

JUZGADO QUINTO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE MEDELLIN
DIECINUEVE DE ABRIL DE DOS MIL VEINTIUNO

939

Sentencia	No 99
Especial	No 3
Radicado:	05001-31-010-005-2021-00050 01
Proceso:	Homologación. PARD .
Niña:	Dailyn Yepes Otalvaro
Progenitores:	John Dairon Yépez Berrio
	Estefany Otalvaro Jaramillo
decisión	HOMOLOGA

A través de esta sentencia se da por terminado, en esta instancia, la presente HOMOLOGACION formulada por el señor JOHN DAIRON YEPEZ BERRIO en contra de la RESOLUCION No 844 emanada por la COMISARIA DE FAMILIA COMUNA NUEVE BUENOS AIRES el 12 de noviembre de 2019, mediante la cual se DECLARAN VULNERADOS LOS DERECHOS DE LA NIÑA DAILYN YEPES OTALVARO según lo estipulado en el artículo 103 de la ley 1098.

ACTUACIONES EN SEDE ADMINISTRATIVA

Para finales del mes de junio del año dos mil diecinueve; se recibe informe e historia clínica, en la COMISARIA de FAMILIA, de presunta vulneración de derechos hacia la niña DAILYN YEPES OTALVARO, de 4 años de edad, elaborado en la EPS SURA, construida por la información que suministra la abuela paterna y la historia clínica de psicología., y que da cuenta que ... " paciente de 04 años de edad asiste a jardín Angelitos del Saber, reside en el barrio buenos Aires con el padre, 2 tíos, bisabuela y abuela desde que nació allí. Abuela refiere que la madre se fue cuando la niña tenía un año de edad, antecedente de bebe canguro por bajo peso al nacer, rubeola en embarazo, ahora anemia en tratamiento con hierro. La abuela y el padre refieren que no hay aceptación materna, al parecer con depresión posparto, agredía físicamente al padre. La madre se la llevaba de vez en cuando los fines de semana para la casa, ésta vive con la abuela materna, hermano, bisabuelos paternos, primos, primo consumidor de spa. La abuela desde el 2018 comenzó anotar que la niña se arranca las uñas de los pies, del colegio reportaron que es muy aislada, que permanece en un rincón llorando, la menor decía que la madre le tocaba la vagina, inicio con enuresis y encopresis cuando ya había tenido control de esfínteres. La abuela relata que la niña ha presentado conductas como querer tocar a los tíos y al padre, les tocaba el cuerpo y quería tocarle sus partes íntimas. Último episodio hace 2 meses, la menor dice que el abuelo le toca los senos y no quiere volver a irse con la madre. Ha presentado varios cuadros de infecciones de tracto urinario. Abuela sospecha que la madre se toma fotos en ropa interior frente a la niña, ya que esta ha presentado conductas de tomarse fotos sin ropa". ...

Se realiza la correspondiente verificación de derechos. 28 de junio de 2019)

El señor JOHN DAIRON YEPES BERRIO acude al CAIVAS a fin de denunciar posible abuso sexual en su pequeña hija por parte de su bisabuelo señor JOSE ALCIDES OTAVARO. 02 de julio de 2019

La Comisaria apertura el correspondiente trámite Administrativo, profiriendo medidas de restablecimiento de derechos; amonesta los progenitores de la niña para que cese todo tipo de vulneración de derechos en contra de la misma y para que eviten al máximo exponer en riesgo su integridad personal. Asigna los cuidados personales a su padre; ordena citar a los padres y a la abuela paterna a fin de ser escuchadas en declaración; y notificarles personalmente; ordena se continúe con el acompañamiento psicoterapéutico que en la actualidad lleva la niña, y la vinculación de la madre al proceso urgentemente; regula visitas a la madre; cita audiencia de pruebas y fallo. 04 de julio de 2019

El Ministerio Público se notifica el 30 de julio de 2019 lo mismo que el Defensor de Familia.

La señora BERTA ELENA GALEANO abuela materna rinde declaración el 16 de agosto de 2019. El 21 del mismo mes y año, es escuchada en declaración la progenitora; el 27 de agosto lo hace el progenitor; el 30 de agosto se realiza visita domiciliaria para recibir declaración juramentada al señor JOSE ALCIDES OTALVARO (oxígeno dependiente); de igual manera los días 24, 25 de septiembre del mismo año, se agota la prueba testimonial solicitada por la progenitora.

La totalidad de las pruebas ordenadas han sido evacuadas, encontrándose que la razón por la cual se apertura este proceso no es el abuso sexual, si no la relación conflictiva y extrema entre los padres, los que no han superado el proceso de ruptura de su relación de pareja y por lo que incluyen de manera directa a la niña; asunto o conflicto que se agudiza por la participación de la abuela paterna y de sus intereses de obtener los cuidados de la misma.

Siendo claro para este Despacho que estando embarazada ESTEFANIA se va a vivir con su compañero JOHN DAIRON a casa de la madre de éste, teniendo 4 meses de nacida se regresa al hogar materno con su bebe; lugar donde habitaban muchas personas y habían perros y gatos, situación que hace que regrese su pequeña de nuevo aquél lugar, lo hace de común acuerdo con la abuela paterna para que ESTEFANI pueda trabajar y para que la niña no éste en su casa materna; por esto es que la citada abuela asume los cuidados de su menor hija; la relación de la pareja se mantiene por dos años más, sin problemas, ella deseosa de tener su casa con su compañero he hija de manera reiterativa le solicita aquél que consigan un lugar donde vivir en arriendo a lo que este le responde que es mejor ahorrar para comprar su propia casa, asunto que no ocurrió; dando por terminada esta relación ESTEFANY en el 2018 y es a partir de esto que se inician los problemas con la familia del papa de DAILY y con él.

Restablecimiento de derechos que es iniciado en virtud de que al papa de la niña lo contactan a través del teléfono de la madre de la misma a quien se le informa de la activación de un código FUSIA lo que la alerta al no entender nada de lo que está sucediendo con su hija; por lo que decide de inmediato poner en funcionamiento todo el sistema de bienestar a su alcance, enterándose finalmente; que por historia clínica se le ha vinculado como presunta abusadora sexual de su hija, lo mismo que a su bisabuelo, por parte de quien es el padre de su hija y la abuela paterna, en SURA.

941
Por resolución No 844 de noviembre 12 de 2019 la comisaria de conocimiento declara vulnerados los derechos de la niña DAILYN YEPES OTALVARO de 04 años de edad, a la INTEGRIDAD PERSONAL, artículo 18 Ley 1098/2006; a la PROTECCION contra cualquier forma de abuso sexual, artículo 20.4 ley 1098/2006 por parte de sus padres. PROHIBE al señor JORGE ALCIDES OTALVARO tener contacto físico o tecnológico con la niña DAILYN: ORDENA que la niña continúe o inicie un proceso terapéutico especializado: les EXHORTA para que procuren establecer buenos canales de comunicación en aras de la crianza de la niña y a no delegar en la abuela paterna la educación y crianza y para que sean ellos quienes tomen las decisiones que conciernen a la niña y no sus familiares: ORDENA DEVOLVER LA NIÑA A LA MADRE, recordándole la prohibición ya ordenada con relación al señor JORGE ALCIDES OTALVARO, FIJA REGIMEN DE VISITAS para el señor JOHN DAIRON, le fija de manera provisional CUOTA ALIMENTARIA al progenitor entre otras ...

Levanta acta de obligaciones legales a la progenitora a quien le ha entregado la CUSTODIA Y CUIDADOS PERSONALES, lo mismo que de ENTREGA DE LA NIÑA; ORDENA seguimiento.

Remite a los jueces de familia las actuaciones en sede de HOMOLOGACION el 25 de noviembre de 2019

ACTUACION EN SEDE JUDICIAL

Corresponde el conocimiento de las presentes actuaciones a este despacho quien avoca su conocimiento el 10 de febrero del 2020.

Dejándose sin valor dicho auto el 09 de julio del 2020; por lo que no fue resuelto el recurso de reposición interpuesto por el progenitor.

Resuelto dicho recurso por la COMISARIA DE CONOCIMIENTO, por reparto conoce de estas actuaciones el JUZGADO QUINCE DE FAMILIA EN ORALIDAD DE MEDELLIN, quien posteriormente remite las actuaciones a este despacho; ante la imposibilidad de descargar la totalidad del expediente, este despacho solicita a la comisaria de origen el expediente físico para su control, mismo que fue allegado el 19 de febrero de la presente anualidad (2021).

