

<i>Sentencia</i>	<i>20080011001</i>
<i>Autoridad</i>	<i>Tribunal Superior de Buga-Sala Quinta de Decisión Civil-Familia</i>
<i>Fecha</i>	<i>12 de diciembre de 2018</i>
<i>Magistrado ponente</i>	<i>Barbara Liliana Talero Ortíz</i>
<i>Link sentencia</i>	<i>Enlace a la biblioteca</i>
<i>Etiquetas</i>	<i>Valoración probatoria con perspectiva de género/ restitución internacional del menor/afectación a niñas y niños por violencia doméstica</i>
<i>Sinopsis</i>	
<p><i>Una mujer que residía con su pareja e hija común en Panamá, decide abandonar el país con su hija y residenciarse en Colombia, como respuesta a los malos tratos que su pareja cometía en su contra.</i></p> <p><i>El ICBF en beneficio de una niña menor de 18 años, puso demanda en Juzgado de Familia para solicitar la restitución internacional de la niña a su padre residente en Panamá, en contra de la madre que había llegado al país con la niña sin permiso del padre.</i></p> <p><i>En primera instancia el Juzgado de Familia niega la restitución, argumentando que se probó por parte de la demandada la existencia de malos tratos del demandante hacia la madre de la niña y porque la niña ya estaba en un proceso de adaptación a su nuevo entorno, que es una excepción jurídica al Convenio de la Haya. La decisión fue impugnada por el padre de la niña.</i></p>	
<i>Elementos jurídicos relevantes</i>	
<p><i>“... la acción de restitución internacional de menores busca regular, grosso modo, la anómala conducta consistente en el desplazamiento de un menor fuera del territorio de un Estado en que tenga su residencia habitual, o retención del mismo fuera de ese territorio por tiempo diferente al establecido para el ejercicio del derecho de visita, siempre que se produzca en violación del contenido de los derechos de guarda o de visita en vigor en ese momento, en el lugar de residencia habitual del menor. Por ende, al efecto de conjurar dicho proceder, está establecido un procedimiento, el cual consta de dos fases: administrativa y judicial.</i></p> <p><i>En la fase administrativa, recibida la solicitud y verificados los requisitos de procedencia, a las autoridades centrales les corresponde impulsar con carácter de urgencia el trámite y tomar medidas concretas para (i) localizar al niño, (ii) prevenir nuevos peligros para el niño o perjuicios para las partes, tomando o haciendo tomar medidas provisionales; (iii) facilitar una solución amistosa para la entrega del niño; (iv) intercambiar datos relativos a la situación social del niño, si ello resulta útil; (v) proporcionar información general respecto de la legislación del Estado relativa a la aplicación del Convenio; (vi) facilitar el inicio de un procedimiento judicial o administrativo para obtener el regreso del niño y permitir que el derecho a la visita sea organizado o efectivamente ejercido; (viii) conceder o facilitar, según sea el caso la obtención de asistencia judicial, incluyendo la participación de un abogado,</i></p>	

(viii) asegurar en el plano administrativo el regreso del niño sin peligro; y (ix) eliminar cualquier obstáculo en la aplicación del Convenio, siendo que ambas partes han de velar por un desarrollo célere de las actuaciones en pro de salvaguardar el interés superior del menor”.

El mismo Convenio de la Haya, concibe que no procede la restitución del niño o niña cuando existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable” refiriendo al literal b, del artículo 13 del Convenio de la Haya de 1980. Además, la misma norma establece que, son las autoridades judiciales y administrativas las que tendrán en cuenta la información sobre la situación social del menor para establecer si procede o no la excepción. “si bien es cierto, el fin de la Convención de la Haya es el retorno inmediato del menor a su lugar de origen cuando ha sido trasladado o retenido ilícitamente, también lo es, que ello no es absoluto, a tal punto que el mismo cuerpo normativo consagra la posibilidad contraria”.

La violencia doméstica o intrafamiliar constituye una excepción suficiente a la regla de restitución, en consecuencia las pruebas (testimonios, impresiones de mensajes de whatsapp, documentos de anteriores denuncias, y valoraciones psicosociales) que refieren a esta situación, deben ser consideradas a la hora de definir la restitución.

El Tribunal señala que atendiendo además a la “delicada materia” de esta demanda, “es propio acotar que el caso amerita un juzgamiento con perspectiva de género, fundamentalmente, en procura de garantizar la no discriminación y la igualdad en el acceso a la administración de justicia por la que propende el artículo 13 de la Constitución Política, así como por el acatamiento estricto de los instrumentos de derecho publico internacional ratificados por Colombia que protegen a la mujer contra todo tipo de violencias, tras ser consdierada una directa afecta a los derechos humanos”.

Refiriendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Tribunal reafirma que en la aplicación de una perspectiva de género, los derechos del presunto agresor no pueden ser ponderados judicialmente por encima de los derechos humanos de quien se dice víctima -sin que ello signifique parcialidad en el juzgador-, que se flexibilice el rito procesal que existe en torno a los medios de prueba, y que se le dé significativa relevancia a la declaración de la presunta víctima, así como al interrogatorio absuelto por el demandado, y al de sus familiares más cercanos, y a su vez, se privilegio la prueba indiciaria”.

“(…) cuando se trata de una mujer que aparentemente es víctima de violencia doméstica, aquella no está en igualdad de armas, especialmente probatorias con su contendor, no puede [el juez] revictimizar dejando de lado la tarea de hacer una flexible, celosa y ardua valoración probatoria como remedio para equilibrar las cargas, porque ello sería contribuir a la alta impunidad que ha imperado durante años en estos casos debido a sus particularidades, a la par que, hacerle gala a ese abominable flagelo que indudablemente les genera a ellas un estancamiento de su desarrollo.”

“Así las cosas y una vez revisada la lista de verificación de casos con perspectiva de género de la Comisión de Género de la Rama Judicial, es innegable la necesidad de aplicar el referido enfoque en este caso, de hecho el caso sub-judice se enmarca en dos de las sub-categorías de dicha base de datos, valga decir “violencia doméstica” y “mujeres migrantes, refugiadas y

desplazadas internas”, (...) pues recordemos, nos encontramos frente a una mujer que en múltiples oportunidades ha denunciado haber sido víctima de maltrato intrafamiliar de parte de su esposo, lo cual ocurrió lejos de su familia, en un país ajeno al que llegó como muchos colombianos, en busca de oportunidades laborales, lo que se traduce en un sometimiento a su pareja más afincado”.

“Ahora bien, que no se diga que, como lo sugiere el censor [el padre que impugnó la decisión de primera instancia que negó la restitución], no se encuentra acreditado ningún tipo de maltrato hacia la menor en cuestión, pues en todo caso, los ultrajes hacia la madre -que en este particular asunto se encuentra acreditado por distintos medios de prueba- exponen a la niña a un “peligro grave físico o psíquico o a una situación intolerable”, caso en el cual -ya lo hemos dicho- se torna inviable la restitución.”

“(…) cualquier forma de violencia entre los progenitores o miembros del entorno familiar indudablemente irradia en los niños, niñas y adolescentes que los presencian y los viven, pues el sentimiento de angustia e impotencia que generan, tiene un grave efecto negativo en su formación y desarrollo”