

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL
Sala Novena de Revisión

SENTENCIA T-105 DE 2023

Referencia: Expediente T-9.077.886

Acción de tutela instaurada por la *Fundación Fraternal de Ayuda* contra el *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*

Magistrado ponente:
José Fernando Reyes Cuartas

Bogotá D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil veintitrés (2023).

En ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, la Sala Novena de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Natalia Ángel Cabo y los magistrados Juan Carlos Cortés González y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido el 27 de diciembre de 2021 por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué.

I. Antecedentes

1. Por medio de presunto apoderado judicial¹, la Fundación Fraternal de Ayuda (en adelante la fundación, la accionante o la actora) promovió una acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante el ICBF, el instituto o el accionado). Lo anterior con el fin de que le fueran garantizados a la accionante sus derechos fundamentales a la defensa, al debido proceso y los derechos de las niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA) beneficiarios de la fundación. Estos derechos le fueron aparentemente vulnerados por el ICBF al cancelarle la licencia de funcionamiento a la actora.

1. Hechos

¹ Taylor Alberto Bolaños Osorio.

2. La fundación prestaba un servicio público de bienestar familiar a jóvenes con discapacidad mental cognitiva y adolescentes con derechos inobservados, amenazados o vulnerados².

3. Los días 27 y 28 de octubre de 2017, el Comité de Vigilancia del ICBF le realizó una visita a la Fundación. El ICBF encontró *61 hallazgos*³ (falencias en el funcionamiento de la fundación). Por tal motivo se surtió el respectivo proceso administrativo sancionador⁴.

4. La fundación aseguró que solucionó la totalidad de los hallazgos. Posteriormente fue calificada con 80% y en otra oportunidad se le otorgó una puntuación del 100%. La accionante indicó que si no se hubiesen subsanado los hallazgos no se le habría concedido una nueva licencia mediante Resolución 8833 del 28 de noviembre de 2019.

5. El 7 de enero de 2021, el ICBF profirió la Resolución 028 por medio de la cual canceló la licencia de funcionamiento de la fundación. Según la accionada, el ICBF no tuvo en cuenta atenuantes por la corrección de los hallazgos. La fundación presentó recurso de reposición, sin embargo, el 10 de noviembre de 2021 el ICBF profirió la Resolución 8649 del 2021 por medio de la cual confirmó su decisión⁵.

6. El 13 de diciembre de 2021, por medio de presunto apoderado judicial la fundación presentó acción de tutela en contra del ICBF. Invocó la protección de sus derechos fundamentales a la defensa, al debido proceso y los derechos de las NNA beneficiarios de la fundación. Solicitó que se revoquen las resoluciones por medio de las cuales se le canceló la licencia de funcionamiento, que se apliquen atenuantes y que se pondere la dosificación de sanciones. Asimismo, que siga vigente la licencia de funcionamiento concedida mediante Resolución 8833 del 28 de noviembre de 2019⁶.

2. Trámite procesal en primera instancia y respuesta de la accionada

7. Por medio de auto del 14 de diciembre de 2021, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y medidas de seguridad de Ibagué avocó la acción de tutela y corrió traslado a la accionada.

² Expediente digital, archivo EscritoTutelaNi38175.pdf.

³ Entre los hallazgos se encontraron falencias en los conceptos de valoración inicial; falta de plan de acción frente a posible abuso sexual; inconsistencias en los datos de las historias de atención y en las fechas; falta de gestión para la inclusión de 20 beneficiarios al sistema de educación formal; falta de educación nutricional; ausencia de creación del Consejo para la construcción del pacto de convivencia; falta de participación de las familias y redes de apoyo; ausencia del buzón de sugerencias; falta de acciones para la prevención de situaciones de riesgo de abuso, maltrato y violencia sexual; ausencia de remisión a atención especializada; incumplimiento del cronograma; falta de agua caliente, línea telefónica, dotación de comedor, espacio para aulas, espacio para cuidados auxiliares, cómodas en los dormitorios, duchas, decoración cálida; ausencia de aseo en baños, piscina sin las normativas, grietas en la infraestructura, pisos resbalosos, presencia de olores desagradables y de moscas; rampa de acceso en malas condiciones; cables expuestos; sustancias tóxicas a disposición de los NNA; malas condiciones en la dotación del personal; falta de la totalidad del talento humano, talento humano sin certificaciones de seguridad social, trabajadores sin contrato; falta de plan de capacitación complementaria, ausencia de atención para valoración de posible abuso sexual y faltas relacionadas con el código ético.

⁴ Expediente digital, archivo EscritoTutelaNi38175.pdf.

⁵ Ibidem.

⁶ Expediente digital, archivo EscritoTutelaNi38175.pdf.

8. El ICBF respondió la acción de tutela asegurando que el proceso sancionatorio respetó los derechos al debido proceso y la defensa de la fundación. Informó que, mediante Auto 129 del 30 agosto de 2019, se le formularon cargos a la fundación por presuntamente incurrir en las faltas establecidas en los numerales 12, 16 y 19 del artículo 58 de la Resolución 3899 de 2010. Estos disponen: “no cumplir con los lineamientos técnicos, administrativos, manuales, guías, líneas técnicas y en general cualquier normativa que se establezca por parte del ICBF”; “no adoptar, incumplir o no dar a conocer a todos los funcionarios y colaboradores el Código Ético establecido por el ICBF para la prestación del Servicio Público de Bienestar Familiar”; y “dar lugar a que por acción u omisión se ponga en riesgo o se cause daño a la integridad física y emocional de los niños, niñas y adolescentes”. La fundación presentó escrito de descargos y los respectivos alegatos de conclusión.

9. El ICBF concluyó que los hallazgos administrativos sancionatorios encontrados con ocasión de la visita de inspección fueron suficientes para colegir una puesta en peligro de los intereses jurídicos tutelados de los beneficiarios, entiéndase, los derechos que por ser sujetos de especial protección constitucional le asisten a las NNA. Se encontró documentación de las historias de atención incompletas, instalaciones físicas inadecuadas e incluso una omisión en un caso de presunto abuso sexual, consistente en la falta de remisión a atención especializada y la elaboración inadecuada del documento que plantea las acciones a seguir en tales casos.

10. La accionada aseguró que era responsabilidad del prestador del servicio acatar cualquier instrucción que se le impusiera, ya que la labor que le encomendó el ICBF era la de brindar protección a las NNA. Igualmente, que el plan de mejoramiento se cerró por imposibilidad material de cumplimiento. Independientemente de que los hallazgos se hayan corregido afirmó que esto no impedía el inicio del proceso administrativo sancionatorio, puesto que el plan de mejoramiento era una actuación que debía ejecutar el operador cuando los hallazgos eran corregibles, en especial porque debía adoptar de manera inmediata todas las medidas con el fin de permitir que se continuara con la prestación del servicio público, en aras de proteger y garantizar los derechos de los beneficiarios.

11. Así las cosas, el ICBF informó que la ejecución del plan de mejoramiento constituía una evidencia de que los hallazgos tenían sustento fáctico y normativo, además que ni en la ley, ni en los lineamientos de prestación del servicio de bienestar familiar se establece que las fallas se puedan sanear, eximir o pasar por alto. Por el contrario, estimó que el interés superior de las NNA exige de los operadores y del ICBF que exista una alta rigurosidad y exigencia en pro de garantizar el goce efectivo de sus derechos.

12. Por último, la accionada solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela por falta de subsidiariedad porque la fundación cuenta con otros mecanismos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

3. Sentencia objeto de revisión

13. *Sentencia de primera instancia.* Mediante sentencia del 27 de diciembre de 2021, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué declaró improcedente la acción de tutela al considerar que no se encontraba satisfecho el requisito de subsidiariedad⁷. Consideró que la fundación contaba con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o el de nulidad simple para atacar el acto administrativo que canceló su licencia. Además, que no se probó la existencia de un perjuicio irremediable. Esta decisión no fue impugnada por la accionante.

4. Pruebas que obran en el expediente

Tabla 1: Pruebas que obran en el expediente de tutela T-9.077.886		
Oficio		Archivo digital
1	Copia de las Resoluciones 028 del 7 de enero de 2021 y 8649 del 10 de noviembre de 2021, proferidas por el ICBF.	Archivo EscritoTutelaNi38175.pdf
2	Copia del recurso de reposición presentado por la fundación	Archivo EscritoTutelaNi38175.pdf
3	Respuesta de la demandada en el trámite de la acción de tutela	Archivo ContestacionTutelaNi38175.pdf

5. Actuaciones en sede de revisión

14. El 19 de diciembre de 2022, la Sala de Selección Número Doce⁸ decidió seleccionar el expediente T-9.077.886 el cual fue recibido en el despacho sustanciador el 23 de enero de 2023.

15. En proveído del 1 de febrero de 2023, el magistrado sustanciador decretó algunas pruebas para mejor proveer. En esa providencia le solicitó a la accionante que informara si acudió ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el estado de la acción judicial interpuesta, cuál era la situación actual de la fundación y si los NNA seguían bajo su cuidado. Asimismo, le pidió al ICBF que remitiera el expediente sancionatorio completo y que informara la situación actual de los NNA beneficiarios de la fundación. Finalmente, le solicitó al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué que remitiera el expediente de tutela completo.

16. Mediante respuesta recibida el 10 de febrero de 2023, el ICBF informó que la Regional Tolima adelantó todas las gestiones para garantizar los derechos de los NNA beneficiarios de la modalidad “atención internado discapacidad intelectual”. Indicó que gestionó la consecución de cupos en instituciones para discapacidad intelectual y para institución mental psicosocial. Asimismo, adjuntó un documento en donde consta la institución en la que se encuentra cada uno de los NNA. Estos se hallan actualmente en la Fundación Funbisocial, la Fundación Ser Gestante sede Amor y sede Futuro, la Fundación Casa del Niño, la Asociación Crecer, la Fundación Cedesnid, la Fundación Funbisocial sede Paraíso, la Fundación Asprodis y en hogares sustitutos⁹.

17. El 15 de febrero de 2023, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué remitió el expediente solicitado.

⁷ Expediente digital, archivo FalloTutelaNi38175.pdf

⁸ Integrada por los magistrados Jorge Enrique Ibañez Najar y Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁹ El ICBF no informó la fecha de los traslados.

18. En vista de que no se recaudó la totalidad de las pruebas decretadas, el 2 de marzo de 2023 el magistrado sustanciador requirió al ICBF para que remitiera el expediente administrativo sancionador. De igual modo, se requirió a la fundación para que respondiera los cuestionamientos planteados en el auto de pruebas del 1 de febrero de 2023, se le solicitó que informara el nombre de su apoderado y si ratificaba las actuaciones del señor Taylor Alberto Bolaños Osorio -presunto apoderado judicial-, así como las manifestaciones realizadas por este en el escrito de tutela. Por último, se le solicitó al señor Bolaños Osorio que allegara el respectivo poder y que aclarara en qué calidad actuaba.

19. El 17 de marzo de 2023, se recibió respuesta del señor Taylor Alberto Bolaños Osorio quien aseguró que era un abogado en ejercicio y que actuaba como apoderado de la fundación. Allegó el poder especial que le fuera conferido por la representante legal de la fundación para la presentación de la acción de tutela¹⁰.

20. Por otra parte, el 21 de marzo de 2023, la representante legal de la fundación le confirió poder al abogado Eugenio Segura Villarraga para que “continúe ejecutando todas las acciones necesarias para la defensa de los derechos de la fundación” dentro del trámite de la acción de tutela de la referencia.

21. El abogado Segura Villarraga informó que la fundación no ha acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sin indicar las razones para ello. Expuso que los 58 beneficiarios de la fundación fueron trasladados a otras instituciones y hogares sustitutos en diferentes partes del país. Por otra parte, indicó que la fundación ratificaba todas las manifestaciones realizadas en el escrito de tutela.

22. El 22 de marzo de 2023 el ICBF envió la totalidad del expediente administrativo sancionador.

23. El 29 de marzo de 2023 quedó ejecutoriado el auto proferido el 2 de marzo de 2023. No se recibió pronunciamiento alguno dentro del término que puso a disposición de las partes las pruebas recaudadas.

II. Consideraciones de la Sala

1. Competencia

24. De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto estatutario 2591 de 1991, la Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión.

2. Delimitación del problema jurídico y metodología de la decisión

25. Por medio de presunto apoderado judicial, la Fundación Fraternal de Ayuda promovió una acción de tutela en contra del ICBF con el fin de que le fueran

¹⁰ En el poder no se especifica la fecha en la que se confiere.

tutelados sus derechos a la defensa, al debido proceso y los derechos de las NNA beneficiarios de la fundación. Estos derechos le fueron aparentemente vulnerados por el ICBF al cancelarle su licencia de funcionamiento tras el hallazgo de 61 falencias en su funcionamiento, sin tener en cuenta atenuantes en la sanción por la corrección de las falencias.

26. En sede de tutela, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué declaró improcedente la acción de tutela al considerar que no se encontraba satisfecho el requisito de subsidiariedad.

27. En este orden de ideas, a esta corporación le corresponde examinar previamente si en este caso se encuentran satisfechos los requisitos de procedibilidad formal de la acción de tutela.

28. De encontrarse procedente, entrará a resolver el siguiente problema jurídico: ¿el ICBF desconoció los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de la accionante, así como los derechos de los NNA beneficiarios de una fundación a la que se le canceló su licencia de funcionamiento por el hallazgo de 61 falencias en su funcionamiento, sin que se tuvieran en cuenta atenuantes en la dosificación de la sanción o se prescindiera de su imposición por la corrección de los hallazgos?

29. Previo a resolver el interrogante planteado la Corte adoptará como metodología de decisión la referencia a la legitimación en la causa por activa como requisito de procedencia de la acción de tutela (*sección 3*), luego aludirá al debido proceso administrativo sancionador (*sección 4*) y, finalmente, de encontrar procedente la presente acción, resolverá el caso concreto (*sección 5*).

3. La legitimación en la causa por activa como requisito de procedencia de la acción de tutela¹¹

30. El inciso primero del artículo 86 de la Constitución consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados. En correspondencia con ello, el artículo 10 del Decreto estatutario 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales podrá ejercer la acción descrita por sí misma o por representante, o a través de un agente oficioso cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa.

31. Desde sus inicios la Corte ha establecido que la legitimación en la causa por activa constituye un presupuesto necesario de la decisión de fondo, en la medida en que se analiza la calidad subjetiva de las partes respecto del interés sustancial que se discute en el proceso de tutela¹².

32. Así mismo, esta corporación ha señalado que se encuentra legitimado por activa quien promueva una acción de tutela siempre que se presenten las

¹¹ En este acápite se reitera lo expuesto por la Corte Constitucional en las Sentencias SU-388 de 2022, T-202 de 2022, T-024 de 2019 y T-511 de 2017.

¹² Sentencia T-416 de 1997.

siguientes condiciones: (i) que la persona actúe a nombre propio, a través de representante legal, por medio de apoderado judicial o mediante agente oficioso; y (ii) procure la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales¹³. Adicionalmente, en la Sentencia SU-454 de 2016 este tribunal reiteró que el estudio de la legitimación en la causa de las partes es un deber de los jueces y constituye un presupuesto procesal de la demanda.

3.1 El apoderamiento judicial en materia de tutela

33. Ahora bien, en lo que tiene que ver con el apoderamiento judicial en materia de tutela, la Corte ha precisado que, en primer lugar, es un acto jurídico formal, por lo que se debe realizar por escrito. En segundo lugar, se concreta en un escrito llamado poder que se presume auténtico. En tercer lugar, se debe tratar de un poder especial. En cuarto lugar, el poder otorgado en un determinado proceso no se entiende conferido para instaurar procesos diferentes. Finalmente, el destinatario del acto de apoderamiento solo se puede tratar de un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional¹⁴.

34. De igual forma, la Corte ha enfatizado que cuando la acción de amparo se ejerce mediante representante judicial es necesario que acredite la calidad de abogado inscrito; así lo ha ratificado en sus decisiones al advertir que “cuando una persona actúa por medio de mandatario judicial, las circunstancias procesales cambian, por cuanto en este evento, se hace necesario acompañar a la demanda el poder por medio del cual se actúa, so pena de infracción al régimen de la acción de tutela y al del ejercicio de la profesión de abogado”¹⁵.

35. En algunos eventos en los cuales la acción de tutela se presentó por intermedio de apoderado judicial, pero el abogado no contaba con poder especial, la jurisprudencia constitucional estableció como consecuencia jurídica la improcedencia de la solicitud de amparo por falta de legitimación en la causa por activa.

36. A continuación, esta Sala desarrollará de manera breve la jurisprudencia constitucional vertida sobre el apoderamiento judicial en materia de tutela a efectos de tener claridad sobre las premisas decisorias.

Tabla 2. El apoderamiento judicial en la jurisprudencia constitucional	
Sentencia	Consideraciones
T-001 de 1997	Los abogados no podían atribuirse, sin poder, la facultad de agenciar los derechos de terceros, menos todavía si no se configuraba el ejercicio de una agencia oficiosa. Esta tiene lugar ante la indefensión de los solicitantes y debe ser puesta de presente en las respectivas demandas o debe ser ratificada por los interesados.
T-531 de 2002	El principal efecto del acto de apoderamiento consiste en perfeccionar la legitimación en la causa por activa. No se configuró la legitimación en la causa por activa porque no se encontró acreditada la calidad de apoderado judicial ante la inexistencia de poder especial y no se encontraron satisfechos los requisitos para la existencia de la agencia oficiosa.
T-658 de 2002	La falta de poder especial para adelantar el proceso de tutela por un apoderado judicial, aun cuando tenga poder específico o general en otros asuntos, no lo

¹³ Sentencia T-435 de 2016.

¹⁴ Sentencia T-531 de 2002.

¹⁵ Sentencia T-024 de 2019.

	habilita para ejercer la acción de amparo constitucional a nombre de su mandante y, por tanto, en estos casos la tutela debe ser declarada improcedente ante la falta de legitimación por activa.
T-1025 de 2006	La especificidad en los poderes toma importancia porque su cumplimiento hace posible que un apoderado judicial interponga una acción de tutela a nombre de su poderdante. En consecuencia, el poder debe indicar en forma clara y expresa: (i) los nombres y datos de identificación tanto de poderdante como del apoderado; (ii) la persona natural o jurídica contra la cual se va a incoar la acción de tutela; (iii) el acto o documento causa del litigio; y (iv) el derecho fundamental que se pretende proteger y garantizar. La ausencia de alguno de los elementos esenciales de un poder desconfigura la legitimación en la causa por activa, haciendo improcedente la acción.
T-317 de 2013	Las personas jurídicas, aún las de derecho público, están legitimadas para ejercer la acción de tutela debido a que son titulares de derechos constitucionales fundamentales. En relación con la representación judicial la instauración de una tutela por una persona jurídica debe respetar las reglas de postulación previstas en la Constitución y en el Decreto estatutario 2591 de 1991, de manera que sea impetrada por su representante legal, directamente o a través de apoderado.
T-889 de 2013	Todas las personas jurídicas poseen derechos y se encuentran protegidas por las acciones constitucionales que garantizan su ejercicio. Así, respecto de los derechos fundamentales de las personas jurídicas y su agenciamiento por vía de tutela, los derechos de las personas jurídicas, por su propia naturaleza, solo pueden ser reivindicados por los representantes legales o los apoderados judiciales de estas personas de derecho público o de derecho privado.
SU-055 de 2015	Declaró improcedente el amparo deprecado por cuanto no mediaba poder por parte de quien invocó ser apoderado del titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.
SU- 439 de 2017	Para el ejercicio de la acción de tutela cuando una persona natural actúe a nombre de una jurídica es necesario acreditar la personería correspondiente y su representación. Además, las personas jurídicas solo están legitimadas para interponer acciones de tutela a través de sus representantes legales o apoderados judiciales. Los derechos de las personas jurídicas, por su propia naturaleza, sólo pueden ser reivindicados por los representantes legales o los apoderados judiciales de estas, bien sean de derecho público o de derecho privado. Se ha señalado que una persona jurídica debe respetar las reglas de postulación previstas en la Constitución y en el Decreto estatutario 2591 de 1991, de manera que sea impetrada por su representante legal, directamente o a través de apoderado.
SU-217 de 2019	Para efectos del ejercicio de la acción de tutela a través de apoderado judicial, la jurisprudencia constitucional ha identificado dos requisitos esenciales: a) el apoderado debe acreditar la calidad de abogado titulado e inscrito y b) al formular la tutela se debe acreditar el otorgamiento del poder. Respecto del poder se ha precisado que este: (i) es un acto jurídico formal; (ii) se presume auténtico y (iii) debe ser especial con el fin de interponer la acción de tutela. El poder conferido para la representación dentro de un determinado proceso no se entiende conferido para la promoción de procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento tengan origen en un proceso ordinario para el cual se le había conferido poder.
T-202 de 2022	El apoderamiento judicial es un acto jurídico formal que se concreta mediante un poder que se presume auténtico. Dicho poder debe ser especial, ya que se confiere para la protección y defensa de los derechos fundamentales en un caso específico y no para la promoción de diferentes actuaciones judiciales. Además, debe estar destinado a un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional.
SU-388 de 2022	La presentación de tutela por medio de representante implica que: i) es un acto jurídico formal, por lo cual se debe realizar por escrito; ii) se concreta en un escrito, llamado poder que se presume auténtico; iii) debe ser un poder especial; iv) el poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido para instaurar procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen en el proceso inicial; y v) el destinatario del acto de apoderamiento solo puede ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional.

37. La Corte ha reiterado que la legitimidad en la causa para la defensa de los derechos fundamentales de las personas jurídicas depende de que exista una relación de representación legal o apoderamiento judicial entre la persona natural que invoca la vulneración y la persona jurídica que ha sido afectada.

38. Ha de concluirse que la legitimidad por activa es un requisito de procedibilidad imprescindible a la hora de interponer una acción de tutela, de manera que las personas naturales están legitimadas por activa, de manera directa, o a través de sus representantes legales o por agentes oficiosos; mientras que las personas jurídicas están legitimadas por activa exclusivamente a través de su representante legal o apoderado judicial.

39. En consecuencia, el apoderado judicial dentro de un proceso ordinario no puede ejercer la acción de tutela en nombre de su poderdante, ni siquiera, en principio, bajo la figura de la agencia oficiosa, pues, en primer lugar, la fuente jurídica de la representación, para efectos de la tutela, es el poder especial que otorga el titular del derecho, mientras que en la agencia oficiosa tal fuente es la imposibilidad del sujeto afectado en sus derechos para acudir a la jurisdicción constitucional. Por tal razón, quien actúa en dicha calidad debe demostrar los hechos constitutivos de tal imposibilidad.

40. No obstante, esta corporación ha aplicado los principios de eficacia, celeridad e informalidad que orientan el procedimiento de tutela¹⁶ para adoptar una decisión que en el marco de las circunstancias específicas del caso responda a la necesidad de protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales¹⁷. En concreto, se admite la procedencia de la acción de tutela, aun en el evento en que existe controversia sobre la legitimidad del apoderado judicial, cuando se presenta una manifestación clara y expresa del titular de los derechos respecto de la solicitud constitucional y la improcedencia le acarrea una carga desproporcionada y grave, sin que los problemas en el ejercicio del derecho de postulación le sean imputables al actor¹⁸.

41. En este evento, la jurisprudencia constitucional ha valorado si, en las condiciones específicas del caso examinado, es posible advertir: (i) una situación de vulnerabilidad de quien actuó de buena fe, con confianza, seguridad y credibilidad en la palabra de su apoderado; (ii) el grado de conocimiento especializado del titular de los derechos y la culpa del abogado, cuya consecuencia jurídica no se debe trasladar al tutelante; (iii) la declaratoria tardía de improcedencia de la acción de tutela que le impidió al titular tomar una medida oportuna para evitar las consecuencias procesales de la actuación irregular de su abogado; y (iv) la consecuencia desproporcionada y grave para el accionante, quien se vería obligado a presentar una nueva solicitud de amparo con el propósito de obtener la protección de sus derechos amenazados o vulnerados¹⁹.

¹⁶ Decreto estatutario 2591 de 1991, artículo 3.

¹⁷ Sentencia T-202 de 2022.

¹⁸ Sentencia T-024 de 2019.

¹⁹ Sentencia T-373 de 2015.

42. Asimismo, la Corte encontró que el hecho de que el poder no cumpla con todos los requisitos fijados en la jurisprudencia constitucional, no es una circunstancia imputable al titular de los derechos, sino a quien tiene su representación judicial. En esta medida, de acuerdo con los principios de celeridad, eficacia e informalidad que rigen la acción de tutela, esta circunstancia no se puede trasladar automáticamente al accionante para declarar la improcedencia de la acción constitucional.

43. En la Sentencia SU-388 de 2022 este tribunal adoptó la siguiente regla de unificación: “cuando el titular de los derechos fundamentales exprese de manera inequívoca interés en la presentación de la acción de tutela en las actuaciones dentro del proceso, inclusive en sede de revisión, se tendrá por acreditado el requisito de legitimación en la causa por activa a pesar de que esta haya sido interpuesta originalmente por el apoderado general de una persona natural”.

44. En casos de duda sobre el apoderamiento judicial y el interés del titular de los derechos fundamentales en la presentación de la acción de tutela, es importante tener en cuenta que la Corte ha sido enfática en declarar el deber que le asiste al juez constitucional de decretar pruebas de oficio²⁰. Desde sus inicios este tribunal ha señalado que la práctica de pruebas para el juez constitucional no es sólo una potestad judicial, sino que es un deber inherente a la función judicial porque la decisión con fuerza de cosa juzgada exige una definición jurídicamente cierta, justa y sensata del asunto planteado²¹. El juez constitucional como principal garante de los derechos fundamentales debe adelantar actuaciones mínimas y razonables para la verificación de los hechos sometidos a su consideración, lo cual reclama del juez una mayor participación en la búsqueda de la máxima efectividad de la Constitución²².

45. A los jueces de tutela les asiste el deber de decretar y practicar pruebas de oficio cuando de la solicitud de amparo y los informes que alleguen los accionados no obren suficientes elementos de juicio para decidir el asunto sometido a su consideración, por cuanto la labor constitucional encomendada es precisamente la protección efectiva de los derechos fundamentales²³.

46. En consecuencia, la jurisprudencia constitucional²⁴ expone que el juez como director del proceso desempeña un rol dinámico, que implica ejercer los poderes legales que le fueron asignados para llegar a la verdad real, que no es más que una expresión de justicia material, uno de los fines del Estado y la razón de ser del sistema de justicia, lo cual involucra el decreto de pruebas de oficio cuando lo estime necesario para dilucidar el caso puesto a su consideración.

47. Las facultades oficiosas del juez materializan el mandato contenido en el artículo 228 de la Constitución, según el cual en las actuaciones de la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial. En efecto, al

²⁰ Sentencia T-571 de 2015.

²¹ Sentencia T-864 de 1999.

²² Sentencia T-498 de 2000.

²³ Sentencia T-699 de 2002.

²⁴ Sentencia SU-268 de 2019.

ejercer un papel activo en el proceso, el funcionario judicial puede dirigirlo de forma activa para llegar a la verdad y así adoptar decisiones justas que garanticen los derechos constitucionales de las personas²⁵.

48. De conformidad con lo expuesto, tratándose de la acreditación de la legitimación en la causa por activa respecto de las personas jurídicas, la Corte establece las siguientes subreglas: i) la acción de tutela debe ser presentada por el representante legal o el apoderado judicial de la persona jurídica; ii) se debe adjuntar el respectivo poder especial y el abogado debe contar con tarjeta profesional vigente; iii) ante la falta de poder especial el juez constitucional podrá decretar y practicar pruebas²⁶ en orden a generar que se adjunte al expediente el poder faltante; iv) asimismo, el juez de tutela podrá solicitarle de manera directa al titular de los derechos que informe sobre su interés en la presentación de la acción de tutela, entre otras medidas; y v) se declarará la improcedencia del amparo cuando no se logre acreditar que el titular de los derechos realizó alguna manifestación clara y expresa sobre la solicitud constitucional, ni se advierta una situación de vulnerabilidad. Lo anterior siempre y cuando la improcedencia no sea una carga desproporcionada y grave para el titular de los derechos que se encuentra en situación de vulnerabilidad.

49. Una vez delimitados los requisitos para el cumplimiento de la legitimación en la causa por activa, en la siguiente sección la Corte reiterará su jurisprudencia sobre el debido proceso administrativo sancionador.

4. El debido proceso administrativo sancionador²⁷

50. El artículo 29 de la Constitución establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. La Corte ha definido el debido proceso administrativo como el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, “materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa”²⁸.

51. Esta corporación ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: (i) ser oído durante toda la actuación; (ii) la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) que la actuación se adelante por la autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) gozar de la presunción de inocencia; (vii) el ejercicio del derecho de defensa y contradicción; (viii) solicitar, aportar y controvertir pruebas; (ix) impugnar las decisiones y promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación al debido proceso²⁹.

²⁵ Sentencia T-167 de 2022.

²⁶ Sentencias T-167 de 2022, SU 268 de 2019, T-571 de 2015, T-131 de 2007, T-699 de 2002, T-498 de 2000 y T-864 de 1999.

²⁷ En esta sección se reiteran las Sentencias T-209 de 2022, T-336 de 2019, T-007 de 2019, T-051 de 2016, T-559 de 2015, C-758 de 2013, C-980 de 2010 y T-796 de 2006.

²⁸ Sentencias T-051 de 2016, C-980 de 2010 y T-796 de 2006.

²⁹ Sentencias T-209 de 2022, T-007 de 2019, C-034 de 2014, C-758 de 2013 y C-980 de 2010.