Se avoca nuevamente su conocimiento el 05 de marzo de la misma anualidad, 2021

Las actuaciones están contenidas en 6 cuadernos;

El No 1 consta de 200 fls;

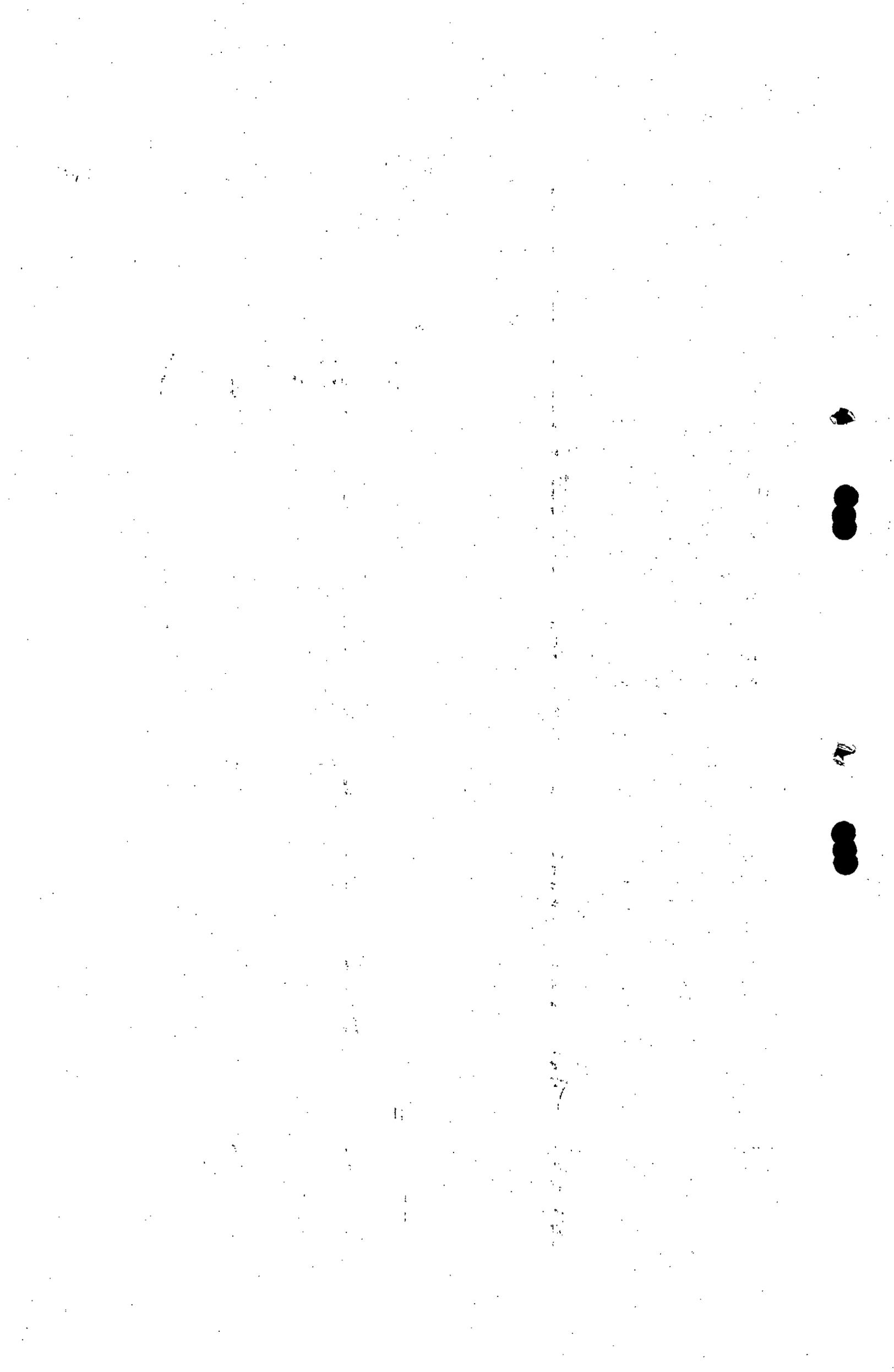
El No 2 consta de 194 fls;

El No 3 consta del fl 201 al 400 fls

El No 4 consta del fl 401 al 599

El No 5 consta del fl 601 al 770

El No 6 consta del fl 771 al 938



94 942

ROL DEL JUEZ EN SEDE DE HOMOLOGACIÓN

Ha dicho la Corte Constitucional Indistintamente, para entender los extremos de la función del Juez de Familia en el trámite de homologación, es imperativo hacer referencia al contenido de los artículos 99 y 100 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Una vez admitido el asunto por parte del Juez de Familia, éste podrá correr traslado al Ministerio Público y al Defensor de Familia adscrito al Juzgado para que rindan concepto.

Las decisiones que dentro de este proceso se adopten, son de vital importancia precisamente por el tipo de intereses que están en juego, sobretudo en relación con el deber reforzado de protección y garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes involucradas. Es por esto que la observancia de la práctica de todas las pruebas pertinentes posibles, sean indispensables para que los padres o familiares de las niñas, niños y adolescentes gocen de las garantías que ofrece el derecho al debido proceso, y corresponde al juez de familia ejercer el control de legalidad a él conferido, motivando suficientemente las razones que lo justifiquen.

En ese orden de ideas, ha concluido la jurisprudencia constitucional, en relación con la actuación administrativa de restablecimiento de derechos, que la adopción de estas medidas (amonestación, ubicación en familia de origen o extensa, ubicación en hogar sustituto etc.), debe encontrarse **precedida y soportada por labores de verificación, encaminadas a "determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente"**.

En este orden de ideas, el decreto y la práctica de medidas de restablecimiento de derechos, si bien se amparan en la Constitución, en especial, en el artículo 44 Superior, también es cierto que las autoridades administrativas competentes para su realización deben tener en cuenta:

- 1) Existencia de una lógica de sucesión entre cada una de ellas,
- 2) La proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada
- 3) la solidez del material probatorio.
- 4) la duración de la medida, y
- 5) Las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente.

ASPECTOS QUE DEBEN EXAMINARSE EN LA HOMOLOGACIÓN

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, en sentencia de 30 de junio de 2005, muestra una posición más clara en el sentido que la actuación del juez de familia que decide la homologación **implica no sólo la verificación del procedimiento administrativo sino también la garantía y protección del interés superior del niño, la niña o el adolescente involucrado, así como los derechos de los familiares.** En este orden de ideas, el Tribunal manifestó:

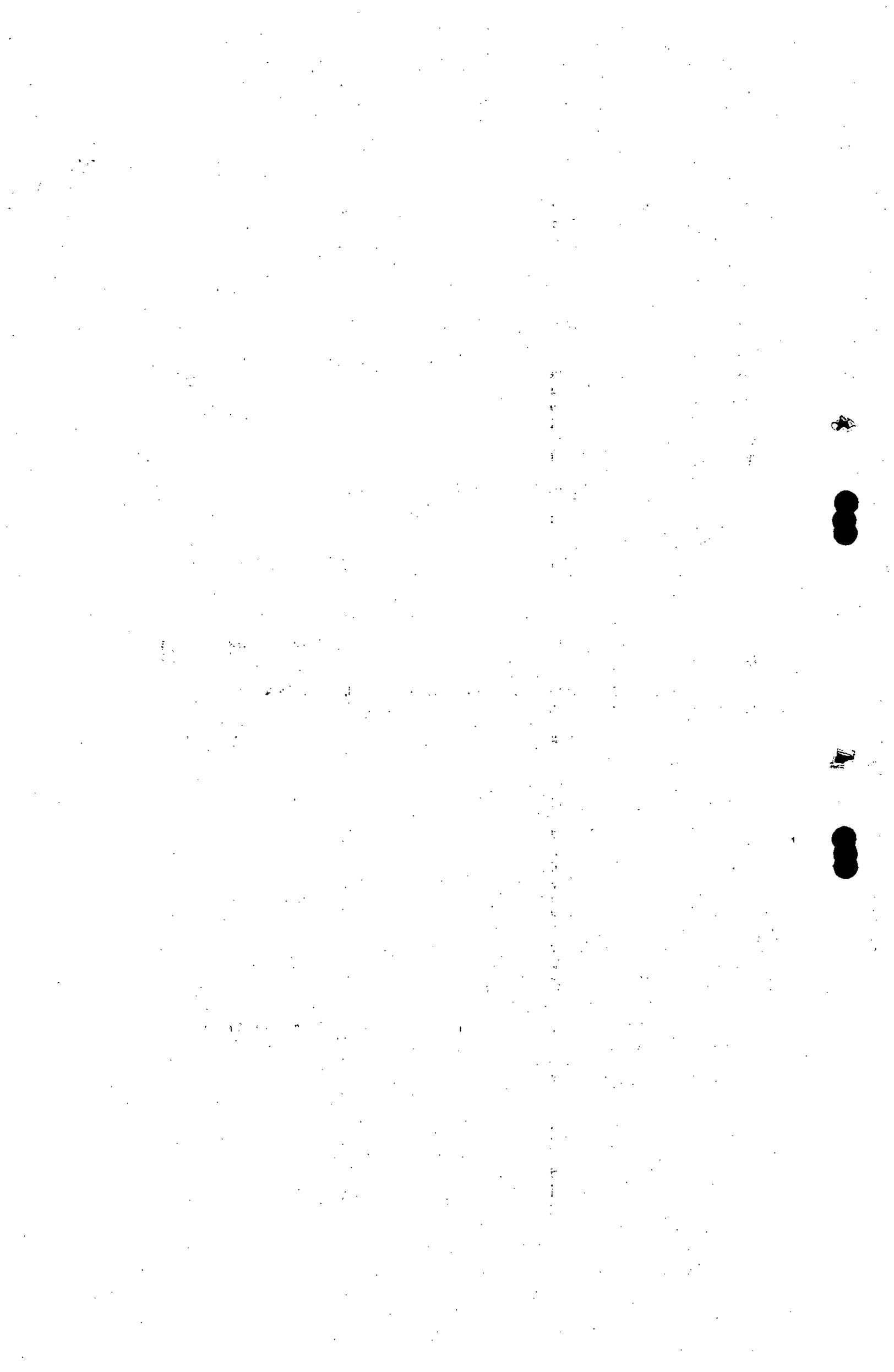
"el juez de familia como ejecutor de la función de policía que debe ejercer el Estado para la protección de los derechos de los menores, debe en virtud de la homologación, ir más allá de la simple revisión del cumplimiento de los requisitos del debido proceso y las exigencias del trámite administrativo, y debe hacer una revisión de los requisitos sustanciales de asunto..."

De manera que, agrega la Corte Constitucional, que el Defensor y Comisario de Familia y las partes no puede evadir las consideraciones hechas por los jueces de familia en el marco del proceso de homologación y su actuación posterior cuando éste ha negado o aceptado dicha homologación, deberá enmarcarse dentro de lo dispuesto por la respectiva providencia judicial.

MARCO LEGAL

Se entiende por restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados (Art.50 del Código de la Infancia y la Adolescencia).

Las autoridades administrativas competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, según el artículo 96 del Código de la Infancia y la Adolescencia, son tanto los defensores de



943

familia como los comisarios de familia, quienes se encargan de prevenir, garantizar y restablecer los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el Código de la Infancia y la Adolescencia, éstos cuentan con un equipo técnico e interdisciplinario, cuyos conceptos tienen el carácter de dictamen pericial.

COMPETENCIA COMISARIAS DE FAMILIA

Los Comisarios de Familia son competentes para dictar las resoluciones de vulneración de derechos en ejercicio de la facultad legal de restablecimiento de derechos a los niñas, niñas y adolescentes que se encuentran inmersos en el contexto de la violencia intrafamiliar y para ello deberán surtir una serie de procedimientos tendientes a garantizar el cumplimiento de cada uno de los derechos dicha población y se procederá a tomar las medidas pertinentes (arts. 51, 52, 53, 101 y 107 del Código de la Infancia y la Adolescencia) **siempre y cuando** se logre comprobar que el motivo de ingreso del niño o la niña a la protección del Estado, **es veraz**, así no se hayan retirado del hogar para su ubicación en medio institucional o de un hogar sustituto.

La normativa que rige el presente asunto:

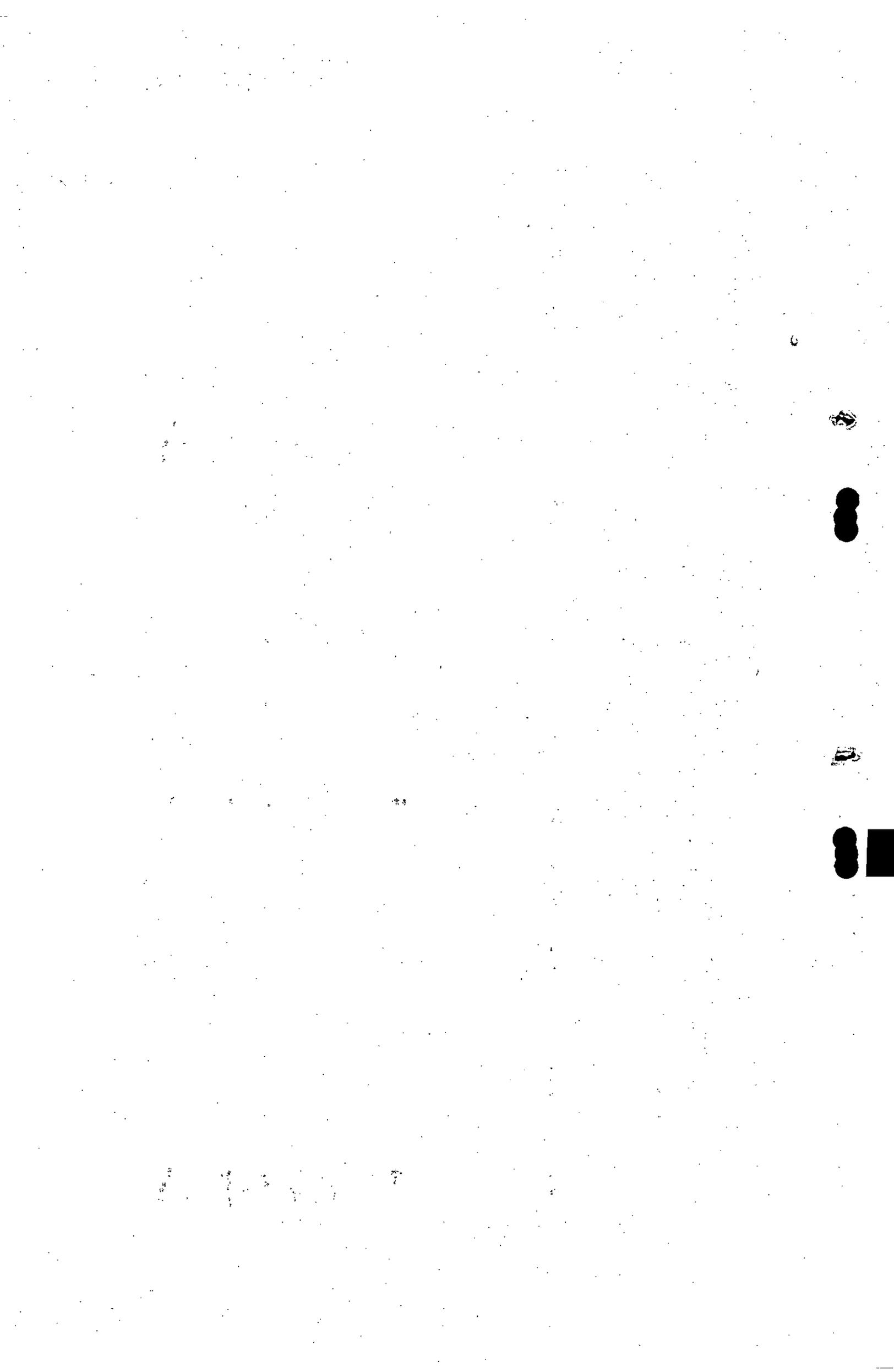
- Art. 42 C.P: "...Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley..."
- Ley 294 de 1996: "Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar".
- Ley 575 de 2000: "Por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996.
- Decreto 652 de 2001: "Por el cual se reglamenta la Ley 294 de 1996 reformada parcialmente por la Ley 575 de 2000".
- Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, artículos 86, funciones del comisario de familia y 53 Medidas de Restablecimiento de derechos.
- Ley 1257 de 2008: "Por la cual se dictan normas de sensibilización prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.
- Decretos 652 de 2001, 4840 de 2007, 860 de 2010 4799 del 20 de diciembre de 2011

La legislación interna desarrollando el principio consagrado en el Artículo 42 de la Constitución Política que reza "...Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la Ley..." a través del Congreso de la República expidió el 16 de julio de 1.996 la Ley 294 cuyo objetivo fue dictar algunas normas que en su momento se estimaban pertinentes y conducentes para prevenir, remediar y sancionar la VIOLENCIA INTRAFAMILIAR mediante un tratamiento integral de las diferentes modalidades de Violencia en la Familia, a efectos de asegurar a ésta su armonía y unidad.

