F.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado ponente

STC1196-2023

Radicación nº 25000-22-13-000-2022-00510-02

(Aprobado en sesión del quince de febrero de dos mil veintitrés)

Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

ANOTACIÓN PRELIMINAR

De conformidad con el Acuerdo n° 034 de 16 de diciembre de 2020 de esta Corporación y en aras de cumplir los mandatos destinados a proteger la intimidad y bienestar de los niños, niñas y adolescentes, en providencia paralela a esta los nombres de las partes involucradas en el presente asunto serán reemplazados por otros ficticios a fin de evitar la divulgación real de sus datos.

Establecido lo anterior, se dirime la impugnación formulada por Juan Rulfo contra el fallo de 3 de noviembre de 2022, dictado por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en la

acción de tutela que Juana Rulfo promovió en nombre propio y de su hijo Juan Pablo Rulfo Rulfo frente al Juzgado Promiscuo de Familia de Leticia – Amazonas, trámite al que fueron vinculadas las partes e intervinientes del proceso de custodia y cuidado personal con rad. 2021-00093-00.

ANTECEDENTES

1. La libelista pretende a través del presente mecanismo que se revoque el fallo que resolvió sobre la custodia y régimen de visitas del menor (26 ago. 2022) y que como consecuencia de ello, se ordene al Juzgado convocado que profiera una nueva decisión otorgándole la custodia de su hijo.

En sustento adujo que desde el 16 de abril de 2018 comenzó a convivir con Juan Rulfo en la ciudad Leticia y fruto de esa relación nació Juan Pablo Rulfo Rulfo; comoquiera que fue víctima de violencia psicológica, económica, sexual y física, pues entre otras, no solo, evidenció la «*práctic*[a] *de un aborto a una indígena*» en su residencia, sino que, sufrió «*ruptura del tabique nasal, laceraciones en el rostro, ojos y varias partes del cuerpo*» por cuenta de su compañero sentimental, de una parte, denunció infructuosamente tales hechos ante la Fiscalía General de la Nacional, y por la otra, en agosto de 2020 puso fin a la convivencia, tras radicarse junto con su hijo en la ciudad de Bogotá.

Señaló que arguyendo que es «*una persona "loca, conflictiva, que no controla sus emociones, agresiva, trastornada, problemática"*» el progenitor del niño promovió en su contra el juicio objeto de escrutinio; trámite en el que pese a que puso de presente las anteriores circunstancias de violencia y maltrato las que incluyeron que por injerencia de su ex pareja ella y su hijo cambiaran sus apellidos[1] y se convirtieran al hebreo, el Juzgado convocado, resolvió entre otras, otorgar la custodia y cuidado del menor al demandante, así como establecer un régimen de visitas vigiladas en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en detrimento del interés superior del niño.

Aseveró que en aquella decisión no se tuvo en cuenta que su primogénito siempre ha estado a su lado, que ha padecido ciclos de intimidación, además que se apeló al dictamen psicológico «*amañad*[o]» que la remite a tratamiento farmacológico, cuando nunca ha sido medicada, sin contar que únicamente le fue practicado a ella y no a su contraparte.

Indicó que el señor Juan tiene su asiento comercial en el departamento del Amazonas con hoteles y una reserva natural, condición que en su sentir, ha servido para «*convencer*» a las distintas autoridades que han conocido de su caso que «*padece de una enfermedad mental y dej*[ó] *de tomar medicinas*», lo que resulta contrario a la realidad.

[1] Advierte la accionante que ella llevaba los apellidos Pérez Pérez, los que se cambió por petición de su pareja, el menor se llamada Juan Pablo Rulfo Pérez y el padre cambió los apellidos por Rulfo Rulfo.

Manifestó que es comunicadora y foto-periodista con trabajos para distintos medios nacionales e internacionales, sin embargo, por dichas actividades el ex compañero «*continuamente cuestionaba* [su] *papel de madre, argumentando que* [su] *deber era estar en la casa atendiendo*[los]», lo que motivó «*agresiones*» y la «*obstaculiza*[ción] [de su] *ejercicio profesional*».

2. El Juez aludido precisó, por una parte, que ofició a las diferentes autoridades para establecer la veracidad de los hechos expuestos en el juicio criticado, y por la otra, que

> (…) *ha realizado todos los actos procedimentales que regulan la materia, esto dentro del marco del derecho fundamental al debido proceso, respetando y acatando los principios de legalidad, publicidad, igualdad entre otros principios. Es de resaltar que se profirió sentencia conforme a la práctica de las pruebas legalmente recaudadas dentro del trámite procesal, mismas que fueron conocidas y objeto de debate por las partes*.