52. Este tribunal ha identificado tres finalidades del debido proceso administrativo, a saber: “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) garantizar la validez de sus propias actuaciones y (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”³⁰. Estas finalidades se satisfacen a la luz de cuatro componentes del debido proceso administrativo³¹: (i) el acceso a la justicia en libertad e igualdad de condiciones, (ii) el ejercicio de la legítima defensa, (iii) la determinación de trámites y plazos razonables y, por último, (iv) la imparcialidad en el ejercicio de la función pública administrativa. La Corte ha reconocido que, mediante estos componentes se garantiza el correcto y adecuado ejercicio de la función pública administrativa³².

53. Las características de este derecho se concretan en un conjunto de reglas³³. La primera subregla consiste en que las actuaciones administrativas deben respetar los principios consagrados en el artículo 209 inciso 1 de la Constitución, a saber, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad³⁴.

54. La segunda consiste en que ninguna actuación del servidor público puede ser resultado de la arbitrariedad. La actuación se debe sujetar a unos procedimientos preestablecidos por la ley. Esta corporación ha sostenido en materia administrativa que el debido proceso “es exigente en cuanto a la legalidad”³⁵, ya que no solo se pretende que el servidor público cumpla con las funciones asignadas, sino que, además, lo haga en la forma determinada por el ordenamiento jurídico³⁶.

55. La tercera regla hace referencia al deber que tiene toda autoridad administrativa de apreciar las pruebas conforme a los principios de legalidad y razonabilidad. Esta apreciación razonable implica la garantía de la primacía de lo sustancial sobre las formas y lograr la efectividad de los derechos. Este tribunal ha indicado que el derecho sustancial no puede ser desconocido so pretexto de la aplicación del derecho instrumental o, en otras palabras, la exigencia de formalidades no puede prevalecer sobre las razones de fondo³⁷.

56. Además, el debido proceso ha sido reconocido por distintos instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.1), la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 8 y 10), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8 y 25), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 18), entre otros.

57. En cuanto a la obligación de adelantar el procedimiento con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, la Corte ha señalado que no cualquier irregularidad en el trámite constituye una vulneración al

³⁰ Sentencias T-051 de 2016, T-559 de 2015, C-980 de 2010 y T-465 de 2009.

³¹ Sentencias T-543 de 2017, SU-772 de 2014, C-034 de 2014, C-758 de 2013 y C-980 de 2010.

³² Sentencias SU 213 de 2021, T-036 de 2018, T-543 de 2017, C-491 de 2016 y C-983 de 2010.

³³ Sentencia T-585 de 2019.

³⁴ Sentencia T-585 de 2019.

³⁵ Sentencia T-585 de 2019.

³⁶ Sentencia T-585 de 2019.

³⁷ Sentencia T-585 de 2019.

debido proceso. Para que una irregularidad procesal configure una vulneración al debido proceso debe tener la capacidad de alterar de manera grave el proceso, tornándolo en injusto³⁸, o debe resultar en una privación o limitación del derecho de defensa³⁹.

58. Por tanto, las autoridades administrativas deben garantizar en virtud del derecho al debido proceso principios como el de legalidad, contradicción, defensa y que se conozcan las actuaciones de la administración, de cuya aplicación se derivan importantes consecuencias para las partes involucradas en el respectivo proceso administrativo⁴⁰.

59. Más allá de las anteriores circunstancias, la Sala debe recordar que el derecho al debido proceso administrativo consiste fundamentalmente en la garantía de que en todas las actuaciones de este tipo se aplicará de manera fiel el procedimiento previamente establecido en la ley y en las demás normas pertinentes⁴¹. Así las cosas, salvo cuando se advierta apartamiento de las reglas aplicables a la actuación administrativa de que se trata, no parece razonable considerar vulnerado el debido proceso por el solo hecho de que su resultado hubiere desfavorecido al interesado, pues no habría razón que permita suponer que ello es consecuencia de la vulneración de sus garantías procesales⁴².

60. Particularmente, en la Sentencia T-768 de 2013 la Corte aseguró que el respeto a las garantías sustanciales y procesales que conforman el debido proceso son aplicables al proceso administrativo en donde se ven comprometidos los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En dichas actuaciones se debe observar el principio de legalidad (autoridad administrativa competente), la favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa -se materializa en el derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, y a interponer recursos contra la decisión que se adopte- y el debido proceso sin dilaciones injustificadas. Todos estos presupuestos son de plena aplicación a las actuaciones administrativas adelantadas por el ICBF⁴³.

61. El Capítulo III de la Ley 1437 de 2011 (en adelante CPACA) contiene la regulación del procedimiento administrativo sancionatorio general. De acuerdo con el artículo 47 del CPACA, el procedimiento administrativo está precedido de una fase previa de averiguaciones preliminares: “Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo.” Después de esta etapa (i) se profiere el acto administrativo de formulación de cargos; (ii) los investigados presentan sus descargos; (iii) se adelanta el periodo probatorio; y (iv) se profiere la decisión administrativa.

³⁸ Auto 029A de 2002.

³⁹ Sentencia T-267 de 2000.

⁴⁰ Sentencia C-331 de 2012.

⁴¹ Sentencias T-550 de 1992, C-214 de 1994, T-415 de 1995, T-352 de 1996, T-1313 de 2000, C-653 de 2001, T-677 de 2004, T-814 de 2005, T-103, T-525, T-958 y T-1005 de 2006, T-304, T-600 y T-731 de 2007, T-917 y T-1168 de 2008, T-111, T-881 y T-909 de 2009, T-178, C-980 y C-983 de 2010, C-089 y T-249 de 2011.

⁴² Sentencia T-877 de 2012.

⁴³ Sentencia T-119 de 2016.

62. Las disposiciones sobre el proceso administrativo sancionatorio contenidas en el CPACA constituyen el marco general de actuación para las entidades del Estado. Sin embargo, es posible que, por vía reglamentaria, las autoridades administrativas establezcan protocolos internos para adelantar cada una de las fases.

63. En conclusión, el debido proceso administrativo es: (i) una garantía constitucional que aplica a todo tipo de procesos; (ii) un límite al ejercicio de la función pública que busca garantizar la eficacia y protección de los derechos de las personas. Además, (iii) la extensión del derecho al debido proceso administrativo es un elemento introducido por la Constitución de 1991, que asegura la participación de los ciudadanos, así como la garantía de protección de sus derechos; y (iv) es necesario armonizar los alcances del derecho al debido proceso con los mandatos constitucionales previstos en el artículo 209 de la Constitución. Además, (v) se vulnera el derecho al debido proceso administrativo cuando una decisión administrativa resulta arbitraria y en abierta desconexión con los mandatos constitucionales y legales. Su vulneración conlleva el desconocimiento de las garantías propias del trámite y, a su turno, afecta derechos sustanciales⁴⁴.

64. Una vez delimitado el alcance del debido proceso administrativo este tribunal procede al análisis del caso concreto.

5. Caso concreto

65. A continuación, la Corte presentará el caso, realizará un análisis de los requisitos de procedencia de la acción de tutela y finalmente de ser procedente este mecanismo solucionará el caso concreto.

5.1. Presentación del caso

66. Por medio de *presunto* apoderado judicial, la Fundación Fraternal de Ayuda promovió una acción de tutela en contra del ICBF con el fin de que le fueran tutelados a la accionante sus derechos a la defensa, al debido proceso y los derechos de las NNA beneficiarios de la fundación. Estos derechos le fueron aparentemente vulnerados por el ICBF al cancelarle la licencia de funcionamiento a la actora tras el hallazgo de 61 falencias en su operación y al no tener en cuenta atenuantes en la dosificación de la sanción.

67. En sede de tutela el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué declaró improcedente la acción de tutela al considerar que no se encontraba satisfecho el requisito de subsidiariedad.

5.2. Se satisfacen los requisitos de procedencia de la acción de tutela

68. Antes de abordar el fondo del asunto, la Sala analizará el cumplimiento de los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela. Para ello, de forma concreta se establecerá si se cumplen las siguientes exigencias: i) legitimación

⁴⁴ Sentencia T-133 de 2022.

por activa y pasiva; ii) la inmediatez y iii) la subsidiariedad.

69. *Legitimación por activa*: Atendiendo a las reglas fijadas en la presente sentencia, tratándose de la acreditación de la legitimación en la causa por activa respecto de las personas jurídicas, la Corte estableció las siguientes subreglas: i) la acción de tutela debe ser presentada por el representante legal o el apoderado judicial de la persona jurídica; ii) se debe adjuntar el respectivo poder especial y el abogado debe contar con tarjeta profesional vigente; iii) ante la falta de poder especial el juez constitucional podrá decretar y practicar pruebas⁴⁵ en orden a generar que se adjunte al expediente el poder faltante; iv) asimismo, el juez de tutela podrá solicitarle de manera directa al titular de los derechos que informe sobre su interés en la presentación de la acción de tutela, entre otras medidas; y v) se declarará la improcedencia del amparo cuando no se logre acreditar que el titular de los derechos realizó alguna manifestación clara y expresa sobre la solicitud constitucional, ni se advierta una situación de vulnerabilidad. Lo anterior siempre y cuando la improcedencia no sea una carga desproporcionada y grave para el titular de los derechos que se encuentra en situación de vulnerabilidad.

70. En el presente caso, la acción de tutela fue presentada por parte del señor Taylor Alberto Bolaños Osorio quien aseguró que es el apoderado de la fundación y luego del requerimiento de la Corte adjuntó el poder especial que le fue conferido para la presentación de la acción de tutela de la referencia⁴⁶. Sin embargo, al consultar el Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia se encontró que el señor Bolaños Osorio *no tiene vigente su tarjeta profesional de abogado*.

71. En la Sentencia T-024 de 2019 la Corte aseguró que en lo que tiene que ver con el ejercicio de la profesión de abogado, el artículo 24 del Decreto 196 de 1971⁴⁷ dispuso que no se podrá ejercer la profesión ni anunciarse como abogado sin estar inscrito y tener vigente la inscripción. De igual forma, el artículo 25 señala que nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado. Asimismo, constituye una causal de incompatibilidad para el ejercicio de la abogacía que el profesional del derecho se encuentre suspendido o excluido de la profesión, aunque se halle inscrito, tal como lo dispone el artículo 29 del Código Disciplinario del Abogado. En dicha providencia se compulsaron copias a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que investigara la conducta de la abogada que actuó a pesar de tener su tarjeta profesional suspendida.

