

**SENTENCIA DE TUTELA No. 138**  
**PRIMERA INSTANCIA**

**Referencia:** ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA  
**Accionante:** JUAN PABLO DUQUE RODRIGUEZ  
**Accionada:** COMISARIA TERCERA DE FAMILIA  
**Radicación:** 2020-00410-00

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**JUZGADO DÉCIMO CIVIL MUNICIPAL**

Manizales (Caldas) veintiséis (26) de octubre del dos mil veinte (2020)

**I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO.**

Decidir sobre la acción de tutela instaurada por el señor Juan Pablo Duque Rodríguez, actuando por conducto de apoderado, contra la COMISARIA TERCERA DE FAMILIA DE MANIZALES y donde fueron vinculados el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – REGIONAL CALDAS, LA PROCURADURIA DELEGADA PARA LA DEFENSA DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA Y FAMILIA – REGIONALCALDAS, PERSONERIA DE MANIZALES Y LUZ ADRIANA LARRARTE GIRALDO (MADRE DE LOS MENORES) a fin de que se le amparen los derechos fundamentales al “DEBIDO PROCESO”.

**II. IDENTIDAD DEL ACCIONANTE:**

El señor Juan Pablo Duque Rodríguez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.053.779.425 recibe notificaciones en los correos electrónicos miguelangelsoto724@gmail.com y miguelangelsotogonzalez@hotmail.com

**III. IDENTIDAD DEL ENTE ACCIONADO Y EL VINCULADO:**

La **COMISARIA TERCERA DE FAMILIA**, recibe notificaciones en el correo electrónico [diana.sierra@manizales.gov.co](mailto:diana.sierra@manizales.gov.co)

El **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – REGIONAL CALDAS** recibe notificaciones en el correo electrónico [notificaciones.judiciales@icbf.gov.co](mailto:notificaciones.judiciales@icbf.gov.co)

La **PROCURADURIA DELEGADA PARA LA DEFENSA DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA Y FAMILIA – REGIONALCALDAS** recibe notificaciones en el correo electrónico [regional.caldas@procuraduria.gov.co](mailto:regional.caldas@procuraduria.gov.co)

**LA PERSONERIA DE MANIZALES** recibe notificaciones en el correo electrónico [notificacionesjudiciales@personeriademanizales.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@personeriademanizales.gov.co)

La señora **LUZ ADRIANA LARRARTE GIRALDO** recibe notificaciones [luzheidy91@hotmail.com](mailto:luzheidy91@hotmail.com)

#### **IV. FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA:**

El accionante impetró esta acción constitucional a fin de que se le ampare su derecho fundamental al “debido proceso”, el cual afirma le está siendo vulnerado por la entidad accionada, según los hechos que a renglón seguido se sintetizan:

1. Manifiesta que la Comisaría Tercera de Familia, mediante Autos 73 y 73A dio apertura al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, en relación a los menores DUQUE LARRARTE, ordenó que los menores deberían quedar a cargo del progenitor, el señor JUAN PABLO DUQUE LARRARTE, esto teniendo en cuenta la sugerencia y recomendación profesional, realizada en el informe psicosocial de la misma comisaría. Dichos autos, le fueron notificados al señor DUQUE LARRARTE el 20 de agosto de 2020.
2. Refiere el accionante que la Comisaría de Familia Dra. DIANA TERESA SIERRA GOMEZ, el día 19 de agosto de la presente anualidad, procedió en forma arbitraria a ubicar a los menores PABLO RAFAEL y HUGO ANDRES DUQUE LARRARTE, en un hogar de paso y posteriormente en HOGAR SUSTITUTO hace 51 días, tiempo durante el cual se encuentran con personas extrañas a su familia paterna, a la cual se le había entregado el cuidado y custodia de los menores.
3. Que dado lo anterior, el día 09 de septiembre de 2020, presentó ante la Comisaría Tercera de Familia solicitud en relación con el REINTEGRO INMEDIATO de los menores DUQUE LARRARTE a su hogar paterno, por encontrar que se estaba actuando bajo una actuación irregular, arbitraria y dañina para los intereses de los menores.
4. Que el 11 de septiembre de 2020 se comunicó telefónicamente con la funcionaria Dra. Dina Teresa Sierra y le preguntó que había pensado con relación a la solicitud que le había presentado, en torno al reintegro inmediato de los menores, ya que esa decisión arbitraria y sin motivación alguna le estaba causando mucho daño al mantenerlos fuera de su hogar, recibiendo como respuesta que ella estaba en términos y que actuaba de manera legal amparada en la ley y en las normas internacionales sobre los derechos de los menores.
5. Que el día 22 de septiembre recibió respuesta por parte de la Comisaría Tercera de familia de Manizales en la cual se le negó la solicitud de reintegro de los menores, en donde se menciona que los mismos se encuentran inmersos en un PARD y que no era procedente su reintegro por el momento, anexando algunas actuaciones que se llevaron a cabo el día 19 de agosto de 2020, como un auto sin número, en donde se está cambiando la medida.
6. Que en varias oportunidades ha venido solicitando a la Comisaría de Familia el REINTEGRO INMEDIATO de los menores DUQUE LARRARTE, de forma escrita y verbal con la Dra. Diana Teresa Sierra Gómez, pero que ella insiste en mantenerlos fuera de su hogar, sin justificación razonable, por lo que le he manifestado que ella podría estar prevaricando o incurriendo en un abuso de autoridad como servidora pública. Manifiesta que según el numeral 2 del artículo 52 de la ley 1098 de 2006, la medida de retiro inmediato del hogar de los menores solo procede cuando se encuentren vulnerados sus derechos y que como se ha manifestado claramente, estaba muy lejos de presentarse tal situación en los menores DUQUE LARRARTE, pues como bien lo había podido comprobar el equipo psicosocial de la Comisaría Tercera de Familia, en la verificación de

