***Bogotá D.C., 28 de octubre de 2019***

***Señor***

***JUEZ PRIMERO DE FAMILIA DE BELLO***

***Antioquia.***

***TUTELA: No. 2019-01012***

***ACCIONANTE: ERNEY ALEJANDRO TACHA ROJAS***

***ACCIONADA: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF***

***ADRIANA HERRERA BELTRÁN***, en mi condición de Procuradora Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, en ejercicio del Ministerio Público, me permito emitir concepto dentro de las actuaciones de la referencia, en los siguientes términos:

1. ***Antecedentes***

1.1.- El ciudadano ERNEY ALEJANDRO TACHA ROJAS promueve acción de tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF para que este, “…mientras se define de fondo la demanda de nulidad ante el Consejo de Estado…” suspenda los efectos del “acto administrativo” demandado, denominado como “***orientaciones constitutivas de asistencia técnico – jurídica en los l Términos de la ley 1878 de 2018***” (sic), emitido por la Coordinadora de Autoridades Administrativas de la Dirección de Protección del ICBF, fechado el 23 de mayo de 2019.

1.2.- La queja que motiva el amparo reclamado tiene origen en la inconformidad planteada a través de la acción de nulidad simple de la que conoce el Consejo de Estado, contra el documento antes mencionado, por medio del cual se fijan orientaciones para el adelantamiento del PROCESO ADMINISTRATIVO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS (PARD), el que, a criterio del libelista, vulner5a el derecho al debido proceso, pues convierte un proceso administrativo de doble instancia en uno judicial de única instancia.

1.3.- Aduce además, entre otros argumentos, pero como el más relevante, que el proceso debe tener una duración de seis meses, sin embargo, dice, dicho término sólo puede contabilizarse desde el momento en que se profiera el auto de apertura del proceso de restablecimiento de derechos, y no desde el momento en que se ponga en conocimiento del hecho de presunta vulneración de derechos.

1. ***Consideraciones del Ministerio Público***

2.1.- No se hace necesario profundizar respecto de los fundamentos fácticos y jurídicos sobre los cuales se estructura la acción de amparo pretendida, porque si bien el debate se plantea desde una perspectiva procesal y de inconveniencia normativa, con el que se quiere hacer valer un ejercicio hermenéutico que hacen los mismos operadores que el accionante representa (defensores de familia), la intención final se orienta a obtener la suspensión provisional de las instrucciones fijadas por la Dirección de Protección del ICBF a través de la coordinadora de autoridades administrativas.

2.2.- Dicho lo anterior, se impone la necesidad de pronunciarse respecto a la oportunidad y la idoneidad de la vía constitucional elegida para la obtención de la suspensión del presunto acto administrativo atacado, la que, sin duda, en este escenario desconoce la naturaleza residual y subsidiaria de esta acción, porque como se demuestra por el propio demandante del amparo, existe un proceso de nulidad contra el “acto administrativo” el que está al Despacho del magistrado sustanciador del Consejo de Estado que conoce del mismo, pendiente de decidir sobre la suspensión provisional del mismo, lo que se traduce en que existe identidad de pretensiones tanto en el proceso de nulidad como en esta acción de tutela.

2.3.- Uno de los requisitos generales de procedencia lo constituye el que se hubieren agotado todas las alternativas judiciales y procesales posibles, “…*Que se hayan agotado todos los medios  -ordinarios y extraordinarios-  de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.  De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos.  De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.*”[[1]](#footnote-1), atendiendo a que la acción de este linaje es subsidiaria.

2.4.- Para el caso materia de estudio, puede concluirse que previamente a inclinarse por la vía del amparo, el aquí accionante al acudir a las acciones ordinarias o especiales previstas para definir lo relacionado con la nulidad simple del acto administrativo, como a la medida cautelar de suspensión provisoria del pronunciamiento de la Administración, deberá esperar a que el Consejo de Estado decida sobre el particular, pues resulta fácil inferir que el fenómeno de residualidad, técnicamente denominado como de subsidiariedad no se encuentra configurado, lo cual lo resta toda vocación de prosperidad a la pretensión de tutela reclamada.

2.5.- Como se advierte, son varias las alternativas procesales con que cuenta el accionante las que ya han sido promovidas y a las que se debe someter quien las instauró, sin que sea viable pretender que a través de la tutela, escenario inviable e insuficiente, establecer la justificación para la suspensión provisional referida.

