

INFORME SECRETARIAL: Cali, 1 de junio de 2020 En la fecha remito a la titular del despacho, para resolver el recurso de apelación. Sírvese proveer.

DIANA MARCELA PINO AGUIRRE
Secretaria

JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE ORALIDAD

AUTO INTERLOCUTORIO No. 301

RADICACIÓN 2019-00789

Cali, dos (2) de junio de dos mil veinte (2020)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver el RECURSO de APELACIÓN interpuesto por el señor RODRIGO TABARES TABARES, a través de apoderado judicial, contra la Resolución Nro. 00167-2019 del 20 de septiembre de 2019, proferida por la Comisaria Quinta de Familia – Casa de Siloé de Cali, dentro del trámite de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, en cuanto a la medida definitiva de restablecimiento del derecho a la integridad física, verbal y psicológica de la niña AILIN ZARAI TABARES GIRALDO, contenida en el punto 4 de dicha resolución, que se contrae a: “evitar el contacto con la NN con RODRIGO TABARES TABARES”.

II. ANTECEDENTES

2.1. La RED DE SALUD DE LADERA ESE, HOSPITAL SIGLO XXI SILOE, envió informe a la Comisaría Quinta de Familia de Cali, mediante el cual le pone en conocimiento los hechos ocurridos el 15 de junio de 2019, una vez se reportó el caso de la niña AILIN ZARAI TABARES GIRALDO de 3 años de edad *"por presunto abuso sexual al parecer por parte de su progenitor RODRIGO TABARES TABARES"*. (Folios 1 a 6).

2.2. El día 22 de junio de 2019, la señora NATALI GIRALDO SIERRA, madre de la niña AILIN ZARAI TABARES GIRALDO, interpuso denuncia ante la Fiscalía General de la Nación en contra del señor RODRIGO TABARES TABARES por el delito de “ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS”, la cual se encuentra bajo el número único de noticia criminal 760016099165201935143. Indica la madre en su relato que los hechos sucedieron en casa del padre, a donde había llevado el fin de semana a la niña, como lo hacía cada 15 días, y al regresarla, AILIN ZARAI, se quejaba de dolor en la vagina, por lo que la revisó y la tenía irritada y con flujo; le pidió cita médica y en Emsanar la médica la remitió para el hospital de Siloé, donde la atendieron, y la niña le indicó al psicólogo y a la trabajadora social: *"que su papá la tocaba en la vagina, que él era quien la bañaba, y con quien ella dormía cuando se quedaba en la casa de él"*. (Folios 10 al 13).

2.3. Mediante Auto Interlocutorio No. 2310 de fecha 26 de junio de 2019, el Comisario Quinto de Familia decretó la apertura de la investigación por el presunto "*Estado de AMENAZA al derecho de la INTEREGIDAD PERSONAL Físico (sic) Emocional, ambiente sano y calidad de vida en beneficio de AILIN ZARAI TABARES GIRALDO de 3 años de edad*", y ordenó, entre otras pruebas, la verificación del estado del cumplimiento de los derechos de la niña; la realización de entrevistas; visita domiciliaria por parte del equipo psicosocial de la Comisaría; valoración pericial clínico forense; adoptó medidas provisionales en salvaguarda los derechos de la menor, y ordenó su ubicación en medio familiar con la progenitora, señora NATALI GIRALDO SIERRA. (Folios 18 al 20)

2.4. Recaudadas las anteriores pruebas, y recibidas las declaraciones juramentadas de RODRIGO TABARES TABARES y NATALI GIRALDO SIERRA, en audiencia celebrada el 20 de septiembre de 2019, la Comisaria Quinta de Familia de la Casa de Justicia de Siloe, decidió el trámite mediante Resolución No. 00167-2019 del 20 de septiembre de 2019, tomando las siguientes medidas:

- AMONESTACIÓN a NATALI GIRALDO SIERRA y RODRIGO TABARES TABARES, al tenor de los artículos 53 y 54 de la Ley 1098 de 2006 y 7 del Decreto Reglamentario 4840 de 2007 en concordancia con el artículo 86, numeral 5 de la Ley 1098 de 2006.
- ORDENAR a NATALI GIRALDO SIERRA y RODRIGO TABARES TABARES, cesar la conducta de VULNERABILIDAD del derecho de INTEGRIDAD FÍSICA, VERBAL Y PSICOLÓGICA en contra de la niña AILIN ZARAI TABARES GIRALDO.
- ORDENAR a NATALI GIRALDO SIERRA y RODRIGO TABARES TABARES restablecer el derecho de INTEGRIDAD FÍSICA, VERBAL Y PSICOLÓGICA a la niña AILIN ZARAI TABARES GIRALDO, de la siguiente forma: Evitar ejercer acto de violencia intrafamiliar en contra de la niña AILIN ZARAI TABARES GIRALDO y evitar el contacto de la menor con RODRIGO TABARES TABARES, hasta tanto la Fiscalía General de la Nación decida dentro de la investigación del presunto hecho punible, decisión que es el objeto del recurso.
- CONMINACIÓN a RODRIGO TABARES TABARES, y se le ordenó al mencionado "no ejecutar actos de maltrato Físico, verbal o psicológico contra AILIN ZARAI TABARES GIRALDO".