La Fiscalía General de la Nación, la Comisaría de Familia de Leticia y el Instituto Colombiano de Bienestar Familia - I.C.B.F. remitieron copia digital de sus actuaciones.

3. El *a quo* concedió el resguardo reclamado, tras considerar que la judicatura accionada, incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico comoquiera que «*desvió la discusión probatoria del asunto pues dictámenes y testimonios versaron sobre la capacidad mental de la señora Nevo, de donde extrajo conclusiones que desbordaban su*

contenido y dejó de observar que no era ello el punto determinante para la solución del reclamo demandado»; además que en la etapa de instrucción no solo permitió que

> *los deponentes utilizaran términos desvalorizantes para referirse a la señora Nevo, tildándola de "loca", "emocional", "histérica" e "inestable", los cuales se fundaban en prejuicios machistas (y cohonestó esas expresiones en su sentencia), sino que además permaneció impasible mientras la apoderada del señor Juan Rulfo le realizaba preguntas revictimizantes en su interrogatorio, cuestionando las razones por las que ella regresaba a la relación con el demandante después de haber sido agredida física y emocionalmente* (…).
>
> *Es decir, que el accionado no sólo no valoró la conducta procesal del demandante y sus testigos, en tanto que el primero ocultó las circunstancias de violencia intrafamiliar que sólo vinieron a ser puestas en conocimiento del juzgado con la contestación de la señora Nevo, pero que además mintió en su interrogatorio sobre las agresiones ejercidas en contra de su ex pareja, sino que también se dejó de analizar que pese a que los deponentes no conocieron de lo ocurrido, señalaron que les constaba que el señor Nevu no era agresivo con la demandada, lo cual no estaban en la capacidad de afirmar por no haber observado los hechos de manera directa, a lo que debe sumarse que la lectura de las declaraciones de la psicóloga fue fragmentada, ya que ésta también manifestó que las actitudes de la aquí accionante podían considerarse una reacción a la violencia que sufría y la falta de atención de las autoridades frente a sus denuncias.*
>
> *Todo ello era de suma trascendencia para la discusión, comoquiera que ponía en perspectiva que el conflicto suscitado se dio en el marco de una relación abusiva en la que se presentaron agresiones y reacciones defensivas, que ambos padres tenían*

> *estilos de crianza distintos que generaron múltiples choques y que ambos propiciaron una situación inadecuada para el niño en la que dieron prevalencia a sus intereses propios sobre el bienestar de su hijo. Ello significa que si el juez accionado hubiera realizado una apreciación conjunta, completa y razonable de las pruebas recaudadas, bajo una perspectiva de género y del principio pro infans, hubiera reparado en que el cuestionamiento de la salud mental de la señora Nevo, y de cómo ello supuestamente la hacía incapaz de ejercer su rol de madre, hacía parte del patrón de violencia que se desplegó en su contra y, de manera irrazonable, ponía el peso de la indebida tramitación del conflicto familiar en cabeza exclusiva de la madre.*

Por lo anterior, ordenó al Juzgado Promiscuo de Familia de Leticia que en el término de 48 horas seguidas a la notificación de la sentencia

> *deje sin valor ni efecto la providencia del 26 de agosto de 2022 y profiera auto decretando pruebas de oficio que le permitan apropiarse de toda la información que sobre la relación familiar se ha recopilado en los mencionados estamentos y una vez incorporada legalmente al proceso, en el lapso de tiempo no mayor a (30) días siguientes a la ejecutoria del auto que se le ordena emitir, convoque a las partes a audiencia de fallo, emitiendo una nueva decisión que atienda las directrices que se le dejaron expuestas en antecedencia.*

4. Juan Rulfo impugnó la anterior decisión y para ello señaló que el Juez aludido valoró todos los medios de prueba practicados conforme a la sana crítica y las reglas de la experiencia los que eran concluyentes en que él era la persona idónea para garantizar los derechos del menor,

habida cuenta además de la «*inestabilidad psicológica*» de la progenitora, sin que sea admisible la aplicación del enfoque de género, cuando aquella se ha mostrado en conflicto con todas las autoridades; advirtió que no había lugar a estudiar las quejas de violencia intrafamiliar en el proceso criticado, en la medida que esa temática es objeto de la investigación que cursa en la Fiscalía General de la Nación.

