

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA
SALA PRIMERA DE DECISION
CIVIL-FAMILIA-LABORAL



Montería, Córdoba, trece (13) de mayo de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN DE TUTELA

Accionantes: Enny Lucia Santana Orobio actuando en nombre propio y en calidad de agente oficioso de su hija menor Heilyn Samar Martínez Santana.

Accionados: Comisaria de Familia de Puerto Libertador – Córdoba, los señores Ferney Martínez Martínez, Yadira Del Carmen Martínez Coronado y otros.

Asunto: Derecho a tener una familia y no ser separado de ella, debido proceso entre otros.

Radicación: 2020-00057 Fol. 145/20

Magistrado Ponente: Pablo José Álvarez Caez.

ACTA N: 45

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Se pronuncia la Sala sobre la salvaguarda constitucional propulsada por Enny Lucia Santana Orobio, quien actúa en nombre propio y como agente oficioso de su hija menor Heilyn Samar Martínez Santana, en contra de la Comisaria de Familia de Puerto Libertador – Córdoba, Ferney Martínez Martínez, Yadira Del Carmen Martínez Coronado y otros.

I. ANTECEDENTES

1.1. La promotora exige el amparo de sus prerrogativas fundamentales y las de su menor hija a "*tener una familia y no ser separada de ella, al cuidado personal,*

el amor de su progenitora, la protección contra toda forma de secuestro, el debido proceso y defensa, así como el derecho al ejercicio legal de la custodia y la patria potestad”, presuntamente conculcadas por los sujetos de derechos accionados

1.2. Del escrito inaugural y la revisión de las pruebas, la causa petendi puede ser sintetizada en lo siguiente:

Cuenta la inicialista que sostuvo una relación con el señor Ferney Martínez Martínez, de cuyo fruto nació la niña Heilyn Samar Martínez Santana, unido a ello expone que con anterioridad a la fecha en la que inició su relación con el señor Ferney Martínez, ya se encontraba cursando sus estudios profesionales de Trabajo Social en la Universidad de Mariana de la Ciudad de Pasto – Nariño.

Relata que vez terminó su embarazo, el cual asegura fue catalogado de alto riesgo, procedió a retomar su programa de estudios para el mes de julio de 2017, que dado que no contaba con familia extensa, ni red de apoyo en la ciudad de Pasto, se vio en la imperiosa necesidad de dejar a la menor Martínez Santana al cuidado de la tía paterna de la niña, la señora Yadira Del Carmen Martínez Coronado, para así poder culminar su educación superior y brindarle un mejor futuro a su hija.

Afirma que la anterior decisión fue concertada con la señora Martínez Coronado, a la cual se le aclaró desde un principio que el cuidado y tenencia de la niña sólo se extendería hasta que la accionante finiquitara su formación profesional y que al concluir labores académicas, la tutelante se llevaría definitivamente a la menor para convivir permanentemente con ella, insistiendo en que su intención al momento de dejar el cuidado de su hija en cabeza de la tía, nunca fue abandonarla, que muestra de ello es que jamás perdió contacto con la infante ya que, según lo expone, le llamaba diariamente y en periodos de vacaciones se desplazaba desde el municipio de Pasto al de Puerto Libertador a departir con su hija, así como que también correspondía económicamente en el marco de sus posibilidades financieras; agrega que el padre de la menor siempre estuvo de acuerdo con todo lo antelado, pues el mismo, no residía en el municipio de Puerto Libertador, en razón a su trabajo, que le impedía tener lugar fijo para su residencia.

Narra que cuando finalizó su formación como Trabajadora Social, de acuerdo con lo prometido, informó al padre de su hija, su intención de llevarse a la menor a vivir con ella a la ciudad de Pasto donde tiene su domicilio la incoante, petición que según el dicho de la accionante encontró resistencia por parte de la señora Yadira Martínez.