garantía de derechos, realizada en virtud a lo ordenado en el artículo 52 de la ley 1098 de 2006, su padre era diligente y cuidadoso con los niños y les brindaba la protección y garantías de sus derechos necesarios, muy distinto al comportamiento de su progenitora, quien era negligente y descuidada con sus hijos, razón por la cual se recomendó que los niños permanecieran al lado de su progenitor y con base a lo cual la Comisaría de Familia procedió a tomar aquella decisión, en los autos en comento, fechados el 24 de julio de 2020.

*Una vez se verificó que la presente acción se ajusta a los lineamientos generales exigidos, fue avocada su conocimiento, y se ordenó además de la notificación de la entidad accionada y vinculadas; se ordenó como medida provisional a las mismas entidades, realizar una verificación del estado de los menores en el hogar de paso que les fue asignado. Las accionadas ejercieron su derecho de defensa como pasa a relatarse:*

**LA COMISARÍA TERCERA DE FAMILIA:** la Dra. DIANA TERESA SIERRA GOMEZ, dio respuesta al requerimiento efectuado y a la medida provisional, manifestando que:

"(...) Los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos – PARD No. 11918 y 11918 A, a favor de los niños HUGO ANDRÉS y PABLO RAFAEL DUQUE LARRARTE fueron aperturados el 24 de julio de 2020, como actos urgentes después del horario de atención de este Despacho, momento en que la suscrita iniciaba turno de disponibilidad para toda la ciudad conforme a lo establecido por la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía de Manizales, en atención al reporte presentado por la Policía de Infancia y Adolescencia tras el acompañamiento solicitado por la Sra. LUZ ADRIANA LARRARTE GIRALDO a la Carrera 9 A No. 57B-10 en el Barrio La Carola de la ciudad, con el fin de que los niños fueran entregados por su progenitor, Sr. JUAN PABLO DUQUE RODRÍGUEZ, quien les había sacado en horas de la noche del 22 de julio de la anualidad de la residencia familiar ubicada en la Calle 18 No 21-32 Piso 3; sin embargo, en atención a que no se llegó a un acuerdo y se encontraban inmersos en una situación de violencia intrafamiliar, fueron trasladados junto con los menores de edad a esta Comisaría de Familia. Luego de convenir con los progenitores que el señor JUAN PABLO DUQUE RODRÍGUEZ estuviera a cargo de su custodia y cuidado, se firmó acta de colocación familiar y en el auto de avóquese de estas diligencias, al configurar una situación de violencia intrafamiliar, se dispuso que el equipo psicosocial de la Comisaría adelantara las diligencias de verificación de la garantía de derechos, de cuyos informes se dio apertura de investigación respectiva a través de los Autos No. 73 y 73 A de 20201 , en los cuales se definió el mapa probatorio, se mantuvo la ubicación de los niños en medio familiar de origen con el señor DUQUE RODRÍGUEZ y se amonestó a los dos progenitores (...)

