO DE REMISIÓN - AUSENCIA DE PROFESIONAL”*, llegando la misma a la FUNDACIÓN HOSPITAL LA MISERICORDIA el 06 de marzo del mismo año, más sin embargo el egreso se dio el 09 de marzo, momento en el cual fue puesta a disposición ante el centro zonal de los Mártires bajo el numero SIM 1761794406, momento en el cual la institución pierde toda competencia en relación a las pretensiones motivo de la presente acción.

El mismo 9 de marzo de 2020 siendo las 5:39 P.M., se emitió por parte del Defensor de Familiar del Centro Zonal de los Mártires el auto de apertura de investigación, generando esto que cualquier solicitud, aclaración, o inconformidad que se presente al respecto del restablecimiento de derechos de la menor M.F.Z.T., dentro

del asunto No.1761557415, deba ser tramitado bajo la ley de infancia y adolescencia y como no deba ser ventilados ante el defensor de familia respectivo.

Ahora bien, no es menos importante aclarar a la actora que según la resolución No. 2953 del 17 de marzo de 2020 emitida por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, se suspendieron los términos dentro de los procesos de restablecimiento de derechos, ello en razón a contingencia generada por el COVID-19.

En conclusión, no puede el Juez de tutela, ingresar a regular u ordenar actuación alguna, dentro del trámite de restablecimiento de derechos de la menor M.F.Z.T., la cual se encuentra bajo el conocimiento de la defensora de familia NANCY FABIOLA ALONSO – CENTRO ZONAL LOS MARTIRES BOGOTA, por cuanto la actora deberá estarse a lo dispuesto en lo que se decida de fondo en el expediente No.1761557415, pues existen un procedimiento que debe cumplirse a cabalidad y que no puede ser saltado por intervención del Juez Constitucional.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, en diversos pronunciamientos ha dicho que:

*“...el accionante no puede acudir a la justicia constitucional en pos de oportunidades defensivas adicionales, ya que la falta de proposición oportuna de los medios de resguardo diseñados para las correspondientes actuaciones, constituye una desidia procesal que no puede sanearse con la subsidiaria acción de tutela, toda vez que, como se ha reconocido ampliamente por la jurisprudencia, cuando las partes dejan de utilizar los mecanismos de protección previstos por el orden jurídico, quedan sujetas a las consecuencias de las decisiones que le sean adversas, que serían el fruto de su propia incuria, tanto más si se tiene en cuenta que al conductor de esta herramienta le está vedado injerir en las decisiones o instrucciones del juez de conocimiento, so pena de invadir su órbita funcional autónoma y quebrantar el debido proceso..”* (CSJ STC, 18 jul. 2014, rad. 00274-01, reiterada entre muchas otras, en STC13116-2015 y, STC1896-2016, 18 feb. rad. 02302-01).

Las consideraciones expuestas permiten concluir que en el presente caso la acción de tutela resulta improcedente, pues no se cumplen los requisitos que hagan viable el estudio de fondo del amparo invocado.

## DECISIÓN

En virtud a lo expuesto, el JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución; RESUELVE:

PRIMERO: NO CONCEDER la TUTELA solicitada por la señora JACKELINE TOVAR VELAZQUEZ, quien actúa como agente oficiosa de M. F.Z.T., por las consideraciones anotadas en la presente providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR el presente fallo a las partes, por Secretaría procédase en la forma y términos indicados en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: CONTRA la presente providencia procede el recurso de impugnación ante el superior, dentro de los tres (3) días siguientes a su comunicación, en la forma prevenida en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: DISPONER que si este fallo no es impugnado por Secretaría se remita la actuación de tutela a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



AURA ESCOBAR CASTELLANOS

Jueza