Que las Comisarias de Familia, como autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales asumieron competencia para imponer Medidas de Protección a favor de las víctimas de violencia intrafamiliar, de conformidad con lo establecido en la Ley 575 de 2000 en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Nacional.

Con el transcurso del tiempo se vio la necesidad de implementar dicha Ley y proveer de herramientas a las autoridades para tratar de solucionar este flagelo, por lo que la Ley 294 fue modificada parcialmente por la Ley 575 del 9 de febrero del año 2.000. Entre otros asuntos en la normativa especial de Violencia Intrafamiliar se otorgó la competencia a los Comisarios de Familia.

Con la entrada en vigencia de la ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia, en materia de Violencia intrafamiliar en la que estén inmersos niños, niñas y adolescentes, la autoridad administrativa (comisaria de Familia) podrá tomar las medidas provisionales de urgencia que sean necesarias para la protección integral del niño, niña o adolescente, y practicar las pruebas que considere conducentes para establecer los hechos perturbadores de los derechos del niño, niña o adolescente (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 99) **con la observancia de garantizar el derecho de defensa y contradicción a las partes vinculadas al trámite administrativo.**



Culminada la etapa probatoria, se procederá a emitir la decisión correspondiente, **la cual debe contener una síntesis de los hechos, análisis de la prueba** y la fundamentación jurídica de la decisión. En el evento de que se interponga el recurso de reposición deberá ser resuelto o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para que este último homologue la decisión adoptada (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 100). El juez de familia, en única instancia, revisará las decisiones administrativas proferidas por el defensor o comisario de familia, como autoridad jurisdiccional con competencia para decidir en los asuntos en los que se vean comprometidos los derechos de un menor de edad. (Código de la Infancia y la Adolescencia, art. 119).

944

Con base en el orden constitucional y legal vigente, especialmente, en los criterios de razonabilidad y ponderación y con el fin de garantizar el goce efectivo e integral de los derechos fundamentales reconocidos a las personas menores de edad, la Corte Constitucional ha considerado que toda decisión de una autoridad competente para protegerla, debe ser excepcional y responder, así como cumplir, por lo menos, los siguientes ocho criterios.

1.- Gravedad de la afectación de los derechos: La medida debe estar fundamentada en la existencia de una evidencia clara de que el niño, la niña o el adolescente se encuentra frente a una amenaza o peligro, que se traduzca en un grave riesgo, de manera que el material probatorio deber ser sólido. Es decir, no basta con probar la existencia de una amenaza (el eventual peligro que se enfrenta), sino que también se ha de demostrar que existe un gran riesgo (una alta probabilidad de que la amenaza se materialice). La gravedad de la afectación, implica que el peligro o amenaza al que se enfrenten las personas menores de edad, por su debilidad manifiesta, deben provenir de situaciones que afecten en gran medida (no en poca o alguna medida) 1.1 la garantía del desarrollo integral del niño, 1.2 la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, 1.3 la protección de éste frente a riesgos prohibidos legal y categóricamente por una sociedad democrática.

2. Necesidad de intervención: La intervención de la administración pública en la definición de la permanencia de un niño, niña o adolescente, cuando la misma ya ha sido decidida por la justicia o por otro mecanismo, mediante los procesos establecidos para el efecto, debe respetar en especial el criterio de la "necesidad de intervención". En la medida en que son las relaciones paterno filiales las que han de prevalecer, en principio, y teniendo en cuenta que los menores de edad y su familia ya sufrieron una fuerte e impactante intervención estatal, una nueva, debe cumplir de forma estricta el principio de necesidad, el cual exige razones 'poderosas', de acuerdo con la jurisprudencia constitucional previamente citada.

3.- Posterioridad: La medida debe versar sobre cuestiones que no pudieron ser consideradas para decidir sobre los derechos de los menores, en atención a su interés superior, especialmente protegidos. Esto asegura que no se trate de revisar lo decidido a través de un mecanismo legal, sino de consideraciones sobre asuntos que no pudieron ser analizados **o que sobrevienen por cambio de circunstancias que afectan el interés superior de la niña**. Verbigracia, cuando se trata de hechos nuevos que acaecieron con posterioridad que fueron ocultados por una o por ambas de las partes, lo que suele ocurrir por ejemplo con los divorcios de mutuo acuerdo para salir del asunto, pero están latentes, maltratos no detectados por el silencio del acto, solo la concatenación de ellos es posiblemente que sea detectada.

4.- Urgencia. La autoridad administrativa debe estar ante una situación urgente, que demande su actuación con toda celeridad. Debe tratarse de una decisión y una medida que ha de tomarse con toda prontitud, una situación en la que no se cuenta con el tiempo para poder llevar la cuestión ante la autoridad correspondiente de forma previa. En todo caso, la actuación judicial debería tener que iniciarse por parte de la entidad estatal de forma coetánea, inmediatamente después o, por lo menos, a la mayor brevedad posible.

5.- Proporcionalidad: La medida debe ser proporcional al grave riesgo y amenaza que se enfrente. No puede la administración, so pretexto de proteger derechos fundamentales importantes y significativos de la persona menor de edad, desconocer o tomar decisiones que afecten otros derechos que sean más importantes o estén considerablemente amenazados por un riesgo significativamente mayor.

6.- Razonabilidad. La medida que se adopte debe ser razonable, esto es, que atienda a los mínimos criterios de racionalidad instrumental y parámetros constitucionales, en términos de valores, principios y reglas. La medida debe estar encaminada efectivamente a la finalidad de proteger a la niña, específica y concretamente consideradas, empleando para ello los medios adecuados, necesarios y legítimos. **No se puede tomar decisiones que no tengan justificación**, que sean absurdas o que no tengan coherencia. Así mismo, medidas que no conduzcan a los fines propuestos o que, simplemente, no atiendan a los límites que los derechos fundamentales le imponen a la administración.

7.- Temporalidad. La medida, por supuesto, no puede ser definitiva. Ha de tratarse de una intervención excepcional, no sólo en cuanto al hecho mismo que ocurra, sino también en cuanto a su duración. Si en realidad se trata de una situación excepcional, no puede ser que, en último término, no sea la autoridad judicial competente, sino la administrativa la que termine fijando y estableciendo el alcance de los derechos involucrados.



Handwritten text, possibly a signature or initials, located in the middle left section of the page.



Handwritten text, possibly a signature or initials, located in the bottom left section of the page.

8. Valoración de consecuencias. En cualquier caso, la autoridad administrativa correspondiente debe valorar las consecuencias negativas que puede comportar la medida en términos de estabilidad emocional y psicológica de toda persona menor de edad.

Teniendo de presente las anteriores reglas jurisprudenciales, el tema se centra entonces, en si la decisión administrativa se encuentra fuera del contexto de los elementos esenciales y legales y/o vulnera los derechos de custodia y demás derechos verificados como vulnerados. Para ello es necesario analizar:

ALCANCE DE LA CUSTODIA Y EL CUIDADO PERSONAL EN EL MARCO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

ARTÍCULO 23. CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

El artículo 6o. Consagra como reglas de interpretación y aplicación para cualquier asunto que involucre derechos afectados a los niños, niñas y adolescentes, las contenidas en la Constitución Política, en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:

Ha dicho la Corte Constitucional que la aplicación del Principio Interés Superior del Niño obedece a varias aristas: a) **las circunstancias individuales de cada niño, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, sociedad y el Estado de acuerdo a su situación personal;** b) **las circunstancias fácticas vistas en su totalidad y no atendiendo aspectos aislados o jurídicos, se debe atender los parámetros establecidos por la ley para promover el bienestar infantil** c) la garantía al desarrollo integral del niño, y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales; d) **el equilibrio con los derechos de los parientes sobre la base de prevalencia de los derechos de la niña y la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes de la niña involucrado.**

En sentencia T-587 del 20 de octubre de 1997 con ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz sobre el interés superior se dijo: "El interés superior del niño no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: 1) en primer lugar, el interés de la menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) en segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo; en tercer lugar, 3) se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad de la niña". (...) Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Esta obligación, consagrada a nivel constitucional (art. 44, C.P.), internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27) compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño.

Protección de la niña frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la violencia física o moral, entre otros, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. No en vano el artículo 44 de la Carta ordena que los niños "serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, entre otros. Sin embargo, dicha enunciación no agota todas las situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niña en particular, que deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto. (resalto fuera de texto)

Equilibrio con los derechos de los padres. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos de la niña y los de los padres; pero cuando dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del niño que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior de la niña.

Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo de la niña. Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico de la niña, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección. El contenido y las manifestaciones del derecho de los niños a crecer en una familia se precisan en la condición de posibilidad para la materialización de otros derechos fundamentales protegidos por la Carta, ya que a través de él se permite que los niños accedan al cuidado, amor, educación, etc., de los cuales son acreedores legítimos. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta. (Resalto fuera de texto).

Por último, existen circunstancias cuya verificación no es suficiente, en sí misma, para justificar una decisión, es necesario evaluar en conjunto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada niño en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares o cuidadores han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los niños. En este sentido resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al niño o frente a sus otros hijos, analizando —entre otras— si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño.

OPINIÓN DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE

La Corte ha indicado que la participación directa del niño, niña o adolescente, es procedente cuando se tiene suficientes razones para entender que la opinión que habrá de expresar es libre y espontánea, que se encuentra exenta de vicios en su consentimiento y que, pese a ser menor de edad, el sujeto tiene plena capacidad para comprender y aceptar los efectos que puedan derivarse de la correspondiente decisión. T-412/2000. Artículos 12 Convención Internacional de Derechos del Niño, y 26 inciso segundo de la Ley 1098 de 2006,

En ese orden de idea el Principio del Interés Superior del Niño, Niña o Adolescente (art 3 CIN, 8 Ley 1098 de 2006) y el principio del respeto por la opinión del niño consagrado en el artículo 12 CIN son principios que no son excluyentes, porque a través del primero se pretende lograr el interés primordial del niño y el otro una metodología para escucharlo

Artículo 12 CIN

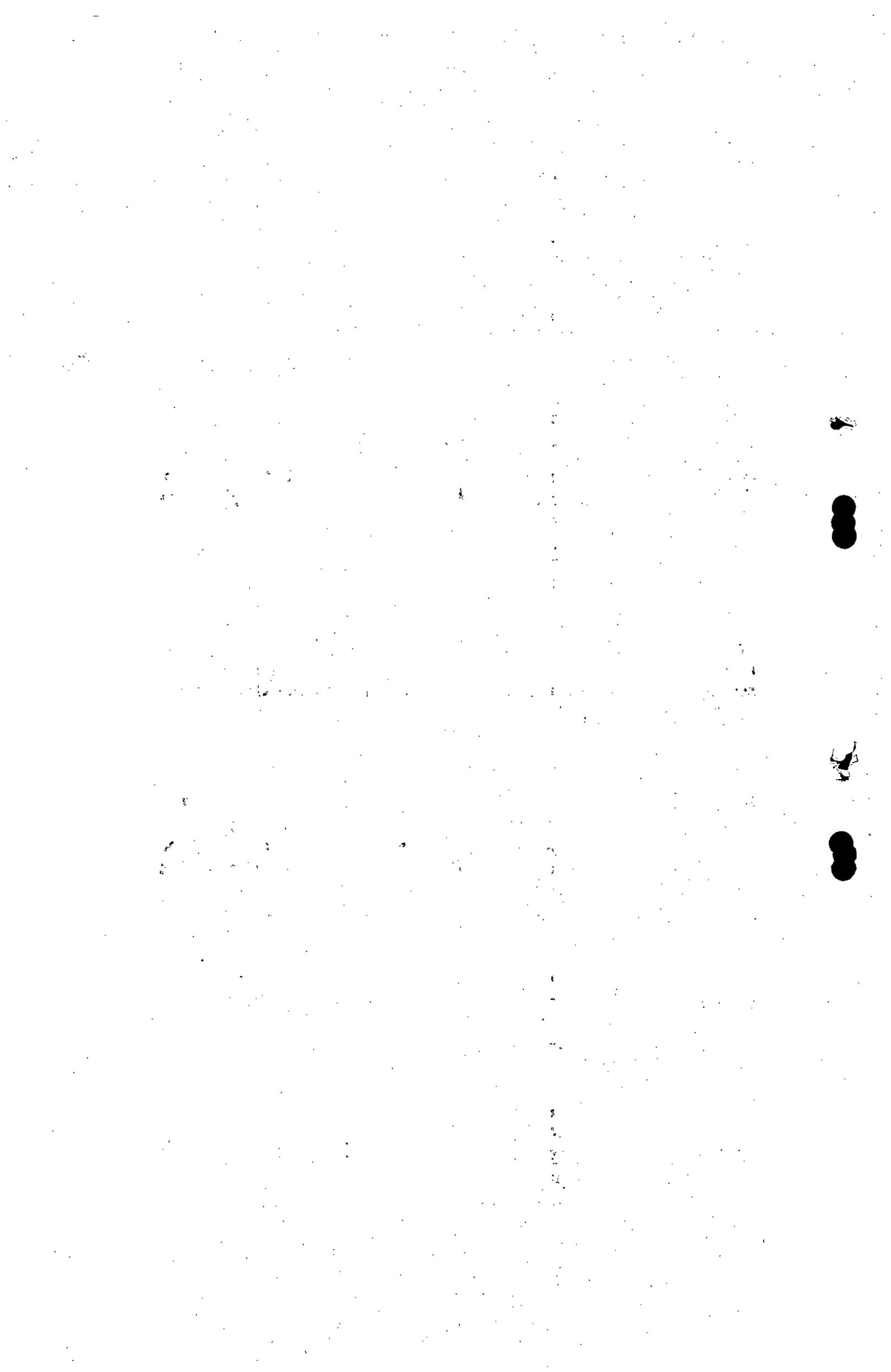
1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Mediante este artículo se pretende reforzar el concepto de que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos activos con relevancia de su opinión en la toma de decisiones que los afecten

DEBIDO PROCESO

Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material.

El debido proceso se instituye en la Carta Política de 1991 como un derecho de rango fundamental de aplicación inmediata (arts. 29 y 85) que rige para toda clase de actuaciones, sean estas judiciales o administrativas, sometiendo a los procedimientos y requisitos legal y reglamentariamente establecidos, para que los sujetos de derecho puedan tramitar los asuntos sometidos a decisión de las distintas autoridades, con protección de



sus derechos y libertades públicas, y mediante el otorgamiento de medios idóneos y oportunidades de defensa necesarios, de manera que garanticen la legalidad y certeza jurídica en las resoluciones que allí se adopten.

CONSIDERACIONES PARA EFECTOS DEL ESTUDIO DEL CASO

Se efectuó estudio al expediente contentivo de las actuaciones administrativas desplegadas por el señor Comisario de Familia de la Comuna Nueve Buenos Aires de esta ciudad, quien tuvo el conocimiento del proceso adelantado a favor de la prementada niña 9X7

Igualmente, de la normativa que rige el proceso y procedimiento que dio lugar a la decisión que se impugna por parte del progenitor de la misma.