2.5. Inconforme con esa decisión, el apoderado del señor RODRIGO TABARES TABARES interpuso recurso de apelación, en relación con la orden impartida de evitar el contacto de la niña AILIN ZARAI con el padre, sustentando el mismo ante la Comisaria Quinta de Familia de la Casa de Justicia de Siloe, por lo que concedió el recurso conforme al art. 12 de la ley 575 de 2000.

III FUNDAMENTO DEL RECURSO

3.1. El apoderado del señor RODRIGO TABARES TABARES, al sustentar su inconformidad con la decisión tomada por la Comisaria Quinta de Familia de Siloe, intenta relacionar los hechos que rodean a la menor y que son objeto de investigación por el delito del presunto acto sexual con menor de 14 años, a la enfermedad que padeció la señora NATALI GIRALDO SIERRA durante el embarazo, la que se concreta en una "infección vaginal", la cual afirma ella misma reconoció haber sufrido en la etapa gestacional, aunado a que señala que en el expediente no hay pruebas que certifiquen que el progenitor *"hubiere tocado o tenido alguna clase de relación con su hija menor de edad"*, y arguye que hasta que la Fiscalía defina la situación debe permitírsele visitas con la menor, así sean controladas por el momento, con la presencia de la madre u otra persona que ella designe, en procura de garantizar el bienestar de la menor y que ésta no sea utilizada para resolver problemas entre cónyuges.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. En la legislación de familia, se regulan diferentes mecanismos atinentes a la protección de la institución, como núcleo fundamental de la sociedad. La normatividad referida a la familia consagra el fundamento para reclamar su protección de las autoridades competentes, con fundamento en las normas internacionales, la norma constitucional y legal que las desarrolla. (Artículo 42 de la Constitución Nacional, ley 294 de 1996 y ley 575 del 2000, modificadas por la ley 1257 de 2008 y el Decreto 652 de 2001).

4.2. La violencia intrafamiliar debe ser prevenida, corregida y sancionada en caso de que los integrantes de la familia sean objeto de daño físico, psíquico, maltrato, agravio, ofensa, tortura, ultraje o amenaza, según lo preceptúa la ley 294 de 1996 en su artículo 3º literal c) que fija reglas de interpretación en la aplicación de la misma. La competencia para conocer de los hechos y circunstancias de maltrato, amenaza, o vulneración de los niños, niñas y adolescentes suscitados en el contexto de violencia intrafamiliar, en nuestra legislación, está asignada a los Comisarios de familia, y a falta de éste, al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, y por ende, deben restablecer los derechos vulnerados o amenazados. Contra la decisión definitiva sobre una medida de protección procede el recurso de apelación ante el juez de familia, de conformidad con el artículo 12 de la ley 575 de 2000, que modificó el artículo 18 de la ley 294 de 1996.

4.3. Para los efectos de la ley 294 de 2006, integran la familia:
a. Los cónyuges o compañeros permanentes; b. El padre y la madre de familia aunque no convivan en el mismo hogar; c. Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; d. Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.

4.4. Según lo previsto en el artículo 9 de la ley 294 de 1996, modificado por el artículo 5 de la ley 575 de 2000, la petición de una medida de protección por hechos de violencia intrafamiliar debe presentarse a más tardar dentro de los 30 días siguientes a su ocurrencia, por escrito, verbalmente o por cualquier medio idóneo, por el agredido o cualquier persona que actúe en su nombre, o por el Defensor de Familia cuando la víctima no esté en posibilidad de hacerlo.

4.5. El artículo 11 de la Ley 294 de 1996, modificado por el Art. 6º de la Ley 575 de 2000, dispone que el Comisario o Juez, según el caso, recibirá y avocará en forma inmediata la petición, y si estuviere fundada en al menos indicios leves, podrá dictar dentro de las cuatro (4) horas hábiles siguientes, medidas de protección en forma provisional tendientes a evitar la continuación de todo acto de violencia, agresión, maltrato, amenaza u ofensa contra la víctima, so pena de hacerse el agresor acreedor a las sanciones previstas en la Ley para el incumplimiento de la medidas de protección. Contra la medida provisional de protección no procede ningún recurso.

4.6. Por su parte, el artículo 12 de la ley 294 de 1996, modificado por el artículo 7 de la ley 575 de 2000, dispone que radicada la petición de una medida de protección, se citará al acusado a audiencia, a la cual concurrirá la víctima, y conforme al artículo 13 de la Ley 294 de 1996, el agresor podrá presentar descargos antes de la audiencia, y proponer fórmulas de advenimiento con la víctima, e igualmente solicitar pruebas, que se practicarán durante la audiencia. Así mismo, antes de la audiencia o durante la misma, establece el artículo 14 de la ley 294, modificado por el artículo 8 la ley 575, que el funcionario procurará por todos los medios legales fórmulas de solución al conflicto familiar, a fin de garantizar la unidad y la armonía familiar, y especialmente que el agresor enmiende su comportamiento, propiciando el acercamiento y diálogo directo entre las partes, audiencia en la cual decretará y practicará las pruebas.

