



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

STC5347-2021

Radicación n.º 11001-22-10-000-2020-00781-01

(Aprobado en sesión virtual de doce de mayo de dos mil veintiuno)

Bogotá, D. C., trece (13) de mayo de dos mil veintiuno
(2021)

Decide la Corte la impugnación formulada respecto del fallo proferido el 25 de enero de 2021, por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la tutela promovida por María, en su nombre y en el de su hija menor, Valentina¹, frente al Juzgado Primero de Familia de esta ciudad; con ocasión del segundo incidente de incumplimiento a la medida de protección por violencia intrafamiliar, otorgada a favor de Pablo y contra la aquí quejosa, con radicado 2019-0472.

¹ Antes de entrar al estudio de fondo del asunto, esta Sala considera necesario tomar oficiosamente medidas para proteger la intimidad de los niños en pro de quienes se incoó esta acción, de manera que serán elaborados dos textos de esta sentencia, de idéntico tenor, solo que, en uno de ellos, el cual será divulgado y consultado libremente, serán cambiados sus nombres y cualquier otro dato que pudiese conducir a la identificación.

1. ANTECEDENTES

1. A través de apoderado judicial, la accionante suplica la protección de sus prerrogativas al debido proceso, *habeas data*, familia, acceso a la administración de justicia y los derechos de su niña, presuntamente quebrantados por la autoridad convocada.

2. Del extenso escrito introductor y de la información aquí allegada, se extraen, en síntesis, los siguientes supuestos fácticos:

El 16 de agosto de 2019, la Comisaría de Familia de Usaquén II impuso medida de protección en contra de la tutelante, consistente en abstenerse de “*realizar cualquier acto de violencia, agresión, maltrato, amenaza u ofensa directa, indirecta y/o a través de cualquier medio*” frente a sus menores hijos, Martín y Valentina, y al progenitor de ésta última, Pablo. Asimismo, como medida “*definitiva*”, concedió la custodia y cuidado personal de Valentina a su padre.

Frente a esta última determinación la promotora interpuso “*apelación*”; no obstante, mediante sentencia de 18 de diciembre de 2019, el juzgado accionado confirmó la decisión impugnada, al concluir que Pablo, era la persona más idónea para asumir la tuición de la niña.

Desde el 29 de julio de 2019, María se alejó con sus hijos, sin dar cuenta de su paradero; dicha situación se mantuvo hasta el 19 de abril de 2020, cuando los menores Valentina y Martín fueron rescatados en el municipio de Agua de Dios, con apoyo de la fuerza pública y entregados en custodia a sus progenitores, Pablo y Pedro, respectivamente.

El 9 de julio de 2020, la entidad administrativa mencionada declara que, por segunda vez², María, había incumplido la medida de protección otorgada el 16 de agosto de 2019, en favor de Pablo y de su menor hija, Valentina; sancionándola con arresto de 40 días. En dicha resolución volvió a conminar a la accionante a practicarse valoración psico forense, a acudir a tratamiento psico terapéutico y la remitió a la Defensoría del Pueblo para vincularla a un curso sobre derechos de la niñez.

Además, adoptó las siguientes medidas complementarias:

“(...) [i] mantener definitivamente la custodia y cuidado personal de la niña SPA en cabeza de su progenitor (...) [ii] suspender provisionalmente el régimen de visitas en favor de la progenitora (...) [iii] fijar provisionalmente como cuota alimentaria a cargo de la señora María la suma de \$200.000 (...) [iv] ordenar a la señora María abstenerse de utilizar la imagen de su hija en redes sociales y/o publicaciones relacionadas con los conflictos de la intimidad familiar (...) [v] ordenar a la señora María abstenerse de ejecutar cualquier acto que atente contra el derecho a la intimidad y al buen nombre del Señor Pablo en redes sociales o

² El primer incidente de incumplimiento se declaró probado el 28 de agosto de 2019, imponiéndole a María, sanción de 6 salarios mínimos mensuales vigentes.

por cualquier otro medio público en los ámbitos personal, familiar y/o laboral (...)” (énfasis de la Sala).

En la providencia de 22 de septiembre de 2020 -aquí cuestionada-, en sede de consulta, el juzgado accionado revocó la penalidad de arresto; decisión fundamentada sobre la base de que nadie puede ser sancionado dos veces por los mismos hechos, por cuanto María ya había sido juzgada por la misma situación en un primer incidente de incumplimiento.

Sin embargo, aclaró:

“(...) Si bien es cierto, la falta de medida que demostró la señora Kinberly, para evadir las decisiones judiciales, hoy no da lugar a imponer una nueva sanción, sí compromete su derecho a ostentar la custodia de sus hijos menores de edad, en especial de la niña SPA; demostrar reticencia para acatar decisiones de una autoridad administrativa y/o judicial, también evidencia falta de interés por el bienestar integral de quién se pretendía proteger”.

En la misma decisión, el juez confutado dejó sin efectos la fijación provisional de alimentos a cargo de la incidentada, al no hallar acreditados los presupuestos para su decreto; y precisó que la custodia de la niña *“(...) ser[ía] definitiva, mientras una autoridad judicial no disponga lo contrario o las circunstancias fácticas varíen (...)*.

Finalmente, adicionó la resolución impugnada, en el sentido de *“(...) indica[r] que la suspensión provisional de visitas, queda[ba] condicionada a los resultados de (...) [una] pericia psiquiátrica y/o psicológica forense (...) ante el*

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (...)”.

Para la tutelante, al confirmar la decisión de la comisaría vinculada, el juzgador acusado vulneró el derecho de su hija a tener una familia y a no ser separada de ella, pues *“sin sustento técnico, jurídico y sin rigor científico probatorio, (...) se separó de manera definitiva a la menor de su madre, impidiéndole tan si quiera ser visitada, amamantada, tener contacto alguno y desarrollar una relación materno infantil amorosa (...)”*.

Cuestiona que la tuición de su pequeña se haya otorgado de manera exclusiva a su progenitor, Pablo, *“con sus casi 70 años de edad”*, y a quien se refiere en los siguientes términos:

“(...) sujeto de la tercera edad: 1) que NO había procreado hijos biológicos y es un padre ausente, 2) que NO cuenta con experiencia en el cuidado, menos aún con el tiempo y disposición, para la crianza que todo menor requiere, 3) que NO cuenta con familiares en Colombia, ni allegados distintos a sus conocidos en razón a sus vínculos laborales, 4) que contrató a un equipo interdisciplinario para el cuidado de la menor y 5) que paga para que otros niños puedan jugar con la menor SPA, basándose en la estabilidad económica del mismo, omitiendo así (...) el hecho de que el poderío económico de un padre no garantiza la satisfacción del derecho al amor, del derecho a la familia, la fraternidad, el bienestar y desarrollo de todo infante (...)”.

Aunado a lo anterior, reprocha, no se tuvo en cuenta que Pablo fue sancionado por la comisaría de familia vinculada, como responsable de violencia intrafamiliar en

su contra³; y, además, se desestimaron sus denuncias por las presuntas conductas de abuso sexual de aquél hacia su hija, sin siquiera, ordenar investigación al respecto.

Cuestiona que el funcionario confutado haya omitido la valoración de dictámenes periciales aportados junto con el recurso de apelación por ella presentado frente a la anotada resolución administrativa, los cuales acreditaban su aptitud para ejercer el cuidado y custodia de la niña, “(...) *tal y como lo venía haciendo hasta el momento en el cual [se la] arrebataron injustificadamente (...)*”.

Critica la ilegalidad e ilicitud de las pruebas recaudadas en el incidente, en particular, el dictamen pericial decretado y practicado por la Comisaria Primera de Familia Usaquén, pues, en su criterio, “*no cumple con las disposiciones mínimas exigidas en la Ley 527 de 1999 para garantizar el derecho fundamental al Habeas Data*” y, además -asegura-, de la misma no se le corrió traslado, lo cual le impidió ejercer debidamente su derecho de defensa.

Asevera que la comisaría vinculada “(...) *alteró y modificó el contenido del acta del fallo emitido el día 9 de julio del año 2020 [sic], sin estar justificada legalmente dicha modificación, siendo esta la consecuencia del actuar arbitrario e ilegal, por demás irregular, de la Comisaria de Familia (...)*”.

³ Según aduce la actora, con ocasión de la medida de protección 021-2019.

Finalmente, refiere que el juez convocado faltó a su deber de motivar de manera suficiente la providencia cuestionada y de ejercer el debido control de legalidad de la actuación procesal.

3. Pide, en concreto:

“(...) Que se revoque el fallo emitido por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá con fecha del 22 de septiembre del año 2020, que confirmó la decisión de la Comisaría de Familia de Usaquén II del día 9 de julio del año 2020.

“(...) Como consecuencia de la anterior pretensión, se le ordene al Juzgado Primero de Familia de Bogotá emitir un fallo íntegro, en el que satisfaga su obligación legal y constitucional de motivar la providencia y valorar, con perspectiva de género, todas y cada una de las pruebas y circunstancias fácticas que componen el proceso surtido ante la Comisaría de Familia de Usaquén II, así como las pruebas adjuntas al escrito de apelación presentado ante ese juzgado.

“(...) Como consecuencia de lo señalado, se le ordene al Juzgado Primero de Familia de Bogotá, que resuelva de fondo las peticiones y solicitudes realizadas en [el] escrito de sustentación de[l] recurso y formulación de nulidades (...)”.

Aunque reprocha la supuesta “revictimización” a la cual se ve sometida al ordenarle “una pericia psiquiátrica y/o psicológica forense (...) ante el Instituto Nacional de Medicina Legal”, solicita:

“(...) se ORDENE a un equipo interdisciplinario, independiente, y objetivo, que pueda garantizar un resultado imparcial, idóneo y científico formado, en la medida de lo posible, por psicólogo forense, psiquiatra forense y trabajador social forense, con suficiente reputación, preferiblemente con profesionales nacionales e internacionales, la evaluación de la idoneidad parental de la señora MARÍA y del señor PABLO PARK, junto con su menor hija SPA y del señor RICARDO MOJICA, y la señora ARÉVALO SÁNCHEZ, junto con su menor hijo TMA, con la presencia de ambos menores (...)”.

1.1. Respuesta de los accionados y vinculados

1. La Comisaría de Familia de Usaquén II señaló que, durante el procedimiento administrativo, se garantizó el debido proceso de la quejosa.