Que (...)Tras el retiro arbitrario del lugar de residencia de la tía paterna de HUGO ANDRÉS y PABLO RAFAEL DUQUE LARRARTE por su progenitora, señora LUZ ADRIANA LARRARTE GIRALDO acaecido el 19 de agosto de los corrientes, momento en el cual se tuvo que solicitar el acompañamiento de la Policía de Infancia y Adolescencia para trasladarse hacia el barrio Fanny González de la ciudad, con el fin de verificar la situación de los niños, así como escuchar en declaración a los progenitores y a la señora ADRIANA DUQUE (hermana del progenitor), a fin de esclarecer los hechos para tomar las decisiones respectivas, la suscrita se reunió con la pareja, quienes continuaron ejerciendo violencia verbal entre sí, por lo que los niños fueron puestos bajo cuidado del equipo psicosocial de este Despacho en aras a que no estuvieran inmersos en la controversia de sus padres, mientras se lograba llegar a un acuerdo sobre su ubicación final. Durante el diálogo sostenido por alrededor de una hora,

el señor JUAN PABLO manifestó que si los niños eran ubicados con la señora LUZ ADRIANA debían ser colocadas cámaras en toda la residencia, decisión que obviamente no fue admitida en atención a que dicho proceder vulneraría su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar consagrada entre otras disposiciones internacionales y nacionales, en el artículo 15 de la Constitución Política; y, la progenitora manifestó que si se ubicaban con el progenitor, su hermana ADRIANA DUQUE no podría atenderles en su cuidado, puesto que para ella ninguna persona fuera de sus padres podría tocar sus cuerpos y atender sus necesidades, cuestión que tampoco fue aceptada por el progenitor. Tampoco hubo concertación en que los niños fueron ubicados con su abuela materna o con sus abuelos paternos, en atención a las desavenencias que se han presentado con ellos.

Por lo anterior, la suscrita en uso de las facultades legales que confieren los artículos 50, 51 y 86 del Código de Infancia y Adolescencia – CIA (Ley 1098 de 2006); y, en atención a los principios de protección integral, interés superior del niño y prevalencia de derechos establecida en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y en los artículos 7, 8 y 9 del CIA, procedió a través de auto a modificar la medida de restablecimiento de derechos consistente en ubicación en medio familiar, que como bien se indicó anteriormente, se había dado al progenitor de los niños, por la de ubicación en hogar sustituto, justificando tal decisión (...)

Refiere también que (...) el actuar de la suscrita como autoridad administrativa responsable de restaurar la dignidad y la integridad de los niños HUGO ANDRÉS y PABLO RAFAEL DUQUE LARRARTE, se ha enmarcado en las disposiciones normativas que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el Código de Infancia y Adolescencia y la jurisprudencia constitucional que se ha establecido para tal fin. Asimismo, no puede desconocerse que existen dos momentos distintos sobre los cuales versan las presentes diligencias. El primero refiere a los cuales fue aperturado el presente caso el 24 de julio de 2020, en donde tras un episodio de violencia intrafamiliar presenciado por la Policía de Infancia y Adolescencia en el Barrio La Carola, dos días después que el señor DUQUE LARRARTE retirara en horas de la noche el 22 de julio de 2020 a sus hijos del lugar de residencia familiar ubicada en ese entonces en el Centro de la ciudad, el cual fue intervenido por la suscrita y donde tras llegar a común acuerdo por los progenitores se dio la ubicación de los menores de edad con el señor JUAN PABLO DUQUE LARRARTE, a quien efectivamente se consideró como garante para lo anterior dentro de las diligencias de verificación de garantía de derechos, tal como lo refiere el señor abogado; sin embargo, el 19 de agosto, ante la persistencia del contexto de violencia intrafamiliar por parte de la pareja, involucrando a los niños, así como las acciones de hecho de la señora LUZ ADRIANA LARRARTE GIRALDO, hicieron que se diera el cambio de medida de conformidad con lo ya establecido anteriormente (...)

Manifiesta además que los menores PABLO RAFAEL y HUGO ANDRÉS se encuentran actualmente en un hogar sustituto bajo la coordinación de la Fundación FESCO, operador del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF. Es de recordar que la dirección por razones de reserva y seguridad no puede ser suministradas.

Por último, refiere que el proceso se encuentra en etapa probatoria, en la cual se han agotado varias pruebas pero aún quedan pendientes de practicar.