4.7. Ahora, en los términos del artículo 5º de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 2º de la Ley 575 de 2000, a su vez modificado por la ley 1257 de 2008 "Si la autoridad competente determina que el solicitante o un miembro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia, emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar. El Funcionario podrá imponer, además, según el caso, las siguientes medidas, sin perjuicio de las establecidas en el artículo 18 de la presente ley:

"a) Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, siempre que se hubiere probado que su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia;

b) Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, cuando a discreción del funcionario dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquél moleste, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera con la víctima o con los menores cuya custodia provisional le hay sido adjudicada.

c) Prohibir al agresor esconder o trasladar de la residencia a los niños y personas discapacitadas en situación de indefensión miembros del grupo familiar, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar.

d) Obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública o privada que ofrezca tales servicios, a costa del agresor.

e) Si fuere necesario, se ordenará al agresor el pago de los gastos de orientación y asesoría jurídica, médica, psicológica y psíquica que requiera la víctima;

f) Cuando la violencia o maltrato revista gravedad y se tema su repetición la autoridad competente ordenará una protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo, si lo tuviere;

g) Ordenar a la autoridad de policía, previa solicitud de la víctima el acompañamiento a esta para su reingreso al lugar de domicilio cuando ella se haya visto en la obligación de salir para proteger su seguridad;

h) Decidir provisionalmente el régimen de visitas, la guarda y custodia de los hijos e hijas si los hubiere, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades, quienes podrán ratificar esta medida o modificarla;

i) Suspender al agresor la tenencia, porte y uso de armas, en caso de que estas sean indispensables para el ejercicio de su profesión u oficio, la suspensión deberá ser motivada;

j) Decidir provisionalmente quién tendrá a su cargo las pensiones alimentarias, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades quienes podrán ratificar esta medida o modificarla;

k) Decidir provisionalmente el uso y disfrute de la vivienda familiar, sin perjuicio de la competencia en materia civil de otras autoridades de otras autoridades quienes podrán ratificar esta medida o modificarla;

l) Prohibir al agresor la realización de cualquier acto de enajenación o gravamen de bienes de su propiedad sujetos a registro, si tuviere sociedad conyugal o patrimonial vigente. Para tal efecto, oficiará a las autoridades competentes. Esta medida será decretada por Autoridad Judicial.

m) Ordenar al agresor la devolución inmediata de los objetos de uso personal, documentos de identidad y cualquier otro documento u objeto de propiedad o custodia de la víctima;

n) Cualquiera otra medida necesaria para el cumplimiento de los propósitos de la presente ley. (...)”

4.8. Cabe resaltar que cuando la víctima es un menor de edad, deben restablecerse los derechos fundamentales del NNA en los términos del artículo 50 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, en adelante, CIA, que dispone: “Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos de derechos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que les han sido vulnerados”.

4.9. Por otra parte, no puede perderse de vista que en el maltrato infantil, está inmerso no solo toda forma de castigo físico o psicológico, trato negligente, descuido o negligencia, sino los actos sexuales abusivos, la violación, la explotación sexual, el daño a su integridad sexual, como la manipulación o tocamientos íntimos, y en general toda forma de agresión contra el niño, niña o adolescente.

4.10. Importa destacar que en la reglamentación del restablecimiento de derechos, contemplada en el CIA, se pone de presente que es responsabilidad del Estado, a través de las autoridades públicas, proteger a los niños, niñas y adolescentes, que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad, verificando el estado de cumplimiento de cada uno de sus derechos.

4.11. Dicha responsabilidad estatal, está enmarcada en la Constitución Política, al consagrar en el artículo 44 los derechos de los niños, que al Estado, la sociedad y la familia son responsables directos de su protección y de garantizar su desarrollo armónico e integral, por manera que existe ahí una corresponsabilidad en la protección y garantía de sus derechos. Se otorga así a los niños una protección especialísima, al tanto que establece perentoriamente que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

4.12. Es así como, bajo la premisa del artículo 44 de la Carta Política, el Estado debe constituirse en garantista y defensor de los derechos del niño, niña o adolescente, a más de estar instituida para verificar que no se vulnere o amenace derecho alguno, y si la familia no cumple con su obligación de garantizar la efectividad de sus derechos, para asegurar su adecuado crecimiento y una vida digna donde disfrute de todas las posibilidades que hagan viable su protección integral, amén de la participación de la comunidad en el respeto de sus derechos, el Estado, es quien debe asumir la protección, a través de las entidades

que hacen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, cuya coordinación está asignada al ICBF.