2. El juzgado convocado defendió la legalidad de su proceder, exponiendo detalladamente las razones en las cuales fundamentó la decisión censurada por la tutelante.

3. Pablo se opuso a la prosperidad del ruego, por inobservancia del requisito de subsidiariedad, indicando que la actora formuló demanda encaminada a definir la custodia, el régimen de visitas y la cuota alimentaria a favor de su hija, Sophia, la cual cursa en el Juzgado Diecinueve de Familia de Bogotá, con radicado n.º. 2020-00351.

Señaló que de la revisión de las pruebas obrantes en el plenario se puede constatar:

(...) que la señora ARÉVALO SÁNCHEZ, vulneró de manera reiterativa los derechos fundamentales de sus pequeños hijos, al inmiscuirlos en su problemas de pareja, al someterlos a vivir en una habitación de hotel, pese a tener un apartamento en donde vivir dignamente, desescolarizó a su hijo THOMÁS, les negó el derecho a la salud al dejar de pagar, pese a la alta suma de dinero que recibía como cuota alimentaria, los aportes a la EPS, los sometió a vivir por nueve (9) largos meses, en un estado de zozobra y angustia permanente, al sentirse perseguida por las autoridades judiciales y policiales, entre muchas otras actitudes lesivas de los derechos de sus hijos (...)”.

3. La Fiscal 236 adscrita a la Unidad de Violencia Intrafamiliar refirió que respecto a la denuncia presentada el 15 de julio de 2019 por la aquí tutelante frente a Pablo, se profirió orden de archivo, el 26 de julio siguiente, ante “*la inexistencia de evidencia forense, que permitiera corroborar que la denunciante padeciera algún tipo de agresiones físicas según los hechos puestos en conocimiento (...) [ni] pruebas o elementos que permitan concluir que se presentó maltrato de índole verbal (...) [y tampoco] se cuenta con testigo alguno que permita confirmar los hechos que manifiesta la señora Arévalo Sánchez (...)*”.

1.2. La sentencia impugnada

El *a quo* negó la salvaguarda tras colegir que la actuación del juez convocado no vulneró los derechos de la quejosa. Al respecto, anotó:

“(...) En suma, las decisiones adoptadas por el juzgado al resolver el recurso de apelación formulado por MARÍA, antes que afectarla, la favorecen y, en el fondo, tienen como objeto proteger los derechos fundamentales tanto de la menor como de la progenitora, por lo que nada más alejado de la realidad es la afirmación de que la decisión del juzgado atenta contra el orden jurídico o los derechos de la madre, aquí accionante, o que la providencia cuestionada se emitió sin observancia del enfoque de género, que reclama en su condición de mujer (...)”.

Asimismo, precisó que la queja en torno a la asignación de la custodia de la niña a su padre es tardía, pues ello “*fue debatido y decidido a finales del año 2019, más no, en la providencia del 22 de septiembre de 2020*”.

1.3. La impugnación

La impetró la accionante insistiendo en los argumentos expuestos en el escrito inicial, en particular, en que lo pretendido con la interposición del amparo es el resguardo de sus derechos y los de su hija

“(...) al amor, al cuidado, protección, bienestar a que tiene derecho le otorgue su madre, (...) derechos que se han petitionado y requerido en todos los escenarios buscando se tomen las medidas necesarias y urgentes para garantizar el bien supremo de la niña a tener una familia (...)”.

Además, presentó los siguientes cuestionamientos con relación a la sentencia del *a quo* constitucional:

“(...) 1. El fallo del 25 de enero de 2021 desconoce las facultades oficiosas que le correspondían al juez primero de familia de Bogotá, dentro del recurso de alzada en el segundo trámite incidental para corregir las falencias cometidas por la comisaría de familia de Usaquén II de Bogotá.

“2. El fallo de tutela omite analizar los fundamentos de derecho y causales y/o cargos en contra [de] la providencia del 22 de septiembre de 2020, proferida por el juzgado primero de familia de Bogotá.

“3. No se tuvo en cuenta el interés superior de la menor Valentina para proferir fallo de primera instancia de fecha 25 de enero de 2021.

“4. No se analizaron cargos por nulidad a los dictámenes periciales presentados por el señor Pablo que fueron debidamente motivados ante el Juez Primero de Familia de Bogotá.

“5. No es cierto que exista otro mecanismo judicial para atacar el fallo del 22 de septiembre de 2020 (...)”.

2. CONSIDERACIONES

1. Causa petendi

María cuestiona el proveído de 22 de septiembre de 2020, por el cual el Juzgado Primero de Familia de Bogotá resolvió el recurso de apelación por ella presentado frente a la resolución de 9 de julio de 2020, emitida por la Comisaria Primera de Familia Usaquén II, que declaró el segundo incumplimiento a la medida de protección de 16 de agosto de 2019, adoptada en su contra y en favor de sus menores hijos, Martín y Valentina, y del progenitor de ésta última, Pablo.

Para la accionante, las circunstancias fácticas que rodeaban el *sublite*, imponían al juez accionado el deber de motivar su decisión, atendiendo a la perspectiva de género; empero, en su sentir, no lo hizo, pues, de haberse analizado su caso desde este enfoque diferencial, no habría sido separada abruptamente de su niña, cercenando su prerrogativa a tener una familia y a no ser separada de ella.

2. Acotación preliminar

2.1. Sería del caso declarar la improsperidad del amparo, por cuanto, antes de acudir a este mecanismo, la aquí petente demandó la asignación de la custodia y cuidado personal de su menor hija, Valentina, ante la jurisdicción ordinaria; asunto cuyo conocimiento

correspondió al Juzgado Diecinueve de Familia de Bogotá y que aún se encuentra en curso. Esa situación, en principio, impediría al juez constitucional emitir cualquier pronunciamiento sobre el particular, dada la naturaleza residual y subsidiaria de esta especial jurisdicción.

Sin embargo, como lo cuestionado por la gestora es la supuesta omisión del juez accionado en atender a su obligación constitucional y convencional de motivar la providencia censurada atendiendo a la perspectiva de género; y, teniendo en cuenta que esta Corporación no podría pasar por alto las posibles afectaciones a los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección aquí involucrados, la Sala encuentra justificado emprender el examen constitucional incoado.

2.2. Precisado lo anterior, para abordar el estudio del *subexámene*, la Corte se referirá a: (i) la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en garantizar el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a tener una familia y a no ser separada de ella; (ii) la distinción entre responsabilidad parental, custodia y cuidado personal y régimen de visitas; (iii) el contenido del interés superior del menor en asuntos de esta naturaleza, y (iv) la obligación constitucional y convencional de las autoridades administrativas y de los jueces de familia de atender a la perspectiva de género en este tipo de controversias.

A partir del análisis precedente, la Sala examinará el caso en concreto desde un enfoque de derechos, poniendo de presente distintas situaciones de discriminación y vulneración de las prerrogativas de los sujetos de especial protección constitucional involucrados: las personas mayores, las mujeres y los niños, niñas y adolescentes.

Con base en lo antelado, revisará sí en la decisión censurada -22 de septiembre de 2020- el juez convocado ponderó adecuadamente el equilibrio de los derechos de los progenitores frente a la prevalencia del principio de interés superior del menor.

Luego, se pronunciará frente a los supuestos defectos procedimentales en el trámite cuestionado que redundaron en el presunto quebranto al debido proceso de la quejosa.

Finalmente, adoptará las decisiones que estime pertinentes en el marco de sus competencias como juez constitucional.

3. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separada de ella en los procesos de custodia y cuidado personal

El artículo 44 de la Constitución Nacional refiere dentro del catálogo de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, la prerrogativa a “*tener una familia y no ser separados de ella*”.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño⁴, la cual forma parte integral del bloque de constitucionalidad por virtud del artículo 93 superior, consagra que los menores de edad tienen derecho desde su nacimiento a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos⁵, por esta razón, los Estados parte deben velar por la preservación de sus relaciones familiares⁶ y, en el caso de los niños, niñas o adolescentes cuyos progenitores se encuentren separados, respetar la prerrogativa de los infantes a mantener contacto directo y de modo regular con aquéllos, salvo si ello es contrario al interés superior del menor⁷.

En la legislación nacional, dicha garantía ha sido estipulada en el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en virtud del cual:

“(...) Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella.

“Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación (...)”.

Asimismo, este derecho ha sido ampliamente resguardado desde la jurisprudencia nacional y convencional, por cuanto se ha relevado que el

⁴ Colombia ratificó este tratado por medio de la Ley 12 de 1991.

⁵ Artículo 7.

⁶ Artículo 8.

⁷ Artículo 9, numeral 3.

mantenimiento de los lazos paterno-filiales favorece positivamente el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes.

Sobre lo anotado, esta Corte, en varias oportunidades ha señalado:

“(...) [D]entro del amplio espectro de derechos fundamentales del niño, reluce por su trascendencia el de tener una familia y no ser separado de ella, pues es incontestable que en su interior encuentra el menor el cuidado y el amor necesarios para su desarrollo armónico (...). La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los instrumentos internacionales de protección al menor, como la Declaración Universal de los Derechos del Niño, no vacilan en resaltar la importancia que para éste tiene el hecho de pertenecer a una familia, y a no ser separado de ella, pues el infante necesita para su desarrollo integral del afecto, amor y cuidado que los suyos le brindan. Inclusive, tales convenios no se restringen a las relaciones entre padres e hijos, sino que abarcan un grupo más amplio, que comprende a sus hermanos, tener contacto con sus tíos y primos, recibir el afecto de sus abuelos, vínculos afectivos todos ellos que comportan que el niño se sienta en un ambiente familiar que le sea benéfico (...)”⁸.

Expuesto este marco normativo de protección, resulta necesario precisar cómo debe garantizarse el respeto de este derecho fundamental, en aquellas circunstancias en las cuales los progenitores se encuentran separados.

3.1. Responsabilidad parental, custodia y cuidado personal y régimen de visitas

Con la ruptura del vínculo afectivo entre los padres, deviene el deber de garantizar el mantenimiento de las

⁸ CSJ. STC de 12 de julio de 2012, exp. 73001-22-13-000-2012-00200-01.

relaciones paterno-filiales, en aras de proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes, a tener una familia y a no ser separados de ella, pues, como se anotó, ello repercute en forma directa en su formación integral, esto es, en su desarrollo cognitivo, emocional y social.