**LA PROCURADURIA DELEGADA PARA LA DEFENSA DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA Y FAMILIA – REGIONALCALDAS:** el Dr. GERMAN MARQUEZ HERRERA, Procurador 15 judicial II de familia, manifestó al despacho que el

apoderado ya había solicitado ante su despacho una vigilancia a la actuación de la Comisaría, en particular al hecho de posible incursión en vías de hecho, pero que no encontró ninguna irregularidad de relevancia en los expedientes correspondientes.

Que ha estado presente en algunas audiencias de prueba programadas por la Comisaría Tercera de Familia y que ha intervenido en los interrogatorios expuestos por los progenitores, pero que aún quedan algunos medios probatorios por arrimar para que la funcionaria competente pueda dictar una providencia de fondo que apunte a restablecer efectivamente los derechos de los menores quienes, de acuerdo a mandamiento constitucional, tienen prerrogativas preferentes.

Manifiesta que al verificar la orden de ubicación de los menores en hogar sustituto no se halló ninguna anomalía, pues si bien inicialmente se consideró por parte de la autoridad competente al padre como garante de los derechos de sus hijos, un nuevo episodio de violencia intrafamiliar, como reacción al hecho de que fue el mismo progenitor quien inicialmente se fue del hogar común con sus hijos, obligó a la Comisaría a cambiar su decisión inicial a través de otra providencia en su entender debidamente motivada. Por lo anterior, refiere que lo apropiado es continuar con los procesos de restablecimiento a fin de determinar cuál de los padres reúne las condiciones necesarias para tener a sus hijos o si es necesario acudir a vías de solución más extremas, lo que depende en buena parte en la actitud que uno u otra asuman frente al proceso.

Que respecto al requerimiento sobre la verificación del estado actual de los menores, declara que de acuerdo de los informes psicológicos, sociales y nutricionales obrantes en el expediente, los mismos se hallan ubicados en hogar sustituto cuya dirección y por motivos de la reserva necesaria no puede informarse. Pero que los menores se encuentran bajo el cuidado del operador del ICBF FESCO en hogar sustituto, como una de las medidas de protección consagradas en el artículo 53 de la Ley 1098.

Finalmente refiere que sobre la solicitud de reintegro de los menores, es un asunto que ha de resolverse en el fallo correspondiente.

**EL INSTITUTO DE BIENESTAR FAMILIAR-REGIONAL CALDAS:** LUZ JENNY RENDÓN TOBÓN, Defensora de Familia del Centro Zonal Manizales Dos del ICBF Regional Caldas, dio respuesta a la acción tuitiva, manifestando que los menores HUGO ANDRES y PABLO RAFAEL DUQUE LARRARTE, se encuentran ubicados en la modalidad de atención HOGAR SUSTITUTO VULNERACION, como medida provisional de protección adoptada en el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos PARD ante la Autoridad Administrativa competente COMISARIA TERCERA DE FAMILIA, medida solicitada por el mismo Despacho.

Anexan el informe de seguimiento a los menores por parte de psicóloga a la respuesta otorgada y finalmente solicitan ser desvinculados de la presente acción de tutela por considerar que no han vulnerado ninguno de los derechos fundamentales solicitados por el actor.

Adicional a lo anterior, se lee como conclusión de la visita realizada por la profesional en psicología, atendiendo la medida cautelar decretada por el despacho, lo siguiente:

11. Conclusiones y recomendaciones:

- Las interacciones conflictivas de las figuras parentales los han llevado asumir una actitud polarizada, limitando el ejercicio parental del padre no custodio, viéndose limitado el contacto entre los niños ante las dificultades y la poca agencia para resolver los conflictos de manera pacífica, generando mayor distanciamiento y la separación de los hijos del hogar biológico paterno, lo que a futuro traerá repercusiones en el desarrollo del apego y la vinculación afectiva para los niños hacia sus figuras paternas, por lo que se sugiere que los niños no estén por fuera del hogar paterno quien representa mayor seguridad y protección para estos.

-Es importante que la progenitora a través de un proceso terapéutico resignifique su historia de vida y adquiera herramientas de auto control emocional que le permitan agenciar un rol protector y cuidador para sus hijos.

La señora **LUZ ADRIANA LARRARTE GIRALDO**, madre de los menores, se manifestó a la vinculación que se hiciera por parte del despacho indicando que fue enterada de la acción constitucional impetrada por el señor JUAN PABLO DUQUE en la comisaría tercera de familia sin haber sido vinculada como madre de los menores.