CONSIDERACIONES

1. Frente a las quejas expuestas en la demanda y la impugnación en punto al reproche contra el proveído del Juzgado convocado que dispuso la custodia y cuidado de Juan Pablo Rulfo Rulfo en cabeza del padre y así mismo resolvió sobre las visitas y cuota de alimentos a cargo de la madre (26 ago. 2022), pronto se advierte que se confirmará el amparo dispensado en la medida que dicha autoridad desatendió su deber de administrar justicia con enfoque de género e incurrió en defecto fáctico.

En primer lugar, y en relación a la inobservancia puesta de presente, es pertinente recordar que tratándose de asuntos como el criticado, el artículo 12 del Código de la Infancia y la Adolescencia[2], previene a las autoridades a tener en cuenta la perspectiva de género en todos los

[2] 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 (…).

ámbitos de la actuación con el fin de que lograr una sociedad equitativa e incluyente, luego entonces

> [e]*llo implica que las decisiones de las autoridades administrativas y de los funcionarios judiciales en materia de custodia deben estar desprovistas de prejuicios, generalizaciones o estereotipos de género que conduzcan a tratamientos discriminatorios del padre o de la madre, por cuanto ambos gozan de igualdad de derechos, y pueden desempeñar en forma idónea su rol materno o paterno* (…).
>
> *Todos los criterios, al hacer efectivos principios y derechos de los niños, niñas y adolescentes, ostentan carácter prevalente y, por lo mismo, deben ser de obligatoria observancia por parte de las autoridades administrativas y por los jueces de familia al asignar la custodia y cuidado personal de éstos, coligiendo, según las particularidades del caso concreto, cuál de estas dos modalidades de tuición garantiza en mayor medida la satisfacción de sus derechos, si la monoparental o la compartida* (STC2717-2021).

Ahora en la búsqueda de la igualdad de género, de manera progresiva se ha venido reconociendo un trato preferente a la mujer, habida cuenta que

> [h]*istóricamente las mujeres, entendidas como grupo social, han sido objeto de discriminación en todas las sociedades y en la mayor parte de los aspectos de la vida: en sus relaciones sociales, económicas, políticas y personales; por esto, el ordenamiento jurídico colombiano ha reconocido y autorizado medidas tendientes a evitar la discriminación por razón de sexo, y ha encontrado en la igualdad, entendida como principio, valor y derecho fundamental, y en la no discriminación, un pilar fundamental para su protección a las autoridades en el contexto*

> *de un Estado Social de Derecho, que se rige por el principio de igualdad material, le está prohibido dar tratos que fomenten las desigualdades sociales existentes y agraven la condición de pobreza y marginalidad de los ciudadanos, especialmente, de aquellos grupos que han sido tradicionalmente discriminados. Ahora bien, respecto de la especial protección constitucional de la mujer, como sujeto históricamente desprotegido y marginado, esta Corporación ha señalado en reiteradas providencias, que en ciertos casos, dicha protección reforzada y especial de los derechos de las mujeres, es un fin constitucional cuya satisfacción admite el sacrificio de la cláusula general de igualdad, en el entendido de que se acepten tratos discriminatorios, con un fin constitucionalmente legítimo*» (C. C. T-386 de 2013; reiterada en STC12840-2017).

En segundo lugar, en punto a la citada figura y los criterios orientadores para su aplicación en las decisiones judiciales, esta Sala acompañó los derroteros fijados por la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, e indicó como circunstancias a tener en cuenta que

> *i) si en el litigio se encuentra de por medio una mujer, ii) si en el asunto objeto de estudio ya existen antecedentes en los que se aplique el enfoque de género, por ejemplo, temas relacionados con los derechos sexuales y reproductivos (apoyo a la maternidad, menopausia, interrupción del embarazo, fertilidad, etc.), mujeres víctimas de desplazamiento forzado, hechos de violencia contra la mujer (violencia intrafamiliar, violencia sexual, violencia patrimonial), iii) debe evaluarse el contexto de la situación que da origen al conflicto, preguntándose por la calidad de los sujetos procesales, su poder adquisitivo y de decisión, las reglas, normas y costumbres e inclusive la historia a la que obedecen, así como los derechos y obligaciones que tienen.*