Arguye que posteriormente a la fecha en la que el padre de la menor le entregó a su hija en el mes de agosto de 2019, el día 15 de octubre de 2019, recibió la visita imprevista del señor Ferney Martínez, quien le puso de presente su intención de llevarse a su hija, según la accionante, motivado por su hermana quien reclamaba a la menor.

Expone que tal evento, luego de haber fracasado la conciliación de la misma fecha a instancias del ICBF, los condujo a la Resolución No. 25940307 del 15 de octubre de 2019, proferida por Defensora de Familia de dicha institución, quien luego de estudiar el caso, resolvió otorgarle a la reclamante la custodia provisional de la niña, igualmente y como es del caso, impuso un régimen de visitas, y la obligación de que ésta procurara la comunicación del padre con la infanta Martínez Santana.

Informa que en razón a lo anterior, el día 24 de noviembre de 2019, como se había impuesto en la resolución arriba anotada, el señor Martínez Martínez y su hermana, se llevaron a la menor por el periodo de vacaciones que le correspondía, esperando la accionante que el 28 de diciembre de 2019, le devolvieran a su hija en la ciudad de Pasto, cosa que no ocurrió, ya que según lo indica la precursora, el padre de la niña le comunicó vía telefónica *“que no iba a proceder a ello y que hiciera lo que yo quisiera”* por lo cual, la señora Santana Orobio, le denunció ante la Fiscalía General de la ciudad de Pasto por el injusto de *“ejercicio arbitrario de la custodia”*, entidad que pese a la denuncia no ha iniciado gestiones a la fecha de la demanda de tutela.

Refiere que esto la llevó ante la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Pasto, donde se le entregó *“un oficio dirigido a la Dra. María Jose Vásquez Toro, Defensora de Familia del municipio de Montelíbano Córdoba, en el cual se le solicitaba adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo ordenado en la mencionada resolución, respecto de la custodia de mi menor hija. Funcionaria ésta quien a su vez dando cumplimiento a lo solicitado, emite el oficio No. 43005 del 10 de febrero del presente año dirigido al Comisario de Familia del Municipio de Puerto Libertador el Dr. Guillermo León Toro (...)”* donde se le impartía la orden a éste de prestar el respectivo acompañamiento para la entrega de la menor Martínez Santana a la tutelante, así como el auxilio policivo de la autoridad policiaca del Municipio de Puerto Escondido, con quienes aduce la accionante se desplazó ante la Comisaria de Familia confutada a fin de aportar el soporte documental que daba cuenta de su derecho de custodia provisional sobre la menor y así continuar con la diligencia de restitución.

No obstante, alega la inicialista, este funcionario, se negó rotundamente a llevar a cabo la diligencia, *“manifestando que la señora Yadira Martínez había instaurado previamente una queja ante esa Comisaría, por el abandono de mi menor hija por parte de ambos padres, en fecha 21 de febrero de 2017, sin que dicho documento haya sido notificado en alguna y legalmente (sic) a la suscrita tal como corresponde.”* Aduce que como se puede ver nunca tuvo conocimiento de dicha queja, antes de los hechos que rodean esta acción constitucional y que además la misma falta a la verdad, pues como se ha ilustrado, su intención nunca fue abandonar a su hija, iterando, que siempre ha estado al pendiente de ella.

A más de lo anterior, pone de presente la convocante que el funcionario responsable de la Comisaría de Familia encartada, le informó en la fecha 10 de febrero del presente año, *“que se abstiene de entregarme a mi menor hija por cuanto se debe realizar un proceso de restablecimiento de derechos”* autorizado por el padre de la menor por cuanto la niña indicó *“que al parecer es cuidada por alguien cercano a la madre y que presuntamente le toca sus partes íntimas al momento de bañarla”*, afirmación ésta que la accionante encuentra ilógica e inexplicable, ya que la menor ha estado bajo su cuidado exclusivo y jamás se la ha encomendado a persona ajena o cercana a ella.

Igualmente denuncia la propulsora las serias inconsistencias que dice contiene el documento, *“puesto que al final del mismo, en el aparte respectivo a **las declaraciones y condenas** se consigna que **se imponga una medida de protección a los padres de esta niña** y que la solicitud de iniciación de[!] proceso administrativo de restablecimiento de derechos se fundamenta en los siguientes hechos: **1. La misma víctima, puso en conocimiento de este despacho un presunto acto sexual abusivo contra la niña HEILYN SAMER MARTÍNEZ SANTANA de 4 años de edad, quien además de estar siendo víctima de violencia intrafamiliar, puede ser objeto de violencia sexual, por su propio padre,** y **2. Esta niña es hija de la señora DENIS LUZ MARTÍNEZ, de quien desconocemos su ubicación y del señor PEDRO PABLO MORALES MAESTRA, quien se presume es el victimario, por lo que no se puede ubicar con este señor o su familia”** lo que, según la accionante pone en evidencia que el documento está plagado de errores y mentiras, incapaz de privarle legalmente de la custodia y cuidado de su hija.*

Expone la convocante que el comisario de familia, señor León Toro, abusando de su cargo, autoridad y facultades, inició a mutuo propio un proceso de

restablecimiento de derechos de forma infundada, como quiera que se soporta en las afirmaciones mendaces del señor Ferney Martínez y su hermana Yadira Martínez, que no existe certeza sobre los supuestos dichos de su hija de tan solo 4 años, quien es claro resulta ser un sujeto fácil de manipular.

En últimas supone la accionante, que todo lo anterior, no es otra cosa que "patrañas" orquestadas por los tutelados a fin de alejarla de su hija, impulsadas mayormente por el interés económico de la señora Yadira Martínez Cordero, quien percibe teniendo el cuidado de la niña, una mensualidad por parte del padre de ésta.

1.3. Por lo dicho, suplicó que, posterior a la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, se ordene a los interpelados que procedan a entregarle a la menor Heilyn Samar Martínez Santana, de manera urgente e inmediata en acatamiento a lo ordenado en la Resolución No. 25940307 del 15 de octubre de 2019.

2. Trámite y contestación de la demanda.

2.1. Surtido el rito de rigor, y con ocasión a la notificación del libelo inicial se vertieron al decurso las siguientes respuestas:

2.2. Fiscalía General de la Nación, Seccional Nariño, Sección 6ta de la ciudad de Pasto.

El ente acusador, dio respuesta al genitor, aceptando lo relativo a la denuncia incoada por la accionante en contra del señor Ferney Martínez Martínez, pero que por la situación derivada del Covid-19, no se han iniciado las gestiones necesarias para la investigación correspondiente, empero que en la medida que no se ha generado vulneración alguna a las garantías fundamentales de la accionante, debe ser desvinculada del trámite de tutela.

2.3. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Córdoba, Centro Zonal Montelíbano.

La Zonal Centro del ICBF de Montelíbano recorrió el traslado del escrito inicial, señalando que era de su conocimiento, según el seguimiento realizado por el "equipo técnico interdisciplinario de la Defensoría de Familia, ordenado por la

Coordinadora del Centro Zonal Montelíbano, (...) en cumplimiento del artículo 96 inciso 2 del Código de Infancia y la Adolescencia” que la señora Santana Orobio hizo entrega voluntaria de su hija a la señora Yadira del Carmen Martínez Coronado, cuando ésta solo contaba con nueve (9) meses de edad, que contando la niña con 4 años y 9 meses de edad, la accionante solo ha disfrutado de la infancia de ésta por el periodo de 2 meses.

Que en efecto, la menor no fue retornada como lo indicaba la Resolución No. 25940307 y, que era cierto, además, que emitió orden a la Comisaria de Familia de Puerto Libertador a fin de que prestara el debido acompañamiento a la accionante, y se cumpliera con la directriz emanada de la Defensoría de Familia de Pasto, así como que el Comisario de Familia se negó a cumplir con la encomienda dada por su despacho; que en cuanto al tocamiento que se alega sufrió la menor en su partes íntimas, dice que fue confirmado por parte del equipo Técnico Interdisciplinario de la Defensoría de Familia de Montelíbano, aunque no se puede establecer si el mismo se dio con fines sexuales.

Así mismo indica, que difiere de la afirmación de la accionante de que la queja está fundamentada en “patrañas” originado en la manipulación que se le hizo a la menor de cuatro (4) años de edad, o que la señora Yadira Del Carmen Martínez Coronado es motivada por algún tipo de utilidad económica, pues ambas situaciones deben ser probadas en contra de la presunción de buena fe y la lealtad procesal.

Que bajo su concepto la actuación de la Comisaria de Familia de Puerto Libertador en el marco de su independencia y autonomía, está ajustada a derecho, pues *“él debió presidir de un acto administrativo, para iniciar un proceso de restablecimiento de derecho y poder adoptar allí una medida de protección de una niña que manifestó estar siendo “tocada” en sus partes íntimas por su padrastro, partiendo de la base que era un persona con la cual había convivido un corto tiempo (no mayor a dos meses) y tras conocer la historia de vida de la infante, quien desde los nueve (9) meses de edad no convive con su progenitora, y que según se conoce del relato del progenitor y cuidadora, señora Yadira Del Carmen, existía una relación afectiva distante e insuficiente apoyo económico de la madre hacía la menor Heilyn Samar”.*

Por lo que pidió se declarara la improcedencia del auxilio toda vez, que no se transgrede derecho fundamental alguno con la actuación de este órgano administrativo.

2.4. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Nariño, Centro Zonal Pasto 1.

En término dicho Instituto, luego de un recuento de los hechos de los cuales tenía constancia por haber participado de ellos, apuntó que la actuación de la Comisaria de Familia de Puerto Libertador, efectivamente, vulneró las garantías fundamentales de la menor a tener una familia y no ser separada de ella, ya que desconoció los antecedentes del caso, incluyendo la entrevista realizada por el área de psicología de la Defensoría de Familia de Pasto para emitir la plurimencionada resolución definitiva de la custodia de la niña, así como la entrevista practicada por dicha autoridad. Igualmente, expone que la medida adoptada por la entidad confutada de trasladar la custodia de la niña a la tía paterna a su juicio constituye una medida desproporcionada, pues *“hubiese bastado que se ordenase a la progenitora prohibir cualquier tipo de contacto de la niña con el presunto agresor y no retirarla de su medio familiar”*.

2.5. Procuraduría 18 Jurídica II de Familia de la ciudad de Montería – Córdoba.

El Ministerio Público, se pronunció sobre la acción pregonando de la misma su improcedencia, ya que la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial, así mismo indicó que aun de aceptarse la procedencia de la misma, por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, no se avista de la decisión de la Comisaria de Familia de Puerto Libertador, de no entregar a la niña la constitución de defecto alguno, expresando que tal proceder está inclinado a la protección del interés superior de la menor.

2.6. Por su parte, los señores Ferney Martínez Martínez y Yadira Del Carmen Martínez Coronado, guardaron silencio frente a la acción, mientras que la Comisaria de Familia de Puerto Libertador, se limitó a aportar a este proceso especial de tutela el expediente administrativo respectivo.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia: Esta Corporación es competente para conocer del presente resguardo, según las reglas de los Decretos 2591 de 1991 y 1983 de 2017.

2. Problema jurídico: Corresponderá, en principio, estudiar la procedencia o no de la presente acción constitucional, de ser procedente, entrará este Colegiado a determinar si hay lugar a conceder el auxilio tuitivo y, en consecuencia, ordenar la entrega de la menor Heilyn Samar Martínez Santana a la accionante.

En cuanto a la procedencia del auxilio se tiene que están saldados los presupuestos de legitimación tanto por activa como por pasiva, pues el remedio excepcional fue impetrado por quien dice fueron afectados su garantías fundamentales, la señora Santana Orobio, en su nombre y como agente oficioso de la menor Martínez Santana, quien es claro, que contando con tan solo 4 años de edad, no está en posibilidad de impulsar por si misma el ruego constitucional; así mismo La Comisaría de Familia de Puerto Libertador, autoridad demandada, se encuentra legitimada como parte pasiva en el presente asunto, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 5º y 42 del Decreto 2591 de 1991, debido a que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se solicita.

En cuanto al principio – presupuesto- de la inmediación, el mismo no se halla quebrantado, pues como se puede ver de las piezas documentales arrimadas a la actuación, la decisión de la Comisaria de Familiar de Puerto Libertador –Córdoba, de adoptar como medidas provisiones de protección, el dejar a la menor al cuidado de su tía paterna en lugar de entregársela a su madre, hoy accionante, se dio el día 10 de febrero de los corrientes, data que es claramente próxima a la fecha a la que se impetró este auxilio.

En lo que hace a la subsidiariedad, es del caso señalar que en asuntos de custodia, cuidado personal y regulación de visitas, tanto los jueces de familia, como los comisarios y defensores, tienen competencia, según el Código General del Proceso y el Código de la Infancia y la Adolescencia, para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de garantías en asuntos en los que se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes y, si bien la accionante cuenta con otras herramientas ordinarias, por estar de por medio el interés superior de un menor, este presupuesto cardinal de la acción de tutela habrá de flexibilizarse como lo ha enseñado la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias **STC20983 – 2017; STC16106 – 2018; y STC10832 – 2019.**

Resuelto lo anterior y para desatar la segunda parte del problema jurídico, impera determinar sí la medida provisional de protección adoptada por la Comisaria de Familia de Puerto Libertador – Córdoba, que se refleja en la resolución No. 10 del 10 de febrero de 2020, incurrió en algún defecto que amerite la injerencia de esta Jurisdicción Constitucional.

En ese sentido es de resaltable importancia, traer a cuento lo dicho por la H. Corte Constitucional, sobre el principio del *interés superior del menor*, en sentencia **T-287 de 2018**¹.

“El principio del interés superior del menor es un rector constante y transversal de la garantía efectiva de los derechos fundamentales de los niños. La Corte Constitucional ha establecido parámetros de aplicación de este principio en los asuntos donde se encuentran en amenaza derechos de los niños, niñas y adolescentes. En lo atinente, ha señalado que deben revisarse (i) las condiciones jurídicas y (ii) las condiciones fácticas: *“Las primeras, constituyen unas pautas normativas dirigidas a materializar el principio pro infans: (i) garantía del desarrollo integral del menor, (ii) garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, (iii) protección ante los riesgos prohibidos, (iv) equilibrio con los derechos de los padres, (v) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor, y (vi) la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno materno filiales. || Las segundas, constituyen aquellos elementos materiales de las relaciones de cada menor de 18 años con su entorno y que deben valorarse con el objeto de dar prevalencia a sus derechos.”*²

3.2.5. Acorde con ello, la jurisprudencia constitucional ha acogido los parámetros que organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos³ y el Comité de Derechos de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas⁴ han establecido para precisar el alcance del principio del interés superior del menor. De esa forma, ha afirmado que se trata de un derecho sustantivo, un principio interpretativo y norma de

¹ De jul. 23. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

² Corte Constitucional, sentencia C-113 de 2017 (MP María Victoria Calle Correa; SV Aquiles Arrieta Gómez (e); AV Jorge Iván Palacio Palacio; AV María Victoria Calle Correa).

³ Por ejemplo en la sentencia del caso Ramírez Escobar y otros contra Guatemala (9 de marzo de 2018), estableció que cualquier decisión que concierna a los derechos del niño debe ser justificada, motivada y explicada, así como, escuchar al niño en todas las etapas. Igualmente, de requerirse, se debe contar con el apoyo de expertos interdisciplinarios que acompañen el proceso de decisión.

⁴ ONU. Comité de Derechos del Niño. Observación General No. 14 (2013) “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”.

*procedimiento. En lo concerniente al último enfoque, el Comité de Derechos del Niño, precisó que la determinación del interés superior del niño requiere garantías judiciales, y esto implica que en los procesos de decisión de los derechos de los niños se "deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. (...) Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos".*⁵

En ese sentido la H. Corte Suprema de justicia, al particular en sentencia del 22 de mayo de 2012, Rad. 00694 – 01, expuso; "(...) resulta cierto que tal grupo poblacional goza de protección especial por el Estado, la cual se circunscribe a garantizar su desarrollo integral y sano, por lo que debe dárseles prioridad cuando exista un conflicto jurídico de intereses en que se encuentren involucrados" (reiterado en sentencia STC6423 – 2016 del 19 de May.), esto en armonía con lo señalado en el artículo 8vo de la Ley 1098 de 2006, que en su literalidad expone; "Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes." Imperativo del cual, itérese, no puede apartarse el funcionario judicial al momento de proferir decisiones.

Con esto dicho, resulta igualmente imperioso reproducir lo dicho por el H. Tribunal Constitucional en fallo **T-675 de 2016**⁶ que en lo que interesa al decurso señaló:

"En el plano práctico, cuando se investigan posibles irregularidades en la conducta de un padre respecto de su hijo y ante la irrefragable disyuntiva y tensión jurídica entre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y las medidas de protección aplicables, la Corte ha señalado que el operador judicial o administrativo deberá actuar con extremo recato y prudencia, y argumentar detalladamente cuál es la fórmula más beneficiosa para

⁵ ONU. Comité de Derechos del Niño. Observación General No. 14 (2013) "sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)". Párr. 6.

⁶ De 30 de noviembre de 2016, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

garantizar los derechos del niño, niña y adolescente. En cualquier caso, el entrometimiento de la sociedad y el Estado en defensa de aquél no puede ocasionar un daño superior al que hubiere sido causado por su padre o madre⁷.

Recuérdese que esta Corporación, en relación con las medidas de restablecimiento que pueden adoptarse dentro del proceso, ha insistido enfáticamente sobre la necesidad de que sean justificadas y proporcionadas. En este sentido, ha destacado que si bien las autoridades cuentan con un amplio margen de discrecionalidad para adoptar estas medidas, tales decisiones, según la Sentencia T-276 de 2012⁸: "(i) deben ser precedidas de un examen integral de la situación en que se halla el niño, de modo que no pueden basarse en apariencias, preconceptos o prejuicios; en otras palabras, cualquier medida de restablecimiento debe fundamentarse en evidencia y criterios objetivos; (ii) deben además responder a una lógica de gradación, es decir, a mayor gravedad de los hechos, medidas de restablecimiento más drásticas; (iii) por tanto, deben sujetarse al principio de proporcionalidad; (iv) deben adoptarse por un término razonable; (v) cuando impliquen la separación del niño de su familia, deben ser excepcionales, preferiblemente temporales y deben basarse en evidencia de que aquella no es apta para cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar⁹; (vi) deben estar justificadas en el principio de interés superior del niño¹⁰; (vii); no pueden basarse únicamente en la carencia de

⁷ *Ibídem.*

⁸ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹ "Ver sentencia T-572 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. La Corte señaló al respecto: "En efecto, el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, V de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia. || Sobre el particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada. Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la Convención. El mismo Tribunal señaló que el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia."

¹⁰ "Ver sentencia T-572 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sobre este punto, la Sala manifestó: "Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva núm. OC-17 del 28 de agosto de 2002, referente a 'la condición jurídica y los derechos humanos del niño, siguiendo la Directriz núm. 14 de Riad, y la jurisprudencia del TEDH según la cual cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño, sostuvo lo siguiente: || 'Cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los

recursos económicos de la familia, especialmente cuando conlleven la separación del niño de su familia; y (viii) en ningún caso pueden significar una desmejora de la situación en la que se encuentra el niño”.

4. El Caso Concreto

4.1. Ya de pie en el caso de marras y revisadas las piezas documentales aportadas por la Comisaría de Familia de Puerto Libertador, como mensaje de datos, se colige por parte de esta Sala que dicho organismo administrativo para fundamento de su decisión adujo en una primera oportunidad que, *"por no ser posible tener la entrega de esta niña el día sábado 8 de febrero de 2020, el día 10 de febrero de 2020, en las horas de la mañana se iniciaron las labores de verificación de derechos, en dichas labores se entrevista a la niña HEILYN SAMER MARTÍNEZ SANTANA, con el consentimiento del padre, en donde esta niña manifiesta que al parecer es cuidada por alguien cercano a la madre y que presuntamente le toca sus partes íntimas al momento de bañarla, lo que nos lleva obligatoriamente a iniciar el proceso administrativo de restablecimiento de derechos a esta niña, (...) se nos ordena hacer entrega de la niña HEILYN SAMER MARTÍNEZ SANTANA a la madre de la misma, la señora ENNY LUCIA SANTANA OROBIO, a la que nos abstenemos por lo encontrado en este caso en particular, en atención a que la niña manifiesta que no se quiere ir con la madre y además que manifiesta que puede ser objeto de alguna agresión sexual en el proceso de verificación de derechos, encontramos que esta tiene sus derechos garantizados en este municipio y que al parecer esta niña desde los 9 meses de edad se encuentra bajo el cuidado de su tía paterna, la señora YADIRA DEL CARMEN MARTÍNEZ CORONADO (...) por lo que este despacho decide al menos provisional dejar esta niña en el hogar de su tía y no separarla de la que se considera que es su familia, a fin de que se inicien las indagaciones de rigor, y que esta niña podría estar en riesgo de amenaza de su derechos fundamentales; por ello hace la querrela, para que mediante proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la niña y previos los trámites legales."* argumentos

niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el ‘desplazamiento’ de un lugar a otro.’ || En igual sentido, siguiendo al TEDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que es necesario ver que las autoridades poseen, en algunos casos, facultades muy amplias para resolver lo que mejor convenga al cuidado del niño¹⁰. Y más adelante aclara que “Sin embargo, no hay que perder de vista las limitaciones existentes en diversas materias, como el acceso de los padres al menor. Algunas de estas medidas constituyen un peligro para las relaciones familiares. Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres. La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor. Estas preocupaciones y otras vinculadas con ellas determinan el contenido de varios preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 5, 9, 19 y 20, inter alia)”

que fueron replicados en la mentada Resolución No. 10 del 10 de febrero del año en curso, por la cual se asignó provisionalmente la custodia de Heilyn Martínez Santana a su Tía paterna.

En ese orden, vista la entrevista a la menor se tiene que esta proporcionó las siguientes respuestas:

"¿Dónde vives? CONTESTADO: En bijao. Vengo de donde Lucia, PREGUNTADO: ¿Quién es Lucia? CONTESTADO: es una señora que me deja con un hombre, ¿PREGUNTADO?... CONTESTADO: me lava el "totoyo" (haciendo alusión a la vagina) PREGUNTADO: ¿Dónde vive Lucia? CONTESTADO: en pasto, Nariño. PREGUNTADO: ¿Y quieres irte con ella? CONTESTADO: No. Yo me quiero quedar, no me quiero ir, no me obliguen, me quiero quedar, ni un poquito me quiero ir. PREGUNTADO: ¿Con quien te quieres quedar? CONTESTADO: Con mi mamá Yadira. PREGUNTADO: ¿Por qué te quieres quedar con tu mamá Yadira? CONTESTADO: Porque sí, porque me da ensalada. Lucia no me hace guanábana y mamá Yadira sí. PREGUNTADO: ¿No te quieres ir a pasear con Lucia? CONTESTADO: No. Porque ya deje de pasear. PREGUNTADO: ¿Cómo se llama tu papá? CONTESTADO: Carlos. (haciendo alusión a su tío materno) (sic) (...). PREGUNTADO. ¿Tú mamá te maltrata? CONTESTADO: No. PREGUNTADO. ¿Con quien te quieres ir? ¿con mamá Lucia o Yadira? CONTESTADO: Con Yadira. (...) PREGUNTADO: ¿El señor te lava el "totoyo" cómo? CONTESTADO con jabón y me lava acá (señalando debajo de su cuerpo) PREGUNTADO: ¿ese señor te lava con qué? CONTESTADO: con la mano (...).

Así las cosas, esta Judicatura, no puede menos que desestimar los argumentos en que la tutelante finca la presunta irregularidad de la medida adoptada por la Comisaría incoada, vale decir, que todo el proceder de la Comisaria de Familia, según lo afirma la convocante, quien abusa de su autoridad, no es más que una maquinación o patraña ideada por los señores Ferney Martínez y Yadira Martínez, y el titular de ese organismo para privarle de su hija, o que la señora Martínez Coronado, ha manipulado a su sobrina con el único objetivo de seguir percibiendo los ingresos que el cuidado de la niña le genera de parte de su padre; pues, al lado de que no existe evidencia de ello en la plataforma probatoria, se tiene que por el contrario, la medida en comentario atendió el interés superior de la menor, conforme ha señalado la jurisprudencia constitucional arriba indicada, dado que existe alerta sobre hechos que pueden afectar la integridad de la niña.

Y es que si bien la infante cuenta con sus padres y es acreedora del derecho fundamental a tener una familia y no ser separada de ella, este Colegiado encuentra que la decisión de dejar su custodia provisional a cargo de su tía paterna, es sana conveniente, pues agregándosele al hecho de que la presunta agresión sexual, que valga decir, no está probada, más allá de lo dicho por la niña en la forma específica arriba ilustrada, se dio en el círculo cercano a la madre y de otra parte, el padre no cuenta con residencia permanente dado su trabajo. Luego entonces, el mantener provisionalmente a la menor al lado de quien según lo exteriorizado por ella, es reconocida como su madre, máxime si fue la accionante quien indicó que la señora Martínez Coronado, ha cuidado a su hija desde que era una bebe, son circunstancias que muestran a la aludida medida como generadora de beneficios para el equilibrio emocional y, lo más importante, para la protección de la menor; ello y de forma provisional hasta que se restablezcan definitivamente los derechos fundamentales y prevalentes de la niña Heilyn Martínez Santana, dentro del escenario natural que el ordenamiento jurídico tiene previsto para tal menester.

En ese orden, es evidente que la decisión de la Comisaria de Familia de Puerto Libertador, de rehusar la entrega de Heilyn Samar Martínez y en su lugar vincularle al procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, tiene como único fin el proteger a la menor de edad de una situación de peligro, la cual no podía obviar, viéndose el grado en que pueda afectar sus derechos fundamentales, así que encomendar su protección a una persona responsable de su cuidado, atiende lo consagrado en los artículos 17 y 18 de la Ley 1098 de 2006, disposiciones según las cuales los niños tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen daño o sufrimiento psicológico o físico.

5. Ergo no queda otra alternativa a este Colegiado que negar el amparo ahora deprecado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. NEGAR la protección constitucional demandada Enny Lucia Santana Orobio quien actúa en nombre propio y como agente oficioso de su hija

menor Heilyn Samar Martínez Santana, en contra de la Comisaria de Familia de Puerto Libertador – Córdoba, Ferney Martínez Martínez, Yadira Del Carmen Martínez Coronado y otros, tal como se motivó *ut supra*.

SEGUNDO: Notifíquese esta providencia a las partes por el medio más expedito (correo electrónico).

TERCERO: La presente providencia podrá ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, de no serlo, envíese oportunamente la actuación a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



PABLO JOSÉ ÁLVAREZ CAEZ
Magistrado



MARCO TULIO BORJA PARADAS
Magistrado



CARMELO DEL CRISTO RUIZ VILLADIEGO
Magistrado