Que sus menores hijos fueron retirados de su casa de forma arbitraria por parte de su padre el pasado 22 de julio cuando decidió abandonar el hogar acompañado de uno de sus hermanos que es miembro de la Policía Nacional, sin su consentimiento y sin presencia de un funcionario de infancia y adolescencia.

Considera entonces que sus derechos como madre de los menores fueron violentados por cuanto no le han realizado una visita a su hogar, como tampoco ha sido valorada por el ICBF; que sus ruegos no han sido escuchados cuando ha solicitado que se investigue al padre de sus hijos.

Que a pesar de que en la adolescencia sufrió problemas mentales, de frustración y acomodación como la mayoría de adolescentes, está siendo tratada por psicología por parte de la EPS, donde en ningún lugar dice que ella no es apta como cuidadora y protectora de sus menores hijos, pues manifiesta que "ni a la peor fiera se le separa de sus hijos, siempre y cuando estén atendidos todos sus derechos". Reitera que no se han verificado sus condiciones, ni se ha considerado ni atendido, ni resuelto la situación de sus hijos como si no tuvieran familia.

Dice presentar una impugnación por considerar que no fue vinculada a la acción de tutela y que no existió motivación suficiente por parte de la Comisaría de Familia cuando resolvió entregarle sus hijos al padre, violentando así su derecho de defensa y de sus hijos a tener una familia y no ser separado de ella, aun más cuando ningún especialista ha certificado que no se encuentra apta e idónea para cuidar a sus hijos.

Finalmente y equivocadamente refiere que presenta impugnación por cuanto el juez de instancia incurrió en defecto fáctico por cuanto no practicó pruebas y se tomó una decisión sin ser vinculada como madre de los menores.

L orden municipal

## **V. GENERALIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

### **Procedencia**

La Constitución Política de 1991 en su artículo 86 dispuso como mecanismo Institucional la Acción de Tutela, la cual fue reglamentada por el legislador mediante los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, estableciendo, entre otros derechos, que toda persona puede solicitar ante la autoridad competente la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en los casos establecidos en la ley, entendiéndose incluidos los consagrados como derechos de los menores y los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y acogidos por la Ley Colombiana.

Pese a lo anterior, este mecanismo constitucional no se predica como un nuevo arbitrio procesal, de jerarquía extraordinaria, ni de preferente escogencia por quien la invoque, pues no puede ser convertida en un instrumento paralelo a las vías de protección fijadas en la ley. Por su esencia y fundamento la Acción de Tutela es prevalente y tiene la fisonomía característica de solución o cura para la efectividad en la protección de un derecho constitucional, considerada excepcional porque únicamente es procedente ante la evidencia cierta de una restricción arbitraria de las libertades reconocidas por la Constitución o bien de la existencia de una amenaza inminente y grave de que en el futuro esa restricción se producirá de no mediar la tutela.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces de la República, cuya justificación y propósito consisten en brindar a la persona la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos de índole formal, con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata por parte del Estado de sus derechos fundamentales, en un caso en particular, consideradas las circunstancias específicas en que se encuentre y en las que se produjo la amenaza o vulneración, y a falta de otros medios, buscando que se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebrantos o amenazas a tales derechos. De esta manera se logra cumplir uno de los fines esenciales del Estado (C.P. Art. 2º.) consistente en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Magna.

### **Legitimación de las partes**

La parte actora está legitimada en la causa por activa para procurar mediante este procedimiento la defensa y protección de los derechos constitucionales propios. Por su parte, la accionada y parte de las vinculadas son entidades de derecho público y están legitimadas en la causa por pasiva en este procedimiento, así como está legitimada en la causa por pasiva la señora LUZ ADRIANA LARRARTE GIRALDO por ser la madre de los menores.

### **Competencia**

Este despacho tiene la competencia para tramitar y fallar la acción incoada, en virtud de lo dispuesto por el Decreto 2591 de 1991 en el cual se asigna su conocimiento a todos los Jueces de la República sin determinar competencia territorial de manera exclusiva, salvo el lugar donde ocurre la vulneración del Derecho. Es pues el Decreto 1983 de 2017 que asigna a los Jueces con categoría municipal el reparto de las tutelas dirigidas contra entidades del orden municipal.