En principio, en virtud de la autonomía de los padres y las madres, la decisión sobre quién debe asumir la custodia y el cuidado personal de los hijos, deberá ser tomada por aquéllos. Sin embargo, ante la falta de acuerdo sobre el particular, corresponde al Estado determinar cuál de los dos ascendientes es el más idóneo para asumir esa responsabilidad, evento en el cual se establecerá un régimen de visitas y se fijará la cuota alimentaria a cargo del progenitor que no residirá con su descendiente, atendiendo, en todos los casos al principio del interés superior del menor.

Una condición necesaria e independiente del ejercicio de la custodia y cuidado personal del menor y del régimen de visitas, es la *responsabilidad parental*, la cual se predica solidariamente respecto de ambos padres con la finalidad de alcanzar el máximo nivel de satisfacción de los derechos de sus menores hijos.

Se trata de un complemento de la *potestad parental*, que implica la obligación inherente de los padres “a la *orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños,*

las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación”⁹.

Desde luego, es importante recalcar, el ejercicio de esa *responsabilidad parental* en ningún caso puede vulnerar o poner en riesgo la integridad personal del niño o la niña. Por esta razón, les está vedado a los progenitores incurrir en conductas que constituyan maltrato infantil, en cualquiera de sus tipologías.

Con base en lo antelado, ha de puntualizarse que mientras ambos padres gocen de la *potestad parental* -antes conocida como patria potestad-, a los dos les es exigible la *responsabilidad parental*, con independencia de que solo uno detente la custodia de manera exclusiva y el otro el derecho de visitas, como es el caso de la “*custodia monoparental*” o de que se haya optado por la “*custodia compartida*”¹⁰.

El artículo 23 del Código de Infancia y Adolescencia, refiere que la *custodia y el cuidado personal* es, de un lado, un derecho de los niños, niñas y adolescentes, pero, de otro, una obligación permanente y solidaria de sus padres o de quienes convivan con ellos¹¹.

⁹ Artículo 14 Código de Infancia y Adolescencia.

¹⁰ Sobre la distinción entre custodia monoparental y compartida, puede consultarse la sentencia STC2717-2021 de 18 de marzo de 2021.

¹¹ “(...) 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 “*Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*”, en la acepción aquí aplicable, refiere por custodia la “1. f. Acción y efecto de custodiar” y define este último verbo como “1. tr. Guardar algo con cuidado y vigilancia”. Asimismo, significa la acción de cuidar, en el “1. tr. Poner diligencia, atención y solicitud en la ejecución de algo”¹².

Así, la *custodia* de los niños, niñas y adolescentes va ligada inescindiblemente a la *responsabilidad parental* de asumir su *cuidado personal*, entendido éste como el deber de los progenitores o de las personas que conviven con ellos, de actuar con diligencia y atención en la satisfacción permanente y oportuna de sus derechos, en aras de garantizar su desarrollo integral.

En otras palabras, quien tenga a cargo la tenencia física del menor está obligado a asegurar su protección, pues, se itera, la obligación de *custodia* de los niños, niñas y adolescentes conlleva implícitamente el deber de preservar su *cuidado personal*.

Ahora, como antes se indicó, el carácter solidario de la responsabilidad parental implica la concesión e imposición de derechos y obligaciones no solo frente al progenitor que detenta la custodia y cuidado personal, sino también respecto de quien ejerce el derecho de visitas, en aras de alcanzar el máximo nivel de satisfacción del derecho de los

¹² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consultado en <https://dle.rae.es/custodia?m=form> el 11/03/2021 a las 9:48 am.

niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella.

Mientras el “*derecho de custodia*” alude a la *potestad-deber* del progenitor que convive con el hijo no emancipado, de actuar con diligencia y atención en la satisfacción permanente y oportuna de sus derechos, en aras de garantizar su desarrollo integral; el “*derecho de visitas*” hace referencia a la *potestad-deber* del progenitor que no detenta la custodia, de sostener encuentros y reuniones que permitan mantener el vínculo paterno-filial a través de la comunicación y el contacto libre y directo con sus hijos.

Sobre el “*derecho de visitas*”, esta Corporación precisó que consiste:

“(...) en el poder jurídico que les permite a los padres carentes de la tenencia de sus hijos, de establecer una relación personal con ellos en condiciones tales, que posibiliten el reconocimiento personal y filial. La reafirmación de este reconocimiento y de las relaciones afectivas entre padres e hijos lleva implícita la necesidad de demarcar las circunstancias de modo, tiempo y lugar para su ejercicio, de manera que se cumpla adecuadamente con su finalidad, que no es otra que mantener la unidad familiar consagrada por la Constitución Política como un derecho fundamental de los niños y como tal no tiene carácter individual, sino multilateral, puesto que involucra a los menores, a los padres y a la familia como institución básica de la sociedad (...)”¹³.

El Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, distingue el derecho de guarda y el derecho de visitas en los siguientes términos:

¹³CSJ, Sala Civil, expediente 1161, 13 de abril de 1994, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

“(…) ARTÍCULO 5o. A efectos del presente Convenio:

“a) El "derecho de guarda" comprenderá el derecho relativo a los cuidados de la persona del niño y en particular el de decidir su lugar de residencia;

“b) El "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al niño por un período de tiempo limitado a un lugar distinto al de la residencia habitual del niño (...)”¹⁴.

Por otra parte, esta Corporación ha precisado que mientras la prerrogativa a tener una familia y a no ser separado de ella es propia de los niños, niñas y adolescentes, el derecho de visitas se predica respecto de los progenitores que no detentan la custodia:

“(…) En este punto, ha de precisarse que, si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separada de ella, es un derecho de doble vía “donde convergen los derechos de los hijos menores, y al mismo tiempo, los de cada uno los padres”¹⁵, ello no significa que se confunda o identifique con el derecho de visitas.

“Así, mientras el régimen de visitas corresponde a una potestad-deber de los padres respecto de sus hijos derivado de su patria potestad y de su responsabilidad parental, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella se predica, específicamente, de los niños, niñas y adolescentes. De manera que, en el subjúdice, no es acertada la afirmación del juzgador accionado, según la cual “el derecho de visitas es un derecho del niño, niña y adolescente” (...)”¹⁶.

De antaño, esta Corporación ha esbozado que el objetivo fundamental de todo régimen de visitas es propiciar:

¹⁴ Ratificado por Colombia a través de la Ley de 173 de 1994, y declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-402 de 1995.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-500 de 1993.

¹⁶ CSJ, STC9230-2020.

"(...) el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo (...) las visitas no deben ser perjudiciales para los menores, pero tampoco deben desarrollarse de manera de lesionar la dignidad de quien las pide (...)"¹⁷.

Sin embargo, no debe perderse de vista que, conforme a la jurisprudencia constitucional, el ejercicio del derecho de los padres a mantener una relación estable y libre de condicionamientos frente a sus hijos y la facultad de desarrollar una relación afectiva como la consideren pertinente, únicamente tiene como límite los intereses prevalentes del niño, niña o adolescente¹⁸.

3.2. El contenido del interés superior del menor en los asuntos de custodia y cuidado personal

El artículo octavo de la Ley 1098 de 2006, dispone:

"(...) Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes (...)".

En la protección del derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia y a no ser separado de ella, el desarrollo del principio del interés superior del menor reviste una importancia suma.

¹⁷ CSJ, Sentencia del 25 de octubre de 1984 M.P. Hernando Tapias Rocha.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T115-2014.

Así, el numeral tercero del artículo 9 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño establece que los Estados partes respetarán el derecho del niño, niña o adolescente que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con éstos de modo regular, “*salvo si ello es contrario a su interés superior*”.

En consonancia, el artículo 18 del mismo compendio, estipula:

“(…) Artículo 18. 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño (…)”.

Sobre el contenido de dicho precepto, la Observación General 7 del Comité de los Derechos del Niño, ha indicado que las obligaciones de crianza deben entenderse “*reconociéndose a padres y madres como cuidadores en pie de igualdad*”¹⁹.

Asimismo, en lo atinente al deber de los Estados de respetar las funciones parentales, conceptuó:

“(…) 18. Respetar las funciones parentales. (…) Los Estados Partes deberán respetar la supremacía de padres y madres. Ello

¹⁹ Numeral 19 de la Observación General n.º 7 sobre Realización de los Derecho del Niño en la Primera Infancia, 40 período de sesiones, Ginebra, 14 de noviembre de 2005. Consultado en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8019.pdf> el 11 de marzo de 2021 a las 12:44 pm.

*implica la obligación de no separar los niños de sus padres, a menos que ello vaya en el interés superior del niño (art. 9). Los niños pequeños son especialmente vulnerables a las consecuencias adversas debido a su dependencia física y vinculación emocional con sus padres o tutores. También son menos capaces de comprender las circunstancias de cualquier separación (...)*²⁰.

En este apartado, el Comité destaca como la población de la primera infancia es especialmente vulnerable a las consecuencias adversas de la separación de sus padres debido a la dependencia física y vinculación emocional con aquéllos y a su dificultad para comprender las circunstancias de dicha ruptura. En ese sentido, llama la atención respecto del deber de los Estados parte de garantizar el mantenimiento de los lazos paterno-filiales, tomando como derrotero fundamental el *interés superior del menor*.

En la misma vía, la Observación General 17 del Comité de los Derechos Humanos, en su numeral 6, relievó:

*“(...) En caso de disolución del matrimonio, deben adoptarse medidas, teniendo en cuenta el interés superior de los niños, para asegurarles la protección necesaria y garantizar, en la medida de lo posible, relaciones personales con ambos padres (...)*²¹.

Así, las decisiones que se adopten respecto de la custodia, cuidado personal y régimen de visitas de los niños, niñas y adolescentes deben procurar el

²⁰ *Ibidem*, numeral 18.

²¹ Observación General 17, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 35 período de sesiones, Artículo 24, 7 de abril de 1989, consultado en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1402.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1402> el 11 de marzo de 2021 a las 11:36 am.

mantenimiento de los vínculos paterno o materno filiales y siempre desarrollar el contenido del *interés superior* del menor.

En la sentencia T-397 de 2004, la Corte Constitucional redefinió los criterios jurídicos generales que deben revisar los funcionarios judiciales o las autoridades administrativas, para determinar el *interés superior* de los niños, niñas y adolescentes:

“(...) (1) la garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente; (3) la protección del niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescente; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña o adolescente involucrado (...)”.