72. En este punto le llama la atención a la Corte que la fundación haya pasado por alto que el señor Taylor Alberto Bolaños Osorio no tenía vigente su tarjeta profesional. A pesar de lo anterior, dentro del expediente tampoco existe constancia o elemento de prueba que evidencie que la fundación tenía conocimiento de la suspensión de la tarjeta profesional. Así las cosas, se debe partir de la presunción de la buena fe de la fundación, esto es, la confianza,

⁴⁵ Sentencias T-864 de 1999, T-498 de 2000, T-699 de 2002, T-131 de 2007, T-571 de 2015, SU 268 de 2019, T-167 de 2022.

⁴⁶ En dicho poder no se especifica la fecha en que fue otorgado.

⁴⁷ Estatuto del Abogado. Se advierte que el artículo 112 de la Ley 1123 de 2007 derogó las normas del Decreto 196 de 1971 que le fueran contrarias, no obstante, la mencionada disposición aún se encuentra vigente por no ser incompatible con las normas contenidas en la referida normativa.

seguridad y credibilidad de que dicho profesional era para la entidad un abogado en ejercicio⁴⁸, aunque ello pueda resultar desvirtuado con prueba en contrario.

73. La situación presentada con el señor Taylor Alberto Bolaños Osorio obliga a la Corte a ordenar que se compulsen copias de lo actuado a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial para que inicie la investigación respecto de la persona que presentó esta acción de tutela pese a no tener vigente su tarjeta profesional. Como se indicó en precedencia, el mencionado ciudadano pudo incurrir en faltas graves contra el régimen jurídico aplicable al ejercicio de la abogacía⁴⁹.

74. Ahora bien, con independencia de la compulsión de copias, en respuesta allegada el 22 de marzo de 2023, la Fundación Fraternal de Ayuda informó que le confirió poder especial al abogado Eugenio Segura Villarraga para que continúe ejecutando todas las acciones necesarias para la defensa de los derechos de la fundación dentro del trámite de la acción de tutela de la referencia. Una vez verificado el Registro Nacional de Abogados y Auxiliares de la Justicia se encontró que el mencionado abogado tiene vigente su tarjeta profesional. A pesar de que no se advierta una sustitución de poder, ni una revocatoria expresa del poder conferido a la persona que presentó la acción de tutela, la Corte tendrá en cuenta que el señor Eugenio Segura Villarraga es un abogado en ejercicio, por lo que lo reconoce como el apoderado actual de la fundación. Esto en virtud de la prohibición de actuación simultánea de apoderados⁵⁰ y a que el primer apoderado de la fundación⁵¹ no tiene vigente su tarjeta profesional.

75. Asimismo, la fundación, por medio de su nuevo apoderado ratificó su interés en la presentación de la presente acción de tutela. Por lo tanto, como el titular de los derechos de forma clara y expresa manifestó su interés en la acción de tutela, se entiende acreditado el presupuesto de la legitimación en la causa por activa⁵².

76. *Legitimación por pasiva:* al tenor del artículo 5 del Decreto estatutario 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades, que haya violado, desconozca o amenace cualquiera de los derechos de que trata el artículo segundo de esta normatividad. En esta ocasión, el ICBF está legitimado como parte pasiva en el proceso de tutela, dado que a este se le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se demanda.

77. *Inmediatez:* la Corte ha señalado que la acción de tutela se debe interponer en un tiempo oportuno y justo, a partir del momento en que ocurre la situación

⁴⁸ Dicha presunción se aplicó en la Sentencia T-024 de 2019.

⁴⁹ En igual sentido se decidió en la Sentencia T-001 de 1997.

⁵⁰ Sentencia SU-041 de 2022, artículo 75 del Código General del Proceso.

⁵¹ Taylor Alberto Bolaños Osorio.

⁵² En la Sentencia SU-388 de 2022 se adoptó la siguiente regla de unificación: “cuando el titular de los derechos fundamentales exprese de manera inequívoca interés en la presentación de la acción de tutela en las actuaciones dentro del proceso, inclusive en sede de revisión, se tendrá por acreditado el requisito de legitimación en la causa por activa a pesar de que esta haya sido interpuesta originalmente por el apoderado general de una persona natural”.

que presuntamente vulnera o amenaza el derecho fundamental⁵³. Ello porque la acción de tutela es un mecanismo de protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales. No existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, en todo caso, le corresponde al juez constitucional determinar en cada asunto si la presentación de la acción fue oportuna⁵⁴. A pesar de no contar con un término preciso para invocar la acción de amparo, por mandato expreso del artículo 86 de la Constitución, “debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición justa y oportuna”⁵⁵.

78. En el presente caso la Resolución que canceló la licencia de funcionamiento de la fundación fue expedida el 7 de enero de 2021 y el 10 de noviembre de 2021 el ICBF confirmó su decisión⁵⁶. El 13 de diciembre de 2021, por medio de supuesto apoderado judicial, la fundación presentó acción de tutela en contra del ICBF. En consecuencia, se encuentra satisfecho este requisito ya que transcurrió el término de un mes entre la confirmación de la decisión y la presentación de la presente acción de tutela, lo cual se estima razonable.

79. *Subsidiariedad*: esta corporación ha reconocido que conforme al artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un mecanismo de protección que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo y eficaz para la protección de los derechos invocados, o cuando al existir otros medios de defensa judiciales, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

80. Este tribunal ha sentado que por regla general la acción de tutela contra actos administrativos de carácter particular es improcedente por cuanto es posible controvertir su contenido ante una autoridad judicial e incluso solicitar su suspensión provisional⁵⁷ a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

81. La jurisprudencia constitucional ha fijado una regla excepcional según la cual la posibilidad de solicitar la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo en el marco de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho no implica la improcedencia de la acción de tutela. Pueden, entonces,

⁵³ Sentencias T-834 de 2005, T-887 de 2009 y T-427 de 2019.

⁵⁴ Sentencias SU-961 de 1999 y SU-108 de 2018.

⁵⁵ Sentencia SU-108 de 2018.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ El ámbito de aplicación de las medidas cautelares, conforme al artículo 229 del CPACA, se extiende a todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por tanto, el juez puede decretarlas a petición de parte, antes de la notificación del auto admisorio o en cualquier estado del trámite, cuando lo estime necesario para la protección y garantía provisional del objeto del proceso o para la efectividad de la sentencia. El artículo 230 de esa normatividad establece que las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Por su parte, el artículo 231 fija las condiciones para la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo cuando se pretenda su nulidad y el artículo 232 establece que no se requerirá prestar caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos. Finalmente, las medidas cautelares pueden ser ordinarias o de urgencia. Las primeras podrán adoptarse antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, mientras que las segundas podrán dictarse desde el momento en que se presente una solicitud en ese sentido y sin necesidad de notificar previamente a la contraparte.

coexistir la solicitud de suspensión provisional y la interposición de la acción de tutela⁵⁸.

82. Si bien la acción de tutela debe darle un lugar prevalente a los mecanismos ordinarios creados por el legislador, la realidad es que subsisten ciertas diferencias entre la eficacia que para la protección de derechos fundamentales ofrece la acción de tutela en relación con las medidas cautelares desarrolladas por el CPACA. Entre ellas, la más relevante es que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho iniciadas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se rigen por la formalidad y por la regla de la justicia rogada. Por su parte, la acción de tutela se rige, en contraposición, por el principio de informalidad y permite la adopción de fallos *extra* y *ultra petita*. Además, las medidas provisionales proferidas por el juez de tutela no requieren de caución por parte del accionante, lo que ocurre ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, salvo en lo relativo a la suspensión provisional de actos administrativos⁵⁹.

83. En suma, el ordenamiento jurídico ha previsto el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para verificar la legalidad de las actuaciones de la administración. Esta herramienta prevé, dentro de su estructura procesal, la posibilidad de decretar medidas cautelares que comprenden la suspensión provisional del acto administrativo objeto de reproche. No obstante, el juez constitucional debe determinar, en cada caso particular, si el mecanismo judicial ordinario es idóneo y efectivo, para la protección de derechos fundamentales. Asimismo, el amparo procede en estos casos, de manera excepcional, cuando la acción de tutela se invoque para evitar la configuración de un perjuicio irremediable⁶⁰.

84. La Corte ha señalado que en los casos en los que se compruebe que existe otro medio de defensa judicial, pero este no resulta idóneo ni eficaz para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, el juez constitucional debe verificar que el mismo sea: (i) inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) grave, esto es, que el haber jurídico de la persona se encuentre amenazado por un daño o menoscabo material o moral de gran intensidad; (iii) requiera medidas urgentes con el fin de lograr su supresión y conjurar el perjuicio irremediable; y (iv) demande la intervención del juez de tutela de forma impostergable para garantizar el restablecimiento integral del orden social justo⁶¹.

85. En ese orden, cuando se pretenda la suspensión de un acto administrativo de carácter particular por medio de la acción de tutela el juez constitucional tiene la obligación de ponderar en cada caso en particular el cumplimiento de los requisitos expuestos y verificar que se acredita la gravedad de la situación y la falta de idoneidad y eficacia de los mecanismos ordinarios para la real protección de los derechos fundamentales alegados.

⁵⁸ Sentencias SU-039 de 1997.

⁵⁹ Sentencia SU-691 de 2017.

⁶⁰ Sentencias T-002 de 2019, SU-691 de 2017 y SU-355 de 2015.

⁶¹ Sentencia T-002 de 2019.

86. Aunado a ello, la jurisprudencia constitucional ha evidenciado que, pese a la existencia de otro medio de defensa, el examen de procedencia de la acción tutela debe ser más flexible cuando están comprometidos derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de las NNA⁶². Lo anterior porque en desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, el Estado les debe garantizar un tratamiento diferencial positivo. Además, porque es corresponsable junto con la familia y la sociedad, de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos⁶³.

87. En la Sentencia T-119 de 2016 la Corte consideró que las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho se centran en establecer si el acto administrativo expedido por el ICBF adolece de un vicio competencial, formal, procedimental o sustancial. Asimismo si la motivación afecta su validez. Solo de manera indirecta, incidental y consecuencial, en el marco de estos vicios, se examina la eventual transgresión de los derechos fundamentales constitucionales de los demandantes.

88. Teniendo en cuenta lo anterior, como en el presente caso la fundación planteó la posible vulneración de los derechos de los NNA beneficiarios, es importante tener presente que, pese a que en el ordenamiento jurídico existen mecanismos para solicitar la nulidad de las Resoluciones 028 del 2021 y 864 de 2021, ello no significa que en todos los casos sean eficaces e idóneos para solucionar los diferentes escenarios fácticos y jurídicos que se pueden presentar⁶⁴. Precisamente, frente a la procedencia de la acción de tutela para resolver este tipo de situaciones, esta Corte ha considerado que en el marco de la subsidiariedad del amparo constitucional a los jueces les corresponde verificar, en cada caso en concreto, si los NNA involucrados se encuentran en una situación de tal magnitud que implique la intervención inmediata para salvaguardar sus derechos, en la medida en que de lo contrario podría ocurrir un daño irremediable.

89. Es posible colegir que la acción de tutela por regla general es improcedente para desvirtuar la legalidad de actos administrativos que fueran acusados de violar derechos de rango constitucional o legal, puesto que para la solución de este tipo de controversias el legislador consagró las acciones idóneas y las medidas cautelares para garantizar el ejercicio y la protección de tales derechos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Empero, cuando el accionante demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable que amenace o afecte algún derecho fundamental, la acción de tutela se torna procedente⁶⁵.

90. En el caso objeto de estudio la acción de tutela resulta ser el medio idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos de los NNA beneficiarios de la fundación al encontrarse comprometidos derechos como la vida, la salud, la integridad física, la alimentación, a tener una familia, el cuidado, el amor, la

⁶² Ibidem.

⁶³ Sentencia T-336 de 2019.

⁶⁴ En la Sentencia T-119 de 2016 se advirtió que las acciones de nulidad solo de manera indirecta, incidental y consecuencial determinan la eventual transgresión de los derechos constitucionales.

⁶⁵ Sentencia T-433 de 2014.

educación y la recreación de los NNA; quienes además presentan discapacidad mental cognitiva y “derechos inobservados, amenazados o vulnerados”⁶⁶.

91. A pesar de que el apoderado de la fundación no manifestó que obraba en calidad de agente oficioso de los NNA, en este caso, en atención al interés superior del menor, se deberá analizar la situación en la que se encuentran tales menores.

92. Es importante aclarar que las consideraciones que se realizan respecto a la situación de los NNA no tienen en cuenta las pruebas que fueron recaudadas por la Corte, que además no han sido objeto de valoración por el juez constitucional. Lo anterior porque en esta sección se analizan los requisitos de procedencia de la acción de tutela y las valoraciones de fondo son propias del análisis del caso concreto. En este punto se debe analizar si los NNA están ante la inminencia de un perjuicio irremediable, pues se trata de la eventual vulneración de sujetos de especial protección constitucional con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, que además se encuentran en situación de discapacidad. Así las cosas, de encontrarse superado este requisito de procedencia se podría estudiar de fondo la supuesta afectación a sus derechos y adoptar las medidas del caso para evitar la vulneración de sus prerrogativas.

93. La Sala considera que ante la cancelación de la licencia de funcionamiento de la fundación es factible que los NNA queden desprotegidos y sin una institución que vele por su bienestar. Es importante tener en cuenta que el artículo 44 de la Constitución consagra que los niños deberán ser protegidos contra toda forma de abandono. Es así como ante la falta de funcionamiento de la fundación que los alberga, los NNA podrían verse sometidos a una situación de abandono que vulneraría sus derechos fundamentales. En este punto se debe dar prevalencia al principio *pro infans*, considerado como “un instrumento jurídico valioso para la ponderación de derechos de rango constitucional, frente a eventuales tensiones, debiendo escogerse la interpretación que brinde la mayor protección a los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”⁶⁷.

94. Es así como la falta de alimentación y de las atenciones en salud que requieren los NNA implica una afectación directa e intensa en su vida e integridad física. Esta situación evidencia la palmaria debilidad en que se encuentran los menores y, en consecuencia, la necesidad de invocar una protección inmediata, prioritaria, preferente y expedita.

95. Dicha afectación resulta inminente porque la licencia de funcionamiento de la fundación fue cancelada y la decisión se encuentra en firme, por tanto, los NNA pudieron quedar en situación de desprotección y abandono, lo que compromete sus derechos fundamentales e implica una afectación intensa de su vida, salud e integridad física. El peligro es grave en tanto se trata de NNA con derechos inobservados, amenazados o vulnerados que además se encuentran en situación de discapacidad, quienes tienen en peligro sus intereses jurídicos tutelados. Por otra parte, se observa la urgencia de proteger a los NNA y de esta forma conjurar la ocurrencia de un eventual perjuicio irremediable que se

⁶⁶ Expediente digital, archivo EscritoTutelaNi38175.pdf

⁶⁷ Sentencia SU 433 de 2020, C-177 de 2014.

concreta en la puesta en peligro a la vida, salud e integridad física de los NNA. Asimismo, esta acción es impostergable porque no se puede permitir que los afectados queden sin hogar o sin una institución que los albergue y vele por la satisfacción de sus necesidades y la protección de sus derechos.

96. Por lo expuesto, la Sala concluye que debido a la inminencia del perjuicio que puede ocasionarles a las NNA la cancelación del funcionamiento de la fundación, la acción de tutela es el medio adecuado, eficaz e idóneo para contrarrestar los efectos de la decisión del acto administrativo atacado, toda vez que se comprometen sus derechos a la salud, la integridad física, la alimentación, a tener una familia, el cuidado, el amor, la educación y la recreación⁶⁸.

97. En suma, contrario a lo sostenido por el juzgado de instancia en sede de tutela, al analizar el cumplimiento de este requisito la Sala lo encuentra acreditado, pues se trata de la eventual vulneración de sujetos de especial protección constitucional con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, que además se encuentran en situación de discapacidad⁶⁹.

98. Es importante precisar que existe una relación entre el debido proceso, que es la prerrogativa que a juicio de la actora se violó y la amenaza a los derechos de los NNA. Esto porque la cancelación de la licencia es la fuente de ambas vulneraciones y, en consecuencia, la acción de tutela resulta procedente respecto del debido proceso y frente a los derechos de los NNA.

99. Una vez acreditada la procedencia de la presente acción de tutela la Corte analizará la vulneración a los derechos de la fundación y de los NNA.

5.3. El ICBF no vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa de la fundación

100. Según lo expuesto por la fundación, el ICBF vulneró sus derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso. Por lo tanto, solicitó que se revoquen las resoluciones por medio de las cuales se le canceló la licencia de funcionamiento, que se apliquen atenuantes y que se pondere la dosificación de las sanciones.

101. Por su parte el ICBF aseguró que el proceso sancionatorio respetó los derechos al debido proceso y la defensa de la fundación. El instituto concluyó que los hallazgos administrativos sancionatorios encontrados fueron suficientes para colegir una puesta en peligro de los intereses jurídicos tutelados de los beneficiarios. Entre los hallazgos había documentación de las historias de atención incompletas, instalaciones físicas inadecuadas e incluso una omisión en un caso de presunto abuso sexual. Recalcó que era responsabilidad del prestador del servicio acatar cualquier instrucción que se le impusiera, ya que la labor que le encomendó el ICBF era la de brindar protección a las NNA.

102. El ICBF indicó que la ejecución del plan de mejoramiento constituye una evidencia de que los hallazgos tienen sustento fáctico y normativo y que, por

⁶⁸ Artículo 44 de la Constitución.

⁶⁹ Sentencia T-287 de 2018.

ello, se tuvieron que implementar acciones correctivas. Aseguró que ni en la ley ni en los lineamientos de prestación del servicio se establece que las fallas contra la prestación del servicio de bienestar familiar se pueden sanear, eximir o pasar por alto. Por el contrario, el interés superior de las NNA exige de los operadores y del ICBF que exista una alta rigurosidad y exigencia en pro de garantizar el goce efectivo de todos y cada uno de sus derechos.

103. La Corte pudo constatar que el 10 de noviembre de 2017 el Comité de Inspección, Vigilancia y Control del ICBF decidió iniciar el proceso administrativo sancionatorio en contra de la fundación por los 61 hallazgos (falencias en el funcionamiento) encontrados en la visita de inspección⁷⁰. El 18 de febrero de 2019 se le comunicó dicha decisión a la fundación⁷¹.

104. Mediante Auto 129 del 30 agosto de 2019⁷² se le formularon cargos a la fundación por presuntamente incurrir en las faltas establecidas en los numerales 12, 16 y 19 del artículo 58 de la Resolución 3899 de 2010, que disponen: “no cumplir con los lineamientos técnicos, administrativos, manuales, guías, líneas técnicas y en general cualquier normativa que se establezca por parte del ICBF”; “no adoptar, incumplir o no dar a conocer a todos los funcionarios y colaboradores el Código Ético establecido por el ICBF para la prestación del Servicio Público de Bienestar Familiar”; y “dar lugar a que por acción u omisión se ponga en riesgo o se cause daño a la integridad física y emocional de los niños, niñas y adolescentes”⁷³. Dicho auto se notificó el 13 de septiembre de 2019⁷⁴.

105. El 2 de octubre de 2019 la fundación presentó escrito de descargos⁷⁵. En su escrito aseguró que cumplió el plan de mejora establecido y solicitó su absolución. Asimismo anexó las pruebas⁷⁶ que comprobaban la corrección de los hallazgos.