En esa misma línea se estableció que los jueces en sus providencias, deberían entre otras

> *i) incluir argumentos y hermenéuticas que evidencien el enfoque de género, ii) «Una vez analizada la situación fáctica, el/la juez/a en búsqueda de la verdad real, y en el análisis del conjunto probatorio debe privilegiar la prueba indiciaria, dado que en muchos caso la prueba directa no se logra», iii) darle voz a las mujeres y a las organizaciones que las representan, iv) debe considerarse, ponderarse y valorar el papel, el rol y las relaciones que en cada contexto social está llamada a desempeñar la mujer, v) el fallador debe ser consciente del poder transformador de las decisiones judiciales en la sociedad, lo que permite insinuar, procurar, hacer rutas de superación de las dificultades y establecer pautas de conducta que materialicen la igualdad, reconozcan la categoría de género que le corresponde a la mujer en relación con sus derechos; además, debe «promover los correctivos para que en lo posible apunte al deber ser, de manera tal, que el reconocimiento pueda ser traducido en una verdadera dignificación del papel de la mujer en la sociedad; dando así un verdadero salto cualitativo del aspecto puramente biológico que indica el sexo, al tema del entendimiento del género, dentro del caso concreto que se está examinando»* (subraya la Sala) (STC7683-2021).

Ahora bien, tratándose de procesos de custodia y cuidado de menor cuando existe violencia intrafamiliar, lo anterior no significa que el Juez deba proferir inexorablemente la sentencia en favor de los intereses de la mujer, en la medida que el fin principal del litigio es determinar la custodia del infante que se ha visto involucrado en una disputa sin tregua entre ambos progenitores y, en tal orden, corresponde establecer

objetivamente cuál de los dos ascendientes es el más idóneo para asumir esa responsabilidad; sin embargo, en esa tarea se debe analizar el asunto, se itera, con perspectiva de género y ello se traduce precisamente en no caer o encasillar a los sujetos procesales en estereotipos, prejuicios o generalizaciones, además de examinar el contexto de violencia que deviene entre los excompañeros en desigualdad de condiciones.

Téngase en cuenta, que la mentada figura se apuntala en dos principios fundamentales como son la no discriminación, entendida como la presencia de una percepción social caracterizada por el descrédito de una persona o grupo poblacional a los ojos de los demás, y la igualdad, que no se puede concretar como semejanza simple y llanamente, sino que se tiene que guiar por el criterio de la justicia real para todas las personas.

En esa línea, ante la presencia de una mujer, un menor de edad y un contexto claro de violencia intrafamiliar, el Juez está en la obligación, en primera medida, de desplegar una actividad investigativa, decretando las pruebas que estime necesarias, para obtener un mayor convencimiento sobre las afectaciones reales a los derechos de todos los sujetos de especial protección involucrados, y en segundo lugar, analizar las circunstancias acaecidas lejos de estigmas y entendiendo la correlación existente entre el comportamiento de la parte afectada, con las circunstancias de agresión que ha

padecido y que en muchos casos no han hallado eco en las diferentes entidades del estado.

En tal orden, el Juez tiene el deber de asumir una labor más acuciosa tanto en la etapa de instrucción como en la sentencia, con el fin de definir objetivamente la custodia junto al régimen de visitas aludidos y, como se advirtió en precedencia, esto frente al niño o niña debe ir dirigido a establecer las verdades relaciones materno y paterno filiales, el entorno en que aquellos puede desarrollar sus aptitudes como unas personas en formación y que dicho lugar ofrezca seguridad en todos los sentidos, entendido ello como los factores afectivos, de alimentación, de escolaridad, salud, recreación entre otros; así mismo es del caso destacar que en ese laborío están vedados los arquetipos como el rol paternal, maternal, la posición social, económica o el relacionamiento con terceros.

Esta Sala, en relación a la particular temática, se ha pronunciado, al advertir que

> (…) *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 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* (…) (STC8534-2019).

De otro lado, para esta Corporación merece también atención la temática relacionada con el conflicto suscitado entre congéneres y el bienestar de los menores, pues aunque para cuando se promueven esta clase de litigios ya no se trata de una familia nuclear conformada por los integrantes iniciales habida cuenta de la separación de los progenitores, se tiene que por el proceso judicial, se puede optar por una custodia monoparental o compartida, y por ello de continuar con las agresiones aludidas, estas se desarrollan en un escenario de violencia intrafamiliar.

En tal contexto es dable advertir que aun cuando se observen quejas y ataques recíprocos entre los excompañeros, dicha circunstancia, en el citado marco deviene en violencia contra la mujer y por tal motivo requiere de la atención diferenciada del funcionario judicial que conoce del asunto.

Respecto de la particular materia, jurisprudencialmente se ha señalado que

> *El estereotipo de la mujer débil que no se defiende ante la agresión, es solo otra forma de discriminación. La defensa ejercida por una mujer ante una agresión de género, no puede convertirse en la excusa del Estado para dejar de tomar las*

medidas adecuadas y eficaces para garantizarle una vida libre de violencia. Las víctimas de violencia de género no pierden su condición de víctimas por reaccionar a la agresión, y tampoco pierde una mujer que se defiende, su condición de sujeto de especial protección constitucional. En virtud de lo anterior, debe tenerse en cuenta que cuando un hombre y una mujer se propician agresiones mutuas, en términos generales, no están en igualdad de condiciones. La violencia contra la mujer está fundada en estereotipos de género que les exige asumir roles específicos en la sociedad, ajenos a la "independencia, dominancia, agresividad, e intelectualidad del hombre" y cercanos a la "emotividad, compasión y sumisión de la mujer". Y la obligación del Estado es la de adelantar todas las medidas necesarias para contrarrestar la discriminación histórica y estructural que motiva a la violencia de género (C.C. T027-17).

Luego, si bien se está en un proceso de custodia y cuidado de menores, ante la gravedad de las circunstancias y la tan mentada herramienta, era y es deber del funcionario judicial, de acuerdo a lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 281 del Código General del Proceso[3], aplicar las medidas de protección previstas en Ley 294 de 1996 modificada por la Ley 575 de 2000 con el fin de conjurar hechos futuros que agraven más la relación entre los padres y de ser necesario las previstas en los artículos 53 y siguientes de la Ley 1098 de 2006 de verse afectados los niños, niñas o adolescentes.

2. Bajo el marco descrito procede la Sala a establecer si en el caso concreto había lugar o no aplicar el enfoque de

[3] En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole.

género reclamado por la accionante y en tal sentido se observa que el juicio de custodia y cuidado promovido en contra de aquella, se encuentran involucrados el menor de quien se pretende la guarda y la accionante que es mujer; aunado a ello el asunto corresponde a uno de familia que involucra un infante y en tal orden el artículo 12 del Código de la Infancia y la Adolescencia, como se advirtió en líneas anteriores estipula la aplicación de la tan mentada figura.

En lo que respecta al contexto del asunto, se debe subrayar que aun cuando únicamente persigue la guarda del niño, tiene antecedentes de violencia intrafamiliar entre los progenitores, circunstancias que se acreditaron no solo con la demanda, al allegar algunos documentos provenientes de la Comisaría de Familia de Leticia, sino con la contestación a esta en donde se expusieron los hechos victimizantes que se pretendieron acreditar, entre otras, con la citación para audiencia concentrada en el marco de la denuncia por violencia intrafamiliar que conoce uno de los Juzgados Penales de la citada localidad y que se sigue en contra del allá demandante, así como registros fotográficos y de ingresos a un centro hospitalario por lesiones físicas padecidas. Lo precedente permite colegir que en el *sub judice* se cumplen todos los criterios orientadores para aplicarse la administración de justicia con enfoque de género, herramienta que fue desconocida por el juzgador de instancia.

Advertido lo anterior, no se puede pasar por alto lo acaecido en la audiencia del 11 de febrero de 2022, de que

trata el artículo 392 del Código General del Proceso, comoquiera que el manejo que el Juez del conocimiento le dio al interrogatorio de parte practicado a la demandante, se aleja a todas luces de la aplicación de la tan mentada figura, pues de un lado, ante la exposición del hechos de violencia que padecía y el distanciamiento frente a su primogénito lo que provocó sollozos de su parte, y por la otra, las preguntas en que cuestionaban sobre el círculo de maltrato padecido con su expareja con palabras peyorativas hacía ella, el funcionario, ante el primero de los eventos, sin más interpeló a la deponente impidiendo exteriorizar los sentimientos de desasosiego que la acompañaban sin indagar por más con el fin de tomar las medidas pertinentes y dilucidar dicha situación frente al menor, y en relación al segundo, por el contrario guardó silencio, permitiendo así la revictimización de aquella.

Recuérdese que esta Sala al respecto ha indicado que

> (…) *aunque un asunto deba abordarse desde la perspectiva de género, ello no implica que el juzgador no pueda interrogar a las partes en disputa y, en especial, a aquella que, conforme al ordenamiento jurídico, pueda considerarse discriminada, pero, en todo caso, de hacerlo, deberá limitarse a los aspectos que resulten cardinales, útiles, para el propósito de la causa irresoluta, lo que siempre demandará un exhaustivo análisis de caso a caso, pues las particularidades de cada uno, incluso la forma de cuestionar, podrá llevar a disímiles conclusiones* (STC158-2021).

3. De otra parte, en punto a la sentencia que resolvió sobre la custodia, el cuidado, los alimentos y el régimen de visitas del primogénito, se tiene que el Juzgado para decidir como lo hizo, después de relacionar en extenso los medios de prueba recaudados, puntualizó que

> [d]*e acuerdo a la declaración y los testimonios rendidos bajo la gravedad del juramento, el despacho considera que son coherentes, puesto que los testigos son idóneos en cuanto que han estado presentes en el espacio socio-familiar del niño* (…), *confirmando los comportamientos agresivos por parte de la señora* (…) *y destacando el cuidado por parte de* (…) *en los aspectos de la crianza y cuidados personales, aspectos que son concordantes en los testimonios recepcionados en audiencia y allegados al proceso.*
>
> *De la misma manera, en el relato del señor comisario de familia adscrito a esta localidad, se puede denotar la actitud que la demandada tuvo con este, siendo que la describió como déspota y agresiva en el trato hacia él, afirmando que llegó hasta el punto de referir palabras soeces, lo anterior, no fue rebatido en el marco del proceso judicial* (…)

En esa misma línea, luego de citar entre otras, las consideraciones expuestas en los dictámenes practicados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el informe de la Fiscalía General de la Nación -proceso por delito de violencia intrafamiliar- y los aportados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Amazonas, en relación a la mentada infracción, puntualizó que carecía de competencia para pronunciarse en la medida que era el ente instructor quien debería

establecer la tipificación del delito, y frente a la demandada, precisó que

> *en varios relatos aportados por los testigos e informes de las autoridades competentes, se ha vinculado* (…) *con actuaciones que alteran el orden público, en la audiencia se evidenció, al igual que en los conceptos allegados, que su discurso no es coherente con sus acciones, carece de límites para controlar sus comportamientos, impulsos y emociones. No demostró en el transcurso del proceso cumplir con las órdenes judiciales, ya que no respetó los horarios de visitas y ha mostrado trato irrespetuoso con varios funcionarios y vecinos* (…).

Puntualizó, entonces, después de pronunciarse entorno a nuevas pruebas sobre un presunto descuido del menor por parte del progenitor y descartar las mismas, habida cuenta que, ya se encontraban previamente en el expediente y eran incompletas, que

> (…) *se concluye que el entorno y comportamiento actual de la señora* (…) *no se puede tener como un espacio protector que garantice cuidado de su menor hijo y, por tanto, representa un factor de riesgo soportado en lo descrito en los informes de los equipos psicosociales y peritos intervinientes en el proceso, además, en la inestabilidad que se ha evidenciado a lo largo del proceso respecto de no contar con un lugar estable en el que residir.*
>
> *Por otro lado, respecto del señor* (…) *se demostró que tiene capacidad para realizar actos de representación legal y extralegal de su menor hijo, dado que ha ejercido la función de criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta de su hijo* (…), *máxime que cuenta con un*

trabajo estable, por lo que se accederá a otorgar la custodia solicitada.

En lo que tiene que ver con el derecho a visitas, tenemos como norma general que los niños tienen el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella y a ser protegidos contra toda forma de abandono; y con relación a los progenitores, a la posibilidad de arraigar los lazos de afecto, trato y comunicación con sus hijos.

Por ello, para que las visitas puedan cumplir cabalmente su función y acorde a las recomendaciones dadas, deberán realizarse en un espacio supervisado por parte de un equipo psicosocial del I.C.B.F., esto con el fin de procurar el mayor acercamiento posible entre la madre y el niño y evitar en lo posible espacios que se presten para confrontamientos con el señor (…).