Ahora bien, la aplicación de estos criterios debe analizarse conforme a las particularidades de cada caso concreto. Así, por ejemplo, con la intención de “*preservar las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente*”, esta Corporación ha encontrado justificada la limitación al derecho de visitas en aquellos casos en que los progenitores incumplen su obligación alimentaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 del Código de Infancia y Adolescencia²².

²² “(...) Artículo 129. Alimentos. (...) Mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del niño, niña o adolescente, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella (...)” (énfasis fuera de texto).

Sobre el particular, recientemente, la Sala puntualizó:

“(...) Nótese, el legislador estableció una sanción clara y contundente para el padre o la madre que no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria, consistente en la imposibilidad de ser oído(a) en demandas relacionadas no solo con la custodia y cuidado personal de sus descendientes, sino también con el ejercicio de cualquier otro derecho respecto de él o ella, lo cual, desde luego, incluye el “derecho de visitas”

“(...)”.

“Ahora, para la Corte es razonable la apreciación probatoria desplegada por el juez convocado, la cual lo llevó a verificar la idoneidad de[l] [progenitor] para visitar a su hijo (...) fuera de la residencia de su madre y sin la presencia de ésta, sin que ello constituya un riesgo para la integridad personal del niño.

“No obstante, hasta tanto el funcionario no corrobore que [el padre] ha cumplido o allanado a cumplir la obligación alimentaria que adeuda a favor de su menor hijo (...), no podrá hacer ejercicio de su derecho de visitas en los términos por él reclamados. (...)”²³.

Asimismo, teniendo como fundamento que el artículo 14 del Código de Infancia y Adolescencia pone de presente que en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de los derechos de los niños, niñas o adolescentes; esta Corporación ha llamado la atención en la necesidad de reparar en los factores de generatividad y vulnerabilidad que caracterizan a las familias, en aras de evitar la exposición de los menores a “*riesgos prohibidos*”:

²³ CSJ, STC9230-2020, al respecto, también puede consultarse la sentencia CSJ, STC 14811-2015.

“(…) Las conclusiones adoptadas son lógicas, de su lectura prima facie no se advierte vía de hecho. El estrado accionado efectuó una valoración amplia de las pruebas allegadas al decurso y coligió que, atendiendo a los graves señalamientos de violencia intrafamiliar, supuestamente, cometidos por el aquí gestor en contra de sus descendientes, -también relatados por estos últimos en las entrevistas a ellos practicadas-; era forzoso evitar un “riesgo prohibido” en aras de salvaguardar la integridad de [los infantes].

“Téngase en cuenta que la protección del menor frente a “riesgos prohibidos”, constituye uno de los criterios jurídicos generales que deben guiar a los funcionarios administrativos y a los jueces para materializar el carácter prevalente de los derechos de nuestros niños, niñas y adolescentes, amparándolos de todo tipo de situaciones que, eventualmente, puedan constituir amenazas para su bienestar (...)”²⁴.

Aunado a lo anterior, ha de precisarse que, en los procesos de custodia y cuidado personal de niños, niñas y adolescentes, las autoridades competentes están obligadas a garantizar el derecho de éstos a ser escuchados(as) y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. Así lo impone el artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, al señalar que todos los procedimientos judiciales o administrativos que afecten a los menores de edad deben asegurar su derecho a expresar libremente su opinión. En Colombia, dicha prerrogativa está consagrada en el canon 44 constitucional, y en el inciso segundo del artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia²⁵.

²⁴ CSJ, STC10651-2019.

²⁵ *“(…) En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta (...)”.*

Por último, pero no menos importante, en los procesos de custodia y cuidado personal, tanto las autoridades administrativas como los funcionarios judiciales, están compelidos a analizar cada caso en concreto, desde la perspectiva de género.

3.3. Perspectiva de género en los procesos de custodia y cuidado personal de niños, niñas y adolescentes

La aplicación de la perspectiva de género en el ámbito de las decisiones judiciales constituye una obligación convencional y constitucional. Ello significa que su implementación no puede ser concebida como un criterio accesorio o dependiente del arbitrio o la discrecionalidad del juez, pues mandatos constitucionales, legales y convencionales le imponen su forzosa observancia.

En efecto, instrumentos jurídicos internacionales ratificados por Colombia tales como la Convención sobre los derechos políticos de la mujer de 1953²⁶, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –CEDAW- de 1981²⁷ y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer –*Convención de Belém do Pará*-²⁸, conminan a los Estados parte para que, desde las diferentes esferas institucionales, se atienda a este enfoque

²⁶ Ratificada por Colombia mediante la Ley 35 de 1986.

²⁷ Ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981.

²⁸ Ratificada por Colombia, mediante la Ley 248 de 1995.

diferencial, en aras de alcanzar una igualdad real entre hombres y mujeres.

El artículo 43 de la Constitución Política de Colombia señala que *“la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades”*. Sin embargo, este postulado constitucional solo puede efectivizarse dando aplicación al principio de igualdad material contenido en el canon 13 superior que impone al Estado el deber de adoptar medidas positivas para superar la situación de desigualdad y de debilidad manifiesta al que históricamente han estado sometidas las mujeres: *“(…) De ahí que, entonces, se convierta en un ‘deber constitucional’ no dejar sin contenido el artículo 13 Superior y, en consecuencia, interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género (…)”*²⁹.

El punto de partida de la implementación de la perspectiva de género es, justamente, el reconocimiento de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, en donde aquéllos, sistemáticamente, mediante el uso de distintos tipos de violencias, han perpetuado un lugar privilegiado en la sociedad, basado en la dominación, sometimiento y discriminación a las mujeres, impidiéndoles su desarrollo pleno como ciudadanas.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 2016.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que la violencia contra las mujeres tiene un vínculo directo con el contexto histórico de discriminación que éstas han sufrido:

“(...) [l]a violencia de género es aquella violencia que hunde sus raíces en las relaciones de género dominantes de una sociedad, como resultado de un notorio e histórico desequilibrio de poder. En nuestra sociedad el dominio es masculino por lo que los actos se dirigen en contra de las mujeres o personas con una identidad de género diversa (lesbianas, gay, bisexuales, transgeneristas e intersexuales) con el fin de perpetuar la subordinación.

“Centrándose en lo concerniente a la violencia contra las mujeres, las agresiones van más allá de las lesiones físicas y psicológicas, denominadas violencia visible. La invisible se refiere a la violencia estructural que implica inequidad en el ámbito de lo político, lo social y lo económico y a la violencia cultural constituida por los discursos que justifican el trato desigual. Estos tres componentes de la violencia se retroalimentan entre ellos, perpetuando la discriminación, la desigualdad y la violencia. Por tanto, con cada golpe a una mujer se da prevalencia a un patrón social de exclusión y este se reproduce a futuro (...)”³⁰.

Es a partir del reconocimiento de este contexto de disimetría en las relaciones de género, como los jueces logran ampliar su horizonte de interpretación para identificar la manera en que se reproduce la violencia hacia las mujeres, en diferentes ámbitos y escenarios de discriminación.

³⁰ Sentencias T-878 de 2014 y T-718 de 2017. Esta postura, a su vez, se relaciona con la reconocimiento de que *“la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”*, establecido en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

A su vez, una comprensión más amplia de la realidad que subyace a los conflictos sometidos a la jurisdicción contribuye a la construcción de decisiones judiciales más justas y equitativas, en la medida en que la identificación de esas desigualdades estructurales se convierte en un marco de justificación para la aplicación de los instrumentos normativos que protegen los derechos de las mujeres y reafirman la necesidad de un tratamiento diferencial en aras de alcanzar la igualdad material.

En reiterados pronunciamientos, la Corte Constitucional ha señalado:

“(...) una perspectiva de género en el estudio de [los] casos, que parta de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, imponen igualdad material, exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta y por consiguiente, buscan combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres, de tal forma que se adopten las medidas adecuadas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que sigue latente la discriminación en su contra en los diferentes espacios de la sociedad (...)”³¹ (énfasis de la Sala).

Bajo esa mirada, el análisis de género es entendido como una

“herramienta teórico-metodológica que permite el examen sistemático de las prácticas y los roles que desempeñan las mujeres y los hombres en un determinado contexto económico, político, social o cultural. Sirve para captar cómo se producen y reproducen las relaciones de género dentro de una problemática específica y con ello detectar los ajustes institucionales que

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-338 de 2018.

*habrán de emprenderse para lograr la equidad entre los géneros*³².

Ahora, el primer escenario donde se visibilizan y perpetúan esas relaciones desiguales de poder entre el hombre y la mujer es la familia. Así, a pesar de que la mujer ha ganado espacios en el mercado laboral y en la esfera pública, sigue prevaleciendo la división sexual del trabajo que la recarga inequitativamente en la realización de labores domésticas y el cuidado de los hijos, a costa de su propio desarrollo personal³³.

A ello se suman los actos de abuso de poder de los hombres, dirigidos a someter y a dominar a las mujeres al interior de las familias, ejerciendo violencia física, psicológica, económica y sexual en contra de éstas.

Esas brechas de desigualdad entre los sexos en el acceso a las oportunidades de desarrollo y las distintas violencias que padece la mujer en el seno familiar, no pueden ser inadvertidas por los funcionarios judiciales. Menos aún por los jueces de familia.

Ahora, para evitar hacer generalizaciones que desconozcan las especificidades del contexto en que se producen esas relaciones desiguales, la perspectiva de

³² Instituto Nacional de Mujeres, Glosario de Género, México, 2007, recuperado de http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100904.pdf, consultado el 27 de 04 de 2021 a las 4:17pm.

³³ Según la Encuesta Nacional de Usos del Tiempo 2020-2021 del DANE, el tiempo diario promedio dedicado a actividades de trabajo no remunerado por parte de las mujeres es aproximadamente 5 horas mayor que el dedicado por los hombres. Recuperado de <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/encuesta-nacional-del-uso-del-tiempo-enut>

género debe incluir variables como: clase, etnia, edad, procedencia rural, urbana, credo religioso y preferencia sexual³⁴.

Ese es justamente el llamado del artículo 12 del Código de Infancia y Adolescencia, cuando señala que, en la aplicación de las disposiciones de dicho estatuto, se debe tener en cuenta la *perspectiva de género* desde el reconocimiento de la diferencia:

“(...) Artículo 12. Perspectiva de Género. Se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este código, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad (...)”.