106. En auto del 18 de marzo de 2020 se declaró agotada la etapa probatoria y se le corrió traslado a la fundación para que presentara sus alegatos de conclusión⁷⁷. El 1 de julio de 2020 la accionante presentó sus respectivos alegatos en los que puso de presente la corrección de los hallazgos, solicitó la absolución de la fundación y el archivo del proceso⁷⁸. Como petición subsidiaria solicitó la imposición de la sanción más leve⁷⁹.

107. La Corte concluye que no se advierte la vulneración al debido proceso de la fundación porque se siguió el procedimiento contemplado en Título VI, Capítulo I de la Resolución 3899 de 2010 del ICBF. Es así como el inicio del

⁷⁰ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folio 15.

⁷¹ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “3RA Carpeta”, folio 37.

⁷² Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “3RA Carpeta”, folios 109 y ss.

⁷³ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “3RA Carpeta”, folios 109 y ss.

⁷⁴ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “3RA Carpeta”, folio 135.

⁷⁵ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “3RA Carpeta”, folios 137 y ss.

⁷⁶ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “3RA Carpeta”, folios 149 y ss.

⁷⁷ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “3RA Carpeta”, folios 309 al 317.

⁷⁸ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “3RA Carpeta”, folios 343 y ss.

⁷⁹ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “3RA Carpeta”, folio 347.

proceso administrativo surgió a raíz de una visita administrativa de inspección, vigilancia y control⁸⁰ que se efectuó los días 27 y 28 de octubre de 2017⁸¹.

108. El artículo 39 de la mencionada resolución indica expresamente que el inicio de un proceso administrativo sancionatorio no dependerá de la presentación, ejecución o seguimiento de un plan de mejoramiento. Por lo tanto, la corrección de los 61 hallazgos es una situación que no interfiere con el proceso administrativo adelantado. Así lo indicó el ICBF en la Resolución 028 de 2021 en la que indicó: “este Despacho advierte que el plan de mejora atendido por la FUNDACIÓN FRATERNAL DE AYUDA y que fue necesario para dar tratamiento a los hallazgos evidenciados en la visita realizada y permitir la continuidad del servicio de Bienestar Familiar, no desvirtúa la existencia de los daños, riesgos y vulneraciones de derechos que sustentan el proceso administrativo sancionatorio que aquí se adelanta”⁸². El ICBF aseguró que el cumplimiento del plan de mejora no era obstáculo para adelantar el proceso administrativo de naturaleza sancionatoria porque se trataba de dos asuntos independientes. En efecto, una cosa son las situaciones que constituyen infracción de las normas que regulan el Servicio Público de Bienestar Familiar y otra, el plan de mejora. Este último es una herramienta a través de la cual se ejecutan acciones para permitir que prosiga el servicio mientras se adelanta el proceso sancionatorio correspondiente⁸³.

109. El ICBF indicó que de ninguna manera el cumplimiento de un plan de mejora es una herramienta para convalidar “los hechos dañosos o riesgosos” que afectaron los derechos de las NNA, ni impide que se inicien o tramiten las acciones legales a que haya lugar. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 de la Resolución 3899 de 2010⁸⁴.

110. Por otra parte, la Corte evidencia que se cumplió con la comunicación de inicio del proceso administrativo dando cumplimiento al artículo 41 de la Resolución 3899 de 2010⁸⁵. Posterior a ello se formularon y notificaron los cargos de conformidad con el artículo 42 *ibidem*⁸⁶. La fundación rindió sus descargos tal y como lo establece el artículo 43 de la mencionada resolución⁸⁷. Luego se agotó la etapa probatoria de conformidad con el artículo 44 de la

⁸⁰ Artículo 37 de la Resolución 3899 de 2010. La actuación administrativa para determinar la comisión de infracciones podrá iniciarse por informes recibidos de terceros, mediante la práctica de visitas administrativas de inspección, vigilancia y control, por traslado de otras autoridades, por quejas o informes de personas naturales o jurídicas, en ejercicio del derecho de petición de carácter general o particular, como resultado de la aplicación de medidas cautelares y, en general, por cualquier otro medio que ofrezca credibilidad.

⁸¹ Expediente digital, respuesta enviada por el ICBF, archivo Carpeta 1, folio 11 y ss.

⁸² Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folios 49 y 50.

⁸³ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folio 50.

⁸⁴ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folio 50.

⁸⁵ Artículo 41 de la Resolución 3899 de 2010. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, el Comité de Inspección, Vigilancia y Control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar considere que existe mérito para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Contra esta decisión no procede recursos.

⁸⁶ Artículo 42 de la Resolución 3899 de 2010. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serán procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.

⁸⁷ Artículo 43 de la Resolución 3899 de 2010. Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del auto de pliego de cargos, presentar descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer.

Resolución 3899 de 2010⁸⁸ y la fundación presentó sus alegatos de conclusión⁸⁹, tal y como lo establece el artículo 45 ibidem.

111. En la Resolución 028 del 2021 se tuvieron en cuenta todas las actuaciones descritas. En dicho acto administrativo se indicó que el 10 de noviembre de 2017 inició el proceso administrativo sancionatorio contra la Fundación Fraternal de Ayuda por los hallazgos encontrados en la visita de inspección⁹⁰, decisión que fue notificada el 18 de febrero de 2019. Posterior a ello, mediante auto del 30 de agosto de 2019 se le formularon cargos a la fundación, dicho auto fue notificado personalmente⁹¹ de conformidad con el artículo 67 del CPACA. En la mencionada resolución se indicó que el 2 de octubre de 2019 la representante legal de la fundación presentó escrito de descargos⁹². El 18 de marzo de 2020 se declaró agotada la etapa probatoria y se notificó la decisión⁹³. Finalmente, el 1 de julio de 2020 la fundación presentó sus alegatos de conclusión. La representante legal de la fundación allegó 85 folios en donde indicó la corrección de 56 hallazgos⁹⁴.

112. La Corte pudo constatar que el acto administrativo de carácter sancionatorio cumplió con los requisitos del artículo 46 de la Resolución 3899 de 2010. En dicho acto se individualizó a la persona jurídica a sancionar⁹⁵ (Fundación Fraternal de Ayuda), se analizaron los hechos señalando cada uno de los hallazgos encontrados, las pruebas obrantes, los argumentos de descargos y los alegatos⁹⁶. También se indicó que se infringieron los numerales 12, 16 y 19 del artículo 58 de la Resolución 3899 de 2010⁹⁷. Asimismo, se indicó de qué forma se vulneró cada numeral⁹⁸.

113. Se tuvieron en cuenta los parámetros para la graduación de las sanciones⁹⁹, en efecto, en la sección denominada “DE LA SANCIÓN Y SU GRADUACIÓN”¹⁰⁰ se hace alusión a los artículos 59 y 60 de la Resolución 3899 de 2010. Respecto al criterio “daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados” se consideró que se incurrió en dicho criterio porque se generó una puesta en peligro y una vulneración sobre los bienes jurídicos de los beneficiarios en situación de discapacidad. En concreto, se le vulneraron sus derechos a la integridad física, la salud, la calidad de vida, la educación, el ambiente sano y el desarrollo integral¹⁰¹. También se evaluó el grado de

⁸⁸ Artículo 44 de la Resolución 3899 de 2010. Cuando deban practicarse pruebas solicitadas por las partes o decretadas de oficio se señalará un término no mayor a treinta (30) días. Cuando no deban practicarse se dará traslado para alegar de conclusión.

⁸⁹ Artículo 45 de la Resolución 3899 de 2010. Vencido el periodo probatorio, las partes contarán con un término de diez (10) días hábiles para presentar sus alegatos de conclusión. El auto por medio del cual se dé traslado para presentar alegatos de conclusión será comunicado a los intervinientes.

⁹⁰ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folio 15.

⁹¹ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folio 16.

⁹² Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folio 16.

⁹³ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folio 16.

⁹⁴ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folio 17.

⁹⁵ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folio 15.

⁹⁶ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folios 18 y ss.

⁹⁷ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folios 18 y ss.

⁹⁸ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folios 18 y ss.

⁹⁹ Artículo 60 de la Resolución 3899 de 2010. La gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables: “1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados...”

¹⁰⁰ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folios 52 y ss.

¹⁰¹ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folio 54.

prudencia y diligencia con que se atendieron los deberes o las normas pertinentes. Frente a este tópico se consideró que el actuar de la fundación no correspondió al respeto de los derechos fundamentales de los niños y a los lineamientos técnicos y administrativos establecidos por el ICBF. Se indicó que la fundación no fue diligente y desconoció el principio de corresponsabilidad, en virtud del cual tiene la obligación de atender los distintos factores determinantes en el desarrollo de los niños de manera oportuna, a fin de cumplir con su deber de protección especial.

114. Por otra parte, se fundamentó debidamente la decisión¹⁰². El ICBF consideró que la prestación del servicio fue inapropiada al no atender con diligencia el cumplimiento de los lineamientos. Indicó que se puso en riesgo “por acción y omisión” y se le causó daño a la integridad física y emocional de los NNA y con ello se vulneraron los derechos de los beneficiarios¹⁰³. Aseguró que “atendiendo a la gravedad de lo evidenciado, el peligro en que se pusieron los derechos e intereses de los beneficiarios, al amparo superior en que se encuentran inmersos los derechos que sobre ellos recaen... el deber de cuidado especial que requieren... el Despacho considera que la sanción a imponer es la consagrada en el numeral 3 del artículo 59 consistente en la CANCELACIÓN DE LA LICENCIA”¹⁰⁴

115. Contra el mencionado acto administrativo la fundación presentó el recurso de reposición¹⁰⁵ consagrado en el parágrafo del artículo 46 de la Resolución 3899 de 2010.

116. Aunado a lo anterior, la Resolución 3899 de 2010 no contempla ningún tipo de atenuantes para las sanciones a imponer, por lo tanto, la pretensión de la fundación relacionada con el reconocimiento de atenuantes por la corrección de los hallazgos no tiene sustento normativo. Es importante reiterar que el artículo 39 de la mencionada resolución indica expresamente que el proceso administrativo sancionatorio no dependerá de la presentación, ejecución o seguimiento de un plan de mejoramiento. Por lo tanto, la corrección de los 61 hallazgos es una situación que en nada atenúa la sanción a imponer.