### **Pruebas obrantes en el expediente.**

- A la acción de tutela se anexaron: poder, registro civil de los menores, autos de apertura No. 73 y 73ª, constancia de notificación personal de autos de apertura, cédula de ciudadanía del accionante, copia de solicitud elevada por el apoderado ante la Comisaría Tercera de Familia de fecha 08 de septiembre, copia de respuesta otorgada por dicha Comisaría de fecha de 22 de septiembre de 2020.
- La Comisaría Tercera de Familia con la contestación aportó: copia del proceso administrativo de restablecimiento de derechos y todos sus anexos.
- Con la contestación LA PROCURADURIA DELEGADA PARA LA DEFENSA DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA Y FAMILIA no aportó ningún documento además del escrito de respuesta.
- Con la contestación EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL CALDAS aportó copia de acta de seguimiento rendido por una profesional en psicología y copia de nombramiento.
- La señora LUZ ADRIANA LARRATE GIRALDO con su contestación aportó: copia de solicitud de placa policial, copia de queja ante la policía metropolitana de Manizales, copia de su historia clínica.

### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema planteado consiste en determinar si la entidad accionada vulneró el derecho fundamental al debido proceso del accionante Juan Pablo Duque Rodríguez, al modificar la medida de restablecimiento de derechos consistente en ubicación en medio familiar con el progenitor de los niños tomada dentro de las diligencias en los autos 73 y 73 A, por la de ubicar en un hogar sustituto a los menores.

### **VII. CONSIDERACIONES**

#### **1. Prevalencia de los derechos de los niños:**

*La Corte Constitucional ha reiterado en Sentencia T-468 de 2018 acerca de este tema lo siguiente:*

*"...De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (Art. 44, par. 3º, Superior), contenido normativo que incluye a los niños y niñas en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, que se encuentran en situación de indefensión y que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad..."*

A su vez, la Corte Constitucional en sentencia T- 287 de 2018 recordó sobre el interés superior del niño:

“...La Corte Constitucional ha establecido parámetros de aplicación de este principio en los asuntos donde se encuentran en amenaza derechos de los niños, niñas y adolescentes. En lo ateniendo, ha señalado que deben revisarse (i) las condiciones jurídicas y (ii) las condiciones fácticas: “Las primeras, constituyen unas pautas normativas dirigidas a materializar el principio pro infans: (i) garantía del desarrollo integral del menor, (ii) garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, (iii) protección ante los riesgos prohibidos, (iv) equilibrio con los derechos de los padres, (v) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, y (vi) la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno materno filiales. Las segundas, constituyen aquellos elementos materiales de las relaciones de cada menor de 18 años con su entorno y que deben valorarse con el objeto de dar prevalencia a sus derechos...”

### **1.1 El derecho de los menores de edad a tener una familia y a no ser separados de ella**

De acuerdo con la normativa constitucional, el Estado debe amparar la familia como institución básica de la sociedad (art. 5), como derecho de todas las personas (art. 42), y como derecho fundamental de los niños a no ser separados de ella (art. 44).

Por su parte, el artículo 22 de la Ley 1098 de 2006 indica que:

“[L]os niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

La Corte Constitucional ha protegido en reiteradas ocasiones, por vía de control concreto de constitucionalidad, el derecho de los menores de edad a la familia y la consecuente prohibición de ser separados de ella, pero también ha establecido que esa protección no es absoluta, ya que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella “no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad) sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos”.

En efecto, en sentencia T-510 de 2003 la Corte Constitucional detalló las pautas para la determinación en este sentido, así:

“3.2.4. Sobre el particular, la Sala enfatiza que al momento de establecer la idoneidad de un determinado grupo familiar, se han de tener en cuenta distintos tipos de circunstancias y razones que, dependiendo de su relevancia para el bienestar del menor individualmente considerado, serán más o menos determinantes de la decisión a tomar.

3.2.4.1. Así, en primer lugar, existen hechos cuya simple verificación es motivo suficiente para decidir en contra de la ubicación de un niño en determinada familia, dada su gravedad; tal es el caso de (a) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del menor, (b) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (c) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a los niños: “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”.

3.2.4.2. En segundo lugar, existen circunstancias que pueden constituir motivos de peso para adoptar una medida de protección que separe a un menor de su familia, pero que no tienen la misma fuerza determinante del primer tipo de razones. En esta segunda categoría se incluyen todos aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: por ejemplo, el hecho de haber entregado al niño en adopción o de haber delegado el cuidado diario de un menor de edad en personas distintas de sus padres.