Ahora, en el ámbito de las relaciones familiares, ese enfoque diferencial implica el rechazo de prejuicios, generalizaciones o estereotipos de género que conduzcan a tratamientos discriminatorios hacia las mujeres con fundamento en visiones tradicionales y patriarcales de la familia.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“(...) El estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. (...) [E]s posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos

³⁴ *Ibíd.*

*se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer (...)*³⁵.

Específicamente, en materia de derecho de custodia y cuidado personal de menores, en el Caso Atala Riffo e hijas Vs. Chile, ese Alto Tribunal indicó:

“(...) [L]a Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios.

*“Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia (...)*³⁶.

Esta Corporación, ha emitido varios pronunciamientos en los cuales ha manifestado su rechazo frente a decisiones de las autoridades judiciales que ofrezcan un tratamiento discriminatorio respecto a cualquiera de los progenitores en el ejercicio de su rol marental o parental, con fundamento en prejuicios o estereotipos de género. Así en una providencia reciente, refirió:

“(...) Ahora, cierto es que, tratándose de niños de temprana edad, cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos, puede afectar de manera definitiva e irremediable su proceso de

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González, Ramos y Herrera Vs. México - Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile - Sentencia de 24 de Febrero de 2012.

desarrollo, lo cual obliga a los jueces y autoridades administrativas a tener mayor diligencia y rigor en el análisis integral del caso en concreto.

“No obstante, la valoración de la juez se basó en que “(...) teniendo en cuenta el interés superior del niño N.B.C., [éste] debe estar en el hogar materno por su corta edad (...); interpretación del todo sexista y estereotipada, pues no es cierto que la progenitura responsable sólo pueda predicarse respecto de la madre, atendiendo a su condición de mujer, como tampoco lo es que el padre, por su género masculino, sea menos capaz de asumir su rol como ascendiente de una manera adecuada (...)”³⁷.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional indicó:

“(...) En este orden de ideas, se advierte que el fallador accionado consideró que, en razón del género de la menor (femenino), era su madre por el hecho de ser mujer la figura parental llamada a acompañarla en su adolescencia y desarrollo armónico, pues al compartir el mismo sexo, aquella podría brindarle «una atención y cuidado especial o delicado» «asistencia personalizada» y «enseñar y proteger el pudor», afirmaciones que constituyen una verdadera discriminación al progenitor y a su hija con fundamento en la masculinidad.

“En ese sentido, el fundamento de la decisión cuestionada realizó una representación tradicional y estereotipada del papel del género en la familia que desconoce el pluralismo y la evolución de los roles masculino y femenino en el mundo contemporáneo, el cual asume nuevas formas de pensar, sentir y actuar. Por ello, es irrazonable afirmar que un progenitor del género masculino no puede custodiar a su hija en la etapa de la pubertad porque el hecho de ser masculino afecta la intimidad, privacidad, salud y pudor de la menor”

“(...)”.

“La sociedad no es estática y con el pasar del tiempo las concepciones sociales se transforman y con ellas las costumbres y posiciones jurídicas. En este aspecto, es necesario tener en

³⁷ CSJ, STC- 8534-2019. Sobre el particular, también puede consultarse la sentencia STC-. STC-16106-2018

*cuenta que los administradores de justicia no pueden tener un criterio generalizado al momento de definir la custodia de los menores, en estos casos debe acudir a los supuestos fácticos propios de cada caso en concreto, es decir, determinar el papel que cumple cada progenitor respecto a su hijo, con el fin de emitir una decisión acorde con ello (...)*³⁸.

Ahora, esas visiones estereotipadas sobre el rol de la mujer en la familia, a su vez refuerzan y normalizan la violencia de género. Recientemente, al estudiar un asunto de definición de custodia y cuidado personal de un menor, en el contexto de un proceso de medida de protección por violencia intrafamiliar, la Corte Constitucional relievó la importancia de atender a la realidad familiar que subyace en los asuntos de esta naturaleza:

*“(...) Al respecto, la Sala destaca que las autoridades e instituciones deben evitar las nociones estereotipadas y discriminatorias -usualmente, en contra de la mujer- que conducen a dar prevalencia a la protección de la unidad familiar o de los derechos del progenitor, sin tener en cuenta la realidad familiar. En efecto, se advierte que cuando existen antecedentes de conductas agresivas o abusivas y las instituciones las desestiman en un intento de normalizar las relaciones filiales, se vulneran los derechos fundamentales de la víctima, dado que se minimizan las consecuencias de la violencia sufrida (...)*³⁹.

En la misma providencia el Alto Tribunal señaló que cuando las autoridades competentes adopten decisiones y medidas relacionadas con el derecho a las visitas o custodia de los hijos e hijas, deberán:

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 2017.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-462 de 2018.

“(...) (i) tener en consideración la existencia de un contexto de violencia intrafamiliar, para que el ejercicio de esos derechos no ponga en peligro la seguridad y la vida de las víctimas, lo cual significa realizar un estudio detallado de las formas de la violencia, atender la voluntad del menor de edad involucrado e implementar un régimen de visitas y/o custodia gradual y progresivo;

“(ii) adoptar un enfoque de género y no “familista”, esto es, que la decisión se funde en el interés superior del menor de edad y en los derechos fundamentales de la mujer, sin presumir que la custodia compartida o que las visitas son el único modo de asegurar el desarrollo de los niños y las niñas (...)”⁴⁰.

Lo anterior significa que en aquellos asuntos en los cuales la separación de la pareja está determinada por un entorno de violencia intrafamiliar, resulta viable limitar el derecho de custodia o el régimen de visitas e implementarlo de manera gradual y progresiva, en aras de proteger el interés superior del menor, con el fin de no exponerlo a situaciones de violencia que afecten su desarrollo integral; pero, también, de resguardar los derechos de las víctimas – especialmente de las mujeres-:

“(...) En esos casos resulta necesario que las medidas de protección -provisionales y/o definitivas- se extiendan a los hijos e hijas involucrados, lo que obedece a la necesidad de proteger a los menores de edad de contextos de violencia, para que quienes estén a su cuidado aseguren su desarrollo. A su vez, una decisión en ese sentido protege a la mujer, quien puede ser objeto de nuevos hechos de violencia por el contacto con su agresor (...)”.

Por último, la Sala memorará los criterios fijados por la Corte Constitucional en la Sentencia T-012 de 2016, para

⁴⁰ Ibid.

la aplicación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales, señalando que los jueces, cuando menos, deben:

“(...) (i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres”.

4. Análisis del caso desde el enfoque de derechos

El caso bajo examen presenta una complejidad significativa, por cuanto se advierten varias situaciones de discriminación y vulneración de los derechos de los distintos sujetos de especial protección constitucional involucrados: las personas mayores, las mujeres y los niños, niñas y adolescentes; que exigían una ponderación cuidadosa por parte del juez accionado para establecer el equilibrio de los prerrogativas de los progenitores, sobre la base de la prevalencia del interés superior del menor.

4.1. Discriminación por razones de edad

Uno de los reparos aquí expuestos por María para cuestionar la designación de la custodia y cuidado personal de su hija Valentina a su padre, Pablo, fue aludir al hecho de que éste es un “*sujeto de la tercera edad*”.

Así también lo hizo en el curso del proceso censurado, frente a lo cual, el juez convocado anotó:

“(...) [No] hay lugar a compartir las reiteradas expresiones, por parte de la accionada, descalificadores y tendientes a estigmatizar su rol como progenitor en razón a su edad, manifestaciones que no se comparten, justamente cuando se aboga por la no discriminación, la no reproducción de esquemas que estereotipan a cualquier ser humano; circunstancias que no permiten bajo la perspectiva de género tomar una decisión diferente; lo contrario desdibujaría el objeto de este marco conceptual y jurídico amparando cualquier conducta lesiva de derechos, por el mero hecho de provenir de persona de sexo femenino (...).”

La Corte coincide con la apreciación del juzgador, en la medida en que cuestionar la idoneidad del progenitor de Valentina para cuidar de ella, por razón de su edad, es claramente infundado y discriminatorio, pues se basa en una concepción prejuiciosa y estereotipada sobre las personas mayores, que las descalifica e incapacita de manera homogeneizante e irrazonable.

Este tipo de connotaciones negativas asociadas al envejecimiento ha sido definido como *edadismo*. Al respecto, la Organización Mundial de la Salud ha señalado:

“(…) La discriminación por motivos de edad abarca los estereotipos y la discriminación contra personas o grupos de personas debido a su edad. Puede tomar muchas formas, como actitudes prejuiciosas, prácticas discriminatorias o políticas y prácticas institucionales que perpetúan estas creencias estereotipadas”.

“(…)”.

“Este problema tan extendido parte del supuesto de que todos los miembros de un mismo grupo (en este caso, los ancianos) son iguales. Al igual que el racismo y el sexismo, el edadismo es útil para alcanzar ciertos objetivos sociales y económicos que legitiman y mantienen las desigualdades entre grupos de la sociedad (...). En 2014, los países de todo el mundo reconocieron que la discriminación por razones de edad «es la razón común, la justificación y la fuerza motriz de la discriminación de las personas de edad (...)»⁴¹.

El artículo 2 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, adoptada en Washington, el 15 de junio de 2015⁴² define la discriminación por edad en la vejez, como:

“(…) Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada (...)”.

En consonancia con lo anterior, es importante precisar que, si bien, las personas mayores son consideradas sujetos de especial protección por parte del Estado, dicho reconocimiento no significa, en modo alguno, que se les

⁴¹Organización Mundial de la Salud. Recuperado de: <https://www.who.int/ageing/features/faq-ageism/es/>, sitio web consultado el 19 de abril de 2020 a las 12:13 am.

⁴² Ratificada en Colombia con la Ley 2055 de 2020.

disminuya o se les desconozca su autonomía y capacidad de agencia.

Así las cosas, la Corte rechaza cualquier tipo de discriminación hacia las personas mayores por razón de su edad, que limite el libre ejercicio de sus derechos o subvalore su papel en la sociedad.

En ese entendido, el que Pablo sea una persona mayor no significa *per se*, que sea menos capacitado o apto para asumir adecuadamente la custodia de Sophia; más aún cuando las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de que es un hombre activo e independiente, en pleno uso de sus facultades físicas y mentales. Además, las pruebas periciales lo describen como una persona inteligente, integrativa, organizada y asertiva.