117. Aunado a lo anterior, en la Sentencia C-029 de 2021 la Corte determinó que el debido proceso administrativo sancionador requiere que se acate el principio de legalidad, pero no contiene una exigencia expresa sobre el hecho de que en todos los procesos administrativos sancionadores deben existir atenuantes. En dicha decisión este Tribunal reiteró que, en materia de derecho administrativo sancionador, la garantía del debido proceso tiene un carácter flexible, en la medida en que las actuaciones administrativas son susceptibles de control ante la jurisdicción. Por ello, aunque el debido proceso se aplica en toda actuación administrativa o judicial, en el primer escenario ocurre bajo estándares más flexibles para asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la Administración. La Corte indicó que el derecho disciplinario presenta una naturaleza específica y, en este sentido, no resulta posible trasladar automáticamente las garantías del proceso penal al debido

¹⁰² Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folios 50 y ss.

¹⁰³ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folio 55.

¹⁰⁴ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folios 57 y 58.

¹⁰⁵ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folio 69 y ss.

proceso administrativo. En efecto, aunque constituye una expresión de la potestad sancionatoria como el derecho penal, presenta elementos propios que ameritan un abordaje diferenciado.

118. Por otra parte, tampoco se encontró una vulneración al derecho a la defensa de la fundación dado que esta tuvo la oportunidad de presentar escrito de descargos, como bien lo hizo el 2 de octubre de 2019¹⁰⁶, además que el 1 de julio de 2020 presentó sus alegatos de conclusión y, finalmente, el 21 de enero de 2021 interpuso el recurso de reposición contra la resolución que canceló su licencia de funcionamiento¹⁰⁷.

119. Finalmente, la Sala considera que el hecho de habersele concedido una nueva licencia a la Fundación no implicaba que se hubiere exonerado de los hallazgos evidenciados pues, en ese momento no se encontraba en firme la sanción impuesta y se trata de dos actuaciones administrativas diferentes. En efecto, la renovación de la licencia de funcionamiento se encuentra regulada en el artículo 24 de la Resolución 3899 de 2010, en dicha norma se establecen los requisitos para la renovación de las licencias y se estipula que en dicho trámite se verifica el cumplimiento de los requisitos legales, técnicos, administrativos y financieros establecidos para tal fin. Por otra parte, el proceso sancionatorio adelantado en contra de la Fundación se encuentra regulado en el Capítulo I de la mencionada resolución y consiste en una actuación administrativa para determinar la comisión de infracciones.

120. En consecuencia, la Sala concluye que no se configuró ninguna irregularidad procesal que implique una vulneración al debido proceso. En el presente asunto se observa que el ICBF garantizó los principios de legalidad, contradicción y defensa. La accionada aplicó de manera fiel el procedimiento establecido en la Resolución 3899 de 2010. Así las cosas, se reitera que salvo cuando se advierta apartamiento de las reglas aplicables a la actuación administrativa de que se trata, no parece razonable considerar vulnerado el debido proceso por el solo hecho de que su resultado hubiere desfavorecido al interesado, pues no habría razón que permita suponer que ello es consecuencia de la vulneración de sus garantías procesales.

5.4. El ICBF no vulneró de los derechos de las niñas, niños y adolescentes beneficiarios de la fundación

121. La fundación aseguró que se vulneraron los derechos de los NNA porque se les causaba un trastorno al cambiarles sus servicios, su entorno, sus condiciones y el personal que los atiende.

122. Al respecto la Corte pudo comprobar que las NNA que se encontraban en la fundación fueron trasladados a otras instituciones y hogares sustitutos, por tanto, no se encuentran desprotegidos ni abandonados. Es importante tener en cuenta que la Resolución 8649 de 2021 dispuso que para el cumplimiento de la sanción impuesta se debía tener en cuenta el número de unidades atendidas y cobertura, de manera que se garantizara la continuidad del Servicio Público de

¹⁰⁶ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folio 16.

¹⁰⁷ Expediente digital, respuesta del ICBF, Archivo “4ta Carpeta”, folio 69 y ss.

Bienestar Familiar y que el término de la sanción contaría a partir del traslado efectivo de los usuarios.

123. De conformidad con las pruebas que fueron recaudadas y puestas en conocimiento de la Corte¹⁰⁸, se pudo constatar que el ICBF gestionó la consecución de cupos en instituciones para discapacidad intelectual y para institución mental psicosocial. El ICBF adjuntó un documento en donde consta la institución en la que se encuentra cada uno de los NNA. Estos se hallan actualmente en la Fundación Funbisocial, la Fundación Ser Gestante sede Amor y sede Futuro, la Fundación Casa del Niño, la Asociación Crecer, la Fundación Cedesnid, la Fundación Funbisocial sede Paraíso, la Fundación Asprodís y en hogares sustitutos.

124. Aunado a lo anterior, el mismo apoderado de la fundación le informó a la Corte que los 58 beneficiarios de la fundación fueron trasladados a otras instituciones y hogares sustitutos en diferentes partes del país¹⁰⁹. Lo que descarta una posible situación de abandono y desprotección de sus derechos fundamentales.

125. Aunado a ello, el motivo de traslado de los menores se debió al hallazgo de 61 falencias en el funcionamiento de la fundación. En la Resolución 028 del 2021 el ICBF consideró que la fundación con su obrar fue negligente y vulneró varios derechos fundamentales de las NNA. Asimismo, que desatendió sin justificación el cumplimiento del manual operativo y las guías técnicas establecidas para operar en la modalidad de internado. En consecuencia, la medida adoptada se tomó para salvaguardar los derechos de los NNA, los cuales, según el ICBF estaban siendo vulnerados por parte de la fundación. Así las cosas, el ICBF lejos de afectar los derechos de los NNA, lo que pretendió fue su protección.

126. En consecuencia, al no encontrar vulneración de los derechos de la fundación ni de los NNA por parte del ICBF, la Sala **revocará** el fallo adoptado por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué en el sentido que se debe negar el amparo por las razones expuestas.

Síntesis de la decisión

127. A la Sala Novena de Revisión le correspondió resolver la acción de tutela interpuesta por la Fundación Fraternal de Ayuda en contra del ICBF con el fin de que le fueran tutelados a la accionante sus derechos a la defensa, al debido proceso y los derechos de las NNA beneficiarios de la fundación. Estos derechos le fueron aparentemente vulnerados por el ICBF al cancelarle la licencia de funcionamiento a la actora tras el hallazgo de 61 falencias en su operación y al no tener en cuenta atenuantes en la dosificación de la sanción.

128. Esta corporación examinó si en este caso se encontraban satisfechos los requisitos de procedibilidad formal de la acción de tutela. Para ello la Corte se

¹⁰⁸ Respuesta allegada el 10 de febrero de 2023 por el ICBF.

¹⁰⁹ Respuesta enviada el 22 de febrero de 2023 por el apoderado de la fundación.

refirió a la legitimación en la causa por activa como requisito de procedencia de la acción de tutela.

129. Tratándose de la acreditación de la legitimación en la causa por activa respecto de las personas jurídicas, la Sala de Revisión estableció las siguientes subreglas: i) la acción de tutela debe ser presentada por el representante legal o el apoderado judicial de la persona jurídica; ii) se debe adjuntar el respectivo poder especial y el abogado debe contar con tarjeta profesional vigente; iii) ante la falta de poder especial, el juez constitucional podrá decretar y practicar pruebas en orden a generar que se adjunte al expediente el poder faltante; iv) asimismo, el juez de tutela podrá solicitarle de manera directa al titular de los derechos que informe sobre su interés en la presentación de la acción de tutela, entre otras medidas; v) se declarará la improcedencia del amparo cuando no se logre acreditar que el titular de los derechos realizó alguna manifestación clara y expresa sobre la solicitud constitucional, ni se advierta una situación de vulnerabilidad. Lo anterior siempre y cuando la improcedencia no sea una carga desproporcionada y grave para el titular de los derechos que se encuentra en situación de vulnerabilidad.

130. Al analizar los requisitos de procedencia de la acción de tutela la Corte concluyó que, en este caso, la tutela era procedente porque se cumplió i) con el presupuesto de legitimación en la causa por activa en tanto la fundación ratificó su interés en la presentación de la acción constitucional; ii) la legitimación por pasiva dado que la tutela se presentó contra el ICBF y a este se le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se demanda; iii) con la inmediatez porque trascurrió el término de un mes entre la confirmación de la decisión y la presentación de la presente acción de tutela. Finalmente, se acreditó iv) la subsidiariedad en atención a que debido a la inminencia del perjuicio que podía ocasionarles a las NNA la cancelación del funcionamiento de la fundación, la acción de tutela era el medio adecuado, eficaz e idóneo para contrarrestar los efectos de la decisión del acto administrativo atacado.

131. La Corte concluyó que no se vulneró el debido proceso de la fundación porque se siguió el procedimiento contemplado en Título VI, Capítulo I de la Resolución 3899 de 2010 del ICBF. Tampoco se encontró una vulneración al derecho a la defensa de la fundación dado que esta tuvo la oportunidad de presentar escrito de descargos, alegatos de conclusión y el recurso de reposición contra la resolución que canceló su licencia de funcionamiento.

132. Finalmente, la Sala comprobó que las NNA que se encontraban en la fundación fueron trasladados a otras instituciones y hogares sustitutos, por lo tanto, no se encontraban desprotegidos. Aunado a ello, el motivo de traslado de los menores se debió al hallazgo de 61 falencias en el funcionamiento de la fundación.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el 27 de diciembre de 2021 por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, dentro del proceso de tutela promovido por la Fundación Fraternal de Ayuda contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que declaró la improcedencia de la acción de tutela por la existencia de otros medios de defensa judiciales. En su lugar, **NEGAR** el amparo de los derechos fundamentales invocados por la Fundación Fraternal de Ayuda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. ORDENAR a la Secretaría General de la Corte Constitucional se compulsen copias a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial para que investigue el proceder de la persona que presentó la acción de tutela al poder estar incurso en falta disciplinaria.

Tercero. LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

NATALIA ÁNGEL CABO
Magistrada
Ausente con excusa

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General