4.13. En este contexto, el problema planteado radica en determinar si la decisión adoptada por la COMISARIA QUINTA DE FAMILIA DE LA CASA DE JUSTICIA DE SILOE, al imponer como medida de protección definitiva: *"evitar el contacto con la NNA con RODRIGO TABARES, hasta que la Fiscalía General de la Nación Responsabilidad Penal para adolescentes, dentro de la investigación por el presunto hecho punible decida lo contrario"*, que claramente traduce la restricción de la visitas del padre a la niña, que se venían realizando cada 15 días con pernoctada por acuerdo verbal de los progenitores, según lo manifestado por la madre de la niña, NATALI GIRALDO SIERRA, se encuentra o nó ajustada a las disposiciones de la Ley 294 de 1996, modificada por la Ley 575 de 2000, que rigen en materia de violencia intrafamiliar, y consulta el interés superior de la niña AILIN ZARAI TABARES GIRALDO.

4.14. A fin de resolver el cuestionamiento propuesto, tenemos en primer lugar que como consta dentro de las actuaciones del trámite de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, adelantado por la Comisaría Quinta de Familia de la Casa de Justicia de Siloe, es un hecho cierto y probado que la menor AILIN ZARAI, nació el 19 de febrero de 2016, por lo que contaba con 3 años de edad al iniciarse la investigación, y que es hija de la señora NATALI GIRALDO SIERRA y del señor RODRIGO TABARES TABARES, por haberla así reconocido al denunciar el hecho, tal como aparece en la copia del registro civil de nacimiento de la niña expedido por la Notaría 8 del Círculo de Cali; y que la niña AILIN ZARAI TRABARES GIRALDO, fue atendida en la RED DE SALUD – ESE, el día 21 de junio de 2019, como da cuenta la historia clínica aportada, bajo el diagnóstico *"T742- ABUSO SEXUAL"*, describiéndose así la enfermedad actual: *"PACIENTE INGRESA EN COMPAÑÍA DE LA MADRE POR CUADRO CLÍNICO DE 1 AÑO DE EVOLUCIÓN CONSISTENTE EN FLUJO VAGINAL PERSISTENTE, Y LA VAGINA ROJA, NO OTRA SINTOMATOLOGIA ASOCIADA, REFIERE LA MADRE QUE LA MANDA A DONDE EL PADRE DONDE VIVEN PRIMOS DE LA PACIENTE DE 11 AÑOS 21 AÑOS, NIÑA DE 21 AÑOS, LA ABUELA. LA MADRE REFIERE QUE CUANDO LLEGA DE ALLA LLEGA CON EL FLUJO Y LLEGA MUY REBELDE NO OTRA SINTOMATOLOGIA ASOCIADA. LA NIÑA REFIERE QUE EL PADRE LE TOCA LA VAGINA"*. Realizada la debida valoración médica y los exámenes pertinentes, la profesional en salud que la atiende consigna en la información clínica relevante lo siguiente: *"(...) ADICIONALMENTE MADRE COMENTA QUE SIEMPRE QUE LA TRAE A LA PACIENTE DE LA CASA DEL PADRE LA MENOR LLEGA CON ESA SINTOMATOLOGIA. ADEMAS SE REINTERROGA A LA PACIENTE QUIEN COMENTA "MI PAPÁ ME TOCA CON EL PANTALON LA VAGINA". AL EXAMEN FISICO GENITALES FEMENINOS NORMOCONFIGURADOS, NO SINEQUIA VULVAR, ERITEMA Y DOLOR A LA PALPACION EN LABIOS MENORES, HIMEN INTEGRO. NO FLUJOS PATOLOGICOS. POR LO ANTERIOR ACTIVO RUTA DE SOSPECHA DE ABUSO SEXUAL. POR LO QUE REMITO AL SERVICIO DE URGENCIAS PARA MANEJO INTEGRAL, REALIZACION DE EXAMENES DE EXTENSION Y VALORACION POR TRABAJO SOCIAL Y PSICOLOGIA. SE LLENA FICHA DE NOTIFICACION"*. (Folios 1 al 7)

4.15. Igualmente, en la actuación adelantada ante la Comisaria Quinta de Familia de la Casa de Justicia de Siloe, obran otras pruebas que se relacionan y valoran de la siguiente forma:

- Carné de vacunación de la menor AILIN ZARAI TABARES GIRALDO, que da cuenta que la niña tiene sus vacunas al día. (Folios 8 y 9).

- Formato Único de Noticia Criminal de fecha 22 de junio de 2019, con radicado 760016099165201935143, correspondiente a la denuncia interpuesta por la señora NATALI GIRALDO SIERRA en contra de RODRIGO TABARES TABARES por el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS, de donde se establece que la madre de la niña, denunció los hechos ocurridos el día 15 de junio de 2019, cuando la niña AILIN ZARAI TABARES GIRALDO, estaba en casa del padre. (Folios 10 al 13).

- Informe Pericial de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de fecha 26 de junio 2019, practicado a la niña AILIN ZARAI TABARES GIRALDO, donde se concluye: *"No existen huellas externas de lesión reciente al momento del examen que permitan fundamentar una incapacidad médico legal. Al momento del examen se observa himen íntegro, no dilatable, lo que descarta la penetración, rastro físico. Por el contexto de los hechos, no se toman muestras de laboratorio"*. (Folio 27).