Por ejemplo, en la prueba CUIDA, se señaló que Pablo:

“(...) Tiene la capacidad de manejar sus emociones de manera adaptativa ya que tiene un control de impulso adecuado, toma decisiones de forma reflexiva, prevé consecuencias y acepta críticas”.

“(...)”.

“Tiene un apego de tipo seguro; puede cubrir las necesidades tanto físicas como psíquicas de un niño y plantea relaciones estables y gratificantes; lo que le permitirá establecer con [la] menor un buen vínculo afectivo que le proporcionará estabilidad y confianza a nivel emocional (...)”.

Ahora, ciertamente, de los medios probatorios aquí allegados se colige que Pablo nunca asumió la responsabilidad compartida en el cuidado personal de Sophia, pues de ello se encargó en forma exclusiva la progenitora, hasta el momento en que tuvo a la niña bajo su protección; sin embargo, aunque esa situación pudiera ser reprochable desde una perspectiva de género, no descalifica la capacidad de Pablo para actuar con diligencia y atención en la satisfacción permanente y oportuna de los derechos de su hija, mientras detente su custodia. De hecho, las visitas domiciliarias realizadas con posterioridad a la fecha en que Valentina pasó a vivir al lado de su padre, así lo constatan.

Aunado a lo anterior, la Sala reprocha la violencia física y psicológica que padeció Pablo por parte de María, la cual se halla debidamente acreditada en el *sublite*. Esta Corte, en varias oportunidades, ha rechazado cualquier tipo de maltrato o abuso hacia las personas mayores, disponiendo la adopción de medidas pertinentes y conminado a las autoridades a flexibilizar los mecanismos de acceso a la administración de justicia para garantizar la protección oportuna de sus derechos⁴³.

Ahora, en consonancia con lo anterior, y en aras de no incurrir en estereotipos basados en la edad, no se puede homogeneizar a todas las personas mayores coligiendo que éstas solo puedan asumir el rol de víctimas en las

⁴³ CSJ, STC11168-2020.

relaciones de violencia y, mucho menos, bajo ese argumento, descalificar las denuncias de otros sujetos de especial protección. Por lo anterior, la Corte pasará a analizar los hechos de violencia de género supuestamente perpetrados por Pablo frente a María.

4.2. Discriminación por razones de género

En el curso del asunto objeto de controversia, María manifestó haber sido víctima de violencia física y psicológica por parte de Pablo, para lo cual allegó copia del informe pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de 26 de marzo de 2019, en el cual se le otorgó una incapacidad de 7 días⁴⁴.

Dicha situación fue puesta de presente al juez convocado por la Procuradora 186 Judicial II de Familia de Bogotá, quien le advirtió:

“(...) La Medida de Protección N°547 d 2018, proferida por la Comisaria de Familia de Usaquén II, tal como fue materializada, no solo constituye una sanción por un hecho de violencia intrafamiliar, sino que en el trasfondo deriva en una situación jurídica mediante la cual se desarticuló una familia, constituida por la señora María, y sus dos (2) hijos menores de edad, y a través de la cual se ha impedido que la referida señora, como mujer y como madre, conviva y comparta con sus hijos, razón por la cual le solicito al señor juez, analizar la medida e identificar si existe alguna proporción en el campo del derecho entre el hecho de violencia presentado y la consecuencia jurídica del mismo, esto es, la pérdida de la custodia y visitas de los dos hijos de la

⁴⁴ Folio 361, expediente MP547-18.

señora Arévalo Sánchez; dando al hecho la repercusión que en derecho corresponde, y teniendo en consideración que, a su vez, la progenitora manifiesta haber sido víctima de violencia física, por la que le han concedido siete días de incapacidad (...)”

Sobre el particular, en la decisión aquí cuestionada - 22 de septiembre de 2020-, el juzgador confutado, indicó:

“(...) Finalmente, sobre la petición que eleva la representante del ministerio público Dra. LILIANA TOVAR CELIS, de abordar el asunto bajo la perspectiva de género en favor de la accionada y sus hijos, con fundamento en la manifestación de la señora Mariade haber sido víctima de violencia física, por la que se le han concedido siete (07) días de incapacidad, este funcionario se permite hacer las siguientes consideraciones”.

“En primer lugar, se encuentra coincidencia con la señora Procuradora, en el sentido de exaltar la metodología y mecanismos que entrañan la perspectiva de género, como herramienta que nos permite no solo a las autoridades sino también a todo el colectivo social, la identificación y cuestionamiento de la discriminación, desigualdad, exclusión e incluso tratos inhumanos, de las que a lo largo de la historia han sido víctimas las mujeres y otros grupos poblacionales, generalmente justificadas en diferencias sexuales y patrones socio-culturales”.

“Esta herramienta conceptual no se agota con el llamado de atención sobre estas conductas tradicionales, sino que nos invita como sociedad, y nos constriñe como autoridad a tomar acciones que permitan crear condiciones de cambio, para avanzar en la construcción de la igualdad de género.

“En defensa de estos derechos, nuestro ordenamiento jurídico ha incorporado una serie de herramientas concebidas en el derecho internacional, como la Convención Americana sobre Derechos humanos, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada por Colombia con la Ley 51 de 1981; la Convención Belem do Pará ratificada con la Ley 248 de 1995, la jurisprudencia que nuestras Cortes han desarrollado entre otros mecanismos”.

“Conforme este marco jurídico, se ha atendido este conflicto particular, sin que ello implique que deban revocarse decisiones en favor de la señora Kinberly, de las que reitera son fundadas en derecho y premisas fácticas que no se pueden desconocer, máxime cuando no se tiene certeza sobre las presuntas acciones de violencia, no obra en el expediente ningún dictamen que acredite la incapacidad por siete (07) días o algún tipo de agresión por parte de alguno de los progenitores de sus hijos, que amerite desatender la perspectiva de género que hoy debe favorecer a sus hijos y al progenitor de SPA, de quien sí se pudo establecer fue víctima de violencia intrafamiliar física y psicológica, con la circunstancia adicional de encontrarse dentro de la población catalogada como adulto mayor (...)” (énfasis de la Sala).

Para la Sala, el juzgador accionado no aplicó la perspectiva de género a la decisión censurada. No solo por su evidente omisión en la valoración del aludido dictamen de medicina legal que acreditaba la violencia física de la cual fue víctima María, sino porque en el análisis de los hechos y los demás medios probatorios examinados no tuvo en cuenta el contexto situacional que rodeaba el caso.

Lo antelado, en primer lugar, porque, bajo el lente protector de los derechos de las personas mayores, privilegió los intereses de Pablo, desestimando las denuncias de María.

Si bien, en el plenario se hallaba debidamente acreditado que Pablo fue víctima de violencia intrafamiliar por parte de María, esa circunstancia no lo excluía como victimario, y su edad no lo situaba, necesariamente, como la *“parte débil”* de la relación, más aún cuando era quien detentaba el poder económico.

Ello parte de una visión estereotipada y homogeneizante de las personas mayores, por la cual se desconoce que, además de víctimas, también pueden asumir el rol de agresores.

Llama la atención que, en cambio, en el desarrollo del decurso, se sitúa a María, únicamente como la victimaria, excluyéndola como presunta víctima de violencia de género.

Esa discriminación por razón de género se torna evidente en la valoración probatoria, pues, a partir de un análisis rígido se restó el mérito a los medios de convicción por ella allegados.

Respecto de dichos medios suasorios, en la decisión aquí cuestionada -22 de septiembre de 2020-, se anotó:

“(...) Sobre este aporte, en el fallo que se revisa la comisaría de familia consideró que no contiene ningún elemento probatorio, que algunas son manifestaciones relacionadas con el asunto, muchas de las cuales son irrespetuosas, repetitivas y confusas, pero que no pueden ser tenidos en cuenta; sobre la prueba que anuncia como polígrafo la calificó como una impresión enmendada en algunas partes y que no reúne ninguno de los requisitos de pertinencia, conducencia de la prueba por no haber sido decretada por el despacho. Otros son copias de documentos, algunos del año 2019 relacionados con circunstancias anteriores al decreto de la medida y otros que no son objeto de trámite y en esa medida no pueden ser sometidos a contradicción por no referirse a los enunciados en la audiencia de trámite del 12 de junio 2020, donde se precluyó la etapa probatoria.

“Para determinar si la valoración probatoria efectuada por la comisaría de familia fue acertada o contrario vulneró derechos de la accionada; habrá de tenerse en cuenta el objeto, el que en

principio debió enfocarse a desvirtuar los hechos en que se sustentó el segundo incumplimiento, tema superado mediante la decisión que en esta sede revisión se está adoptando.

“Ahora, si lo pretendido fue justificar el desacato a las órdenes comisariales no puede tenerse por cumplido; efectivamente muchos de los archivos son repetitivos, otros descontextualizadas; otros son imágenes de presuntas conversaciones en medio electrónico, que no se reproducen en su formato original y se traen de forma incompleta sin que de ellas se pueda presumir su originalidad, autenticidad o conservación, elementos integradores del documento electrónico, algunas de ellas incluso podrían en un eventual proceso usarse en su contra, por proferir insultos contra determinada persona y otros no alcanzan los elementos para tenerlos como medios de prueba, sumado a que su contenido no conlleva valor probatorio (...).”

De haberse al menos inferido que María podía ser víctima de violencia de género por parte de Pablo, el juzgador estaba llamado a flexibilizar la carga probatoria, al encontrar insuficientes las probanzas recopiladas.

Ahora, si existía una medida de protección a favor de la aquí tutelante, ese antecedente no podía ser soslayado del presente análisis, como si se tratara de un asunto independiente y ajeno al decurso, pues la perspectiva de género no es una cuestión accesoria o marginal, sino transversal e integral.

Por otra parte, la metodología de la perspectiva de género también conminaba al funcionario judicial a desplegar una actividad investigativa, decretando las pruebas que estimara necesarias, para obtener un mayor conocimiento sobre las afectaciones reales a los derechos de todos los sujetos de especial protección involucrados.

Téngase en cuenta que, en virtud de la remisión expresa contenida en el inciso final del artículo 18 de la Ley 294 de 1996, modificado por el artículo 12 de la Ley 575 de 2000, resultan aplicables al procedimiento de medida de protección por violencia intrafamiliar, las normas contenidas en el Decreto 2591 de 1991; de manera que el juez, de oficio o a petición de parte, podía solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas⁴⁵.

