



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN n.º 19

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020)

- Referencia:** CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD.
- Radicación:** 11001-03-15-000-2020-02253-00.
- Temas:** Medida cautelar de urgencia. Decreto oficioso. Suspensión provisional del acto administrativo.
- Decisión:** Se decreta de oficio la medida cautelar de urgencia de suspensión provisional de los efectos de los artículos 1, 2, 3, 9 y la expresión «con lo cual se entiende que la suspensión de los términos de los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos y de los trámites extraprocesales ordenados se mantienen desde el 17 de marzo del 2020 hasta el día hábil siguiente a la superación de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social» del artículo 11, de la Resolución 3507 del 14 de mayo de 2020, proferida por la directora general del ICBF.

AUTO INTERLOCUTORIO

O-675-2020

ASUNTO

1. Procede el despacho a resolver la solicitud presentada por el señor Pablo Andrés Chacón Luna, para que se decrete la suspensión provisional de los efectos de del primer inciso del artículo 1, del parágrafo primero del mismo artículo y del inciso segundo del artículo 2 de la Resolución 3101 del 31 de marzo de 2020, expedida por la directora general del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), «Por la cual se modifica la Resolución No. 2953 del 17 de marzo de 2020, mediante la cual se adoptan medidas transitorias frente a los trámites de restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19».

ANTECEDENTES

2. Por medio de memorial radicado vía correo electrónico el 25 de agosto del presente año en la Secretaría General de esta Corporación, el señor Pablo Andrés Chacón Luna solicitó que fueran suspendidos provisionalmente los efectos de los apartes antes señalados de la Resolución 3101. Esto, bajo el argumento de que la medida de suspensión de los términos de las actuaciones



administrativas en los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos (PARD) y la limitación de la práctica de visitas domiciliarias solo a casos urgentes, adoptada en dicho acto administrativo, viola los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado colombiano, la Constitución Política y el Código de la Infancia y la Adolescencia (CIA).

3. Este despacho avocó conocimiento del control inmediato de legalidad de la Resolución 3101 mediante auto del 27 de agosto de 2020, en virtud de la acumulación procesal de ese acto administrativo al trámite que se adelanta por el mismo medio de control sobre la Resolución 3507 del 14 de mayo de este año, proferida por la directora general del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), «por la cual se adoptan medidas frente a los trámites administrativos de restablecimiento de derechos a favor de los niños, niñas y adolescentes y se adoptan otras disposiciones, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19».

4. La acumulación procesal que se acaba de mencionar fue ordenada porque la Resolución 3507 del 14 de mayo de 2020 reemplazó a la Resolución 3101 del 31 de marzo del mismo año, manteniendo las medidas adoptadas en este último acto administrativo.

5. El proceso del control inmediato de legalidad sobre la Resolución 3507 se encuentra a despacho para fallo y en este, el Ministerio Público solicitó que se declare la nulidad de la medida de suspensión de los términos de los PARD, porque vulnera los derechos fundamentales de los niños y viola lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, que excepciona la facultad para suspender las actuaciones administrativas cuando estas impliquen la efectividad de los derechos fundamentales.

6. Por su parte, el ICBF se pronunció en defensa de la legalidad de la medida. En ese sentido señaló que esta fue tomada debido a la pandemia y en virtud de la facultad otorgada por el artículo 6 del Decreto Legislativo 491 a las autoridades para suspender los términos en las actuaciones administrativas. Igualmente, porque la Resolución 3507 prevé excepciones frente a la suspensión de los PARD y los Trámites de Atención Extraprocesal (TAE) a cargo del Instituto, lo que permite salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, según lo consideren los defensores de familia en cada caso.

CONSIDERACIONES

7. De conformidad con lo señalado por los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 y 185 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer del proceso de la referencia.



8. En el auto del 4 de junio del presente año, por el cual este despacho avocó el conocimiento del control inmediato de legalidad de la Resolución 3507 del 14 de mayo de 2020, se indicó que las medidas cautelares de urgencia son procedentes en esta clase de procesos, toda vez que, ante la evidente posibilidad de un tardío control de legalidad, el juez puede considerar pertinente adoptar una de estas medidas, tal y como lo dispone el artículo 234 del CPACA¹. Para ello, se dijo que el Ministerio Público o cualquier ciudadano podría presentar la solicitud dentro del término de diez días de fijación del aviso indicado en el numeral 2 del artículo 185 *ibidem*². Igualmente se sostuvo que en casos de evidente violación del ordenamiento jurídico, el juez puede decretar la medida cautelar de oficio, siendo esto una excepción a la regla general de petición de parte cuando se trata de medidas cautelares. Todo lo anterior con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva.

9. En virtud de lo precedente, este despacho sustentará dicha tesis a partir del estudio de: (i) la procedencia de medidas cautelares en el medio de control inmediato de legalidad, (ii) la justificación del trámite de urgencia frente a estas medidas, (iii) la facultad oficiosa del juez de lo contencioso administrativo para decretar medidas cautelares y (iv) los criterios generales para su decreto. Luego se abordará el análisis del caso concreto.

(i) Sobre la procedencia de medidas cautelares en el medio de control inmediato de legalidad

10. El artículo 185 del CPACA³ regula el procedimiento especial a seguir en esta clase de procesos y en dicha disposición no hay mención expresa de la

¹ CPACA, art. 234: «Medidas cautelares de urgencia. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediateamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta».

² CPACA, art. 185, núm. 2: «Trámite del control inmediato de actos: [...] 2. Repartido el negocio, el Magistrado Ponente ordenará que se fije en la Secretaría un aviso sobre la existencia del proceso, por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo. Adicionalmente, ordenará la publicación del aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo».

³ CPACA, art. 185: «Trámite del control inmediato de legalidad de actos. Recibida la copia auténtica del texto de los actos administrativos a los que se refiere el control inmediato de legalidad de que trata el artículo 136 de este Código o aprendido de oficio el conocimiento de su legalidad en caso de inobservancia del deber de envío de los mismos, se procederá así:

1. La sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los Magistrados de la Corporación y el fallo a la Sala Plena.

2. Repartido el negocio, el Magistrado Ponente ordenará que se fije en la Secretaría un aviso sobre la existencia del proceso, por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad del acto



procedencia de medidas cautelares en el desarrollo de este trámite. No obstante, el artículo 229 *ibidem*⁴ dispone que esas medidas pueden ser decretadas en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, categoría dentro de la cual se encuentra el control inmediato de legalidad.

11. En efecto, este medio de control corresponde a un proceso declarativo porque, a falta de definición legal y de acuerdo con la interpretación doctrinaria aceptada por esta Corporación, tiene como nota característica que en su origen existe falta de certeza acerca de la declaración de legalidad o ilegalidad que finalmente será proferida en la sentencia que pondrá fin a la incertidumbre. Esto, a diferencia de lo que ocurre con los procesos ejecutivos, en los que, para que sean procedentes, debe existir certeza, exigibilidad y claridad del derecho o de la situación jurídica⁵.

12. En ese sentido, se advierte que el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares previsto en el CPACA no es incompatible con el trámite del control inmediato de legalidad, con lo que resulta posible el decreto de una

administrativo. Adicionalmente, ordenará la publicación del aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

3. En el mismo auto que admite la demanda, el Magistrado Ponente podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito su concepto acerca de puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo, dentro del plazo prudencial que se señale.

4. Cuando para la decisión sea menester el conocimiento de los trámites que antecedieron al acto demandado o de hechos relevantes para adoptar la decisión, el Magistrado Ponente podrá decretar en el auto admisorio de la demanda las pruebas que estime conducentes, las cuales se practicarán en el término de diez (10) días.

5. Expirado el término de la publicación del aviso o vencido el término probatorio cuando este fuere procedente, pasará el asunto al Ministerio Público para que dentro de los diez (10) días siguientes rinda concepto.

6. Vencido el traslado para rendir concepto por el Ministerio Público, el Magistrado o Ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrada al Despacho para sentencia. La Sala Plena de la respectiva Corporación adoptará el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional».

⁴ CPACA, art. 229: «Procedencia de medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos ~~y en los procesos de tutela~~ del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio. (Nota: Parágrafo declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-284 de 2014, salvo la expresión tachada que fue declarada inexecutable en la misma sentencia)».

⁵ «LÓPEZ, H. (2009). *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Tomo II. Parte Especial (novena edición)*. Bogotá: DUFRE Editores» (sic), citado en: CE, Sec. Tercera, Subsec. A, Sent., rad. 25000-23-26-000-2004-01271-01(33911), may. 13/2015.



medida cautelar en cualquier estado de este medio de control, incluso como cautela de urgencia⁶.

ii. Justificación del trámite de urgencia frente a estas medidas

13. El trámite de urgencia representa una excepción al procedimiento general para la adopción de las medidas cautelares en lo contencioso administrativo señalado en el artículo 233 del CPACA⁷. El artículo 234 *ibidem* dispone, sobre las medidas cautelares de urgencia, lo siguiente:

«Artículo 234. Medidas cautelares de urgencia. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete».

14. De acuerdo con esto, al tratarse de situaciones de urgencia, el legislador dispuso que el decreto de la medida cautelar puede ser ordenado *inaudita parte debitoris*⁸, esto es, sin audiencia del demandado, para lo cual, salvo que se

⁶ Un análisis y conclusión semejante, respecto del proceso de pérdida de investidura, en el que la ley no señala expresamente la posibilidad de decretar medidas cautelares, puede encontrarse en: CE, Sec. Primera, Auto, rad. 85001-23-33-000-2020-00016-01(PI), abr. 30/2020.

⁷ CPACA, art. 233: «Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso».

⁸ Cfr. SERGIO GONZÁLEZ REY, «Comentario al artículo 234 del CPACA», en: José Luis Benavides (editor), *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 comentado y concordado*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 590-591.



trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos y otras situaciones previstas en el artículo 232 *ejusdem*⁹, el solicitante debe pagar una caución. En todo caso, la decisión que se adopte puede ser objeto de los recursos ordinarios correspondientes.

15. El artículo 234 antes transcrito no prevé una definición de lo que debe entenderse por «urgencia», no obstante, esta Corporación ha dicho que este concepto se refiere al «inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado»¹⁰. Así, en lo relacionado con el procedimiento especial a seguir en el control inmediato de legalidad, debido a que este fue concebido con el fin de evitar la generación de situaciones administrativas que requieran de una corrección posterior y que pudieron evitarse de haberse contado con la decisión judicial de manera oportuna¹¹, las medidas cautelares de urgencia se justifican para garantizar la tutela judicial efectiva.

16. La tutela judicial efectiva es el derecho que tienen todas las personas a un recurso expedito ante los jueces o tribunales competentes y constituye uno de los pilares básicos del Estado de derecho en una sociedad democrática¹². Ese derecho tiene fundamento en los artículos 8 (sobre garantías procesales) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

17. Respecto de lo anterior, en la sentencia del 29 de septiembre de 1999 proferida por la Corte Interamericana de DDHH, en el caso Cesti Hurtado contra Perú, dicha Corporación señaló que, para que los Estados respeten ese derecho, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que, además, deben tener efectividad real.

18. La Constitución Política de Colombia de 1991 también consagra el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, lo cual se deduce de los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Carta. En ese sentido, la Corte Constitucional ha considerado que el derecho de acceder a la administración de justicia fija un deber de

⁹ CPACA, art. 232: «Caución. El solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. El Juez o Magistrado Ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución, para lo cual podrá ofrecer alternativas al solicitante.

La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decrete la medida cautelar; la que acepte o rechace la caución prestada no será apelable.

No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública».

¹⁰ CE, Sec. Tercera, Subsec. C, Auto, rad. 11001-03-26-000-2014-00034-00(50221), may. 29/2014.

¹¹ Cfr. MÓNICA SAFAR DÍAZ, «Comentario al artículo 185 del CPACA», en: José Luis Benavides (editor), *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011 comentado y concordado*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 496-497.

¹² Cfr. CE, S. Plena, Sent. 110010325000201100316 00 (2011-1210), ago. 9/2016.



asegurar que los medios judiciales sean efectivos para resolver las controversias planteadas por todas las personas y que este «le impone a las autoridades públicas, como titulares del poder coercitivo del Estado y garante de todos los derechos ciudadanos, la obligación correlativa de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo»¹³, lo que significa, a su vez, «el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas»¹⁴.

19. Por lo dicho, la pertinencia de las medidas cautelares de urgencia tiene máxima importancia en materia del control inmediato de legalidad, pues, en la práctica, los términos señalados en el artículo 185 del CPACA no enaltecen la celeridad esperada de este medio de control porque suman 65 días, lo cual contradice el sentido común de los términos máximos previstos en el artículo 215 de la Constitución Política, el cual indica que la declaratoria del estado de emergencia de orden económico, social, ecológico y grave calamidad pública, podrá ser decretado por periodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de 90 días en el año calendario. Por estas razones, la adopción de medidas cautelares de urgencia en esta clase de procesos está justificada.

iii. La facultad oficiosa del juez de lo contencioso administrativo para decretar medidas cautelares

20. De acuerdo con el artículo 229 del CPACA, la facultad oficiosa del juez de lo contencioso administrativo para decretar medidas cautelares tiene dos alcances distintos. Primero, este puede, a petición de parte debidamente sustentada, «decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia». Esto significa que la oficiosa se refiere a la clase de medida cautelar a imponer y no a la posibilidad de que el juez, para tales efectos, pueda iniciar el trámite por su propia iniciativa.

21. No obstante, desde una segunda perspectiva dada por el párrafo del artículo en comento, el juez puede iniciar de manera oficiosa el trámite para decretar la medida cautelar, cuando se trate de «los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos»¹⁵. Esta vertiente de la facultad oficiosa representa una novedad respecto del régimen

¹³ C. Const., Sent. C-426, may. 29/2002.

¹⁴ C. Const., Sent. C-500, jul. 16/2014.

¹⁵ El texto inicial del párrafo del artículo 229 del CPACA establecía esta posibilidad para las acciones de tutela que se tramitaran en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero la Corte Constitucional declaró inexecutable tal disposición, entre otras razones, porque desconocía el principio de unidad de la jurisdicción constitucional: C.Const. Sent. C-284, may. 15/2014.



de las medidas cautelares que contenía el CCA (Decreto 1 de 1984), en el que el juez solo podía decretarlas cuando mediara solicitud de parte¹⁶.

22. Sobre lo último, esta Corporación ha sostenido que el trámite de la acción popular no es el único que puede encajar dentro de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 229 en relación con los procesos en los que se defiendan derechos e intereses colectivos, pues esa finalidad también es perseguida por el medio de control de nulidad. Al respecto, la Sección Cuarta, en auto del 28 de mayo de 2015 indicó lo siguiente¹⁷:

«[...] 3.- No puede dejarse de lado el hecho de que la acción de simple nulidad, en defensa de la legalidad abstracta, bien puede considerarse como un proceso que tiene por finalidad la defensa y protección de un interés colectivo, como lo es, precisamente, la defensa del ordenamiento jurídico, y que es lo que explica que esta pretensión no requiera de legitimación especial, esto es, de la titularidad de un derecho, porque cualquier persona en defensa, se repite, de la legalidad, puede incoar la acción.

Es cierto que en algunas ocasiones el interés colectivo puede vincularse con derechos subjetivos –cuando es posible que cada uno de los afectados por una situación esté protegido por una norma y su derecho pueda reclamarse mediante una acción judicial-, pero, en otras, puede encajar en la noción tradicional de interés legítimo, como sucede, por ejemplo, cuando una comunidad está interesada en la construcción de una obra pública o un grupo de personas está buscando la protección de la legalidad o el patrimonio público –el interés de los particulares está en concurrencia con el interés estatal-.

Desde esa perspectiva, en un proceso de simple nulidad, en el que se busca la defensa de legalidad –interés colectivo, se insiste- una medida cautelar puede ser declarada de oficio conforme al parágrafo del artículo 229 del CPACA, por tratarse “de procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos”».

23. Con fundamento en lo precedente, cabe advertir, entonces, que los procesos en los que se persigue la defensa de la legalidad abstracta, dentro de los que se incluye el control inmediato de legalidad¹⁸, tienen la finalidad de salvaguardar un interés colectivo. Por ello, la facultad oficiosa del juez de lo contencioso administrativo para decretar medidas cautelares sin mediar solicitud de parte también puede ser ejercida en esta clase de procesos.

¹⁶ Cfr. CE, Sec. Tercera, Subsec. A, Auto, rad. 11001-03-26-000-2014-00035-00(50222), may. 14/2014.

¹⁷ Cfr. CE, Sec. Cuarta, Auto, rad. 11001-03-24-000-2013-00534-00(20946) acumulado 11001-03-24-000-2013-00509-00(21047), may. 28/2015; en el mismo sentido: Sec. Primera, Auto, rad. 11001-03-24-000-2015-00522-00, feb. 9/2018.

¹⁸ Este, al igual que la nulidad simple, se dirige al control de legalidad de actos generales, en mayor medida reglamentos. De esa manera, no persigue la satisfacción de intereses subjetivos, sino la verificación de la validez de esas normas frente al ordenamiento jurídico.



iv. Criterios generales para decretar medidas cautelares

24. El marco general de las medidas cautelares descansa en el *loci* propuesto por Chiovenda según el cual: «el tiempo necesario para tener razón no debe causar daño a quien tiene razón»¹⁹, de allí que la principal misión de esta interesante institución procesal es la tutela judicial efectiva, de tal suerte que se proteja y garantice el objeto del proceso, en forma temprana y provisional. En igual sentido, el artículo 229 del CPACA precisa que la medida cautelar principalmente propugna por la efectividad de la sentencia, esto es, que la decisión final, acompañada con la cautela, resuelva el proceso en sentido material y no como un simple formalismo sin alcances o incidencias en los derechos de los usuarios de la justicia.

25. La decisión de la medida cautelar no se constituye en una sentencia sumaria o anticipada, pues siempre ha de recordarse que esta es provisional y, por tanto, puede ser revocada o ajustada en el transcurso del proceso, lo cual implica que el juez deberá estar atento a las múltiples variables jurídicas y fácticas que puedan incidir en los fundamentos en que se sustentó la decisión cautelar. Esta última consideración es un punto crucial, puesto que en derecho no hay respuestas únicas correctas y de allí que el margen de desviación interpretativa es una variable difícilmente controlable por los jueces. Por ello, es preclaro el artículo 235 del *ibidem* que permite al juez de oficio, o a petición de parte, levantar, modificar o revocar la medida cautelar. Y en el mismo sentido, el artículo 229 del *eiusdem* se convierte en un eficaz resguardo del juez respecto de posibles cuestionamientos o dudas sobre las decisiones adoptadas en una medida cautelar al indicar que «La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento». Por tanto, en el transcurso del proceso podrá ratificar, ajustar, corregir e incluso contradecir la decisión cautelar y, por ende, los argumentos consignados en la medida cautelar al momento de proferir la sentencia definitiva.