2.6.- No se ven agotados los estadios procesales que posibiliten y legitimen la vía constitucional, esto impide que haya un pronunciamiento por medio de este mecanismo excepcional, pues sería la irrupción de la sede constitucional en la instancia natural del proceso, lo que, salvo situaciones excepcionales, le está vedado al juez de amparo, quien no puede sustituirlo debido a que la tutela no se concibió para *“…reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopte...”[[2]](#footnote-2)*

2.7.- Ahora bien, a pesar de que hice claridad sobre el tópico exclusivo sobre el cual deberá hacer pronunciamiento el juez de tutela, de manera tangencial me referiré a algunos aspectos abordados en el libelo contentivo de la reclamación del amparo, para reiterar la posición del Ministerio Público a través de esta Delegatura:

* El Código de la Infancia y la Adolescencia y la Ley 1878 de 2018 han fijado un proceso y un procedimiento para el restablecimiento de derechos de niñas, niños y adolescentes, que consiste en la restauración de la dignidad e integridad como sujetos y de la garantía del ejercicio efectivo de los derechos que les pudieren haber sido vulnerados, y desde luego, la garantía plena del derecho al debido proceso asegurado desde el artículo 29 de la Constitución Política.
* Con ese propósito se identifican las autoridades que deben conocer del proceso, primigeniamente en cabeza del defensor y comisario de familia, y por excepción del juez de familia ante la eventual pérdida de competencia del funcionario administrativo.
* Asimismo, se establecen los diferentes pasos procesales que deben cumplirse de manera obligatoria para entender que se cumple a cabalidad con las formalidades del proceso y con ellas del principio de legalidad, dentro de las cuales se contempla la oportunidad para el inicio del PARD, que no es otra que desde momento en que se ponen en conocimiento de la autoridad los hechos que presumiblemente son constitutivos de vulneración, momento desde el cual comienza a computarse el término de los seis meses de la duración del proceso al que se refiere el art. 100 del Código mencionado, modificado por el art. 4 de la Ley 1878.
* Conviene destacar de manera superlativa, que el IMPRORROGABLE término de seis meses para la duración del proceso, es el término que el legislador previó en FAVOR DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE (NNA), es un término fijado como razonable para que se decida su situación jurídica, esto es, si es víctima de vulneración y sujeto de restablecimiento, no es como lo interpreta el accionante, y por vía de ejemplo, es como si se pretendiera interpretar que el término de 36 horas en el que debe decidirse la acción de hábeas corpus, que es el término de la persona privada de la libertad, no es el término del juez, es el derecho del ciudadano, y aquí ocurre lo mismo, no es el término del funcionario que debe resolver el proceso, sino es el término del NNA.
* Acoger la interpretación de los operadores judiciales es regresarnos a épocas superadas, cuando el tiempo de duración del proceso era decidido por la autoridad a su antojo como lo era bajo el imperio del Código del Menor, y aceptar que el término de inicio de cómputo de los seis meses para la duración del proceso se inicie desde el momento en que el defensor o comisario de familia profiera el auto de apertura del proceso, es contrariar los derechos superiores y prevalentes de la infancia.
* Debe observarse que el tiempo del proceso NO inicia desde el momento del acaecimiento de la vulneración, ni tampoco, como quedó anotado, desde el auto que ordena la apertura del proceso, sino que debe decidirse “…*dentro de los seis (6) meses siguientes,* ***contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de los derechos*** *del menor de edad, término que será improrrogable y no podrá extenderse ni por actuación de autoridad administrativa o judicial*.”
* En suma, y para cerrar esta acotación al margen, entregar la potestad a los funcionarios para definan el término de duración del proceso resulta ilegal, pues contraría los preceptos de la normativa que regula el procedimiento fijado para su tramitación, y esto ocurriría si los seis meses se cuentan desde la fecha del auto de apertura, lo que podría llevar a que el operador dilatara a su conveniencia su emisión, en detrimento del derecho del término de duración del proceso.
* Finalmente, otro fenómeno que no tiene que ver con los elementos jurídicos procesales contenidos en la normativa, se refiere a las dificultades administrativas, técnicas u operativas que deben ser enfrentadas por la administración (ICBF) que constituyen anomalías que no deberían afectar el cumplimiento de los términos de duración del proceso y de su seguimiento, ni transmitir responsabilidades a las autoridades de restablecimiento de derechos, luego puede inferirse que el problema no radica en la Ley sino en la deficiencia de los medios para su operatividad, luego la solución no estriba en la modificación normativa, estaría en la adopción de mecanismos efectivos para cumplirla y entregar los recursos a sus operadores para enfrentar los inconvenientes.
* No sobra mencionar, que desde hace algún tiempo, la Procuraduría General de la Nación a través de esta Delegatura viene trabajando en una mesa interinstitucional con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Rama Judicial para buscar alternativas a las dificultades que operativas que enfrenta la vigencia de la Ley 1878 de 2018.
1. **Conclusión**

3.1.- Para el Ministerio Público NO se dan en conjunto los presupuestos de procedencia requeridos para la prosperidad de la acción de tutela formulada, pues no se configura el principio de subsidiariedad, en razón a que deben agotarse las instancias pertinentes para luego abrir paso a la acción constitucional, en consecuencia, en este momento, resulta inviable atender a la protección reclamada, por tanto, resulta improcedente el amparo demandado.

***ADRIANA HERRERA BELTRÁN***

*Procuradora Delegada para la Defensa*

*de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia*

*Proyectó: Henry Zárate Cortés*

1. Corte Constitucional: C-590 / 2005 (entre otras, SU-913 / 2009 y T-125 / 2012). [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional SU 424 de 2012. [↑](#footnote-ref-2)