



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

Santa Ana, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

<p>REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA. RADICADO: 47-00-40-89-002-2021-00067-00. ACCIONANTE: MICHELLE MARÍA MARTÍNEZ BENAVIDES. ACCIONADA: COMISARÍA DE FAMILIA DE SANTA ANA MAGDALENA. FECHA: 13 DE AGOSTO DE 2021.</p>
--

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro de la Acción de Tutela promovida por la señora MICHELLE MARÍA MARTÍNEZ BENAVIDES contra la COMISARÍA DE FAMILIA DE SANTA ANA MAGDALENA, en procura de obtener la protección de su derecho fundamental al debido proceso y a la defensa.

ASPECTO FÁCTICO

Según lo consignado por la accionante en el libelo petitorio de la tutela, los hechos que motivaron el ejercicio del amparo constitucional se contraen a lo siguiente:

La accionante indicó, que viene ejerciendo la custodia y cuidado personal de su hija, quien será llamada dentro del proceso como **FSM**, desde el nacimiento de la misma. Asimismo, expresó que acordó con el padre de la menor, el señor FRANCISCO JOSÉ SIERRA RIVA, el régimen de visitas para que compartiera tiempo con su hija.

Aunado a lo anterior, señaló que el pasado 23 de junio de 2021, la Comisaria de Familia de Santa Ana Magdalena, asignó la custodia y cuidado personal de la menor FSM al padre biológico, lo anterior, sin seguir los procedimientos establecidos en el Artículo 35 de la Ley 1437 de 2011 y desconociendo a su vez, lo dispuesto en el Artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, toda vez que no se citó a la madre de la menor, situación que no le permitió ejercer su derecho de contradicción o defensa dentro del proceso de custodia.

De igual forma, argumentó que las decisiones tomadas por la Comisaría de Familia, no tuvieron en cuenta la regulación de las visitas en favor de la aquí accionante, lo que emana de un accionar arbitrario.

Finalmente, enunció que la entidad accionada no efectuó la notificación personal correspondiente, con respecto a las Resolución N° 001 del 23 de junio de 2021, mediante la cual reasignó la custodia de la menor de edad, situación que le impidió hacer uso de los recursos de ley. Por tanto, puntualizó que no tiene un mecanismo diferente a la acción de tutela para hacer valer sus derechos e invalidar la asignación de custodia y cuidado personal que le fue concedido al padre de su hija.

La COMISARÍA DE FAMILIA DE SANTA ANA MAGDALENA, compareció al presente trámite constitucional, a través de la Comisaria, ANA CECILIA DELGADO SILVA, quien argumentó que la señora MICHELLE MARTÍNEZ fue citada por vía telefónica para que asistiera al proceso de custodia, citaciones realizadas al número 3115189390, además, señaló que el pasado 22 de junio de 2021, se la indicó a la accionante la fecha y hora en la que debía presentarse para notificarse del auto de apertura N° 007 del 21 de junio de esta anualidad, lo anterior con el fin de llevar a cabo la audiencia de custodia a favor de la niña FSM. De igual forma, advirtió que la actora asistió personalmente a la Comisaría de Familia, pero se rehusó de firmar cualquier documento. Finalmente, señaló que el deber de la

comisaría es proteger los derechos de la menor, quien luego de realizarle los exámenes médicos arrojó como resultado que era víctima de abuso sexual, por lo que era indispensable el retiro inmediato de la custodia de la niña FSM de su núcleo familiar, facultad que le otorga el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006, precisando que no se le ha negado el derecho a la accionante de visitar a la menor, pues la única prohibición es que la menor de edad se traslade a la residencia de la madre en el corregimiento de San Fernando.

TRÁMITE PROCESAL

1. La tutela fue presentada el 30 de julio de 2021, la cual correspondió a esta Agencia Judicial mediante Acta de Reparto N° 69 proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Santa Ana.
2. La demanda fue admitida mediante auto del 2 de agosto de 2021, providencia en la que se ordenó la notificación a la accionada.
3. La COMISARÍA DE FAMILIA DE SANTA ANA MAGDALENA dio contestación de la tutela el 5 de agosto de esta calenda, por tanto, el Despacho la recibió dentro de la oportunidad procesal.

CONSIDERACIONES

I. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, 333 de 2021, 306 de 1992, 1382 de 2000 y 806 de 2020, este Juzgado resulta competente para conocer de la Acción de Tutela referenciada.

II. LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU PROCEDENCIA

El constituyente de 1991 estableció, en el artículo 86 de la Carta Política de Colombia, la Acción de Tutela para garantizar a toda persona la protección inmediata y efectiva de sus derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción de cualquier autoridad pública o de determinados particulares.