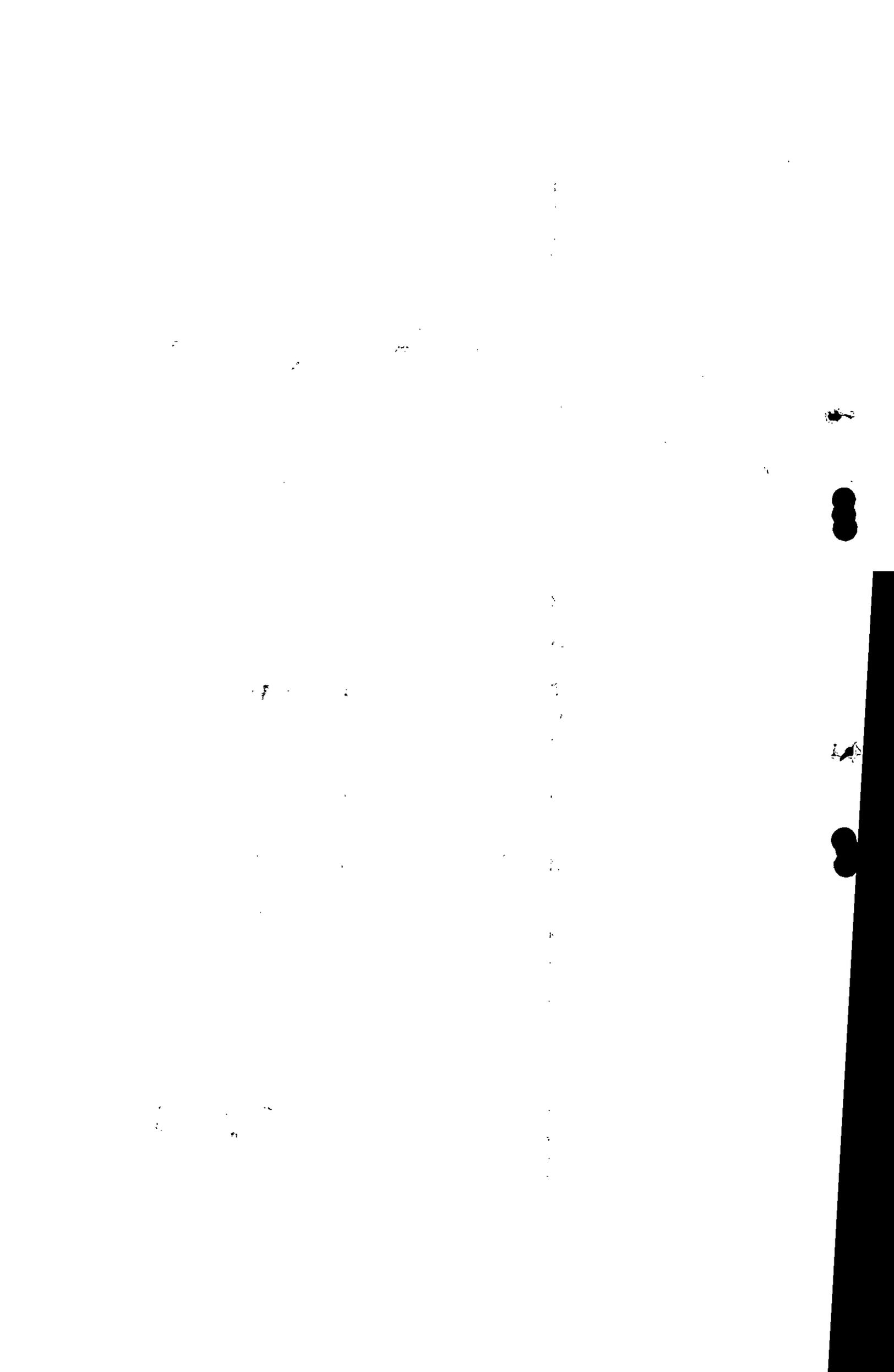
Realizado el análisis jurídico, la verificación de la actuación administrativa, y revisión del cumplimiento del debido proceso y de las garantías de los sujetos procesales o las partes; el cual se enmarca en el ARTICULO 100 LEY 1098/2006 MODIFICADA POR EL ARTICULO 4° DE LA LEY 1878/2018, es decir se ciñe al CONTROL DE LEGALIDAD de una RESOLUCION DE DECLARACION DE VULNERACION DE DERECHOS Y DE DECLARATORIA DE ADOPTABILIDAD.,

En este asunto en particular el control de legalidad versa sobre la resolución de declaración de vulneración de derechos No 844 emitida por la comisaria de familia comuna nueve el salvador el 12 de noviembre de 2019, con dirección carrera 36 a no 39-26 teléfono 2172359 y 2161008 y suscrita por el dr Alonso de Jesús Henao Colorado

Sea lo primero en indicar que; esta jurisdicción avoca el conocimiento de este PARD: (dentro del contexto de la V.I) de conformidad al artículo 100 inciso 8, artículo 108 y 123 del C. de la I. y A., lo que conduce a legitimar, avalar, o autorizar la decisión de la comisaria de conocimiento en tiempo (con resolución dentro del término) y por oposición presentada por una de las partes; artículo 100 inciso 7 de la prementada ley..

Este asunto no se avoca por pérdida de competencia, según lo prescrito en el artículo 100 inciso 10. (asume competencia. para decidir situación jurídica artic 100 inciso 11); mucho menos por revisión artículo 100 parágrafo 2 (asume competencia. decreta nulidad, si hay lugar a ello y resuelve situación jurídica artic 100 parágrafo

Y lo segundo; en afirmar que, si bien es cierto que el JUEZ DE FAMILIA DEBERA RESOLVER LA HOMOLOGACION EN UN TERMINO DE 20 DIAS CONTADOS A PARTIR DEL DIA SIGUIENTE DE LA RADICACION DEL PROCESO, esto no fue posible dados los diferentes inconvenientes presentados en el mismo proceso los cuales fueron ya detallados.



En este orden de ideas superados los distintos impedimentos en las presentes actuaciones y resuelto el recurso de reposición interpuesto por el señor JHON DAIRON YEPES BERRIO por la COMISARIA DE CONOCIMIENTO tal y como obra a fls 754 mediante resolución No 322 fechada el 08 de octubre del 2020 se procede en los términos del artículo 100 inciso 7 de la prementada ley, a legitimar, avalar, o autorizar la decisión de la comisaria de conocimiento

Se tiene entonces que bajo el entendido de que;

- 1- los términos de la actuación administrativa, se limitan solo a seis meses siguientes, al conocimiento de la presunta vulneración o amenaza. Que no hay lugar a prórroga, y que el término no se puede extender ni por actuación administrativa, ni judicial, para decidir: se valora que:

9x8

1.1 La solicitud de protección fue presentada el 28 DE JUNIO DE 2019.

1.2 DE MANERA INMEDIATA y POR AUTO No 389 Ordena verificación de garantía de derecho

SE VERIFICO

- la **INSCRIPCION EN EL REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO DE DAYLIN**, Ante la NOTARIA 4TA DEL CIRCULO DE MEDELLIN, bajo el indicativo serial No 55501306 y NUIP 1025670713
- **LA VINCULACION AL SISTEMA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL** de la niña la cual se encuentra afiliada en calidad de beneficiaria por parte de la progenitora, a SURA.
- **LA VINCULACION AL SISTEMA EDUCATIVO** considerando que se encuentra matriculada en el **CENTRO INFANTIL ANGELITOS DEL SABER**
- **El 03 de junio de 2019** se levanta acta de verificación de cumplimiento de derechos de la niña DAYLIN suscrita por los progenitores y psicóloga de la comisaria, coligiéndose de su lectura que se realizó la valoración inicial por psicología y emocional, (condiciones afectivas, económicas, sociales y culturales) a los progenitores
- el expediente contiene por demás valoración de nutrición y esquema de vacunación. bien es cierto que no se realizó; visita domiciliaria a los padres, tampoco la valoración inicial del entorno familiar, no se determinaron redes vinculares e identificaron elementos protectores y de riesgo para la garantía de derechos tal y como fuera ordenada en el auto no 389, el cual ordenaba verificación de garantía de derecho, siendo ello importante para establecer las medidas provisionales de restablecimiento de derechos, y para determinar que personas debían ser vinculadas al proceso. dichas actuaciones se surtieron a lo largo del trámite posterior a la verificación.

1.3 EL 04 DE JUNIO DE 2019 APERTURA INVESTIGACION

- Amonesta a los padres
- Asigna la custodia al padre
- Le cita a audiencia
- Ordena la permanencia de la niña que continúe con el acompañamiento psicoterapéutico
- Regula visitas a la madre;

Los días miércoles y viernes 5.30 pm a 8pm y
 cada_15 días, el día sábado de 1.30 pm a 8pm y
 el día domingo de 10.00 am a 6pm

944

Siendo claro que las medidas de protección y de restablecimiento de derechos son de carácter provisional y se modifican una vez son superadas las circunstancias que dieron lugar a ellas.

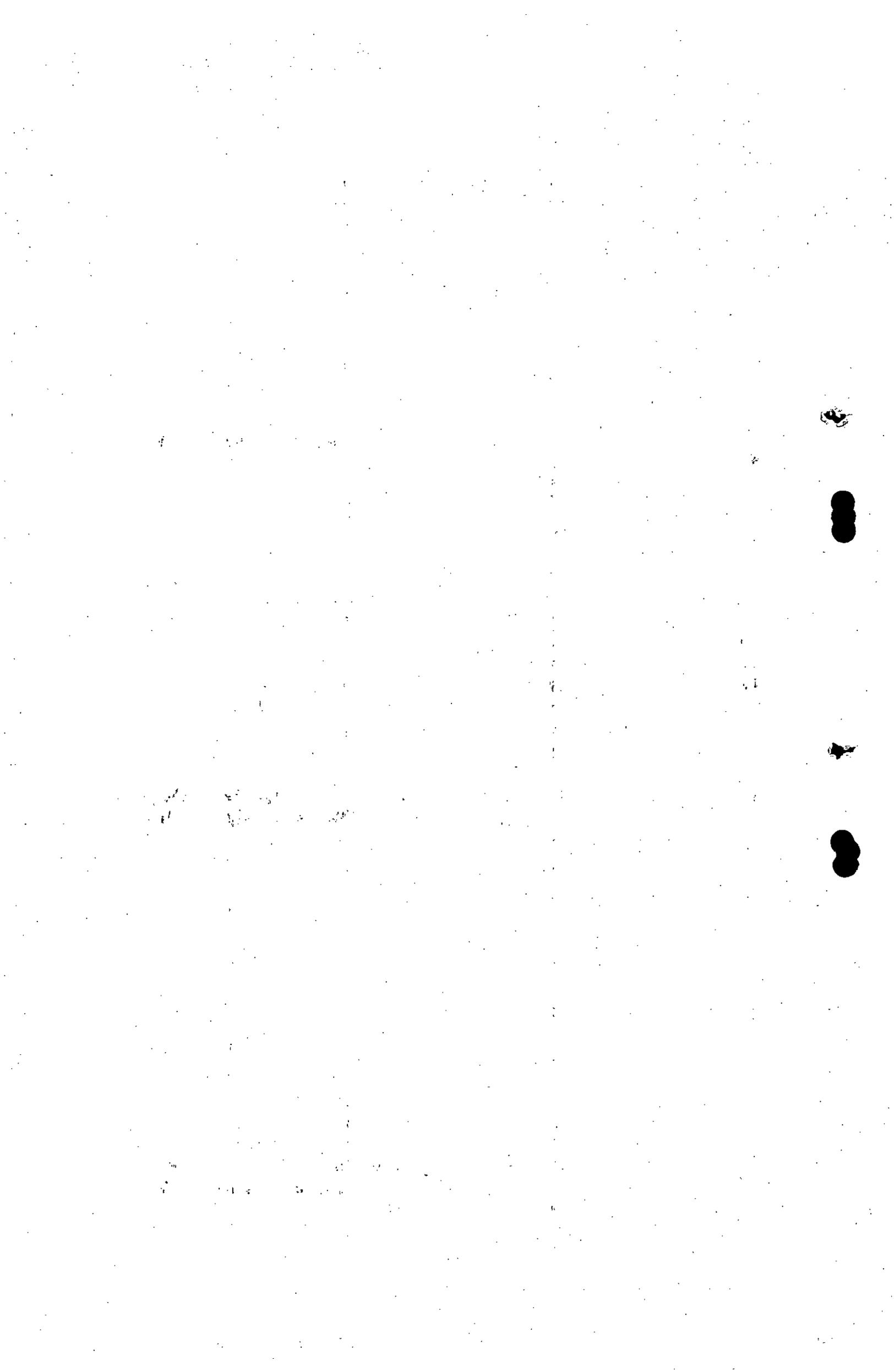
- Fija fecha para audiencia 12 noviembre de 2019

1.3 El 12 de noviembre de 2019 EMITE RESOLUCION 884

Profiere providencia en los términos del artículo 99 de la ley 1098 de 2008 modificada por la ley 1878/2018 en concordancia con la ley 294 de 1996, 575 de 2000, considerando por demás que el Consejo de Estado en varios de sus pronunciamientos refiere que " **también es cierto que con la vigencia de la ley 1098 de 2006**, el procedimiento que allí se indica es el que ha de realizarse para restaurar los derechos a los niños, niñas y adolescentes cuando le son vulnerados en razón de la violencia intrafamiliar".

De lo que se colige que LA ACTUACION ADMINISTRATIVA SE REALIZO;
ENTRE EL 28 DE JUNIO DE 2019 Y
EL 12 DE NOVIEMBRE DEL CITADO AÑO.

Es decir, se realizó dentro del término de los seis meses siguientes, al conocimiento de la presunta vulneración o amenaza de los derechos de DAYLIN, totalmente ajustada a derecho. No se observan irregularidades en el trámite propiamente, tampoco en el auto de apertura. se dio estricto cumplimiento a lo normado en el artículo 99 y 100 de la citada ley; CONTENIENDO 1- la caracterización de género, etnia, de existencia de discapacidad, familiar etc; 2- la orden de notificación a las partes notificadas y citadas; 3- reiterándose la fecha en que se tuvo conocimiento de la presunta vulneración; 4- la identificación de la autoridad administrativa; 5- los motivos que dan origen a la apertura, con fundamento en la verificación de garantía de derechos, (no obstante se aclara en el auto de que ordeno verificación de garantía de derecho se ordenaron algunos elementos de convicción que no se cumplieron, como fue realizarse visita domiciliaria a la progenitora, no contándose con la valoración inicial de su entorno familiar, de redes vinculares e identificación



de elementos protectores y de riesgo para la garantía de derechos tal y como fuera ordenada en el auto No 389), conteniendo; 6- los derechos vulnerados, o amenazados; 7- la identificación de la niña; 8- identificación y citación de los representantes legales; 9- de las personas con quien convive la niña; 10- identificación y citación de las personas responsables de su cuidado o de quien de hecho la tuvieren a su cargo; 11- la práctica de pruebas necesarias para establecer la vulneración y las medidas de restablecimiento provisionales o de emergencia.

Dentro del trámite procesal y por solicitud de la progenitora se realiza audiencia de conciliación extraprocesal sin resultado alguno.

En medio del trámite procesal se presentaron tutelas e incidente a la misma, por incumplimiento al derecho de visitas por parte del padre, la cual fue favorable a la madre

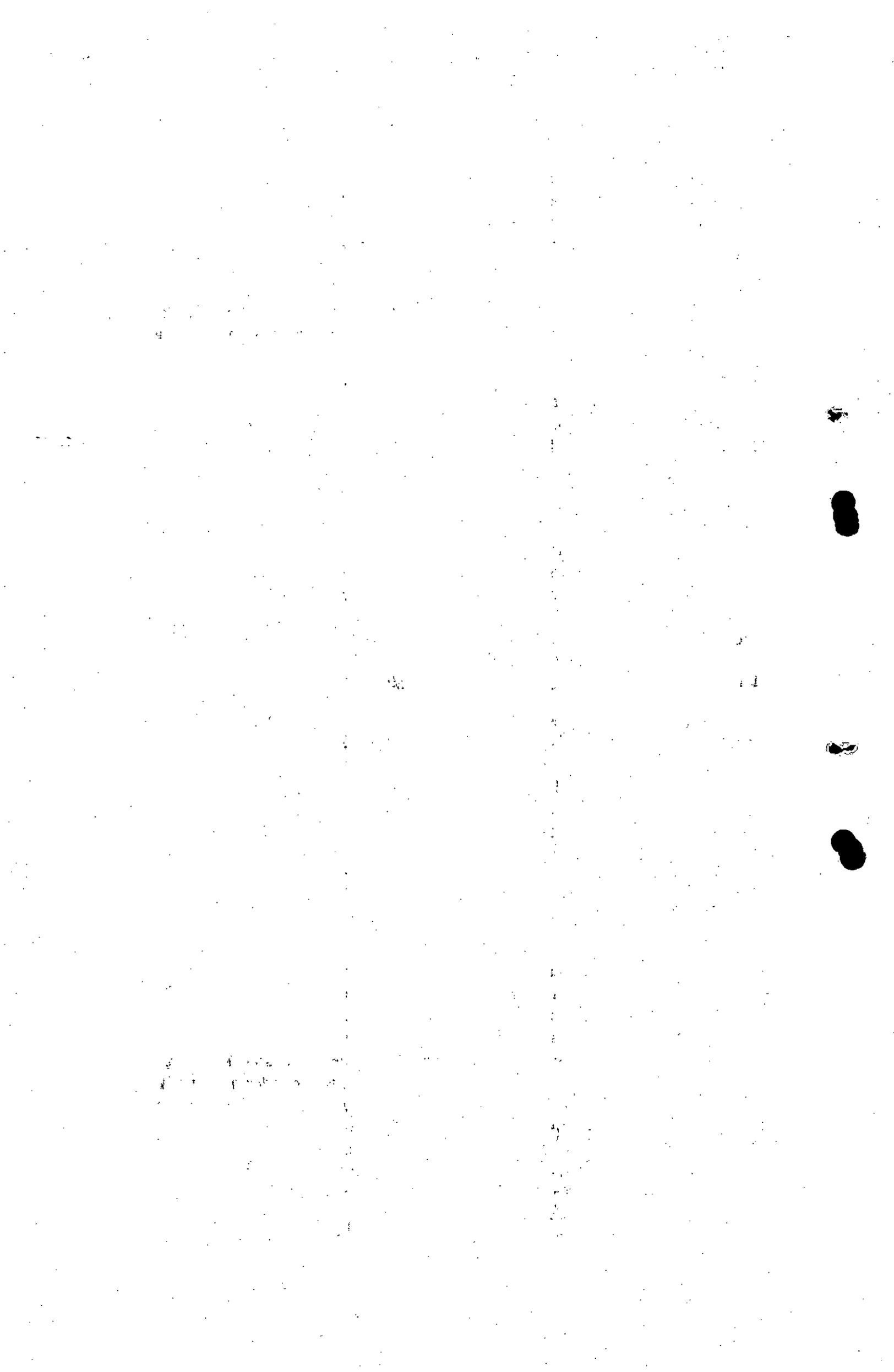
Los progenitores fueron notificados se les concedió el termino de 5 días para que se pronunciaran o aportar pruebas, vencido el termino de dicho traslado fija fecha para audiencia de pruebas y fallo el que fue debidamente motivado, se corrió oportuna y en debida forma traslado de las pruebas practicadas y aportadas, las pruebas decretadas fueron conducentes y útiles al proceso.

950

Se considera que al decidir: declarar vulnerados los derechos de la niña DAILYN a la integridad personal y a la protección contra cualquier forma de abuso sexual por parte de los progenitores y amonestarlos para que cesen todo tipo de vulneración, y asistir a un curso pedagógico sobre derechos de la niñez a cargo de la defensoría del pueblo; se perfila que las conductas constitutivas de violencia intrafamiliar no solo ameritaban ser miradas, desde la funcionalidad que como padres les asiste, de la incidencia de terceros en la relación de ellos como padre de la niña; permitiendo que persona que no tiene la responsabilidad por derecho natural de la niña, le permiten convertirse en una figura de autoridad que no le es propia, como es el caso de la señora BERTA ELENA BERRIO GALEANO en su condición de ABUELA PATERNA; consecuente con ello la potestad de proteger y garantizar los derechos de DAILYN compete a los padres; lo que significa que la conducta y comportamiento con relación a la niña, los progenitores y la abuela paterno era más que necesario ser valorada en el proceso.

El prohibir el acercamiento del abuelo, el señor JORGE ALCIDES OTALVARO a la niña, es bastante acertado, y es la progenitora la responsable o garante de los derechos y de la prohibición o acercamiento de aquel a la niña, en los términos dispuesto en esta resolución sujeto de control; hasta tanto no se conozca decisión por parte del CAIVAS en lo que atañe al presunto abuso sexual pues es la FISCALIA quien dentro del marco de sus funciones legales y constitucionales determina la responsabilidad o no indilgada al señor OTALVARO

De otro lado, el ordenar la permanencia de la niña con el acompañamiento psicoterapéutico es muy acertado como quiera que con ello se está permitiendo el fortalecimiento de una cultura por el respeto entre los miembros de la familia, especialmente hacia los menores de edad, de la niña así misma y a otros, e igualmente el fortalecimiento de los lazos familiares, en unos criterios de armonía.



El exhortar a los padres a tener buenos canales de comunicación y no delegar la responsabilidad de la niña en la abuela paterna, entiende este Despacho que pretende con ello el fortalecimiento de un lenguaje asertivo y constructivo al referirse el uno con respecto al otro, el evitar lanzar expresiones insultantes que pueden constituir en un riesgo para la salud mental, y generar cuadros clínicos que requieran acompañamiento psiquiátrico y psicológico, el mero hecho de que la salud mental y psicológica se vea afectada, es ya una alarma para la reflexión y la búsqueda de soluciones y medidas de restablecimiento de derechos; esperándose como mínimo, por parte de los padres el ofrecimiento de elementos que garanticen la integridad de DAILYN, no su afectación familiar; mucho menos cualquier tipo de manipulación; o de comportamientos desobligantes como los asumidos por el padre al momento que realiza la diligencia de recuperación ordenada por la comisaria, he ahí la importancia de que el padre acuda ayuda terapéutica.

El ordenar devolver niña a la madre, recordándole la prohibición ya ordenada con relación al señor JORGE ALCIDES OTALVARO es consecuencia de las resueltas del PARD que la misma iniciara, como quiera que el asunto que nos concentra refiere a conflictos de pareja por duelo de separación no resuelto por parte del padre; y quien de manera deliberada le es arrebatada por parte de su padre, luego de la resolución emitida por la comisaria; abusando de la confianza que la madre le otorgaba al momento de hacer efectivo su derecho a las visitas., lo cual y efectivamente por derecho le asiste, encontrándose las mismas ajustadas en los términos definidos por la COMISARIA DE CONOCIMIENTO.

Se comparte plenamente el que se haya adelantado el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, toda vez que la actuación atendió lo prescrito en la constitución colombiana, la ley 1098 de 2006 modificada por la Ley 1878/2018 y las convenciones internacionales suscritas por el país, en el sentido que, en materia de garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, corresponden a la familia, la sociedad y el estado proteger sus derechos y no abusar de éstos.

Se considera que el tema fue analizado con claro sentido ético y social de origen constitucional, con base al principio de solidaridad y protección de la familia y del artículo 129 de la Ley 1098/2006, al no tenerse la prueba de la solvencia económica del alimentante.

Asistiéndole, razón legal a la comisaria de familia, haber tramitado el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, mediante el cual se pretende hacer realidad la filosofía de la protección integral a **DailyN** quien por estar inmersa en vulneración de sus derechos fundamentales, ameritaba unas medidas de protección encaminadas a procurarles *un ambiente familiar apto para su desarrollo, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, niñas y adolescentes desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. esta obligación, consagrada a nivel constitucional (art. 44, c.p.), internacional (convención sobre los derechos del niño, art. 27) compete a la familia, la sociedad y el estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niña, niña y adolescente).*

Reintegrándose entonces que las medidas de protección adoptadas por la Comisaria de Familia las comparte ampliamente este Despacho, las cuales serán HOMOLOGADAS, ya que consultan el interés superior de la niña DAILYN YEPES OTALVARO y pretenden restaurar la armonía familiar, conforme las reglas jurisprudenciales anteriormente señaladas y puesto que pretenden minimizar los riesgos en la salud emocional, física y psicológica de la niña.

Sin necesidad de otras consideraciones, EL JUEZ QUINTO DE FAMILIA EN ORALIDAD DE MEDELLIN

RESUELVE:

PRIMERO: HOMOLOGAR INTEGRAMENTE la decisión adoptada por la Comisaria de Familia Comuna Nueve Buenos Aires, de esta ciudad, mediante Resolución No. 884 del 12 de noviembre de 2019

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia al señor Agente del Ministerio Público caguirre@procuraduria.gov.co

TERCERO: ORDENAR devolver el proceso al Despacho de conocimiento que lo remitió., por el medio más expedito Las actuaciones están contenidas en 6 cuadernos; 1 consta de 200 fls; 1 No 2 consta de 194 fls; No 3 consta del fl 201 al 400 fls; No 4 consta del fl 401 al 599; No 5 consta del fl 601 al 770 y No 6 consta del fl 771 al 938

CUARTO: Finalizar este proceso, en el programa de gestión que se lleva en este Despacho,

NOTIFIQUESE,



MANUEL QUIROGA MEDINA
JUEZ
(2)

CERTIFICO:	
Que la presente providencia fue notificada por ESTADOS N°	46
Fijado hoy	20 ABR 2021 a las 8:00 A.M. en la Secretaría del Juzgado Quinto de Familia de Medellín - Antioquia.
_____ Secretario	

952