El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / ELEMENTOS QUE LO CONSTITUYEN / OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR APERTURA DEL PROCESO DISCIPLINARIO/ CASO: ICBF.**

… nuestra CC estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales. (…)

En cuanto a la subsidiariedad debe indicarse que la acción es viable siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, de tal manera que no se sustituyan los mecanismos legales ordinarios. Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario: (i) la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la acción ordinaria para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante. (…)

EL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO. Es de contenido constitucional, está consagrado principalmente en el artículo 29 de la Carta Política e implica necesariamente tener la posibilidad de (i) Conocer a quien investiga, (ii) Poder controvertir las probanzas que se tengan en cuenta para adoptar las decisiones, (iii) Aportar el material probatorio que se estime del caso, (iv) Tener acceso al expediente o actuación, (v) Conocer las fases que ha de seguir el trámite de la investigación adelantada en su contra, (vi) Poder presentar alegaciones para la defensa de los intereses propios; aspectos que constituyen sus principios integradores, así lo entiende la CC, en análisis que hace el profesor Bernal Pulido en su obra. Criterio ampliado y desarrollado por la jurisprudencia constitucional en cuanto a los trámites administrativos. (…)

En el plenario es inexistente prueba alguna que dé cuenta sobre la notificación de la apertura del proceso y solo media la afirmación de la opugnante en el sentido que “(…) desde el acta de 15 de mayo de 2018, se le informó que se solicitaría estudio del caso por su situación (…)” (Folios 54 y 165, vuelto, ib.), que es insuficiente para considerar cumplida dicha actuación, tal como se anotó. Nada alude a los plazos para contestar o cita para rendir descargos.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL– FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

 Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

 Accionante : Andrés Felipe Velásquez Trujillo

 Accionado : El ICBF y otros

 Vinculado (s) : Fundación Universitaria del Área Andina y otra

 Radicación : 66001-31-03-004-2019-00031-01

 Temas : Debido proceso administrativo

 Despacho de origen : Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 148 de 11-04-2019

Pereira, R., once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019).

1. El asunto a decidir

La impugnación formulada dentro de la acción constitucional referida, luego de surtida la actuación de primera instancia, sin avistar nulidades que la invaliden.

1. La síntesis fáctica

Se informó que el actor era beneficiario de un programa del ICBF orientado a que los jóvenes con resolución de adoptabilidad puedan acceder a estudios universitarios, toda vez que el Defensor de Familia en reunión del 30-01-2019 decidió retirarlo de la medida de hogar con base en una presunta agresión sexual que se le imputa, sin garantizar su derecho de defensa. Está pendiente de cursar el décimo semestre de la carrera de derecho en la Fundación Universitaria del Área Andina y carece de vivienda y de ingresos para costear su manutención y educación (Folios 1 a 10, cuaderno principal).

1. Los derechos presuntamente vulnerados

Se invocan los derechos al mínimo vital, a la vivienda digna, a la educación, al debido proceso y a la dignidad humana (Folios 1, cuaderno principal).

1. La petición de protección

Pretende el amparo de los derechos y, en consecuencia, ordenar a las autoridades accionadas: (i) Reintegrarlo a la modalidad de casa vida independiente en la fundación Mundos Hermanos hasta tanto se resuelva su situación penal; (ii) Brindarle garantías para que pueda ejercer su defensa, para ser escuchado y tenido en cuenta en las actuaciones referentes al proceso administrativo que se sigue en su contra; (iii) Propiciar las condiciones para continuar con sus estudios, sin obstruir o impedir el acceso efectivo a la educación superior; y, (iv) Ofrecerle un trato respetuoso y digno hacia su persona (Folio 4 y 5, cuaderno principal).

1. El resumen de la crónica procesal

Con providencia del 14-02-2019 se admitió y se dispuso notificar a las partes entre otros ordenamientos (Folio 23, ibídem); el 27-02-2019 se profirió sentencia (Folios 150 a 155, ibídem); y, el 08-03-2018 se concedió la impugnación presentada por la autoridad accionada, ante esta Superioridad (Folio 203, ib.).

Con el fallo se concedió el amparo de los derechos porque el accionante no subsiste por sus propios medios y requiere del apoyo económico para culminar sus estudios, y las accionadas están en la obligación de garantizarle la formación para el trabajo y el desarrollo integral personal y humano, con ocasión del programa al que estaba inscrito. Agregó que el comportamiento del actor no ha sido el adecuado, sin embargo, la decisión adoptada fue desproporcionada a la luz de las faltas imputadas. Y remató señalando la trasgresión del derecho al debido proceso porque se impuso una sanción sin soporte normativo (Folios 150 a 155, ib.).

La accionada adujo que la decisión rebatida se tomó atendiendo lo dispuesto en los lineamientos técnico administrativos creados por el ICBF y con fundamento en que el joven incumplió los compromisos adquiridos, esto es, la reiterada desatención del manual de convivencia del operador del programa. Agregó que le hicieron diversos llamados en los que se le puso de presente el incumplimiento de sus deberes y sus consecuencias, y se le permitía aportar las pruebas de sus retrasos o ausencias, pero siempre se disculpaba, sin evidencia alguna. El 15-05-2018 le informó que se solicitaría “estudio del caso por su situación”.

Por último, reseñó que el egreso de la medida de protección se fundó en los conceptos e informes rendidos por la Coordinadora de la Asociación Mundos Hermanos, que el actor conocía, y que la decisión tutelar deviene gravísima porque “pareciera” sugerir que el desacato de los beneficiarios de sus obligaciones, no puede repercutir en su permanencia en el programa; dejó de atender el juzgador el numeral 5.2. del lineamiento técnico que así lo dispone, a más de que omitió considerar el deber de la entidad de garantizar los derechos de la menor de edad supuestamente agredida sexualmente por el interesado (Folios 164 a 171, ib.).

1. La fundamentación jurídica para resolver
	1. La competencia funcional. Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Despacho que conoció en primera instancia.
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, según la impugnación presentada por la parte actora?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa

Se cumple por activa porque el señor Andrés Felipe Velásquez Trujillo fue desvinculado del proyecto sueños que ofrece el ICBF. En el extremo pasivo el Defensor de Familia porque le corresponde definir la situación jurídica de actor (Ley 1098), adelantó el trámite administrativo y tomó la decisión rebatida (Folios 188 a 191, ib.; y, la Directora Regional Risaralda del ICBF porque es la autoridad que administra y sufraga el programa del que es beneficiario el accionante.

Los demás vinculados carecen de legitimación puesto que no les compete proveer sobre la investigación administrativa, de tal suerte, que es improcedente el amparo en su contra.

* + 1. La inmediatez y la subsidiariedad

El artículo 86 de la CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este mecanismo *“(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.*

En ese entendido, nuestra CC estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

Respecto a la inmediatez debe indicarse que se cumple porque la acción se formuló el 12-02-2019 (Folio 21, cuaderno principal), trece (13) días después de proferida la decisión administrativa (30-01-2019) (Folio 188 a 191, ibídem); es decir, se propuso dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatorios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional.

En cuanto a la subsidiariedad debe indicarse que la acción es viable siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, de tal manera que no se sustituyan los mecanismos legales ordinarios[[1]](#footnote-1). Esta regla tiene dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario[[2]](#footnote-2): (i) la tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la acción ordinaria para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante.

En el *sub examine*, el accionante no cuenta con otro mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa del derecho fundamental al debido proceso *“(…) y obliga al juez de tutela intervenir en el asunto, por cuanto lo que se alega está circunscrito a la violación del derecho de los administrados a que los procesos o procedimientos que los involucran se surtan con observancia de los requisitos establecidos por el legislador para garantizar la validez de las actuaciones de las autoridades administrativas, así como el derecho de defensa y contradicción (…)”*[[3]](#footnote-3). Por consiguiente, como este asunto supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

* 1. El debido proceso administrativo

Es de contenido constitucional, está consagrado principalmente en el artículo 29 de la Carta Política e implica necesariamente tener la posibilidad de (i) Conocer a quien investiga, (ii) Poder controvertir las probanzas que se tengan en cuenta para adoptar las decisiones, (iii) Aportar el material probatorio que se estime del caso, (iv) Tener acceso al expediente o actuación, (v) Conocer las fases que ha de seguir el trámite de la investigación adelantada en su contra, (vi) Poder presentar alegaciones para la defensa de los intereses propios; aspectos que constituyen sus principios integradores, así lo entiende la CC[[4]](#footnote-4), en análisis que hace el profesor Bernal Pulido[[5]](#footnote-5) en su obra. Criterio ampliado y desarrollado por la jurisprudencia constitucional[[6]](#footnote-6) en cuanto a los trámites administrativos.

La Sala de Casación Civil de la CSJ[[7]](#footnote-7) coincide con la doctrina jurisprudencial de la CC, y en decisión constitucional reiteró que hacen parte de las garantías al debido proceso administrativo:

(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.

En síntesis, es un derecho fundamental de carácter vinculante para todas las autoridades administrativas e implica que en cada acto que se dicte en un trámite administrativo deba observar las garantías procesales y los principios constitucionales que rigen la función pública (Artículo 209, CP)[[8]](#footnote-8).

1. EL CASO CONCRETO MATERIA DE ANÁLISIS

Con estricto apego a la descripción fáctica expuesta en el petitorio de amparo (Hechos Nos.17 y 18), esta Corporación deduce, sin lugar a dudas, que su objeto principal es la tutela del derecho al debido proceso porque se pretermitió al interesado ejercitar con plenitud su derecho de defensa durante el trámite administrativo “estudio del caso” que conoció el Defensor de Familia.

Debe acortarse que se trata de un trámite que carece de regulación expresa. La Ley 1098 no lo contempla y el *“Lineamiento Técnico Del Modelo Para La Atención De Adolescentes Y Jóvenes, Con Declaratoria De Adoptabilidad O Vinculados Al Sistema De Responsabilidad Penal, En Preparación Para La Vida Autónoma E Independiente Del “Proyecto Sueños, Oportunidades Para Volar”[[9]](#footnote-9)*, solo refiere la descripción de la modalidad “Casa Hogar” para mayores de 18 años, la población a la que está orientado el programa, los criterios de ingreso, ubicación y permanencia, y los aspectos administrativos.

Empero, la ausencia de un procedimiento determinado no autoriza a la autoridad para tomar decisiones sin observar el imperativo constitucional del debido proceso. El Defensor de Familia como instructor de la investigación tiene la obligación de brindar las garantías mínimas previstas en el artículo 29 superior para cualquier trámite de esa índole, es decir, permitir al investigado conocer la actuación, pedir y controvertir las pruebas, y formular los recursos procedentes, si los hay.

Revisada la resolución No.028 del 30-01-2019 halla la Corporación que en una misma diligencia se dio apertura del trámite y se definió la continuidad de la medida de restablecimiento de derechos. Tiene un repaso de antecedentes; refiere que se socializó al interesado de las condiciones actuales del proceso administrativo, entre ellas, que *“(…) en reunión técnica de la Regional Risaralda, en la cual se recomendó y/o concluyo (Sic) la necesidad de que, (…) fuera egresado de la medida de protección de ICBF (…)”;*  relata la respuesta y aptitud del investigado frente a los cargos; y se decide la terminación de la medida (Folios 188 a 191, ib.). No obra material alguno que recoja las actuaciones y etapas procesales agotadas (Audios, videos, entre otros).

Es evidente que la actuación solo tenía por finalidad informarle sobre la exclusión del programa, puesto que así ya lo había instruido la Regional Risaralda, es decir, que se había prejuzgado su situación, sin darle la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa. Lo que hace inane que se le haya escuchado en la diligencia.

No cabe duda que la actuación se inició con fundamento en el supuesto incumplimiento de *“(…) las normas pactadas por el gobierno comunitario y reglas institucionales incurriendo en faltas graves o reiteradas (…)”* (Numeral 5.2. del Lineamiento Técnico del Proyecto Sueños, Oportunidades Para Volar”) (Folio 74, ib.), actuaciones previas, que si bien el actor conocía de tiempo atrás, no podían mutarse en la apertura y comunicación del trámite administrativo, pues, se trata de probanzas en su contra que debe tener la opción de controvertir en el ámbito del proceso administrativo.

En el plenario es inexistente prueba alguna que dé cuenta sobre la notificación de la apertura del proceso y solo media la afirmación de la opugnante en el sentido que *“(…) desde el acta de 15 de mayo de 2018, se le informó que se solicitaría estudio del caso por su situación (…)”* (Folios 54 y 165, vuelto, ib.), que es insuficiente para considerar cumplida dicha actuación, tal como se anotó. Nada alude a los plazos para contestar o cita para rendir descargos.

Como se trata de una decisión sancionatoria, se relieva con mayor ahínco la necesidad de garantizar el debido proceso. Tan cierto es lo dicho, que la CC lo ha pregonado en nutrida jurisprudencia, por vía de ejemplo, reluce el análisis constitucional alusivo a la falta de normas que regulen el trámite incidental de desacato de sentencias de tutela: *“(…) A pesar de ser un trámite breve, en todo caso se debe comunicar la iniciación del incidente a la persona de quien se afirma ha incurrido en desacato, para que pueda ejercer su derecho a la defensa y aportar o solicitar las pruebas necesarias para demostrar el cumplimiento del fallo de tutela o la imposibilidad de dicho cumplimiento (…) es imperioso respetar el principio de necesidad de la prueba, como elemento esencial del derecho a la defensa y del debido proceso (…)”*[[10]](#footnote-10) (sublínea de la Sala).

Llama la atención de esta Sala que el Defensor de Familia haya pasado por alto este principio orientador, reiterado en el artículo 26, Ley 1068, en consideración a la calidad en la que actúa, sus deberes como defensor de derechos (Artículo 81, Ley 1068) y especializados conocimientos jurídicos (Artículo 80, ibídem).

Así las cosas, tal como se advirtió, para esta Corporación es claro que la autoridad accionada trasgredió el derecho al debido proceso porque adoptó una decisión durante un trámite que el accionante desconocía, impidiendo que ejercitara su derecho de defensa; por lo tanto, se confirmará parcialmente la decisión de primera instancia, en torno al amparo de los derechos invocados y se impartirán las órdenes conducentes.

Por último, se revocará el numeral 6º de la decisión de primera sede en la medida que este mecanismo no fue concebido para hacer sugerencias comportamentales al interesado, a más de que el análisis constitucional solo debe circunscribirse a las acciones u omisiones de la parte accionada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F a l l a,

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada.
2. ADICIONAR su numeral 2º, en el sentido de ORDENAR, exclusivamente, al doctor Ricardo Andrés Rincón Loaiza, en calidad de Defensor de Familia, o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir del día siguiente a la notificación que se le haga de esta providencia reinicie la actuación administrativa en contra del accionante, con las garantías anotadas, luego de lo cual tomará la determinación que corresponda, con apoyo en las pruebas acopiadas.
3. REVOCAR los numerales 3º y 4º, para en su lugar, ORDENAR a la doctora Juliana Pungiluppi Leyva, como Directora Regional Risaralda del ICBF, o quien haga sus veces: (i) Pagar la matrícula del actor, que corresponde al último semestre del Programa de Derecho de la Fundación Universitaria del Área Andina de esta ciudad; y, (ii) Reintegrar al actor al proyecto “sueños, oportunidades para volar” en la modalidad “casa hogar” que brinda por intermedio de la Asociación Mundos Hermanos ONG.
4. REVOCAR los numerales 5º y 6º de la mentada providencia.
5. ADICIONAR el numeral 7º, en el sentido de DECLARAR IMPROCEDENTE la acción constitucional en contra de las Directoras General del ICBF, la Fundación Universitaria del Área Andina y la Asociación Mundos Hermanos ONG, por carecer de legitimación.
6. REMITIR el expediente a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

 M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-533 de 2016, SU-424 de 2012, T-480 de 2011, T-162 de 2010 y T-099 de 2008, entre otras. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-128 de 2016, T-623 de 2011, T-498 de 2011, T-162 de 2010, T-034 de 2010, T-180 de 2009, T-989 de 2008, T-972 de 2005, T-822 de 2002, T-626 de 2000 y T-315 de 2000. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-404 de 2014. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-482 de 1992. [↑](#footnote-ref-4)
5. BERNAL P, Carlos. El derecho fundamental al debido proceso, Señal editora, Bogotá, 2004, p.37. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. SU-077 de 2018, T-010 de 2017, T-051 de 2016, C-034 de 2014 y C-980 de 2010, entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ. STC5723-2016, STC12822-2017, STC19964-2017. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. SU-077 de 2018. [↑](#footnote-ref-8)
9. [https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/lineamiento\_atencion\_adolescentes\_y\_jovenes\_vida\_autonoma\_e\_indep endiente\_06-03-2017.pdf](https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/lineamiento_atencion_adolescentes_y_jovenes_vida_autonoma_e_indep%20endiente_06-03-2017.pdf). Consultado el 09-04-2019 [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. C-364 de 2014. [↑](#footnote-ref-10)