El inciso tercero de la norma supra-legal citada, señala que el amparo sólo resulta viable cuando el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, con lo cual se le asigna un carácter subsidiario o residual, salvo que la acción se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De lo expuesto se concluye que la Acción de Tutela procede sólo para amparar derechos fundamentales y no otros de distinto rango; que es necesaria la carencia, por parte del afectado, de otro medio de defensa judicial para hacer cesar la amenaza o vulneración desplegada; y que en relación con los particulares resulta viable, únicamente, contra aquellos encargados de la prestación de un servicio, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el accionante se encuentra en estado de indefensión o subordinación.

Con reiteración, la jurisprudencia constitucional ha proclamado que la tutela reviste un carácter subsidiario y eventualmente accesorio. Dicho carácter brota espontáneamente de las propias voces empleadas por la norma de normas: "Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

Esta característica significa que la procedencia de la tutela está sujeta, de manera inevitable, a que el afectado "con la acción u omisión de la autoridad pública" no disponga de otro medio de defensa judicial, es decir, cuando ni la



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

Constitución ni la ley hayan establecido expresamente a la acción u omisión violadora cualquier otro medio para su protección y, por consiguiente, no haya podido disponer de ellos.

Debe recalcar que, conforme a los lineamientos constitucionales, la Acción de Tutela es una garantía de defensa judicial supletoria a la defensa judicial común u ordinaria.

No cabe duda de que se desnaturalizaría esa condición de garantía de defensa judicial supletoria a la de la defensa judicial común u ordinaria, si se da cabida a la tutela en eventos en que, habiéndose tenido, se han agotado algunos de esos medios de defensa judicial, o, teniéndose alguno de ellos, se encuentran pendientes.

Siendo, así las cosas, no procede la tutela cuando se tiene la posibilidad de la protección ordinaria en relación con el derecho que se considera vulnerado o amenazado, ni cuando se tienen pendientes medios de defensa, como es el caso en el que se pretende el pago de aportes a seguridad social en pensión, para estos casos el legislativo a dispuesto el proceso ordinario laboral que no puede sustituirse por la acción de tutela.

Con todo, ha de advertirse que hay un caso en que la Acción de Tutela es adicional y concurrente con el medio de defensa judicial de que se disponga. Ocurre esa eventualidad cuando, a pesar de tenerse otro medio de defensa judicial, se utilice la tutela como "mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

No está de más señalar que la Corte Constitucional declaró inexecutable la definición que de perjuicio irremediable traía el Art. 6, numeral 1o. del Decreto 2591 de 1991, de suerte que, como esa Corporación lo precisó, corresponde al juez de tutela establecer, de acuerdo con las circunstancias fácticas de cada caso, cuándo existe perjuicio irremediable que permita la utilización de la tutela como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario de defensa de los derechos fundamentales.

III. PROBLEMA JURÍDICO

Este despacho deberá determinar si la COMISARÍA DE FAMILIA DE SANTA ANA MAGDALENA ha vulnerado los derechos fundamentales de MICHELLE MARÍA MARTÍNEZ BENAVIDES respecto a la omisión en la vinculación del proceso de custodia desarrollado en virtud del abuso sexual del que fue víctima la menor edad FSM.

I. EN EL CASO BAJO ESTUDIO

Expone la accionante que la Comisaría de Familia de Santa Ana Magdalena, ha vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

Al respecto, este Despacho debe precisar que la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, que puede ser usado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no existan otros medios idóneos de defensa, o cuando éstos no resulten efectivos para amparar el núcleo esencial del derecho invocado o en su defecto se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En tal sentido, la sentencia T-603 de 2015, recordó que:

"permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos". Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección.

En el presente caso, la accionante pretende dejar sin efectos las decisiones tomadas y que quedaron inmersas en Resolución N° 001 del 23 de junio de 2021 y en su defecto del Acta de Asignación de Custodia y Cuidado Personal de la misma fecha, celebrada ante la Comisaria de Familia, ya que considera se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa; por lo que solicita la custodia y cuidado personal de su hija menor.

Revisado el plenario, para este Juzgado, en la actuación de la Comisaría de Familia no se observan vulnerados los derechos fundamentales de la accionante, toda vez que al examinar la misma, quedó en evidencia la valoración psicológica y mental (Fl. 18-20 de la contestación) realizada a la niña FSM de 2 años y 8 meses de edad, por parte de la Psicóloga Clínica, Dra. KATIA JIMÉNEZ RIVAS identificada con Tarjeta Profesional N° 138.585, quien señaló lo siguiente;

"Al momento de la valoración, la menor evidencia inquietud emocional reactiva a evento perturbador de violencia recibido por parte de ella, en donde se vieron involucrados los padres, la pareja del papá y el abuelo materno."