Empero, no lo hizo, porque, en su entender, “(...) *deb[ía] favorecer a [lo]s hijos [de María] y al progenitor de SPA, de quien sí se pudo establecer fue víctima de violencia intrafamiliar física y psicológica, con la circunstancia adicional de encontrarse dentro de la población catalogada como adulto mayor (...)*” (subrayas de la Sala).

Para la Corte, tanto la comisaria de familia vinculada como el juzgado accionado ejercieron un rol activo para condenar y contrarrestar la violencia intrafamiliar ejercida en contra de Pablo, dada su condición de adulto mayor; proceder que se observa ajustado a los mandatos legales y constitucionales.

Sin embargo, se echa de menos que, con el mismo ahínco, hayan procurado la protección o cuando menos revisado la posible vulneración de los derechos de María, frente a los distintos maltratos por ella denunciados.

⁴⁵ Artículo 32, Decreto 2591 de 1991.

La Corte rechaza que la violencia de género sea desatendida por las autoridades administrativas y judiciales, y resalta la necesidad de que éstas ejerzan un papel transformador en el alcance de la igualdad material que postula el Estado constitucional y social de derecho.

Para ello, destaca la importancia de implementar en forma efectiva la perspectiva de género en el análisis de los casos que les corresponde resolver, lo cual, como antes se anotó, implica el reconocimiento de un contexto de desigualdad estructural entre hombres y mujeres y, en consecuencia, la adopción de un tratamiento diferencial.

4.3. Y ¿a dónde quedan los derechos de la niñez?

Para la Corte, la decisión objeto de censura vulneró el interés superior de Valentina, por cuanto el equilibrio con las prerrogativas de sus progenitores, no se ponderó sobre la base de la prevalencia de los derechos de aquélla.

En primer lugar, se advierte que la comisaría vinculada incurrió en un proceder irregular tanto en la resolución de 16 de agosto de 2019, como en la de 9 de julio de 2020, al asignar y ratificar la custodia y cuidado personal de Valentina a su padre, Pablo, señalando que se trataba de una medida de carácter “*definitivo*”.

Lo antelado, por cuanto, en virtud del literal “h” del artículo 5º. de la Ley 294 de 1996, dicha determinación es

únicamente de naturaleza provisional, mientras otra autoridad judicial la ratifique o la modifique⁴⁶.

Atendiendo a las circunstancias que rodean el caso, resulta dable inferir que la anomalía descrita pudo incidir en la decisión de María de trasladarse con sus hijos a otra ciudad, sin dar cuenta de su paradero, para evitar que la alejaran “*definitivamente*” de ellos.

Ese dislate fue advertido por el juez accionado, quien modificó el contenido de la resolución aludida en el sentido de precisar que dicha medida “(...) *ser[ía] definitiva, mientras una autoridad judicial no disponga lo contrario o las circunstancias fácticas varíen* (...)”; sin embargo, para entonces, ya había acaecido ese desafortunado evento.

Ahora, aún aceptado que ese ejercicio arbitrario de la custodia constituyera una razón suficiente para otorgar la tuición de Valentina a su progenitor; la Corte observa desproporcionada la restricción a la tutelante de su derecho de visitar a su hija, lo cual, sin lugar a duda, cercenó la prerrogativa de la niña a tener una familia y a no ser separada de ella, al anular abruptamente todo relacionamiento con su madre y, además, con su hermano, Thomas, quien también fue entregado a su padre.

⁴⁶“(…) Artículo 5. Medidas de Protección (...) El funcionario podrá imponer, además, según el caso, las siguientes medidas, sin perjuicio de las establecidas en el artículo 18 de la presente ley: (...) 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 (...)”.

Más aún cuando, según lo afirmado por la promotora, todavía las aferraba el vínculo afectivo de la lactancia. Ello devela que ni la comisaría ni el juzgado accionado, contemplaron la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes de los niños; no siendo de recibo el razonamiento del juez convocado al afirmar que la ruptura de la familia constituía una medida de protección a favor de aquéllos.

Al respecto, el juzgador accionado expuso:

“(...) La ruptura del núcleo familiar, de ninguna manera se puede considerar como sanción a la progenitora, sino como medida de protección en favor de los niños, las consecuencias por supuesto son adversas para todos los miembros de la familia y solo será reversible, si la señora María presta su colaboración a las autoridades, realizándose los dictámenes decretados y aislando a sus hijos de los conflictos que tenga o llegare a tener con sus progenitores; tampoco es un premio para el accionado, sino el resultado de la actitud procesal que cada uno [h]a demostrado, contrario a la reticencia de la demandada el señor Pablo a estado presto a demostrar su idoneidad, dando plenas garantías para una protección efectiva de los derechos de su hija (...)”.

Ahora, la renuencia de María a someterse a una prueba psicológica o psiquiátrica forense, si bien impidió corroborar, por esa vía, que gozaba de salud mental, no podía llevar al funcionario a suponer que carecía de la misma y, por esa vía, inferir que el ejercicio de su derecho de visitas constituía un riesgo para Sophia; pues, justamente a esa conclusión solo podía arribar a partir del análisis de una prueba pericial.

Llama la atención que, en cambio, no se haya cuestionado, con el mismo rigor, la responsabilidad parental de Pablo, al haber sido acusado por la aquí tutelante de cometer presuntos actos de abuso sexual hacia su hija. Para la Sala, dada la decisión de la comisaria de no solicitar la investigación de los hechos por parte de las autoridades competentes, el solo examen físico no descartaba situaciones de abuso, de manera que la decisión de conferir la custodia de la niña a su padre debió, cuando menos, contar con un plan de seguimiento en aras de descartar la exposición de Valentina a una situación de posible amenaza o riesgo a su integridad.

En suma, la ausencia de la perspectiva de género, por parte de las autoridades convocadas, conllevó una inadecuada interpretación del contexto situacional que rodeaba el caso, privilegiando los derechos de uno de los progenitores, en detrimento del interés superior de Sophia.

5. Ahora, al margen de que, como antes se advirtió, la ausencia de perspectiva de género en el presente asunto se torna evidente en la valoración probatoria, pues, a partir de un análisis rígido se restó el mérito a los medios demostrativos allegados por María; se observa que en el trámite administrativo cuestionado se desarrollaron todas las etapas procesales correspondientes al procedimiento de medida de protección en materia de violencia intrafamiliar, garantizando a la tutelante la posibilidad de presentar

pruebas y, así mismo, controvertir los medios probatorios recopilados.

De manera que, en lo atinente a los defectos procedimentales alegados por la actora, no se observa arbitrariedad alguna por parte de las autoridades convocadas. Nótese, en la audiencia de 9 de julio de 2020, María, solicitó invalidar las actuaciones adelantadas con ocasión de la supuesta configuración de, al menos tres nulidades que, en su criterio, viciaban el trámite; todas desestimadas por la comisaria vinculada, en esa misma data.

Frente a dicha decisión la aquí censora interpuso apelación, también desatada en el proveído de 22 de septiembre de 2020 -aquí reprochado-, en el cual el juez confutado se pronunció sobre cada una de las solicitudes de invalidez deprecadas.

Así, en cuanto a la primera nulidad, fundada en el numeral 5 del artículo 133 del Código General del Proceso⁴⁷, el juzgador, descartó que la comisaría de familia omitiera la práctica de pruebas o su controversia, tras precisar:

“(...) Acudiendo a la audiencia del 12 de Junio, vista del folio 476 a 481 del cuaderno No. 5, se evidencia que en aquella oportunidad se decretaron pruebas aportadas por el accionante y otras de oficio, dentro de las que se encuentra los dictámenes

⁴⁷ “(...) Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria (...)”.

periciales censurados por la parte pasiva; terminada la enunciación de los medios probatorios obra la siguiente constancia: “(...) en consecuencia de conformidad con el artículo 232 se dejan a disposición de las partes para los efectos de la contradicción de los dictámenes, fijándose como fecha para la diligencia de continuación de la presente audiencia y contradicción de los peritajes el 9 de julio del 2020 a las 9 de la mañana”.

“En el último inciso de aquella constancia procesal se consigna lo siguiente: “siendo las 5:30 p.m. se suspende la presente diligencia, quedando cerrada la etapa probatoria y quedando pendiente únicamente el aporte de las pruebas virtuales por parte de la señora María y la refutación de los peritajes, si así lo desea la incidentada. Fijándose fecha para continuar la presente audiencia para el día 9 de julio de 2020 a la hora de las 9:00 de la mañana (...)”.

“(...)”.

“Acorde con [el artículo 228 del Código General del Proceso], la contradicción del dictamen sólo pudo efectuarse siguiendo los derroteros de la disposición referida, y dentro de la oportunidad señalada, demarcada por la diligencia del 12 de junio, fecha en la que se incorporaron los dictámenes; sin embargo, dentro del expediente no obra ningún tipo de impugnación en este lapso y el [apoderado de María] tampoco así lo acredita (...)”.

En la segunda nulidad propuesta, la actora formula una serie de cuestionamientos a los dictámenes periciales obrantes en el plenario, señalando que los mismos no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 226 del estatuto procedimental. Dichos argumentos no fueron de recibo por el funcionario convocado, al advertir que lo realmente *“pretendido por la solicitante es revivir términos ya fenecidos para ejercer la contradicción”* frente a dichos medios probatorios.

Finalmente, la tercera nulidad, se fundamentó en la supuesta omisión de la etapa de práctica de pruebas y alegatos de conclusión, y en la pérdida de competencia de la comisaría por haber superado el término establecido en el Código de Infancia y Adolescencia, para definir la medida de protección a favor de la menor, Valentina.

Sobre el particular, el juzgador puntualizó:

“(...) De entrada se advierte que esta nulidad tampoco puede prosperar, en primer lugar porque el trámite para medidas de protección se adelanta de manera especial de acuerdo a lo regulado en la Ley 294 1994, modificada parcialmente por la Ley 575 del 2000 y por remisión del artículo 18 de esta ley, también le son aplicables en estos trámites la normativa contenida en el decreto 2591 de 1991, ante los vacíos de estas normas se aplica el Código General del Proceso; el Código de la Infancia y Adolescencia Ley 1098 de 2006, se aplica en medidas de protección, cuando con ocasión de la violencia intrafamiliar desplegada resultan vulnerados derechos de menores de edad y el comisario de familia debe hacer la apertura de trámite también administrativo de restablecimiento de derechos (...).”

“(...) Con fundamento en este compendio jurídico, se decanta que en este tipo de trámites, no procede etapa de alegatos de conclusión, bien sea que se trate de la imposición de la medida protección o del trámite accesorio de incumplimiento; habida cuenta que el legislador consideró para estos casos un trámite expedito, por encontrarse involucrados derechos que atentan directamente la integridad personal de cualquier individuo y que ameritan respuestas prontas, que no pueden surtirse mediante las etapas propias de acciones ordinarias, impidiendo la definición de fondo pronta y oportuna (...).”

Las conclusiones adoptadas son lógicas, de su lectura, *prima facie*, no se advierte vía de hecho. El análisis precedente, deja ver que, contrario a lo aseverado por la

aquí quejosa, el juez accionado se pronunció sobre todas y cada una de las nulidades por ella solicitadas, exponiendo, de manera razonada y suficiente, el porqué las mismas resultaban improcedentes.

Así las cosas, frente a los vicios procedimentales denunciados, la providencia examinada no se observa descabellada al punto de permitir la injerencia de esta especial jurisdicción. Según lo ha expresado esta Corte, “(...) *independientemente de que se comparta o no la hermenéutica de los juzgadores atacados, ello no descalifica su decisión ni la convierte en caprichosa y con entidad suficiente de configurar vía de hecho (...)*”⁴⁸.

Téngase en cuenta que la sola divergencia conceptual no puede ser veneno para rogar el amparo porque la tutela no es instrumento para definir cuál planteamiento hermenéutico en las hipótesis de subsunción legal es el válido, ni cuál de las inferencias valorativas de los elementos fácticos es la más acertada o la más correcta para dar lugar a la intervención del juez constitucional. El resguardo previsto en la regla 86 es residual y subsidiario.

Ha de recordarse, además, que la apreciación de las probanzas se caracteriza por ser un acto autónomo del juez natural, en el marco de la sana crítica, por lo cual

⁴⁸ CSJ. Civil. Sentencia de 18 de marzo de 2010, exp. 2010-00367-00; ver en el mismo sentido el fallo de 18 de diciembre de 2012, exp. 2012-01828-01.

“(…) resulta infructuoso en esta sede recriminar la apreciación de los medios de acreditación hecha por los juzgadores naturales, dado que ese es el espacio en el que con especial énfasis emerge el principio constitucional de la independencia judicial; en efecto, en múltiples sentencias, entre ellas, la de 29 de junio de 2011, exp. 2011-01252-00, la Corte ha decantado que: ‘(…) el campo en donde fluye la independencia del juez con mayor vigor es en cuanto a la valoración de las pruebas. Ello por cuanto el administrador de justicia es quien puede apreciar y valorar, de la manera más certera, el material probatorio que obra dentro de un proceso, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica; por lo tanto, a juicio de la Corte, la regla general de que la figura de la vía de hecho solamente puede tener una aplicación en situaciones extremas debe ser manejada con un criterio restrictivo (...) de forma que sólo es factible fundar una acción de tutela, cuando se observa en el caso concreto, que de manera manifiesta el operador jurídico ejecuta un juicio irrazonable o arbitrario sobre la valoración probatoria por fuera de las reglas básicas de realización, práctica y apreciación, las cuales se reflejan en la correspondiente providencia (...)’, condiciones que no se vislumbran en el caso concreto (...)”⁴⁹.

6. En lo atinente a la queja por la supuesta alteración del contenido del acta de la resolución administrativa de 9 de julio de año 2020, si la actora considera que la actuación de la Comisaría de Familia de Usaquéen II, es constitutiva de alguna conducta punible o susceptible de vigilancia administrativa, deberá acudir directamente ante las autoridades competentes a formular las denuncias correspondientes.

7. Dilucidado lo anterior, se confirmará la decisión impugnada, pero por las razones aquí expuestas.

Lo antelado por cuanto, además de que la decisión cuestionada resulta favorable a la quejosa, por cuanto no se le impuso sanción por el segundo incumplimiento a la

⁴⁹ CSJ. STC de 25 de enero de 2012, exp. 2011-02659-00; ver en el mismo sentido el fallo de 18 de diciembre de 2012, exp. 2012-01828-01.

aludida medida de protección; en la actualidad, es el Juzgado Diecinueve de Familia de Bogotá, quien tiene a su cargo la definición de la custodia, cuidado personal y régimen de visitas a favor de Valentina y el proceso se halla en pleno curso; circunstancia que le impide al juez constitucional adoptar cualquier decisión sobre el particular, dada su naturaleza residual y subsidiaria.

Sin embargo, se exhortará al(a) titular de dicho estrado judicial para que en su análisis y resolución del caso atienda a las consideraciones aquí expuestas.

Asimismo, se ordenará a la Comisaría de Familia de Usaquén II que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a regular de manera provisional, el régimen de visitas a favor de María respecto de su menor hija Valentina, mientras el Juzgado Diecinueve de Familia de Bogotá adopta una decisión sobre el particular.

Finalmente, se conminará al juzgado convocado y a la comisaría vinculada para que, más allá de una citación meramente formal de los instrumentos normativos que protegen los derechos de las mujeres, implementen la metodología de la perspectiva de género en los asuntos que les corresponde resolver, atendiendo a los criterios jurisprudenciales establecidos para garantizar su aplicación efectiva.

8. Siguiendo los derroteros de la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia, no se otea vulneración alguna a la preceptiva de la misma ni tampoco del bloque de constitucionalidad, que ameriten la intervención de esta Corte para declarar inconvencionales las decisiones atacadas.

El convenio citado es aplicable por virtud del canon 9 de la Constitución Nacional, cuando dice:

“(...) Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia (...)”.

Complementariamente, el artículo 93 *ejúsdem*, contempla:

“(...) Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)”.

El mandato 27 de la Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados de 1969⁵⁰, debidamente ratificada por Colombia, según el cual: *“(...) Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”*⁵¹, impone

⁵⁰ Suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969.

⁵¹ Aprobada por Colombia mediante la Ley 32 de 1985.

su observancia en forma irrestricta, cuando un Estado parte lo ha suscrito o se ha adherido al mismo.

8.1. Aunque podría argumentarse la viabilidad del control de convencionalidad sólo en decursos donde se halla el quebranto de garantías sustanciales o cuando la normatividad interna es contraria a la internacional sobre los derechos humanos, se estima trascendente efectuar dicho seguimiento en todos los asuntos donde se debata la conculcación de prerrogativas *iusfundamentales*, así su protección resulte procedente o no.

Lo aducido porque la enunciada herramienta le permite a los Estados materializar el deber de garantizar los derechos humanos en el ámbito doméstico, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia, ejercicio que según la Corte Interamericana se surte no sólo a petición de parte sino *ex officio*⁵².

No sobra advertir que el régimen convencional en el derecho local de los países que la han suscrito y aprobado, no constituye un sistema opcional o de libre aplicación en los ordenamientos patrios; sino que en estos casos cobra vigencia plena y obligatoriedad con carácter impositivo para todos los servidores estatales, debiendo realizar no solamente un control legal y constitucional, sino también el

⁵² Corte IDH. Caso Gudiél Álvarez y otros (“Diario Militar”) contra Guatemala. Sentencia de noviembre 20 de 2012. Serie C No. 253, párrafo 330.

convencional; con mayor razón cuando forma parte del bloque de constitucionalidad sin quedar al arbitrio de las autoridades su gobierno.

8.2. El aludido control en estos asuntos procura, además, contribuir judicial y pedagógicamente, tal cual se le ha ordenado a los Estados denunciados –incluido Colombia-⁵³, a impartir una formación permanente de Derechos Humanos y DIH en todos los niveles jerárquicos de las Fuerzas Armadas, jueces y fiscales⁵⁴; así como realizar cursos de capacitación a funcionarios de la rama ejecutiva y judicial y campañas informativas públicas en materia de protección de derechos y garantías⁵⁵.

Insistir en la aplicación del citado control y esbozar el contenido de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en providencias como la presente, le permite no sólo a las autoridades conocer e interiorizar las obligaciones contraídas internacionalmente, en relación con el respeto a los derechos humanos, sino a la ciudadanía informarse en torno al máximo grado de salvaguarda de sus garantías.

⁵³ Corte IDH, Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párrs. 259 a 290, criterio reiterado Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrs. 295 a 323.

⁵⁴ Corte IDH, Caso de la Masacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párrs. 229 a 274.

⁵⁵ Corte IDH, Caso Furlan y familiares Vs. Argentina, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párrs. 278 a 308.

Además, pretende contribuir en la formación de una comunidad global, incluyente, respetuosa de los instrumentos internacionales y de la protección de las prerrogativas fundamentales en el marco del sistema americano de derechos humanos.

9. Con fundamento en los argumentos expuestos, se confirmará la providencia impugnada.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha y lugar de procedencia anotada, por las razones expresadas en esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a la Comisaría de Familia de Usaquén II que, en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a regular, de manera provisional, el régimen de visitas a favor de María respecto de su menor hija Valentina, mientras el Juzgado Diecinueve de Familia de Bogotá adopta una decisión sobre el particular.

TERCERO: EXHORTAR al Juzgado Diecinueve de Familia de Bogotá, para que en la definición del proceso 2020-0351-00, atienda a las consideraciones aquí expuestas. Por secretaría, remítasele copia de todo lo actuado.

CUARTO: CONMINAR al Juzgado Primero de Familia de Bogotá y a la Comisaría de Familia de Usaquén II, en los términos del numeral séptimo del acápite considerativo de esta providencia.

Notifíquese lo así decidido, mediante comunicación telegráfica o mensaje de datos, a todos los interesados, remitiéndoles copia de esta decisión y envíese oportunamente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


FRANCISCO TERNERÁ BARRIOS
Presidente de Sala


ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Magistrado



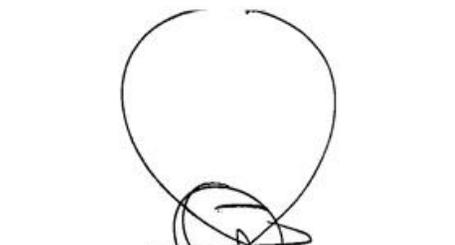
HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado



LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
MAGISTRADO



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado