

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL
MAGISTRADO PONENTE
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, dieciocho (18) de julio de dos mil once (2011).

Aprobado por Acta No. 0464

Hora: 04:00 p.m

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído, la impugnación interpuesta por la señora **MARÍA ARACELLYS IBARGUEN MOSQUERA** contra el fallo de tutela proferido por la señora Juez Quinta Penal del Circuito de Pereira, trámite dentro del cual figura como accionado el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -I.C.B.F.-.

2.- DEMANDA

En su escrito de tutela la señora **IBARGUEN MOSQUERA** manifestó lo siguiente: (i) su hija fue abusada por el padrastro, pero de eso ella nada sabía, se dio cuenta que la niña caminaba mal y decidió llevarla al médico, quien después de examinarla la remitió donde la trabajadora social, allí empezaron a formularle preguntas y la niña dijo temerosa que temía que le pegaran, pero ella le contestó que no la iba a castigar y que contara la verdad, de esa forma manifestó que el padrastro la tocaba; (ii) nunca se dio cuenta lo que estaba sucediendo, no pensó que pudiera pasar algo así y si

supiera lo que iba a ocurrir estaría prevenida, pero el señor se portaba muy bien con los niños; (iii) después que le quitaron a su hija también se llevaron el niño, a pesar que ellos son todo en su vida y por tanto no le pueden quitar ese derecho a estar con ellos; y (iv) solicita que le permitan estar con sus hijos o por lo menos visitarlos, porque hace 6 meses que no puede verlos; que le devuelvan sus hijos, entre otras cosas porque el padrastro se encuentra en la cárcel.

3.- TRÁMITE Y FALLO

3.1.- Asignado por reparto el conocimiento del asunto al referido despacho, se procedió a admitir la acción y a disponer el traslado pertinente a la entidad accionada, quien en término oportuno contestó:

- Efectivamente en marzo de 2010, el Hospital San Jorge de esta ciudad remitió el caso de la menor de 9 años -hija de la accionante-, quien al ser valorada presentó condilomatosis¹, por lo cual fue remitida a ginecología, y de la entrevista practicada a la menor se detectó la existencia de un posible abuso sexual.

- Dado lo anterior por la defensoría de familia adscrita al centro de atención integral a víctimas de abuso sexual, se inició proceso administrativo de derechos, donde se pudo establecer que en efecto la niña había sido objeto de abuso sexual por parte de su padrastro; motivo por el cual se ordenó como medida de protección apartar a la menor de ese entorno familiar, teniendo en cuenta que el presunto abusador residía allí.

- De lo descrito se concluyó que la madre accionante asumió una actitud pasiva frente al abuso sexual ejercido por su compañero permanente hacia

¹ Son protuberancias blandas de apariencia verrugosa en los genitales causadas por una enfermedad viral cutánea y son un tipo de enfermedad de transmisión sexual o ETS. El agente causal es el VPH, serotipos no oncogénicos 6-11. Definición tomada de la página de internert <http://www.ginecoweb.com/Ovphcondilomatosis.html>.

su hija, puesto que era concedora de ello, y no instauró las denuncias correspondientes, aunado a que carecía de las garantías necesarias para la protección de la integridad de la niña.

- También se conoció que la situación de la menor no era la única vivida en el interior del hogar, dado que su hermano materno también era objeto de abuso sexual por parte de su padre, es decir, abusaba de los dos menores. Por este motivo se adelantaron procesos que terminaron con la declaratoria de adoptabilidad de los infantes, lo que a su vez trajo como consecuencia la terminación de la patria potestad y la homologación por el respectivo Juzgado de Familia.

- Al I.C.B.F le asiste la obligación legal de ordenar las medidas de protección necesarias que permitan garantizar los derechos de la infancia, cuando se detecte que éstos están siendo vulnerados, inobservados o amenazados, como fue el caso de los menores hijos de la accionante.

- La Constitución Política de Colombia consagra en su artículo 44 como derecho fundamental "el cuidado y el amor", y no es otra cosa diferente que un llamado a los padres a cumplir con estas obligaciones legales de protección y afecto, de trato acorde con su edad. El incumplimiento de estas responsabilidades constituye abandono y negligencia.

- Las decisiones en los procesos de protección no son caprichosas y ellas obedecen a la situaciones que rodean cada caso; en este sentido, en nada se justifica que los padres cuando al comprobar que sus hijos han sido objeto de abuso o maltrato por parte de sus cuidadores, asuman actitudes negligentes o encubridoras. El instinto natural de una madre es el de proteger a sus menores hijos de cualquier situación de peligro, por lo mismo, no tiene explicación lógica que frente al conocimiento del abuso sexual en contra de sus hijos, la señora **MARÍA ARACELLYS** se haya tornado omisiva e indiferente, a pesar de que esa situación terminó afectando la integridad física y mental de los pequeños.

- Por lo anterior, teniendo en cuenta que se declaró la situación de adoptabilidad de los niños, y que esta decisión se fundamentó en las situaciones de abuso al que fueron sometidos, a la accionante se le terminó la patria potestad y en consecuencia el I.C.B.F no puede atender las pretensiones de la demanda de tutela, puesto que a la fecha no le asiste la facultad de reclamar a sus hijos, entre otras cosas, por haberles vulnerado sus derechos fundamentales.

3.2.- Agotado el término constitucional, el despacho de primera instancia profirió fallo adverso a los intereses del actor, del cual se extractan las siguientes consideraciones:

- La acción de tutela en este caso no procede contra las decisiones emanadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de la ciudad, toda vez que se evidencia que fueron tomadas con respeto de los derechos fundamentales de los niños, y garantizando el debido proceso, el derecho de defensa, el juez natural para aquellas personas que eran parte dentro de dicho proceso; así mismo, dicha decisión no se tomó de manera caprichosa, por lo que no se puede decir que existe un defecto por vía de hecho.

- La accionante requiere que se proteja su derecho a la familia y a no ser separada de ella; sin embargo, en la búsqueda de dicha protección se debe tener en cuenta que al exigir tal derecho no se pueden vulnerar los de sus hijos, al respecto la decisión tomada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de la ciudad fue producto de un análisis complejo en la búsqueda de protección de los niños y su bienestar.

- De los anexos aportados por el I.C.B.F regional Risaralda se puede apreciar la diligencia que la entidad tuvo para que la niña no se desprendiera de su medio familiar, por lo que procedió a ubicarla en el hogar de la abuela materna; sin embargo, debido a que la abuela no cumplió con el cuidado responsable de su nieta, el ICBF procedió a dar apertura al proceso

administrativo de restablecimiento de derechos a favor de la menor, basándose para esto en que esta última había sido objeto de abuso sexual por parte de su padrastro, quién adicionalmente le contagió una enfermedad venérea, y al estar ya al cuidado de su abuela, fue encontrada a solas con su verdugo y su hermano menor, lo cual evidenció el poco interés que tenían la madre y la abuela para protegerla.

- En el caso del niño se tiene que según declaraciones de su padre, quien también abusaba de su hermana materna, los infantes permanecían solos porque su progenitora estaba todo el día en la calle. Dentro de dicha diligencia se solicitó dejarlo al cuidado de la abuela paterna; sin embargo, se pudo establecer que la mencionada señora no contaba con los recursos económicos suficientes para darle una buena atención a su nieto, además, no se notaba ningún interés por parte de un familiar del menor para presentar alternativas que permitieran la asignación del niño, aunado a esta situación de abandono el hecho de que también pudo ser objeto de abuso sexual.

- Se advierte con claridad la actuación pasiva, desinteresada y despreocupada desplegada por la madre de los menores para su respectivo cuidado, la cual contrasta con las diligencias adoptadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de esta ciudad, en cumplimiento a las exigencias realizadas por la Constitución y la Ley.

- Por lo expuesto, existe apoyo probatorio suficiente para que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de la ciudad tomara la decisión de declarar en situación de adoptabilidad a los hijos de la accionante -la niña de 9 años y su hermano de 5 años-, y además que se declarara la pérdida de la patria potestad sobre ellos.

4.- IMPUGNACIÓN

En la diligencia de notificación la señora **MARÍA ARACELLYS IBARGUEN MOSQUERA** con su puño y letra escribió la palabra "impugno", sin que hubiera expresado las razones de su disenso.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por la señora Juez Quinta Penal del Circuito de esta ciudad, de conformidad con las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1382 de 2000.

5.1.- Problema jurídico planteado

Como no se conocen las razones de inconformidad de la actora con la providencia impugnada, siguiendo las orientaciones legales y jurisprudenciales que rigen la materia objeto de debate, esta Sala debe determinar el grado de acierto o de desacierto en el contenido de la misma.

5.2.- Solución a la controversia

Es de reiterar que la Constitución Política de Colombia en su artículo 86 consagró la acción de tutela como una forma para que las personas puedan reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando estos resulten vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública, pero la condicionó a que solo procedería cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En esta oportunidad quien interpone esta acción acude ante el juez constitucional a efectos de que interfiera y haga cesar la supuesta

vulneración de sus derechos fundamentales porque considera que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le debe permitir estar con sus dos hijos menores, o por lo menos dejar que pueda visitarlos.

La petición anterior no fue avalada por la juez de primer nivel, porque en su sentir, del análisis de las pruebas allegadas al expediente de tutela se puede deducir fácilmente que las medidas adoptadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el caso de los hijos menores de la actora, se tornan benéficas para el respeto de las garantías constitucionales de las que son titulares esos dos niños, posición que esta Sala comparte en su integridad, dadas las siguientes consideraciones:

Las especiales características de los niños hacen que sean sujetos de específica protección y por ello sus derechos tienen una connotación tan relevante que obliga a cualquier autoridad a quien corresponda conocer de trámites en los que se encuentren involucrados, a analizar con sumo cuidado el caso puesto en consideración, buscando siempre obtener un beneficio para ellos.

En Colombia, según lo preceptuado por el artículo 44 de la Constitución Política: "son derechos fundamentales de los niños: la vida, la **integridad física**, la **salud** y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separada de ella, **el cuidado y amor**, la educación y cultura (...)" -negritas fuera de texto-.

En la esfera mundial también hay una marcada tendencia a la protección especial de los derechos de los niños, eso se comprueba con la existencia de innumerables disposiciones y entidades que propenden por su efectivización; muestra de ello es la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20-11-59, la cual tiene como fin que éstos puedan gozar de una infancia feliz, lo que solo es posible si se cuenta con el apoyo de los gobiernos de todos los países quienes deben establecer medidas legislativas que no hagan ilusoria su consecución.

Como se advirtió, Colombia no ha sido indiferente al tema y por ello en su máxima expresión de soberanía consagró la condición especial de los niños. Esta norma constitucional mantiene permanente vigencia y se ha convertido en la herramienta para hacer efectiva la protección de los derechos de millones de menores en Colombia. Al punto la Sentencia T-107 de 2007 expresó:

“ (...) 4. Los derechos de los niños en la Constitución de 1991.

La Constitución Política destaca la protección especial de los menores de edad en su artículo 44, según el cual los derechos de los niños y niñas tienen carácter especial y prevalente y son de naturaleza fundamental. Algunos de esos derechos son: a la vida, **la integridad física, la salud**, la seguridad social, la alimentación equilibrada, tener una familia y no ser separados de ella, la educación, la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Además, también gozarán de los demás derechos establecidos en la Constitución, las leyes y en los tratados internacionales.

La Constitución reconoce no sólo la índole fundamental de los derechos de los niños y niñas y su prevalencia sobre los derechos de los demás, sino también la protección de la cual deben ser objeto **y el compromiso de la familia, de la sociedad y del Estado de asistir y protegerlos a fin de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.**

El derecho a la vida de los niños ha sido establecido en infinidad de normas de carácter nacional e internacional² y la Corte Constitucional ha

² C.P. Arts. 11, 43 y 44; Código del Menor, Art. 4º; Ley 83 de 1946 (Ley Orgánica de la Defensa del Niño) Arts. 99, 109 y 120; Ley 74 de 1968 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Art. 24; Decreto 2388 de 1979 (Por el cual se reglamentan las Leyes 75 de 1968, 27 de 1979 y 7ª de 1979), Arts. 32, 74 y 75; Ley 16 de 1972 (Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”) Art. 19; Ley 12 de 1991 (Convención sobre los Derechos del Niño), Art. 6; Ley 294 de 1996 (Medidas para la prevención y sanción de la violencia intrafamiliar), Art. 3º; Ley 51 de 1981 (Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”), Art. 11 y 12; Ley 468 de 1998 (Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo sobre asistencia a la niñez entre la República de Colombia y la República de Chile”); Ley 509 de 1999 (Por la cual se disponen unos beneficios en favor de Madres Comunitarias en materia de Seguridad Social y se otorga un Subsidio Pensional); Declaración de los Derechos del Niño, Principios 1 y 2; Declaración sobre Protección de la Mujer y del Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado; Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Artículo 25, numeral 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 10, numeral 2;

sido fecunda y prolífera en la producción de jurisprudencia relativa a la protección de ese y de los demás derechos de los niños”.

Reconociendo en el caso concreto la importancia anteriormente relacionada, como se anunció, en concordancia con lo expuesto por la funcionaria de primer nivel, considera esta Sala que el abuso sexual sufrido por los infantes por parte del compañero permanente de la señora **MARÍA ARACELLYS**, y el indebido y reiterativo comportamiento de ella como progenitora, ocasionaron que de forma válida y necesaria tuvieron que ser separados del seno familiar, efectos que no pueden ser endilgados a los funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar quienes en aras de la protección y respeto por las garantías fundamentales de los niños y niñas, lo único que pretenden es dar aplicación a unas normas básicas que así lo permitan.

Para la Magistratura no es de recibo que por un mecanismo como la acción de tutela la actora pretenda que se le reconozca su calidad de madre de los menores y los derechos que esa condición otorga, para que por tanto se le permita estar con ellos o por lo menos visitarlos, puesto que dentro del trámite quedó demostrado que su actitud omisiva y despreocupada fue entre otras, la causa para que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar decidiera declarar en estado de adoptabilidad a sus hijos, mediante providencias que posteriormente fueron homologadas por la Juez Tercera de Familia de esta ciudad.

Adicionalmente, no se puede decir que en este lamentable caso se atentó contra el derecho al debido proceso del que es titular la actora, por cuanto se pudo conocer que antes de que se adoptara la decisión definitiva de adoptabilidad, el Instituto accionado intentó brindarle la oportunidad a la familia de los pequeños para que se encargaran de su custodia y cuidado, pero contrario a ello, en una de las visitas realizadas por uno de sus

Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño; Convenio de Ginebra Relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III). Artículos 3 y 19; Convenio de Ginebra Relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV), Arts. 3, 17, 32, 68 y 75; Código Civil, Art. 91.

delegados, fueron encontrados en compañía de su agresor sexual y sin la supervisión de un tercero³; además, se pudo establecer que dada la cercanía de la vivienda, la niña frecuentaba su hogar materno y muchas veces se quedaba a dormir allí, sin importar que en ese lugar también estaba quien abusó de ella. Más grave aún, que a pesar de las lesiones de su hija y de la enfermedad de transmisión sexual que le fue contagiada, la señora **MARÍA ARACELLYS** le expresó a quienes realizaban la investigación administrativa que no estaba en condiciones de denunciar a su pareja por los abusos que éste le había realizado a sus hijos⁴, actitud que no tiene justificación alguna, que avala plenamente la decisión adoptada por las instancias ya mencionadas, y que hace abiertamente improcedente esta acción para los fines pretendidos.

Por tanto, como quiera que se comparten los argumentos expuestos por la juez de primer nivel para negar el amparo de derechos fundamentales, se confirmará la providencia impugnada.

6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

FALLA

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia de tutela proferida por la señora Juez Quinta Penal del Circuito de Pereira.

SEGUNDO: Por secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

³ Cfr. folio 18.

⁴ Cfr. folio 19.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

El Secretario de la Sala,

JARIO ALBERTO LÓPEZ MORALES