Además, el relato de la menor, evidenció lo siguiente;

*"Mi chocho me arde porque mi mamá me echa colonia. Mi mamá me toca el chocho con la crema. **Dayana y Carlos también me tocan el chocho.**"* Negrillas por fuera del texto original.

Para efectos de entendimiento, la menor al mencionar la palabra "chocho" hacía referencia a su vagina.

Asimismo, en la Historia Clínica aportada al proceso (Fl. 16 de la contestación), se halla que el examen físico realizado a FSM arrojó como resultado lo siguiente;

*"**Se observa himen perforado** con signos de desgarro antiguo a las 12 horas de las manecillas del reloj." Negrillas por fuera del texto original.*

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. Este contenido normativo denota la intención del constituyente de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. Son la familia, la sociedad y el Estado quienes están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior del menor.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido unos criterios jurídicos relevantes a la hora de determinar el interés superior del menor en caso de que sus derechos o intereses se encuentren en conflicto con los de sus padres u otras personas que de alguna manera se vean involucradas. El principio del interés superior del menor opera como el criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y del Código de la Infancia y la Adolescencia.



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO SEGUNDO PROMISCO MUNICIPAL
SANTA ANA - MAGDALENA

En concordancia con la finalidad del artículo 44 constitucional, así como con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece a favor de los niños el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella. Señala así, que los menores tienen derecho a crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ésta. No obstante, admite una excepción a dicha regla, al establecer que un niño podrá ser separado de su familia cuando la misma no garantice las condiciones para la realización y el goce efectivo de sus derechos, sin que la condición económica pueda dar lugar a la separación.

Por lo anterior, esta Juzgadora, observa que las acciones encaminadas por la Comisaría de Familia fueron ajustadas a la norma constitucional y legal, por lo que su actuar se encontraba encaminado en la protección de los derechos de FSM, en virtud del Artículo 53 de la Ley 1098 de 2006, que preceptúa lo siguiente;

"Son medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes las que a continuación se señalan. Para el restablecimiento de los derechos establecidos en este código, la autoridad competente tomará alguna o varias de las siguientes medidas:

2. Retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado."

De tal manera, ha quedado constatado en el proceso que la menor FSM se encontraba en custodia y protección de su madre, la señora MICHELLE MARTÍNEZ BENAVIDES, así quedó consignado en su escrito de tutela. De igual forma, la niña FSM fue examinada médica y psicológicamente, hallándose no sólo perforación en su himen, sino también, secuelas emocionales avizoradas en el procedimiento psicológico. Por tanto, revocar las medidas de la Comisaría de Familia, sería vulnerar nuevamente los derechos de la menor, pues el Despacho no es ajeno a que existe una denuncia penal en curso, siendo así, esta Agencia Judicial apoya el procedimiento desarrollado por la Comisaría.

De igual forma se observa en el plenario de prueba que la comisaria de Familia del Municipio de Santa Ana – Magdalena, agoto trámite de notificación de procedimiento realizados a lo que se observa que la accionante MICHELLE MARTINEZ, no quiso recibir y en otras no interpusieron los respectivos recursos de ley dentro del término legal.

De esta manera, el artículo 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño - que establece el derecho de los menores a no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos-, tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico. Esta disposición normativa señala que el Estado deberá velar por la garantía de este derecho, el cual admite una excepción cuando, por revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en interés superior del niño. Así, admite esta excepción en casos en que el menor sea objeto de maltrato o descuido por parte de los padres o cuando éstos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

Así las cosas, al encontrarse por parte de este Juzgado que la niña FSM ha sido afectada, física, psíquica y mentalmente, en virtud de su abuso, constatada a través de medicina legal, comisaría de familia y consulta externa en el Hospital

Nuestra Señora de Santa Ana, esta Agencia Judicial negará el amparo deprecado por la accionante.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Santa Ana, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley;

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR el amparo de los derechos fundamentales incoados en la Acción de Tutela impetrada por la señora MICHELLE MARÍA MARTÍNEZ BENAVIDES, contra la COMISARÍA DE FAMILIA DE SANTA ANA MAGDALENA, por las consideraciones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la presente providencia a las partes por el medio más expedito.

TERCERO: Si el presente fallo no fuere impugnado, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NATALY PAOLA OYOLA MORELO
JUEZA