3.2.4.3. Por último, existen circunstancias cuya verificación no es suficiente, en sí misma, para justificar una decisión de separar al menor de su familia biológica. Así sucede, por ejemplo, en los casos en que la familia biológica es pobre, o cuando sus miembros no cuentan con educación básica, o en los que alguno de sus integrantes ha mentado ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, o cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (sin haber incurrido en abuso frente al menor, o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar). Ninguna de estas circunstancias constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno familiar. Sin embargo, con excepción de la primera (es decir, de la pobreza, que en ningún caso puede justificar per se la remoción de un niño de su familia), sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los menores. En este sentido, resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros hijos, analizando –entre otras– si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño. Estas reglas son especialmente pertinentes para la resolución del caso bajo estudio" (subrayado fuera de text

## 1.1 Acción de tutela y principio de subsidiariedad

Al pronunciarse sobre el presupuesto de la subsidiariedad en las acciones de tutela, la Corte Constitucional en sentencia T- 471 de 2017, precisó:

*"El inciso 4° del artículo 86 Superior consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que "[e]sta 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".*

*Del mismo modo, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.*

En la **sentencia T-1008 de 2012**, esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que **no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito**, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Posteriormente, en las **sentencias T-373 de 2015** y **T-630 de 2015**, estableció que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se **consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.**

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6° del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que "siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela..."

Es decir, que las excepciones para que la acción de tutela proceda sin necesidad de principio de subsidiariedad ocurren cuando:

*"...Primero: se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y segundo; que "siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales..."*

De manera pues que la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Así, para determinar que el mecanismo no es idóneo, se presenta cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión.

En consecuencia, la aptitud del medio debe analizarse en cada caso concreto y en su estudio se considerarán: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario y (iii) el derecho fundamental involucrado.

## **2. CASO CONCRETO**

### **2.1 Lo planteado por la parte accionante.**

Manifiesta el accionante que se le vulnera su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto la Comisaría tercera de Familia de esta ciudad decidió, después de iniciadas las diligencias dentro del Proceso de Restablecimiento de Derechos de los menores DUQUE LARRARTE, modificar la medida consistente en ubicación en medio familiar con el progenitor de los niños, por la de ubicar en un hogar sustituto a dichos menores.

### **2.2 De lo probado se tiene**

Se desprende del acervo probatorio adosado al expediente que efectivamente fueron aperturadas investigaciones el 24 de julio de 2020 a través de los Autos No. 73 y 73 A de 2020 por parte de la Comisaria Tercera De Familia de esta ciudad por cuanto se presentaron actos urgentes en atención al reporte presentado por la Policía de Infancia y Adolescencia respecto de los menores DUQUE LARRARTE , en los cuales se definió el mapa probatorio, se mantuvo la ubicación de los niños en medio familiar de origen con el señor DUQUE RODRÍGUEZ y se amonestó a los dos progenitores.

Que posteriormente se presentó otro acto de violencia intrafamiliar tras el retiro arbitrario del lugar de residencia de la tía paterna de los menores por su progenitora, señora LUZ ADRIANA ARRARTE GIRALDO, acaecido el 19 de agosto de los corrientes, en el cual se tuvo que solicitar el acompañamiento de la Policía de Infancia y Adolescencia, por lo que la Comisaria procedió, a través de auto, a modificar la medida de restablecimiento de derechos consistente en ubicación en medio familiar, que como bien se indicó anteriormente, se había dado al progenitor de los niños, por la de ubicación en hogar sustituto, justificando tal decisión, la cual fue notificada a través del estado No. 46B del 20 de agosto de 2020.

Que los menores DUQUE LARRARTE se encuentran ubicados en la modalidad de atención HOGAR SUSTITUTO VULNERACION, como medida provisional de protección adoptada en el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos PARD ante la Autoridad Administrativa competente COMISARIA TERCERA DE FAMILIA y que se encuentran en adecuadas condiciones, según lo manifestado por LA PROCURADURIA DELEGADA PARA LA DEFENSA DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA Y FAMILIA la cual tiene vigilancia sobre el proceso que se lleva a cabo en la Comisaria tercera de familia de esta ciudad.

Que dentro del proceso de restablecimiento de derechos aperturado se encuentra pendiente de practicar pruebas, con las cuales se pretende determinar el reintegro de los menores y que todas las medidas que se han tomado dentro del mismo, han buscado garantizar el interés superior de los menores de edad, que es prevalente sobre los intereses y derechos de sus padres, incluido el aquí accionante. Más aún, teniendo en cuenta que el proceso referido de halla bajo vigilancia de la Procuraduría Delegada para la Defensa de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, la cual no ha encontrado irregularidades en el proceso.

### **2.3 Conclusión**

Como se puede establecer en el caso bajo estudio y frente a la claridad de los pronunciamientos efectuados por nuestro Máximo Tribunal Constitucional, no queda otra cosa al Despacho que no conceder, por improcedente, la tutela invocada, al no verificarse en el caso que ocupa nuestra atención el principio de subsidiariedad frente al acto que se pretende atacar, pues se tiene que lo pretendido es que el juez constitucional decida en sede de tutela la suerte de dos menores, los cuales, como quedó probado, han tenido que soportar violencia intrafamiliar entre sus progenitores y que a consecuencia de ello, las instituciones estatales han tenido que intervenir y con ello iniciar un proceso de restablecimiento de derechos, dentro del cual no se evidencia que se esté llevando con anormalidad o que los involucrados en ello, no tengan los mecanismos para atacar las decisiones que allí se dicten y aún menos que los menores, que son los

directamente involucrados dentro de este asunto, se hallen en condiciones o situaciones que puedan generar un perjuicio irremediable para ellos.

Por ello y dada la situación fáctica registrada en el caso sub júdice, no se cumplen los presupuestos para que el juez constitucional pueda intervenir dentro de las decisiones que le competen a la Comisaría Tercera de familia dentro del proceso de restablecimiento de derechos aperturados con número 73 y 73ª el día 24 de julio de 2020, pero no dejará de advertir que esta deberá tener en cuenta además de las resultas de las pruebas practicadas, el concepto emitido por la profesional en psicología, la Dra. Marcela Cardona del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR en el que indica:

“Conclusiones y recomendaciones: - Las interacciones conflictivas de las figuras parentales los han llevado asumir una actitud polarizada, limitando el ejercicio parental del padre no custodio, viéndose limitado el contacto entre los niños ante las dificultades y la poca agencia para resolver los conflictos de manera pacífica, generando mayor distanciamiento y la separación de los hijos del hogar biológico paterno, lo que a futuro traerá repercusiones en el desarrollo del apego y la vinculación afectiva para los niños hacia sus figuras paternas, por lo que se sugiere que los niños no estén por fuera del hogar paterno quien representa mayor seguridad y protección para estos. -Es importante que la progenitora a través de un proceso terapéutico resignifique su historia de vida y adquiera herramientas de auto control emocional que le permitan agenciar un rol protector y cuidador para sus hijos”.

En este orden de ideas, no se concederá la tutela invocada por el señor JUAN PABLO DUQUE RODRIGUEZ, en contra de la COMISARIA TERCERA DE FAMILIA DE MANIZALES y donde fueron vinculados el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – REGIONAL CALDAS, LA PROCURADURIA DELEGADA PARA LA DEFENSA DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA Y FAMILIA – REGIONALCALDAS, PERSONERIA DE MANIZALES Y LUZ ADRIANA LARRARTE GIRALDO (MADRE DE LOS MENORES), por los motivos expuesto en el presente fallo.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO MUNICIPAL DE MANIZALES (CALDAS)**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. DENEGAR** por improcedente le presente acción de tutela promovida por **JUAN PABLO DUQUE RODRIGUEZ** identificado con C.C 1.053.779.425, en contra de la **COMISARIA TERCERA DE FAMILIA DE MANIZALES** y donde fueron vinculados el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – REGIONAL CALDAS, LA PROCURADURIA DELEGADA PARA LA DEFENSA DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA Y FAMILIA – REGIONALCALDAS, la PERSONERIA DE MANIZALES Y la señora LUZ ADRIANA LARRARTE GIRALDO (MADRE DE LOS MENORES)**, por las razones que fundamentan este fallo.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito y eficaz, con la advertencia de que podrá ser impugnado este fallo dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

**TERCERO: ENVIAR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnado.

**NOTIFÍQUESE,**

**DIANA MARIA LÓPEZ AGUIRRE  
JUEZA**



**Firmado Por:**

**DIANA MARIA LOPEZ AGUIRRE**

**JUEZ**

**JUEZ - JUZGADO 010 MUNICIPAL CIVIL DE LA CIUDAD DE MANIZALES-CALDAS**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**1a506e9daf830f3e535fc430938edf7ebc90392754a5b80dfda771fe01558277**

Documento generado en 26/10/2020 04:42:27 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**