26. Es posible que tengan alguna razón (pero no toda) aquellos que sostienen que la medida cautelar es para el juez una sentencia «a ciegas», lo cual no es necesariamente cierto si la decisión se ajusta a lo indicado en el artículo 231 del CPACA, el cual exige un cuidadoso ejercicio argumentativo que permite avizorar la hermenéutica plausible y la incidencia de ella en la sentencia futura. Si el camino interpretativo es incierto o poco lúcido, ello debería conducir a la negativa de la medida.

- *La duda razonable*

¹⁹ Chiovenda, G., «Notas a Cass. Roma, 7 de marzo de 1921». Giur. Civ e Comm., 1921, p. 362.



27. Respecto de esta última afirmación, si el ejercicio hermenéutico es un laberinto acentuado por una precaria seguridad jurídica, por ejemplo, porque confluyen sentencias de unificación contradictorias (total o parcialmente), o porque hay dos o más decisiones judiciales dispares de las altas cortes²⁰, entonces el juez tiene los argumentos necesarios para negar la medida cautelar por existir un alto nivel de «duda razonable».

28. En la misma ilación, el juez también puede argumentar «duda razonable» para negar la medida cautelar cuando observa genuinas antinomias, o por lo menos avizora, lo que podríamos denominar incongruencias normativas que no han sido resueltas por la jurisprudencia²¹.

29. Por otra parte, si uno de los problemas jurídicos principales está relacionado con pruebas que son concluyentes para edificar la sentencia y, que al momento de decidir la medida cautelar no están controvertidas o son de aquellas que requieren ser complementadas, entonces en dichos casos el juez también podría argumentar que existe una «duda razonable», porque el éxito de la pretensión implica que previamente se surta el recaudo y valoración probatoria, lo cual sólo puede cumplirse luego del ritual procesal pertinente²².

30. Otra situación interesante es la concurrencia de dos interpretaciones plausibles para la solución del caso concreto, sin que exista unificación jurisprudencial o precedente jurisprudencial que disuelva la dicotomía o el posible dilema. En estos eventos el juez podrá hacer uso de una estricta ponderación hermenéutica y si el resultado no le permite inclinarse por una u otra interpretación (lo cual no es frecuente) también podría fundamentarse la negación de la medida cautelar en la «duda razonable»²³.

²⁰ El mal llamado «choque de trenes» que ha sucedido con cierta frecuencia en vigencia de la Constitución Política de Colombia del año 1991.

²¹ Sección Quinta. Auto de sala unitaria del 18 de septiembre de 2012, magistrado Alberto Yepes Barreiro. Radicación 11001-03-28-000-2012-00049-00. Medio de control nulidad electoral. Actor: Leonardo Puertas. Demandada la Corporación Autónoma Regional de la Guajira. En dicho auto al analizar las normas poco congruentes que regulan la integración del consejo directivo de una Corporación Regional argumentó lo siguiente: «[...] Las anteriores razones llevan a la Sala a concluir que existe una duda razonable en la determinación del número de miembros que componen el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de La Guajira [...]».

²² Sección Quinta. Auto de sala unitaria del 17 de marzo de 2016 con ponencia de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicación 76001-23-33-000-2015-01577-01. Actor: Geimi Beltrán Fernández. Demandado: Municipio de Cali. Medio de control de nulidad electoral en el que confirmó la negativa de suspensión provisional. «[...] La valoración de los documentos representativos de imágenes y de las noticias en prensa escrita o grabaciones de audio han generado discusión jurisprudencial desde tiempo atrás, debido a la duda razonable de comprobación de autenticidad y de la certeza de los hechos que se pretenden probar con esas imágenes o noticias en prensa escrita o hablada [...]».

²³ Sección Quinta. Auto de sala unitaria del 27 de junio de 2018 con radicación número: 11001-03-28-000-2018-00063-00. Actor: Gustavo Adolfo Prado Cardona. Demandado: Consejo Nacional Electoral. Asunto: Nulidad contra acto de contenido electoral. [...] Por consiguiente, la declaratoria de la medida suspensiva deberá ser negada, luego de que existen dos o más



31. Ahora bien, este es el momento de hacer una advertencia necesaria: la «duda razonable» no puede convertirse en una muletilla que enmascare el viejo argumento del artículo 152 del CCA, el cual auspiciaba una opción formalista al indicar que debía tratarse de «manifiesta infracción» de las disposiciones invocadas, bien por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud. Se recuerda que ello podría llevar a una facilista perspectiva de «manifiesta infracción» con la cual fueron negadas la mayoría de las solicitudes de medidas cautelares (en vigencia del CCA), lo que en el fondo implicaba el aplazamiento de la decisión para la sentencia, y de esta manera el juez evitaba el compromiso temprano y oportuno de pronunciarse sobre el derecho en litigio.

- *Los derechos fundamentales y principios que disipan la duda razonable*

32. La «duda razonable» debería ser la última ratio de la decisión negativa de la medida cautelar porque los principios generales del derecho y, en particular, los derechos fundamentales contienen sólidos argumentos que permiten al juez superar las dudas que solo en ciertos y determinados casos se pueden calificar como razonables.

33. Por otra parte, es importante distinguir el peso argumentativo de la «duda razonable», el cual está muy distante de la «indecisión» o «las perplejidades» del juez, estas últimas derivadas, tal vez, de la inexperiencia o de la incomprensión del litigio propuesto, o porque el juez desconoce algunos principios útiles cuando se trata de medidas cautelares, entre otros: «precaución» y «prevención».

- *El carácter provisional de la medida cautelar*

34. Es oportuno citar al tratadista español Eduardo García de Enterría, quien en su libro *Democracia, jueces y control de la administración*²⁴ precisó lo siguiente:

«[...] Por otra parte, la medida cautelar es esencialmente provisional, puede ser revocada o corregida a lo largo del proceso, según se vayan “constatando” los hechos y el derecho relevantes, y no condiciona en ningún sentido la sentencia final, aunque de hecho la anuncie (que es algo distinto de anticipar) en la mayor parte de los casos. Todas las medidas cautelares se apoyan, en definitiva, en dos principios esenciales, la rapidez y eficacia, y en tal sentido es la única arma disponible contra el bloqueo de la justicia y contra el abuso de la misma por

interpretaciones plausibles sobre el punto de derecho que se analiza, pues ello conlleva, *prima facie*, una duda razonable en relación con la violación normativa puesta de presente, como en otras providencias ha sido explicado por el Despacho²³, e incluso por esta Sala de Sección²³.
[...]

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. 4.^a ed. ampliada. Madrid, Civitas, 1998, p. 290.



contendientes injustos; una justicia inmediata no necesitaría medidas cautelares, como una injusticia lenta se hace ineficaz y aun una burla (*justice delayed is justice denied*, dicen los ingleses: justicia retrasada es justicia denegada), se deslegitima ante los ciudadanos si no es capaz de arbitrar medidas cautelares para evitar la ventaja injusta que de ese retraso extraen algunos justiciables [...]».

35. Es interesante destacar la diferencia entre la institución de «la medida cautelar» y la otra que la doctrina ha denominado la «tutela anticipada». La primera, tal y como está regulada en el CPACA, tiene como misión principal asegurar el disfrute eventual y futuro del derecho cautelado. La segunda, esto es la «tutela anticipada» posibilita la inmediata realización del derecho. Esta última, afirma Daniel Mitidiero: «[...] tiene por función combatir el peligro de tardanza de la resolución jurisdiccional componiendo la situación litigiosa entre las partes provisionalmente [...]»²⁵.

36. En el caso bajo examen la solicitud se contrae a la suspensión de los efectos de un acto administrativo (medida negativa) sin que se vislumbre necesidad de una medida positiva (que implique obligación de hacer). En consecuencia, el análisis se contraerá a la pertinencia de la suspensión provisional de los efectos, el cual procederá por violación del ordenamiento superior.

37. Así, el primer punto a examinar es el relacionado con la confrontación del acto administrativo con las normas superiores invocadas como violadas, lo cual, en cierta medida, pone en tela de juicio la presunción de legalidad y ejecutividad del acto administrativo. Ahora bien, a la luz del CPACA se trata de una confrontación integral o plena, sin el matiz que contemplaba el antiguo Código Contencioso Administrativo el cual autorizaba la medida cautelar si se trataba de una «manifiesta infracción»²⁶, argumento que fue recurrente en las decisiones de aquel entonces y que sirvió de fundamento para negar la mayoría de las medidas cautelares solicitadas.

38. Veamos la nueva redacción del artículo 231:

«Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.** Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos [...]». (Negrita fuera de texto).

²⁵ MITIDIERO, Daniel. Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria. Madrid, 2013, Marcial Pons, p. 41.

²⁶ El artículo 152 del Decreto 01 de 1984, incluía el adjetivo «manifiesta infracción».



39. Según el artículo 231 del CPACA, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la confrontación con las normas superiores invocadas ha de entenderse como el análisis integral que debe hacer el juez, lo cual implica dilucidar, entre otros, los siguientes problemas hermenéuticos: **(i)** vigencia de las normas; **(ii)** examen de posibles juicios de constitucionalidad o de legalidad de las normas supuestamente infringidas; **(iii)** jerarquía normativa; **(iv)** posibles antinomias; **(v)** ambigüedad normativa; **(vi)** sentencias de unificación, doctrina probable, jurisprudencia sugestiva, etc.; **(vii)** integración normativa; **(viii)** criterios y postulados de interpretación; **(viii)** jerarquía de los criterios y postulados de interpretación, etc.

40. Ahora bien, *prima facie*, la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* que describen los ordinales 1.º y 2.º del artículo 231 del CPACA nos indica que es un requisito más propicio de las medidas cautelares positivas; no obstante, cuando se trata de medidas cautelares negativas, como la suspensión de los efectos del acto demandado, resulta pertinente, pero en sentido inverso, esto es, no como apariencia de buen derecho, sino como apariencia de ilegalidad, lo cual justifica la tutela cautelar temprana siguiendo la doctrina italiana, según la cual, ante la imposibilidad de una respuesta definitiva en un plazo razonable, es pertinente una respuesta provisional en un tiempo justo²⁷. El sentido de apariencia de ilegalidad lo precisa Chinchilla Marín así:

«[...] de la misma forma que la intensidad con la que el interés general reclama la ejecución de un acto es tomada en cuenta por los tribunales para determinar la intensidad del perjuicio que se exige para adoptar la medida cautelar, la intensidad con que se manifieste la apariencia de buen derecho, que es tanto como decir la apariencia de ilegalidad del acto administrativo, debe también tomarse en consideración para determinar la medida del daño que cabe exigir para apreciar la existencia del *periculum in mora* necesario para otorgar la medida cautelar solicitada.[...]»²⁸.

41. Por otra parte, es necesario anotar que la suspensión de los efectos de un acto administrativo no es la única medida cautelar que puede ser decretada por el juez o magistrado ponente encargado de resolver la petición. Así está previsto en el inciso 1.º del artículo 229 de la Ley 1437 el cual indica lo siguiente:

²⁷ Chinchilla Marín, Carmen. La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, Civitas, 1991, p. 128, citada por Daniela S. Sosa y Laura E. Giménez, Régimen cautelar en el proceso contencioso administrativo de Córdoba. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3282/8.pdf>. Consultado el 30 de julio de 2018.

²⁸ Chinchilla Marín, Carmen «Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo en España», p. 156, en la publicación «Las medidas cautelares en el proceso administrativo en Iberoamérica», Asociación de Magistrados de Tribunales Contencioso Administrativos en los Estados Unidos Mexicanos, México 2009, tomado el 30 de julio de 2018.

Página electrónica: <https://es.scribd.com/document/209225123/Las-Medidas-Cautelares-en-El-Proceso-Administrativo-en-Iberoamerica>



«[...] En todos los procesos declarativos, que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda, o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, **podrá el juez o magistrado ponente**, decretar en providencia motivada, **las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia** [...]». (Negrita fuera de texto).

42. En consonancia con la disposición en cita, el artículo 230 *ut supra* respecto del contenido y alcance de las medidas cautelares dispone que éstas «podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda». A su vez determina que el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

«[...] 1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el juez o magistrado ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el juez o magistrado ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el juez o magistrado ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente [...]».

43. De la lectura de los artículos 229, 230 y 231 del CPACA se llega a las siguientes conclusiones: **(i)** cuando se trata de la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo es necesario que el juez o magistrado ponente realice la confrontación del acto demandado con las normas superiores invocadas y las pruebas allegadas con la solicitud, tal como lo dispone el artículo 231 *ibidem*; **(ii)** la ley concedió al juez o al magistrado ponente la potestad de adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto de proceso y la efectividad de la sentencia, entre las cuales se encuentra suspender un proceso o una



actuación administrativa, artículo 230 de CPACA; y (iii) en aquellos casos en que se declara una medida cautelar diferente a la suspensión de los efectos de un acto administrativo se deben observar los supuestos de apariencia de buen derecho y *periculum in mora*.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

44. El despacho estima que en este caso no es posible darle trámite a la solicitud de suspensión provisional de los efectos de la Resolución 3101 de 31 de marzo de 2020 presentada por el señor Pablo Andrés Chacón Luna porque: (i) ese acto administrativo no se encuentra surtiendo efecto alguno, que deba ser suspendido, toda vez que fue «reemplazado» de manera expresa por la Resolución 3507 del 14 de mayo del mismo año y (ii) en el proceso del control inmediato de legalidad que se adelanta sobre esta última resolución, ciudadano Chacón no intervino dentro del término legal en el que podía hacerlo.

45. A pesar de lo anterior, el despacho decretará de oficio, y como medida cautelar de urgencia, la suspensión de los efectos de los artículos 1, 2, 3, 9 y la expresión «con lo cual se entiende que la suspensión de los términos de los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos y de los trámites extraprocesales ordenados se mantienen desde el 17 de marzo del 2020 hasta el día hábil siguiente a la superación de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social» del artículo 11, de la Resolución 3507 del 14 de mayo de 2020, proferida por la directora general del ICBF. Para sustentar esta decisión primero se transcribirá el contenido de dicho acto administrativo y luego se analizará su concordancia con las normas en las que debía fundarse y el fundamento de la urgencia de la medida cautelar.

i. Texto de la resolución

46. El acto administrativo en estudio dispone lo siguiente:

«[...]

RESOLUCIÓN n.º 3507
14 DE MAYO DE 2020

Por la cual se adoptan medidas frente a los trámites administrativos de restablecimiento de derechos a favor de los niños, niñas y adolescentes y se adoptan otras disposiciones, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19

**LA DIRECTORA GENERAL DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR
FAMILIAR CECILIA DE LA FUENTE DE LLERAS**

En uso de sus facultades legales y estatutarias, en especial las conferidas en el literal b) del artículo 28 de la Ley 7 de 1979, el literal a) del artículo 28 del Decreto 334 de 1980, el artículo 78 de la Ley 489 de 1998, en el Decreto 280 de 2020 y,



CONSIDERANDO

Que mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el Ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, declaró la emergencia sanitaria por causa del COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y, en virtud de la misma, adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del coronavirus COVID-19 y mitigar sus efectos.

Que mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional declaró el Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por el término de 30 días, previendo la necesidad de expedir normas que *“habiliten actuaciones judiciales y administrativas mediante la utilización de medios tecnológicos, y adoptar las medidas pertinentes con el objeto de garantizar la prestación del servicio público de justicia, de notariado y registro, de defensa jurídica del Estado y la atención en salud en el sistema penitenciario y carcelario”*, término de vigencia de ese estado de excepción que en la actualidad finalizó.

Que el Gobierno Nacional mediante Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, ordenó el aislamiento preventivo obligatorio para todas las personas habitantes en Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, a excepción de las personas en los siguientes casos o actividades: (...) *“Asistencia y cuidado de niños, niñas y adolescentes, mayores de 70 años, personas con discapacidad y enfermos en tratamientos especiales que requieren asistencia de personal capacitado”*, *“13. Las actividades de los servidores públicos y contratistas del Estado que sean estrictamente necesarias para prevenir, mitigar y atender la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, y garantizar el funcionamiento de los servicios indispensables del Estado”*, entre las que se encuentran la protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Que con Decreto 531 de 2020, se amplió el aislamiento preventivo obligatorio para todas las personas habitantes en Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 27 de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, manteniendo las excepciones contenidas en el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020.

Que posteriormente, con el Decreto 593 de 2020, se extendió el aislamiento preventivo obligatorio para todas las personas habitantes en Colombia a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 27 de abril de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 11 de mayo de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, ampliando las excepciones contenidas en el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020.

Que mediante Resolución 3017 del 19 de marzo de 2020, la Dirección General del ICBF adoptó medidas transitorias y excepcionales para establecer trabajo en casa para los servidores públicos y contratistas del mismo hasta el 30 de abril de la presente anualidad, señalando taxativamente que esas directrices no aplicaban para los programas sociales indispensables que al ser fundamentales para el cumplimiento de la misionalidad del ICBF, requieren la presencia en sitio para la continuidad del servicio, tales como las Defensorías de Familia.



Que posteriormente, la Resolución 3111 del 01 de abril de 2020, derogó la Resolución 3017 de 2020 y expidió nuevas medidas transitorias para cumplir las obligaciones contractuales y ejecutar el trabajo en casa para los servidores públicos y los contratistas, estableciendo que *“las Defensorías de Familia prestarán su servicio mediante la figura de disponibilidad y contando con los elementos de bioseguridad para el cumplimiento de su función”*.

Que el Gobierno Nacional mediante el Decreto 460 del 22 de marzo de 2020, estableció la prestación ininterrumpida del servicio de las Comisarías de Familia, hasta tanto se superen las causas del estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica, toda vez que, como las Defensorías de Familia, su misionalidad no permite suspender la totalidad del servicio.

Que mediante el Decreto 491 de 2020, el Gobierno Nacional adoptó medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas. Estableció la potestad de las entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, órganos de control, órganos autónomos e independientes del Estado, y a los particulares cuando cumplan funciones públicas, para ampliar o suspender los términos cuando el servicio no se pueda prestar de forma presencial o virtual, siempre y cuando no afecten derechos fundamentales ni servicios públicos esenciales. Igualmente, determinó que la suspensión de los términos se podrá hacer de manera parcial o total en algunas actuaciones o en todas, o en algunos trámites o en todos, sea que los servicios se presten de manera presencial o virtual, conforme al análisis que las autoridades hagan de cada una de sus actividades y procesos, previa evaluación y justificación.

Que el parágrafo del artículo 3° del Decreto antes mencionado, señaló que los servidores públicos y contratistas del Estado que adelanten actividades que sean estrictamente necesarias para garantizar el funcionamiento de los servicios públicos indispensables del Estado, no podrán suspender la prestación del servicio. Así mismo, dispuso que en la modalidad de trabajo en casa se utilizarán las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Que el artículo 4° del citado Decreto contempla la posibilidad de notificar y comunicar actos administrativos por medios electrónicos, así: *“Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, la notificación o comunicación de los actos administrativos se hará por medios electrónicos”*. El artículo 10 del mismo Decreto establece: *“A fin de mantener la continuidad en la prestación de los servicios de justicia alternativa, los procesos arbitrales y los trámites de conciliación extrajudicial, amigable composición y procedimientos de insolvencia de persona natural no comerciante se adelantarán mediante el uso de tecnologías de la comunicación y la información, de acuerdo con las instrucciones administrativas que impartan los centros de arbitraje y conciliación y las entidades públicas en las que se tramiten, según el caso”*.

Que el artículo 5° del Decreto 563 del 15 de abril de 2020, estableció que las Defensorías de Familia deben continuar con la prestación ininterrumpida de sus servicios a fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así: *“Durante el término de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del Coronavirus COVID-19, se garantizará la prestación ininterrumpida de los servicios de los Defensores de Familia y sus equipos interdisciplinarios para el cumplimiento de las funciones administrativas relacionadas con la verificación de la garantía de los derechos de*



los niños, niñas y adolescentes presuntamente amenazados o vulnerados, así como cualquier otra actuación de carácter urgente que se encuentre dirigida a su protección integral, con acatamiento de las condiciones de bioseguridad establecidas por el Ministerio de Salud y Protección Social”.

Que la Dirección General del ICBF, mediante Resolución n.º 2953 del 17 de marzo de 2020, modificada mediante la Resolución 3101 de 2020, adoptó medidas frente a los trámites de restablecimiento de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, con el fin de garantizar la verificación de derechos y la atención de las acciones urgentes para la salvaguarda de sus derechos, y ordenó la suspensión de los términos de los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos –PARD y trámites extraprocesales, hasta el día hábil siguiente a la superación de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Lo anterior, sin perjuicio de que las autoridades administrativas continuarán adelantando las acciones correspondientes dentro de los procesos.

Que mediante la Resolución 3286 del 20 de abril de 2020, la Dirección General del ICBF adoptó medidas transitorias para la prestación del servicio de Bienestar Familiar, ordenando mantener activados todos los canales y servicios de protección para recibir las solicitudes de verificación de derechos y actos urgentes en casos de vulneración o amenaza de derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, así como continuar con la atención, seguimiento, movilización y definición de la situación jurídica de los trámites y procesos administrativos de restablecimiento de derechos activos.

Que el parágrafo del artículo 11 del Código de la Infancia y la Adolescencia, faculta al ICBF para definir los Lineamientos Técnicos que las autoridades y las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y para asegurar su restablecimiento.

Así mismo, los numerales 2 y 5 del artículo 38 del Decreto 987 de 2012 establece como funciones de la Dirección de Protección del Instituto, la de *“Definir los lineamientos generales en materia de protección que deben ser tenidos en cuenta en todos los procesos relacionados con el reconocimiento de derechos a los niños, niñas y adolescentes”* así como *“Diseñar servicios, actualizar y validar los lineamientos técnicos existentes, cumpliendo con la misión del instituto”*.

Que la labor que desarrollan algunos servidores y contratistas del Estado, relacionada con asuntos de salud, justicia y protección, deben garantizarse durante la emergencia sanitaria, con el fin de proteger y restablecer los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y las poblaciones más vulnerables.

Que las funciones que desarrollan las Defensorías de Familia están atadas al deber del Estado de garantizar en todo tiempo los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, así como a adelantar las actuaciones administrativas para proteger y restablecer sus derechos cuando se conozcan casos de presunta amenaza o vulneración.

Que teniendo en cuenta que el ICBF, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, ha proferido varias disposiciones respecto a los trámites administrativos de restablecimiento de derechos a favor de los niños, niñas y adolescentes se hace necesario actualizar, adicionar y compilar en una sola resolución todo lo relacionado con este asunto.

Que el aislamiento preventivo obligatorio se extendió más allá de lo inicialmente previsto y no se tiene certeza por cuánto tiempo se va a prolongar, teniendo en



cuenta, que como lo ha establecido la OMS *“las autoridades de algunos países han conseguido ralentizar el avance de los brotes, pero la situación es impredecible”*, por lo cual, en atención a la aplicación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y de su protección reforzada, se hace necesario reevaluar y tomar otras medidas que posibiliten desarrollar los trámites y procesos que adelantan las autoridades administrativas atendiendo las normas de bioseguridad establecidas por el Ministerio de Salud, a fin de no poner en riesgo a los mencionados funcionarios ni a la población en general.

Que, en mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Mantenimiento de la medida de suspensión de términos en los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos. Conforme al artículo 6° del Decreto 491 de 2020, continúan suspendidos los términos de los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos – PARD, desde el 17 de marzo y hasta el día hábil siguiente a la superación de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Parágrafo. Lo anterior, sin perjuicio de que las autoridades administrativas continúen adelantando las acciones correspondientes dentro de los procesos, y realizando el seguimiento cuando sea posible, teniendo en cuenta el interés superior del niño y prevalencia de sus derechos.

Para el efecto, se insta a los profesionales de las Defensorías de Familia a implementar herramientas tecnológicas disponibles, para realizar estudios de caso, comités consultivos, proyección de actos administrativos, proyección de informes, actualización del SIM, entre otras actuaciones.

ARTÍCULO SEGUNDO. Facultad para levantar los términos de los procesos. Las autoridades administrativas en el marco de su autonomía podrán levantar la suspensión de términos o abstenerse de suspenderlos, en los siguientes Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos:

1. Los que a la fecha cuentan con todos los elementos fácticos y probatorios para emitir la declaratoria de adoptabilidad.
2. Los que cuentan con el consentimiento para la adopción.
3. Los que a la fecha cuentan con todos los elementos fácticos y probatorios para realizar la modificación de medida a reintegro familiar.
4. Los que a la fecha cuentan con todos los elementos fácticos y probatorios para emitir el cierre.
5. Los que versan sobre niños y niñas expósitos.
6. Y los demás, que a consideración de la Autoridad Administrativa cuentan con los medios probatorios para fallar, modificar la medida o definir de fondo la situación jurídica del niño, niña o adolescente o en los que sea posible, de



forma virtual o presencial, recaudar los medios probatorios necesarios para fallar, modificar la medida o definir de fondo la situación jurídica.

Para tal efecto, deberá incorporarse en la respectiva historia de atención el acto administrativo por medio del cual se levanta la suspensión de términos con base en la presente resolución.

Parágrafo. En los procesos en los cuales se levante la suspensión de términos, las notificaciones y las audiencias que establece el Código de la Infancia y la Adolescencia se llevarán a cabo de forma electrónica y virtual, atendiendo a lo establecido en el Decreto 491 de 2020 y conforme a los lineamientos que para este fin emitan la Dirección de Protección y la Dirección de Información y Tecnología.

Para tal efecto, el Defensor de Familia deberá solicitar que se le informe la dirección electrónica para recibir notificaciones en el caso de las actuaciones. Dichas notificaciones se deberán realizar a través del correo electrónico de la autoridad administrativa competente, quien indicará toda la información correspondiente al acto administrativo.

Así mismo, las audiencias que establece el Código de la Infancia y la Adolescencia se llevarán a cabo de forma virtual, atendiendo a lo establecido en el Decreto 491 de 2020 y conforme a los lineamientos que para este fin emitan la Dirección de Protección y la Dirección de Información y Tecnología.

Lo anterior, sin perjuicio del uso de los servicios de correspondencia y de las acciones que se puedan realizar de forma presencial, siempre que se cumplan los protocolos de bioseguridad establecidos por el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO TERCERO. Suspensión de términos en los trámites extraprocesales. Conforme al artículo 6° del Decreto 491 de 2020, continúan suspendidos los términos para los trámites extraprocesales que tienen dispuestos un límite de tiempo desde el 17 de marzo y hasta el día hábil siguiente a la superación de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Parágrafo primero. Las autoridades administrativas bajo su autonomía podrán levantar la suspensión de términos o abstenerse de suspenderlos, en los siguientes trámites de atención extraprocesal:

1. Conciliaciones sobre alimentos, visitas y custodia.
2. Elaboración de demandas y tutelas en atención a la operación de la Rama Judicial.
3. Trámites de restablecimiento internacional de derechos.
4. Trámites notariales, considerando que las notarías se encuentran operando por turnos, de acuerdo con las resoluciones emitidas por la Superintendencia de Notariado y Registro.



5. Solicitudes de refugio a favor de niños, niñas y adolescentes extranjeros ante el Ministerio de Relaciones Exteriores.
6. Y los demás trámites extraprocesales que a consideración de la autoridad administrativa puedan ser adelantados de forma virtual.

Parágrafo segundo. Para desarrollar estos trámites se podrá hacer uso de las herramientas virtuales atendiendo a lo establecido en el Decreto 491 de 2020 y conforme a los lineamientos que para este fin emitan la Dirección de Protección y la Dirección de Información y Tecnología del ICBF. Aplican los comentarios arriba señalados en los párrafos.

Lo anterior, sin perjuicio de que la autoridad administrativa realice actuaciones de forma presencial, siempre que se cumplan los protocolos de bioseguridad establecidos por el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO CUARTO. Verificación de Derechos. La verificación de la garantía de derechos se deberá seguir realizando de manera inmediata cuando se tenga conocimiento de presuntas vulneraciones o amenazas de derechos y actos urgentes, como las siguientes a título enunciativo y no taxativo: la violencia física, violencia psicológica, negligencia, violencia sexual, abandono, hechos victimizantes en el marco del conflicto, trata de personas, y los demás que bajo la autonomía de la Autoridad Administrativa considere requieren actuaciones inmediatas.

Cuando se realicen visitas por parte de los profesionales de las Defensorías de Familia en estas situaciones urgentes se deberán adoptar las medidas de bioseguridad necesarias para el cumplimiento del servicio indispensable según los lineamientos emitidos por el Gobierno Nacional y por el ICBF.

ARTÍCULO QUINTO. Trámites de los comités de adopciones a las Regionales ICBF y de las Instituciones autorizadas para prestar servicios de Adopción IAPAS. Los comités de adopciones de las Regionales ICBF y de las IAPAS, deberán dar continuidad a los trámites contemplados en el Lineamiento Técnico del Programa de Adopción de manera virtual, a fin de evitar dilaciones en la asignación de una familia garante para los niños, las niñas y adolescentes en situación de adoptabilidad. Frente a la etapa del encuentro familiar, se podrá realizar siempre y cuando se acojan todas las medidas sanitarias y de bioseguridad establecidas por el Gobierno Nacional para mitigar los riesgos de contagio de COVID-19.

ARTÍCULO SEXTO. Órdenes judiciales. Las autoridades administrativas y los equipos técnicos interdisciplinarios continuarán cumpliendo con las órdenes que emitan las autoridades judiciales, teniendo en cuenta que son obligatorias y que su inobservancia acarrea sanciones de tipo pecuniario, disciplinario y penal. Toda actuación que requiera desplazamiento o una atención presencial, será ejecutada cumpliendo las medidas de bioseguridad establecidas por el Gobierno Nacional.

ARTÍCULO SÉPTIMO. Responsabilidad de los Directores Regionales y Coordinadores de Centro Zonal. Corresponde a los Directores (as) Regionales y los Coordinadores (as) de Centros Zonales del ICBF organizar los equipos de las Defensorías de Familia e implementar medidas de turnos rotativos para atender las verificaciones de derechos y actos urgentes. Para estos turnos, deberán excluirse los empleados y colaboradores que tengan más de 60 años de edad, aquellos que sufran de alguna enfermedad catastrófica o que afecte su sistema



inmunológico, embarazadas, aquellos que tengan síntomas o confirmación de estar contagiados con el COVID-19.

ARTÍCULO OCTAVO. Elementos de bioseguridad. En todas las actuaciones que impliquen desplazamiento, los empleados y colaboradores deberán contar con los elementos de bioseguridad necesarios, de acuerdo con lo estipulado por el Gobierno Nacional para mitigar los riesgos de contagio de COVID-19.

ARTÍCULO NOVENO. Sistema de Información Misional –SIM. En lo relacionado con los reportes de los Indicadores y Semáforos PARD que se generan en el Sistema de Información Misional – SIM, la Dirección de Protección aplicará la formulación correspondiente para excluir de la medición los procesos con términos suspendidos durante la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

ARTÍCULO DÉCIMO. Comisarías de Familia. A través de la Dirección del Sistema Nacional de Bienestar familiar del ICBF, se instará a los alcaldes del país para adoptar las medidas correspondientes con las Comisarías de Familia, garantizando que se preste la atención de actos urgentes y verificación de derechos, así como las demás disposiciones contenidas en esta resolución.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO. Vigencia. La presente Resolución rige a partir de su publicación y hasta el día hábil siguiente a la superación de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social y reemplaza las Resoluciones 2953 de 2020 y 3101 de 2020 por encontrarse sus disposiciones contenidas en esta Resolución, con lo cual se entiende que la suspensión de los términos de los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos y de los trámites extraprocesales ordenados se mantienen desde el 17 de marzo del 2020 hasta el día hábil siguiente a la superación de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

(Con firma)
LINA MARÍA ARBELÁEZ ARBELÁEZ
Directora General

[...]».

ii. Estudio de concordancia con las normas superiores y fundamento de la medida cautelar

47. En el caso concreto, **el artículo 1.º** de la Resolución 3507 se refiere al mantenimiento de la medida de suspensión de términos en los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos a cargo de los defensores y comisarios de familia, que ya había sido adoptada por el ICBF mediante las Resoluciones 2953 y 3101 del 17 y 31 de marzo de 2020, respectivamente. En igual sentido, **el artículo 2**, trata sobre la facultad discrecional que tienen esas autoridades administrativas para levantar la suspensión o abstenerse de ordenarla en ciertos casos.



48. De acuerdo con lo indicado en la resolución enjuiciada, la suspensión de esas actuaciones administrativas se fundamentó en lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, expedido en el marco del estado de emergencia económica, social y ecológica, declarada mediante el Decreto Legislativo 417 del 17 del mismo mes y año. Ese artículo preceptuó lo siguiente:

«Artículo 6. Suspensión de términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social **las autoridades administrativas a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, por razón del servicio y como consecuencia de la emergencia, podrán suspender, mediante acto administrativo, los términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales en sede administrativa.** La suspensión afectará todos los términos legales, incluidos aquellos establecidos en términos de meses o años.

La suspensión de los términos se podrá hacer de manera parcial o total en algunas actuaciones o en todas, o en algunos trámites o en todos, sea que los servicios se presten de manera presencial o virtual, conforme al análisis que las autoridades hagan de cada una de sus actividades y procesos, previa evaluación y justificación de la situación concreta.

En todo caso los términos de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales se reanudarán a partir del día hábil siguiente a la superación de la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Durante el término que dure la suspensión y hasta el momento en que se reanuden las actuaciones no correrán los términos de caducidad, prescripción o firmeza previstos en la Ley que regule la materia.

Parágrafo 1. La suspensión de términos a que se refiere el presente artículo también aplicará para el pago de sentencias judiciales. (Nota: Parágrafo declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-242 de 2020).

Parágrafo 2. Los Fondos Cuenta sin personería jurídica adscritos a los ministerios, que manejen recursos de seguridad social y que sean administrados a través de contratos fiduciarios, podrán suspender los términos en el marco señalado en el presente artículo.

Durante el tiempo que dure la suspensión no correrán los términos establecidos en la normatividad vigente para la atención de las prestaciones y en consecuencia no se causarán intereses de mora. (Nota: Parágrafo declarado executable condicionalmente en la Sentencia C-242 de 2020, «bajo el entendido de que cuando la suspensión de términos implique la inaplicación de una norma que contemple una sanción moratoria, las autoridades deberán indexar el valor de la acreencia mientras opere la misma»).

Parágrafo 3. **La presente disposición no aplica a las actuaciones administrativas o jurisdiccionales relativas a la efectividad de derechos fundamentales**». (Negrita fuera de texto).

49. De lo anterior se resalta que, si bien este artículo otorga la facultad discrecional a las autoridades para suspender las actuaciones administrativas a



su cargo, el parágrafo 3 de la norma determina que esta no comprende aquellas relativas a la efectividad de los derechos fundamentales. En consecuencia, este despacho considera que la directora general del ICBF no podía ordenar la suspensión de los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos, pues estas son actuaciones relativas a la efectividad de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

50. Como fundamento de esta tesis, el artículo 44 de la Constitución consagra los derechos fundamentales de los niños, los deberes de la familia, la sociedad y el Estado para protegerlos, y el principio del interés superior del menor, de la siguiente manera:

«Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás».

51. En desarrollo de esta disposición constitucional, el Título II del Libro I del Código de la Infancia y la Adolescencia contiene normas sustanciales y procesales para lo que denomina como la «garantía de derechos y prevención»; allí se establece que el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes busca la restauración de su dignidad e integridad, y de su capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que les han sido vulnerados²⁹. Igualmente, que este restablecimiento es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas³⁰, en especial, de los defensores y comisarios de familia, que deben procurar y promover la

²⁹ CIA, art. 50: «Restablecimiento de los derechos. Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados».

³⁰ CIA, art. 51: «Obligación del restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra, la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales».



realización y restablecimiento de los derechos de los menores, reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el Código de la Infancia y la Adolescencia³¹.

52. El restablecimiento del derecho de los menores puede materializarse mediante la actuación administrativa de los PARD (incluso, como se verá más adelante, también de los TAE). Esta inicia a solicitud de cualquier persona, cuando estime necesaria la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes. Si la autoridad administrativa competente (defensor o comisario de familia, e inspectores de policía a falta de los anteriores) tiene conocimiento de la vulneración o amenaza de alguno de los derechos de los menores, dará oficialmente apertura al PARD³². Este proceso administrativo debe ser decidido en un término perentorio de seis meses (so pena de pérdida de competencia y consecuencias disciplinarias)³³, y puede derivar en la imposición de alguna o varias de las siguientes medidas de restablecimiento de derechos: «1. Amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico. 2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado. 3. Ubicación inmediata en medio familiar. 4. Ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso. 5. La adopción. 6. Además de las anteriores, se aplicarán las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier

³¹ CIA, art. 96: «Autoridades competentes. Corresponde a los defensores de familia y comisarios de familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el presente Código».

³² CIA, art. 99: «Modificado por la Ley 1878 de 2018, artículo 3º. Iniciación de la actuación administrativa. El niño, la niña o adolescente, su representante legal, la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia, o cualquier persona, podrá solicitar ante el Defensor o Comisario de Familia, o en su defecto el Inspector de Policía la protección de los derechos de aquel cuando se encuentren vulnerados o amenazados.

Cuando del estado de verificación el Defensor o el Comisario de Familia o, en su defecto, el Inspector de Policía tengan conocimiento de la vulneración o amenaza de alguno de los derechos que este Código reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes, dará apertura al Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, mediante auto contra el cual no procede recurso alguno [...]».

³³ CIA, art. 100: «Modificado por la Ley 1878 de 2018, artículo 4º. Trámite. [...]En todo caso, la definición de la situación jurídica deberá resolverse declarando en vulneración de derechos o adoptabilidad al niño, niña y adolescente, 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.

Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá dentro de los tres (3) días siguientes el expediente al juez de familia para que resuelva el recurso o defina la situación jurídica del niño, niña o adolescente en un término máximo de dos (2) meses. Cuando el juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar.

El juez resolverá en un término no superior a dos (2) meses, contados a partir del día siguiente a la radicación del proceso, so pena que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar. [...]».



otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes. 7. Promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a que haya lugar»³⁴.

53. Al respecto de los PARD, la Corte Constitucional ha indicado que, por la importancia que reviste la protección de los derechos de los niños, las autoridades deben aplicar oportunamente las medidas que permitan su restablecimiento cuando estos hayan sido vulnerados o amenazados, y para ello:

«Conforme a la verificación de la garantía y protección del interés superior del niño, la niña o el adolescente, el defensor y el comisario de familia, como ejecutores del trámite de restablecimiento de los derechos y en cumplimiento de la función que debe ejercer el Estado para la protección de los derechos de los menores de edad, deben ir más allá del simple cumplimiento de los requisitos y las exigencias del trámite administrativo, para realizar una revisión de los requisitos sustanciales del asunto y establecer si la decisión viola derechos fundamentales de los niños involucrados, determinando si la medida adoptada es oportuna, conducente y conveniente, según las circunstancias que rodean al niño, niña o adolescente»³⁵.

54. Esa relevancia especial que tiene la primacía de lo sustancial en los PARD, está relacionada con el principio del interés superior del menor, contenido, como se vio, en el artículo 44 de la Carta Política. Este implica la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás, y tiene sus raíces en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, de la Organización de las Naciones Unidas³⁶, ratificada en Colombia en mediante la Ley 12 de 1991. Dicha convención, en el numeral 1 de su artículo 3 consagró: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

55. De lo precedente, puede afirmarse que **el PARD es uno de los mecanismos principales para la efectividad de los derechos fundamentales de los menores**, pues tiene como objetivo la adopción de medidas para el amparo inmediato de sus derechos a la vida, a la salud, a la educación, entre otros, a través de dos pilares propios del sistema de protección: «(i) la necesidad de preservar el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella; y (ii) las corresponsabilidades o responsabilidades compartidas

³⁴ CIA, art. 53.

³⁵ C. Const. Sent. T-075, feb. 14/2013.

³⁶ Esta convención es el tratado de derechos humanos más ampliamente ratificado de la historia: Consultado en <https://www.unicef.org/colombia/30-a%C3%B1os-de-la-convencion-sobre-los-derechos-del-ni%C3%B1o#:~:text=Colombia%20ratific%C3%B3%20este%20tratado%20por,de%20las%20ni%C3%B1as%20y%20ni%C3%B1os>. El 19 de agosto de 2020.



conducentes a garantizar el ejercicio pleno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes»³⁷.

56. Por lo dicho, la medida de suspensión de los términos establecida en el artículo 1 de la Resolución 3507 no es concordante con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 6 del Decreto Legislativo 491 de 2020, pues este excepciona la facultad para suspender las actuaciones administrativas relativas a la efectividad de derechos fundamentales, lo cual se constituye en el objetivo primordial de los PARD. Así, tampoco se ajusta a la norma superior la facultad que el artículo 2 otorga a los defensores y comisarios de familia para levantar la suspensión de los términos o abstenerse de suspenderlos en esas actuaciones administrativas, pues esta es accesoria de lo señalado en el artículo 1, **por lo que el despacho suspenderá provisionalmente los efectos de ambas disposiciones.**

57. Por otra parte, **el artículo 3** de la resolución que se estudia también determina la suspensión de los términos en una actuación administrativa, con fundamento en el artículo 6 del Decreto Legislativo 491, de la siguiente manera:

58. (i) Inicialmente señala que continúan suspendidos los trámites extraprocesales que tienen un límite temporal, para los que la suspensión va desde el 17 de marzo de 2020, hasta el día hábil siguiente a la superación de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social.

59. (ii) En el párrafo 1 indica los eventos en los cuales los defensores y comisarios de familia pueden levantar la medida de suspensión de términos o abstenerse de suspenderlos, y

60. (iii) El párrafo 2 se refiere al uso de herramientas virtuales para llevar a cabo esos trámites.

61. Sobre este artículo, el despacho considera que tampoco es concordante con lo señalado en el párrafo 3 del artículo 6 del Decreto Legislativo 491 de 2020, porque los trámites extraprocesales, también denominados por el ICBF como Trámites de Atención Extraprocesal³⁸, son todos aquellos que deben adelantar los defensores de familia por fuera del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, **que también están encaminados a la**

³⁷ C. Const. Sent. T-468, dic. 7/2018.

³⁸ Según el «Lineamiento Técnico Administrativo de ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados» adoptado en el ICBF mediante la Resolución 1526 del 23 de febrero de 2016, y que ha sido modificado por varias resoluciones desde esa fecha. El documento se puede encontrar en: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/procesos/lm3.p_lineamiento_tecnico_ruta_actuaciones_para_el_restablecimiento_de_derechos_nna_v1.pdf, consultado el 20 de agosto de 2020.



protección y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes³⁹, y que surgen de las funciones establecidas para estos servidores en el artículo 82 del CIA⁴⁰.

³⁹ Así lo señala el documento denominado «procedimiento de Trámites de Atención Extraprocesal», que se puede encontrar en: https://www.icbf.gov.co/system/files/procesos/p8.p_procedimiento_de_los_tramites_atencion_extraprocesales_v2.pdf, consultado el 20 de agosto de 2020.

⁴⁰ CIA, art. 82: «Funciones del Defensor de Familia. Corresponde al Defensor de Familia:

1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.
2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes.
3. Emitir los conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas.
4. Ejercer las funciones de policía señaladas en este Código.
5. Dictar las medidas de restablecimiento de los derechos para los niños y las niñas menores de catorce (14) años que cometan delitos.
6. Asumir la asistencia y protección del adolescente responsable de haber infringido la ley penal ante el juez penal para adolescentes.
7. Conceder permiso para salir del país a los niños, las niñas y los adolescentes, cuando no sea necesaria la intervención del juez.
8. Promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente.
9. Aprobar las conciliaciones en relación con la asignación de la custodia y cuidado personal del niño, el establecimiento de las relaciones materno o paterno filiales, la determinación de la cuota alimentaria, la fijación provisional de residencia separada, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes, la separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil o religioso, las cauciones de comportamiento conyugal, la disolución y liquidación de sociedad conyugal por causa distinta de la muerte del cónyuge y los demás aspectos relacionados con el régimen económico del matrimonio y los derechos sucesorales, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios.
10. Citar al presunto padre con miras al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial nacido o que esté por nacer y, en caso de producirse, extender el acta respectiva y ordenar la inscripción o corrección del nombre en el registro del estado civil.
11. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar.
12. Representar a los niños, las niñas o los adolescentes en las actuaciones judiciales o administrativas, cuando carezcan de representante, o este se halle ausente o incapacitado, o sea el agente de la amenaza o vulneración de derechos.
13. Fijar cuota provisional de alimentos, siempre que no se logre conciliación.
14. Declarar la situación de adoptabilidad en que se encuentre el niño, niña o adolescente
15. Autorizar la adopción en los casos previstos en la ley.
16. Formular denuncia penal cuando advierta que el niño, niña o adolescente ha sido víctima de un delito.
17. Ejercer las funciones atribuidas por el artículo 71 de la Ley 906 de 2004.
18. Asesorar y orientar al público en materia de derechos de la infancia, la adolescencia y la familia.
19. Solicitar la inscripción del nacimiento de un niño, la corrección, modificación o cancelación de su registro civil, ante la Dirección Nacional de Registro Civil de las personas, siempre y cuando dentro del proceso administrativo de restablecimiento de sus derechos se pruebe que el nombre y sus apellidos no corresponden a la realidad de su estado civil y a su origen biológico, sin necesidad de acudir a la jurisdicción de familia».



62. Frente a lo anterior, el ICBF, en el documento que contiene el «Lineamiento Técnico Administrativo de ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados», adoptado por la Resolución 1526 del 23 de febrero de 2016⁴¹, indica que estos trámites son: (i) Conciliación, fuera del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos⁴², (ii) diligencia de reconocimiento voluntario⁴³, (iii) formulación de demandas⁴⁴, (iv) trámite para la salida del país⁴⁵ y (v) restablecimiento internacional de derechos⁴⁶.

63. Puede observarse que esos trámites extraprocesales se dirigen al restablecimiento y protección de los derechos de los niños, catalogados como fundamentales en el artículo 44 de la Constitución («la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la

⁴¹ Sobre este lineamiento, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado señaló que: «se trata de unos criterios para la aplicación de la norma vigente en materia de restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, luego, en principio, cumplen con el objetivo de verificación de la garantía de tales derechos que prescribe la norma superior, además de que sirven de guía en la aplicación del Código de Infancia y Adolescencia, según lo prescribe el artículo 9º del Decreto 4840 de 17 de diciembre de 2007 [...] Con fundamento en el marco normativo expuesto es que se puede concluir que el Lineamiento adoptado por el ICBF constituye un instrumento orientador que deber ser aplicado por las autoridades administrativas competentes [...]»: CE, Sec. Primera, Auto., rad. 11001-03-24-000-2016-00387-00, oct. 27/2017.

⁴² «La conciliación se puede originar en el marco de un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, de acuerdo a las reglas establecidas en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, o puede darse por fuera de dicho proceso, correspondiendo a un trámite extraprocesal así: Cuando se presenta una solicitud extraprocesal relacionada con asuntos conciliables, donde el solicitante requiere “un espacio de diálogo que puede transformar la relación entre las partes y su propia visión del conflicto”, deberá atenderse al trámite y términos dispuestos en la Ley 640 de 2001, en lo atinente a asuntos de familia, toda vez que no todos los casos en los que se solicita audiencia de conciliación requieren de la apertura de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, por cuanto es posible restablecer los derechos de los niños, las niñas y adolescentes mediante la conciliación extraprocesal»: En *Lineamiento Técnico Administrativo de ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes con sus derechos inobservados, amenazados o vulnerados*, p. 35.

⁴³ «Este trámite se lleva a cabo para garantizar el derecho a la identidad del niño, niña o adolescente. La Autoridad Administrativa, mediante auto de trámite, fijará fecha y hora, y citará a la madre y al presunto padre para procurar el reconocimiento voluntario. La citación se realizará en debida forma y se anexará la respectiva constancia al expediente»: *Ibidem*, p. 37.

⁴⁴ «Cuando se trate de asuntos que no son susceptibles de conciliación y que no ameriten la apertura de un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, tales como solicitud de guardas, curatelas y tutelas, solicitud de filiación natural y petición de herencia, suspensión o pérdida de patria potestad o impugnación de maternidad o paternidad, entre otros, la Autoridad Administrativa elaborará la correspondiente demanda y la presentará ante el Juzgado respectivo, de lo cual dejará copia en la historia de atención del menor de edad»: *Ibidem*, p. 39.

⁴⁵ El trámite para la salida del país de un menor debe adelantarse ante defensor de familia «Cuando uno de los padres se encuentra ausente, no está en condiciones de otorgar el permiso o se desconoce su paradero»: *Ibidem*, pp. 39-40.

⁴⁶ «Este tipo de trámites se desarrollará de acuerdo a lo establecido en el anexo que acompaña el presente Lineamiento y que se ocupa del “Restablecimiento internacional de derechos de niñas, niños y adolescentes en el marco de tratados y convenios internacionales”, en cuanto tiene que ver con: restitución internacional, obtención de alimentos en el extranjero, aplicación de trámites consulares, entre otros»: *Ibidem*, p. 42.



cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión»). Por esto, se enmarcan dentro del ámbito de las actuaciones administrativas o jurisdiccionales relativas a la efectividad de derechos fundamentales, que según el parágrafo 3 del artículo 6 del Decreto Legislativo 491 de 2020, se encuentran excluidas de la aplicación de la facultad discrecional para suspender sus términos. En ese sentido, **se suspenderán provisionalmente los efectos del artículo 3 de la Resolución 3507, por la violación de la norma en la que debía fundarse.**

64. Por otro lado, **los artículos 4, 5, 6 y 8** del acto administrativo enjuiciado se refieren a la verificación de la garantía de derechos, a los trámites de los comités de adopciones, al cumplimiento de las órdenes judiciales y a los elementos de bioseguridad para estas actuaciones, y se limitan a disponer que esas actividades se deberán seguir realizando con las medidas sanitarias que sean necesarias. Respecto de estos artículos, se estima que son concordantes con las normas superiores, porque simplemente adicionan previsiones respecto de la prevención del contagio de la covid-19 en el cumplimiento de las funciones del ICBF.

65. **El artículo 7** de la resolución, también resulta concordante con el ordenamiento superior, porque dispone medidas de protección especial para las personas que, por su edad o condición de salud, sean más propensos a agravarse por el contagio del coronavirus, así como para evitar que este se propague a través de personas que lo hayan contraído. Con esto, se cumplen los mandatos constitucionales sobre el cuidado de las personas que se encuentran bajo condiciones de debilidad manifiesta, el derecho a la vida y a la salud. Igualmente es acorde con las normas en las que debía fundarse, porque prevé órdenes para que los directores regionales y coordinadores de los centros zonales del ICBF organicen sus equipos de trabajo para atender los asuntos de su competencia durante la pandemia.

66. En lo relativo **al artículo 9**, este señala que en el Sistema de Información Misional (SIM) del ICBF⁴⁷, se debe aplicar una fórmula o pauta para excluir la medición de las actuaciones administrativas con los términos suspendidos durante la emergencia sanitaria, según lo disponen los artículos 1, 2 y 3 de la Resolución 3507.

67. Dicha medición está relacionada con los reportes de los denominados «Indicadores y Semáforos PARD», que constituyen un mecanismo de

⁴⁷ El SIM es un *software* que sirve de apoyo a las acciones realizadas para la prestación de los servicios del Instituto, «cuya finalidad es facilitar el registro, la consolidación y reporte de información local, regional y nacional de manera oportuna y confiable»: De acuerdo con lo que se puede encontrar en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/GCFI/presentacion-gral-sim-15052015.pdf>, consultado el 20 de agosto de 2020.



monitoreo a los resultados de la gestión del ICBF frente a esos procesos⁴⁸. Al Respecto de este artículo, por la medida cautelar ya anunciada, **también deberá suspenderse**, debido a que la suspensión de términos de los PARD y los TAE quedó sin eficacia.

68. **El artículo 10** del acto enjuiciado trata sobre el deber de la Dirección del Sistema Nacional de Bienestar Familiar del ICBF para instar a los alcaldes del país para que adopten medidas junto con las comisarías de familia, que garanticen la atención de actos urgentes y verificación de derechos, así como lo mandado en la resolución en comento. Lo señalado en este artículo es válido, ya que corresponde con las funciones del ICBF frente a las comisarías de familia, como ente rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar⁴⁹.

69. Finalmente, **el artículo 11** de la Resolución 3507 del 14 de mayo de 2020 preceptúa que ese acto administrativo rige a partir de su publicación y hasta el día hábil siguiente a la superación de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud. Además, que reemplaza las Resoluciones 2953 y 3101 de 2020, que habían ordenado previamente la suspensión de los términos en los PARD y los TAE, aclarando que esta medida se contabiliza desde el 17 de marzo de 2020, hasta el final de la emergencia sanitaria. Sobre este artículo, el despacho considera ajustado a derecho lo dispuesto sobre el momento a partir del cual empieza a ser obligatoria la resolución, esto es, a partir de su publicación, porque se ajusta a lo preceptuado en el artículo 65 del CPACA⁵⁰.

70. No obstante, debe entenderse que la expresión: «y reemplaza las Resoluciones 2953 de 2020 y 3101 de 2020 por encontrarse sus disposiciones contenidas en esta Resolución», también pierde sus efectos provisionalmente porque de entenderse que esos actos administrativos recobran su vigencia, se estaría reproduciendo el acto suspendido. Por último, se suspenderán los efectos de la expresión: «con lo cual se entiende que la suspensión de los términos de los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos y de los trámites extraprocesales ordenados se mantienen desde el 17 de marzo del 2020 hasta el día hábil siguiente a la superación de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de

⁴⁸ «Lineamiento del programa de promoción y prevención para la protección integral de niños, niñas y adolescentes» del ICBF, consultado en: <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/lineamientosgeneraciones.pdf> el 28 de agosto de 2020.

⁴⁹ CIA, art. 83: «Comisarías de familia. Son entidades distritales o municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, cuya misión es prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como entidad coordinadora del Sistema Nacional de Bienestar Familiar será el encargado de dictar la línea técnica a las Comisarías de Familia en todo el país».

⁵⁰ CPACA, art. 65: «Deber de publicación de los actos administrativos de carácter general. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso. [...]».



Salud y Protección Social», que materialmente está contenida en los artículos 1 y 3 de la resolución en comento.

71. De conformidad con lo dicho, dado que la medida de suspensión de las actuaciones administrativas en los PARD y los TAE viola directamente el párrafo del artículo 3 del Decreto Legislativo 491 de 2020 y afecta los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, el despacho procederá a decretar de oficio la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de las disposiciones que las contienen.

72. En el mismo sentido se justifica adoptar, de oficio, la medida cautelar de urgencia, porque la suspensión de los términos de los PARD representa una vulneración latente de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que no obtienen una definición oportuna frente al restablecimiento de sus derechos.

Decisión

73. Por lo anterior, como medida cautelar de urgencia decretada de oficio, el despacho suspenderá provisionalmente los efectos de los artículos 1, 2, 3, 9 y la expresión «con lo cual se entiende que la suspensión de los términos de los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos y de los trámites extraprocesales ordenados se mantienen desde el 17 de marzo del 2020 hasta el día hábil siguiente a la superación de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social» del artículo 11, de la Resolución 3507 del 14 de mayo de 2020, proferida por la directora general del ICBF.

74. En mérito de lo expuesto, el despacho,

RESUELVE

Primero: Decretar de oficio la medida cautelar de urgencia de suspensión provisional de los efectos de los artículos 1, 2, 3, 9 y la expresión «con lo cual se entiende que la suspensión de los términos de los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos y de los trámites extraprocesales ordenados se mantienen desde el 17 de marzo del 2020 hasta el día hábil siguiente a la superación de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social» del artículo 11, de la Resolución 3507 del 14 de mayo de 2020, proferida por la directora general del ICBF.

Segundo: Notificar este auto, personalmente o a través de los diferentes medios virtuales que en estos momentos estén a disposición de la Secretaría General del Consejo de Estado, a la directora general del ICBF, o a quien haga sus veces.



Tercero: Ordenar a la directora general del ICBF, a quien haga sus veces, o a quien se delegue para tales efectos, que a través de la página web oficial de esa entidad estatal, se publique este proveído. La Secretaría General del Consejo de Estado requerirá al ICBF para que presente un informe sobre el cumplimiento de esta orden.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por el despacho en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.