- Declaración juramentada de RODRIGO TABARES TABARES, de fecha 2 de julio de 2019, rendida ante la Comisaría Quinta de Familia de Cali, quien refirió que trabaja en el oficio de construcción; que vive con la madre, una sobrina, dos sobrinos y la esposa del sobrino mayor, y manifestó saber poco del tema, pero que en todo caso sabe que lo acusan de presuntos tocamientos a su menor hija. Respecto a la situación actual de la niña, manifestó que desconoce la forma en la que vive su hija en la residencia de la madre, y si la niña asiste al psicólogo, pero que está afiliada al sisben y asiste a la guardería. Aunque reconoce que no tiene una buena relación con la progenitora de su hija AILIN ZARAI, señala que no hicieron acuerdo sobre la custodia y cuidado de AILIN ZARAI, pero que le aporta una cuota alimentaria entre 50 y 60 mil pesos semanales, y que pese a ello, la madre de la niña no se la deja ver. Preguntado sobre la forma en que se relaciona con su hija, indicó que al momento de corregirla le habla fuerte, pero que *"nunca le he levantado la mano"*. Así mismo, y cuando está con ella, la lleva a Cosmocentro o a un parque y la relaciona con las hijas de su compañera sentimental. Finalmente, en relación con la madre de su hija, expresó que *"ELLA NO TRABAJA, ELLA NO HACE NADA Y ELLA PRETENDE QUE SOLUCIONE TODO (LO RELACIONADO CON MI HIJA) YO ME QUEDÉ SIN TRABAJO UN MES Y UNA SEMANA LOGICAMENTE NO TENÍA DINERO PARA DARLE, CLARO MI SITUACIÓN CAMBIÓ MUCHO Y DEBIDO A ESO VIENEN ESTOS PROBLEMAS, MIREN DONDE VAN, ENTONCES YO DIJE QUE ME DEMANDE PARA SABER QUE DERECHOS TENGO CON MI HIJA, ELLA ME DIJO QUE LA DEMANDA ERA PARA PAYASO (ERA ALGO CHISTOSO)"*. (Folios 28 y 29).

- Declaración juramentada de NATALI GIRALDO SIERRA, de fecha 4 de junio de 2019 (sic), rendida ante la Comisaría Quinta de Familia de Cali, quien señaló que vive en compañía de su hija AILIN ZARAI y su esposo, que no trabaja, en concordancia con lo dicho por el señor RODRIGO TABARES TABARES. Preguntada sobre los hechos objeto de investigación, indicó que cierto día su hija llegó de casa del papá manifestando dolor en la vagina y al ser cuestionada al inicio le dijo que "*no sabía*", por lo que procedió en esa ocasión a limpiarla con agua fría y aplicarle una crema, y que nuevamente interrogó a la niña, quien le indicó que "*EL PAPÁ LE HABÍA TOCADO MUY DURO*", mostrándole además la forma en que lo había hecho, y que solamente había sido él. Manifestó la deponente que su hija presentó ese problema en la vagina desde hacía un año, pero que en ese momento no le presentaron atención, pero hace poco tuvo una cita en un puesto de salud y de allá la remitieron a urgencias de SILOE, en donde un psicólogo la interrogó y la niña le manifestó la misma versión que antes había dado, por lo que los médicos ordenaron una serie de exámenes los cuales salieron bien y la remitieron a interponer la denuncia penal, lo que así hizo. Señaló que actualmente la niña sólo ha estado con el psicólogo por el presente proceso, y le continúa diciendo que le duele la vagina, pero en la actualidad al revisarla puede observar que está normal y sin irritación. Finalmente manifiesta que verbalmente llegó a un acuerdo con el padre de su hija, sobre custodia, alimentos y visitas, y que él se queda con la niña el fin de semana desde el sábado por la tarde hasta el domingo o lunes festivo en la tarde. (Folios 30 y 31)

- Informe de Psicología suscrito por la profesional ANGELICA MARIA MENA FIGUEROA, adscrita a la Comisaría Quinta de Familia de Cali, de fecha 2 de julio de 2019, según la valoración realizada a la menor AILIN ZARAI TABARES GIRALDO, en el cual utilizó, además de revisión documental, la entrevista no estructurada y aplicación de prueba de dibujo libre, consignando lo siguiente: "*ingresa por sus propios, se observa orientada en tiempo y lugar, presenta ropa de acuerdo a la edad, establece contacto visual con el psicólogo, no sigue instrucciones que recibe, presenta postura corporal que indica apertura y naturalidad, su discurso es de contenido no muy claro por su edad en cuanto a la pronunciación de las palabras, su voz es modulada, es inquieta. Se le da el uso de la palabra y todo el tiempo habla de su mamá que le va a comprar una banana, se le suministra una hoja de block con marcadores, lapicero, se inclina más por el marcador color rojo, distingue colores, más no formas, produce un dibujo de curvas horizontales dice que es un arcoíris expresa que le duele la vagina no es consecuente el discurso solo dice que le duele porque si, se siente incómoda, se para de la silla, dice que quiere salirse donde su mamá, juega en el piso, sube los pies al escritorio, hace caso omiso a las instrucciones, es apática a la entrevista. Después dice que quiere escuchar la canción de la vaca lola y se ubica para ver el video en el programa Youtube, relata el papá le tocó en la vagina muy duro. Se percibe inestable, se distrae fácilmente, insegura, en busca de tranquilidad, con señales de ideación, signos de ajuste y adaptación. Al cierre muestra tranquilidad por lograr terminar de observar varios videos pero es complejo que ella llegue a expresar lo que sucedió del presunto AS*", y de acuerdo a lo anterior, la psicóloga

señala que la niña se encuentra *"en una situación incómoda para ella por la edad, no tiene un lenguaje claro"*, por lo que dice que es difícil adelantar la entrevista y además de que ésta no sigue instrucciones. Concluye que la NNA necesita intervención terapéutica profesional y recomienda la remisión de AILIN ZARAI a terapia integral en salud y seguimiento del caso por el equipo interdisciplinario de la Comisaría de Familia, observando vulneración de los derechos a la integridad y al desarrollo de ella.

4.16. Pues bien, de cara a las pruebas hasta recaudadas, está fuera de toda discusión que la niña AILIN ZARAI fue atendida en una institución de salud por afecciones en sus partes íntimas *–vagina–*, relacionadas presuntamente a una situación de abuso sexual, según el criterio de los profesionales que la atendieron, por lo que de inmediato activaron la ruta de *"SOSPECHA DE ABUSO SEXUAL"*, y remitieron a la menor a las entidades correspondientes para la debida atención del caso y la protección de los derechos fundamentales de la misma.

4.17. Esa consideración frente a la situación de la niña AILIN ZARAI, también tuvo asidero en las manifestaciones que ella hiciera, relativas a que su progenitor le manipuló duramente sus partes íntimas, lo que le generara dolor en su vagina, y ofrece interés que en ninguno de los diálogos sostenidos por la niña con las profesionales que intervinieron su caso, ni con la madre, llegó a señalar a persona distinta de su padre como ejecutor de una acción de tal naturaleza.

4.18. Respecto a lo manifestado por la niña, oportuno resulta traer a colación la etapa de desarrollo por la que atraviesa la menor AILIN ZARAI, la cual corresponde a la primera infancia *"etapa en la que se dan los pasos más importantes en el desarrollo del lenguaje y además se realizan aprendizajes esenciales sobre cómo funciona el mundo y el movimiento de las cosas. Además el uso del lenguaje hace que empiece a crear conceptos cada vez más abstractos y complejos que ayudaran a llegar a un grado de comprensión más profundo acerca de las cosas"*,¹ circunstancias que ponen de presente avances sustanciales que redundan en una mayor capacidad comunicadora, posibilitando que niños y niñas en este estadio, logren exteriorizar sus pensamientos e ideas.

4.19. Así mismo, si bien la psicología enseña que a los tres años de edad, edad de AILIN ZARAI, es natural la existencia de un pensamiento mágico, y que en esta etapa del desarrollo del niño *"predomina la fantasía y una imaginación vivida... y que a menudo no pueden distinguir entre la fantasía y la realidad"*², no puede perderse de vista que *"esta etapa es un punto culminante en el desarrollo del niño. Es un momento crucial: se produce la toma de conciencia de sí mismo; su lenguaje va perfeccionándose"*, dotando al niño de capacidad para comprender aunque de manera incipiente lo que ocurre en relación con él, y dado el avances en términos comunicacionales, logran expresarse de manera más clara, adquiriendo habilidad para manifestar de forma más clara sus ideas.

¹ Ladrón de Guevara Miguel Ángel 2017. Animación social a personas dependientes en instituciones – ciclo vital.

² Ibid

4.20. Frente al tema que se trata, la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en señalar que: *"(...) en la apreciación del testimonio de niños, niñas o adolescentes, esta prueba no puede ser estimada o desestimada por la sola edad del declarante"*.³, puesto que le compete al Juez dentro de su sana crítica analizar sus declaraciones en conjunto con el demás elenco probatorio y darles el valor que le pueda corresponder.

4.21. En este contexto, las expresiones que la niña AILIN ZARAI ha mantenido ante todas las autoridades que le ha interrogado por el evento, adquieren relevancia por la construcción de un relato unívoco a partir del acontecimiento, en distintos momentos y escenarios, a pesar de sus escasos 3 años de edad y que su lenguaje no es muy claro, lo que desdibuja que pudiera tratarse de una fantasía, aunado a que la madre y la psicóloga afirman que AILIN ZARAI, pese al paso del tiempo, continúa refiriendo que le duele su zona íntima, sin razón aparente, lo que podría significar un impacto negativo del hecho referido y que dio origen a la investigación, situación que conllevó a que la psicóloga encuentra que la menor se nota incómoda e inestable, razón por la cual la profesional la remitió a intervención terapéutica, lo que permitirá adentrarse en esos aspectos.

4.22. Vale poner de resalto, las implicaciones del abuso sexual en el desarrollo integral de los niños, lo cual implica el reconocimiento de las dimensiones que constituyen dicha integralidad, a saber: las dimensiones socio-afectiva, cognitiva, corporal, comunicativa y ética, todas ellas interdependientes entre sí y que de manera compleja configuran al Ser. Así pues, es preponderante tener en cuenta que el abuso sexual en la primera infancia, no solo genera afectaciones en su realidad presente, sino que además como lo señalan Alvear, Molina & Sepúlveda 2019: *"con el paso del tiempo las consecuencias se hacen visibles a partir de un gravamen generalizado, perdurable y oneroso para los niños, las niñas, las personas adultas, las comunidades y las naciones, es decir donde se ven trastornadas las posibilidades de desarrollo con consecuencias de alcances a corto, mediano y largo plazo, produciendo así daños incalculables a nivel físico, emocional, psicológico, moral, cognitivo-escolar, sexual, conductual y social en el niño abusado"*⁴, circunstancias que obligan a asumir posturas rigurosas y medidas trascendentes a fin de garantizar la protección de los niños.

4.23. Ahora bien, a propósito de los argumentos del recurrente, si bien es cierto dentro de la actuación administrativa solo se cuenta con las manifestaciones de la niña AILIN ZARAI, pues no hay otra prueba que apunte a la demostración de la acción abusiva que se atribuye al padre, RODRIGO TABARES TABARES, resultando baladí por decir lo menos, atribuir los hallazgos en la vagina de la niña, a la infección urinaria pero no vaginal, como dice el recurrente, presentó la madre en su gestación, según indicó la señora NATALI GIRALDO SIERRA; y que la investigación penal iniciada no ha sido definida hasta el

³ Sentencia SP5290-2018 – Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

⁴ Alvear, Molina & Sepúlveda 2019. Concepciones sobre el abuso sexual en primera infancia y prácticas protectoras de las familias. <https://repositorio.udes.edu.co>

momento por la entidad competente, también lo es que las manifestaciones directas de la niña, señalando solamente a su progenitor como presunto agente vulnerador, en todo caso, sugieren la existencia de un factor de riesgo específico y determinado, poniendo de presente entonces un escenario permeado por una seria amenaza contra la integridad de la menor, pues es claro que los tocamientos no dejan huellas físicas, pero sí psicológicas, como lo consigna la profesional especializada forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el dictamen del 26 de junio de 2019 que valoró a AILIN ZARAI, recomendando su atención por el grupo psicosocial, realidad que exige el establecimiento de medidas que eviten la exposición deliberada de la niña, ante cualquier situación que pueda representar una amenaza contra su bienestar integral y que por no contar con elementos concluyentes pueda ser descartada, y de paso desechar de un tajo las manifestaciones de la niña que señalan a su progenitor.

4.24. Y es que la versión mantenida por la niña AILIN ZARAI, amerita ser tomada en consideración, como un elemento categórico que muestra la existencia de situaciones no claras, que por estar asociados a riesgos que revisten alto nivel de gravedad, requieren el que no se escatimen medidas en favor de la protección de la menor, y velar por su interés superior, en tanto se esclarece la situación denunciada por la autoridad competente para conocer del hecho punible en investigación, considerando además que en el expediente no se encuentran evidencias que pongan de presente la presencia de posibles influencias o "motivos para inventar" situaciones de esta índole, aunado a que la AILIN ZARAI, venía compartiendo con su padre en la forma convenida con la madre, antes de la ocurrencia de los hechos que dieron origen a la investigación.

4.25. El principio de interés superior de los NNA, consagrado en las normas legales y constitucionales (art. 8 CIA y 44 C.N.), determina que cada una de las medidas adoptadas en función de estos, estén orientadas a la salvaguarda de sus derechos y garantizar la satisfacción integral de todos sus derechos que son universales, prevalentes e interdependientes. Al respecto, ha señalado la jurisprudencia constitucional que: *"en todas las medidas concernientes a los niños (as) que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés el interés superior del niño(a), lo cual se traduce en la garantía que tienen los niños y las niñas de gozar de una protección especial e integral que los reconozca efectivamente como sujetos de derechos, e impone a los Estados partes la obligación de prevenir la amenaza o vulneración de los derechos de los cuales son titulares los niños (as)"*⁵. De ahí que, se torne necesario efectuar intervenciones que en el marco de la prevención o protección, generen condiciones que garanticen el bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes.

4.26. Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en el artículo 9º, párrafo 1º, que los Estados partes *"velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto*

⁵ Ibid

cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño". Así mismo "prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño", según se garantiza en el artículo 18, párrafo 2. Además, en el artículo 20, párrafo 1, se señala que "los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado" y el párrafo 2 dispone que "los Estados partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños".

4.27. A la luz de lo anterior, se entiende que si bien los progenitores tienen derecho a mantener una relación estable y abierta con sus hijos, a fin de fortalecer los lazos paterno filiales, lo que se satisface a través del derecho de visitas de que son titulares padres e hijos, ello puede cumplirse siempre y cuando no lesione los intereses prevalentes de los menores, pero en caso contrario, se hace necesario intervenir el régimen de contacto con el progenitor, pues es imperativo garantizar su protección para el sano desarrollo integral. Dicho de otro modo, aunque no es lo ideal y esperable la separación de un hijo de sus progenitores, restringiendo las visitas de que gozaban, dicha determinación es posible cuando la presencia de éstos pueda constituir algún tipo de riesgo para la vida e integridad de los niños o antecedentes de acoso, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, haciéndose necesario emprender acciones que minimicen la exposición a cualquier tipo de riesgo, y corresponde al Comisario de Familia, adoptar todas las medidas de garantía, protección, restablecimiento de los derechos de las víctimas, y en primerísimo lugar los derechos prevalentes de los niños, como lo ordena el artículo 44 de la Constitución Nacional, cuando se hubieren conculcado en situaciones de violencia intrafamiliar, y lo reitera el artículo 86-5 del CIA, al señalar las funciones del Comisario de Familia.

4.28. Cabe indicar que aunque es menester armonizar los derechos de padres e hijos, *"ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, la salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo. Cuando estas circunstancias se presenten, **es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor riesgo**"*⁶, dando lugar a la creación de entornos protectores que propendan por el pleno desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. (Énfasis agregado)

4.29. Ha puntualizado también la Corte que: *"Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres: pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la*

⁶ Ibid

*armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente pueden ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de los padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor -tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso-. Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, según explica en el acápite anterior; cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo. (...)"*⁷

4.30. En este orden de ideas, pese a que nuestro ordenamiento jurídico prevé que *"toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable"*⁸, lo cual no ha ocurrido en el caso que nos ocupa, en tanto la autoridad competente no ha decidido el asunto, lo cierto es que el artículo 9 del Código de Infancia y Adolescencia ordena que en todas las medidas administrativas o judiciales que se adopten en relación con los NNA *"prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente"*.

4.31. En este contexto del desenvolvimiento, se concluye que la decisión de la Comisaria Quinta de Familia de Siloe, dentro del trámite de la VIOLENCIA INTRAFAMILIAR adelantada contra el señor RODRIGO TABARES TABARES, mediante la Resolución cuestionada, concretamente en lo relativo a la medida definitiva de restablecimiento de derechos a la niña AILIN ZARAI, que se contrae a *"no acercamiento del presunto agresor que hasta tanto FISCALÍA GENERAL SE PRONUNCIE"*, a fin de *"prevenir cualquier situación que ponga en riesgo los derechos a la integridad personal, calidad de vida y ambiente sano de la NNA AILIN ZARAI TABARES GIRALDO"*, consulta el interés superior de la niña y se encuentra razonable para la protección de los derechos fundamentales que le asisten en el contexto de la violencia intrafamiliar, pues es deber del Estado Colombiano a través de sus instituciones, tomar las medidas necesarias para salvaguardar a los NNA de cualquier acto que ponga en peligro su vida e integridad personal. Por consiguiente, se confirmará la decisión contenida en la Resolución Nro. 00167-2019 del 20 de septiembre de 2019, proferida por la Comisaria Quinta de Familia Casa de Justicia Siloe de Cali, objeto del ataque del recurrente.

⁷ Sentencia T-510 de 2003

⁸ Artículo 29 Constitución Política

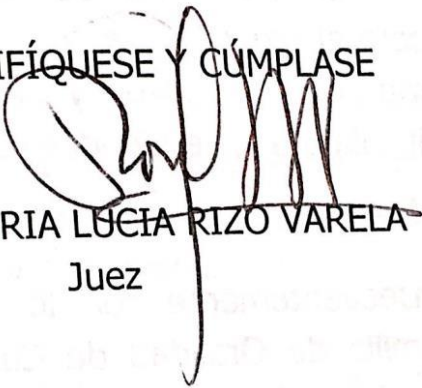
Consecuente con lo anteriormente expuesto el Juzgado Segundo de Familia de Oralidad de Santiago de Cali,

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la Resolución Nro. 00167-2019 del 20 de septiembre de 2019, proferida por la Comisaria Quinta de Familia Casa de Justicia Siloe de Cali, en el trámite de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR adelantado contra el señor RODRIGO TABARES TABARES, en el punto 4 resolutivo, en lo relativo a la orden de evitar el contacto de la menor con RODRIGO TABARES TABARES, hasta tanto la Fiscalía General de la Nación decida dentro de la investigación del presunto hecho punible denunciado.

SEGUNDO: **ORDENAR** la devolución de las presentes diligencias a la Comisaria Quinta de Familia Casa de Justicia Siloe de Cali.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GLORIA LUCÍA RIZO VARELA
Juez

Dmpa/Djsfo

JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE ORALIDAD

En estado No. **002** hoy notifico a las partes el auto que antecede (art. 295 del C.P.C.).

Santiago de Cali _____



El Secretario.-
DIANA MARCELA PINO AGUIRRE