Finalmente, en relación con el conflicto suscitado entre los padres del menor indicó que era necesario iniciar un trabajo conjunto, para ajustar las pautas de crianza en razón a las tan disimiles concepciones que tienen al respecto los progenitores.

Visto lo anterior, se colige que la autoridad judicial incurrió en vía de hecho por defecto fáctico tras valorar los medios de prueba de forma parcial, en la medida que, por una parte, estudiados los elementos suasorio recaudados, se advierte que los testimonios practicados, antes que indagar por la relación materno-filial se dirigieron a averiguar sobre la multiplicidad de problemas que se han suscitado entre los padres y con los propios testigos,

circunstancias que resultaban ajenas al fin primordial del juicio que es la protección del menor; súmese además que mucho de lo informado por los declarantes no fue por vivencias directas, sino de oídas, circunstancia que ameritaba una ponderación diferenciada de la prueba, no solo por eso, sino que se itera, por el enfoque de género que se advirtió en precedencia, ante los hechos irrefutables de violencia, que ameritan una flexibilización probatoria.

Aunado a lo preliminarmente expuesto, de la lectura de las documentales recaudadas en dicho juicio, que se destacan, entre otras, las provenientes de la Fiscalía General de la Nación, la Comisaría de Familia de Leticia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Amazonas y el peritaje practicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal, no se podía concluir, como se hizo, que la demandada «*representara un factor de riesgo*» para su primogénito y que esto le impidiera ejercer la custodia del mismo.

Nótese, por ejemplo, que la última de las entidades aludidas concluyó en relación a esa temática que si bien, aquella «[d]*eja entrever rasgos emocionalmente inestables de personalidad*» estos eran asociados «*al conflicto familiar imperante*», elemento este último que se debía analizar a profundidad en la sentencia criticada; además que «*por sí solos no alteran totalmente su capacidad para asumir responsabilidades respecto a su hijo, dado que la misma está dada por la interacción de múltiples factores*», recomendando «*acompañamiento*».

En ese mismo sentido el I.C.B.F. conceptuó, por una parte, que la demandada «*cuenta con gran motivación para asumir la custodia y protección y actualmente presenta un perfil básico de cuidadora, también evidencia afectación emocional y psicológica que debe ser atendida en el menor tiempo posible, con la finalidad de potencializar este rol y estabilizar su proyecto de vida en general*» y, por la otra, que

> *no se evidencia riesgo alguno de que el niño conviva con la señora* (…), *no se evidencia Inseguridad Alimentaria y cuenta con condiciones socioeconómicas para asumir su cuidado, las actitudes comportamentales de la señora* (…) *son completamente asociados a las situaciones de Violencia y maltrato del cual ha sido víctima por parte de su excompañero sentimental, como ya se explicó de manera clara en el presente informe. Es importante tener en cuenta que el vínculo entre la madre y el bebe lactante durante los primeros años de vida es esencial, pero ese vínculo hay que mantenerlo, más allá de su tierna época de bebé* (subraya la Corte).

Así las cosas, obsérvese que las conclusiones a las que arribó el Juez convocado resultan ajenas a lo que los medios suasorios le permitían dilucidar y lejos estuvieron de tener en cuenta la prevalencia de los intereses del menor; además que resultan discriminatorias respecto de la progenitora en las referencias que se hace de aquella, cuando realmente no existe un diagnóstico médico especializado sobre su condición mental, lo que resulta distante del enfoque de género aplicable al caso. Sobre la

procedencia del resguardo en tratándose de falencias en la valoración probatoria, ha dicho la Corporación que:

> (…) *ha explicado la Sala que "[u]no de los supuestos que estructura aquella [vía de hecho] es el defecto fáctico, en el que incurre el juzgador cuando sin razón justificada niega el decreto o la práctica de una prueba, omite su valoración o la hace en forma incompleta o distorsionando su contenido objetivo; incluso, cuando olvida apreciar el material probativo en conjunto o le confiere mérito probativo a un elemento de juicio que fue indebidamente recaudado. Esto, porque si bien los jueces tienen un amplio margen para valorar el acervo probatorio en el cual deben fundar su decisión y formar libremente su convicción, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (artículo 187 del Código de Procedimiento Civil), también es cierto que jamás pueden ejercer dicho poder de manera arbitraria, irracional o caprichosa. Y es que la ponderación de los medios de persuasión implica la adopción de criterios objetivos, no simplemente supuestos por el fallador; racionales, es decir, que sopesen la magnitud y el impacto de cada elemento de juicio; y riguroso, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se le encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente incorporadas al proceso"* (CSJ STC, 10 oct. 2012, rad. 2012-02231-00, reiterada en STC, 7 mar. 2013, rad. 2012-00522-01; STC, 9 dic. 2014, rad. 2014-00210-01, STC-9780-2021).

4. De otra parte, la Corte no desconoce la complejidad del asunto dadas las aristas que presenta, y en ese orden es pertinente traer a colación el punto relativo a la salud mental de la aquí actora, circunstancia que no puede verse de forma aislada en la clase de proceso como el

criticado, sino que se tiene que estudiar aparejado de la violencia intrafamiliar denunciada.

Lo anterior es así, habida cuenta que dicho factor de intimidación contra las mujeres consigue tener un impacto negativo en su psiquis. Téngase en cuenta que usualmente la víctima como resultado de dichos comportamientos puede experimentar ansiedad, depresión, trastornos de estrés postraumático y otros problemas precisamente como un efecto de las repercusiones física, psicológica y sexual que han sufrido.

Entonces, la función del Juzgador de instancia, sin mientes, no puede ir dirigida sin más a romper los lazos materno filiales por dicha circunstancia, sino que por el contrario, siempre y cuando no haya un dictamen especializado que indique que represente peligro para el menor, debe propender por afianzar esa relación, ya sea en la custodia que se asigne o en su defecto a través del régimen de visitas, siempre con el acompañamiento de los profesionales en la materia, lo anterior no solo en procura de mantener vigente la figura del ascendiente, sino, además, para superar las vicisitudes padecidas, lo que se traduce en una justicia real y efectiva.

5. En resumen de todo lo precedente, se podrían dejar sentadas algunas premisas a tener en cuenta para asuntos de contornos similares, como por ejemplo: ***i)*** en los procesos de custodia y cuidado de menores, siempre se tiene que aplicar la perspectiva de género; ***ii)*** dicha

herramienta se reafirma cuando está presente una mujer y existen indicios de violencia intrafamiliar; ***iv)*** se trata de sujetos de especial protección; ***v)*** el Juez está en la obligación de decretar todas las pruebas conducentes, necesarias y pertinentes, por una parte, para establecer los lazos del menor con los padres, así como el espacio idóneo para este, y por la otra, para decantar y prevenir cualquier tipo de agresión entre los progenitores, esto con aplicación del mentado enfoque; y ***vi)*** en el fallo que ponga fin el asunto, deberá no solo abordar la temática con perspectiva de género, sino pronunciarse en tal sentido, y dadas las facultadas ultra y extra petita, más allá de fijar la custodia y el régimen de visitas, tomar todas las medidas necesarias para mitigar el impacto de violencia en el menor y en los padres.

6. Así las cosas y comoquiera que se advierte que desde que se profirió la sentencia criticada (26 ago. 2022) trascurrió un lapso considerable de tiempo, en el que podrían haber cambiado las circunstancias que dieron lugar al juicio aludido, la Corte considera necesario modificar el fallo de primer grado, con el fin de que el Juez convocado, rehaga la actuación en punto de la etapa de instrucción del litigio, para que decrete y practique nuevamente las pruebas que considere necesarias, por una parte, para establecer cual de los dos ascendientes ofrece las condiciones necesarias para el real desarrollo del niño

con las aristas antes señaladas[4], y por la otra, para prevenir y conjurar la mentada violencia entre las partes.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve, **MODIFICAR** la sentencia de fecha, contenido y procedencia anotadas, para que en el proceso de custodia y cuidad de menor n° 90001-31-84-001-2021-00093-00, el Juzgado Promiscuo de Familia de Leticia proceda en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, a decretar de oficio las pruebas necesarias para establecer la real situación del menor y además conjurar los circunstancias de violencia referidas, actuación que no podrá superar el término de dos (2) meses, para que luego, y en un lapso que no podrá superar los treinta (30) días, profiera el fallo de instancia teniendo en cuenta todas las consideración atrás expuestas.

En lo demás se mantiene incólume lo resuelto.

Infórmese a las partes e intervinientes por el medio más expedito y remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

[4] Se dimensionan interrogatorio de parte, visita del personal calificado a cada uno de los domicilios donde se supone tendrá asiento el menor, informes del ICBF entre otras.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Presidente de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS