

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECISIONES JUDICIALES EN PROCESO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Procedencia de amparo transitorio, desconocimiento del precedente constitucional y defecto fáctico en el deber de evaluar con perspectiva de género

(...) el operador judicial desatendió la jurisprudencia constitucional en vigor, relativa al deber de evaluar con perspectiva de género, el proceso y las decisiones a adoptar, como herramienta analítica para impartir justicia y asegurar la mayor protección de los derechos de la mujer a la igualdad, a la no discriminación y a una vida libre de violencia... se configuró un defecto fáctico al omitir los elementos probatorios del caso y la realidad familiar. En efecto, la autoridad accionada emitió medidas de protección definitivas en favor de quienes caracterizó como víctimas de violencia intrafamiliar y pese a ello reguló un régimen de visitas incongruente con el contexto del asunto.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Characterización del defecto fáctico como causal de procedibilidad/DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

PROTECCION DE LA MUJER FRENTE A TODO TIPO DE VIOLENCIA-Particularmente contra violencia intrafamiliar

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Procedimiento a seguir cuando ocurren actos de violencia y las formas de asistencia a víctimas de maltrato intrafamiliar, según Ley 294 de 1996/VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Sistema normativo de protección

COMISARIA DE FAMILIA-Naturaleza jurídica

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Procedimiento adelantado por Comisarías de familia

MEDIDAS DE PROTECCION CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Procedimiento para su adopción

ADMINISTRACION DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GENERO-Forma de combatir la violencia contra la mujer

ADMINISTRACION DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GENERO-Deber constitucional y legal de todos los jueces de administrar justicia con enfoque de género, siempre que se encuentren frente a un caso de violencia intrafamiliar o sexual

ADMINISTRACION DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GENERO-Su desconocimiento por parte de quienes ejercen funciones judiciales, puede convertirse en un nuevo acto de violencia en contra de la mujer denunciante

ADMINISTRACION DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GENERO-Operadores de justicia deben flexibilizar las formas de prueba, cuando se evidencian actos de violencia al interior del hogar

ESTEREOTIPOS DE GÉNERO-Dan lugar a condiciones históricas de discriminación contra la mujer en varias facetas

VIOLENCIA INSTITUCIONAL CONTRA LA MUJER-Se caracteriza por la posición de superioridad de quien representa al Estado frente a la víctima

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Deber de autoridades judiciales de dar prelación al interés superior del niño/INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-Criterios jurídicos para determinarlo

PROCESO DE CUSTODIA, CUIDADO PERSONAL Y RÉGIMEN DE VISITAS-Prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes

REGIMENES DE VISITA Y DE CUSTODIA DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD-Debe establecerse a la luz de los derechos de los niños y niñas y de la mujer víctima de violencia

PROCESO DE RESTABLECIMIENTO DE DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Medidas de protección

VIOLENCIA PSICOLOGICA-Características

DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA-Fundamental

FUNCION JURISDICCIONAL DE LAS COMISARIAS DE FAMILIA-Decisiones con perspectiva de género y atendiendo el contexto de violencia estructural contra la mujer

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SALA DE REVISION

SENTENCIA T-267 DE 2023

Referencia: Expediente T-9.181.080

Acción de tutela interpuesta por Sara en nombre propio y en representación de su hijo menor Santiago¹, contra la Comisaría de Familia Usaquéⁿ II.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las magistradas Natalia Ángel Cabo y Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos que emitió, en primera instancia, el Juzgado 34 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el 29 de septiembre de 2022 y, en segunda instancia, el Juzgado 28 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, el 9 de noviembre de 2022, dentro de la acción de tutela interpuesta por Sara en contra de la Comisaría de Familia Usaquén II.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, el artículo 33 del Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 55 del Acuerdo 02 de 2015, la Sala de Selección de Tutelas No. 22 mediante auto de fecha 28 de febrero de 2023, notificado por la Secretaría General de esta Corporación en el estado No. 4 del 14 de marzo de 2023, escogió para efectos de revisión, la acción de tutela de la referencia. De conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Decreto Ley 2591 de 1991, la Sala procede a resolver el asunto, con fundamento en los siguientes:

I. ANTECEDENTES

La señora Sara, actuando en su propio nombre y en representación de su hijo menor de edad (3 años³), interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a una vida libre de violencias, a la integridad personal, a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral.

Como medida provisional solicitó “SUSPENDER DURANTE EL TRAMITE DE LA PRESENTE ACCIÓN DE TUTELA, EL REGIMEN DE VISITAS decretado en la orden primera literal d, del fallo de fecha 07 de septiembre de 2022 por la Comisaría de Familia de Usaquén II, el cual inició su régimen virtual o telefónico el día 8 de septiembre de 2022 e inició su régimen presencial el 17 de septiembre de 2022”.

En el escrito base de la acción se describen los siguientes:

1. Hechos⁴

1.1. La accionante manifestó ser una mujer migrante venezolana (con segunda nacionalidad colombiana) casada con el señor Manuel desde el 14 de diciembre de 2016, unión de la cual nació el día 16 de enero de 2020 su hijo Santiago.

1.2. Relató que, desde antes de quedar en embarazo, durante la gestación y después de dar a luz, el señor Manuel ejerció contra ella y su hijo actos de violencia económica, verbal y

psicológica, “me pateaba estando embarazada, me amenazaba constantemente con dejarme en la calle aun sabiendo que no contaba con un lugar en donde refugiarme, en la semana 34 de gestación me agredió verbalmente, refiriéndose a nuestro hijo como ‘huevon’ y decía que era un bastardo, siempre fue muy violento, golpeaba paredes, manoteaba, partía vasos y copas, botaba la comida del bebé al piso o a la basura diciendo que debía alimentarse solamente de leche materna, sacaba al bebé de la cuna diciendo que había que tratarlo como a un perro; en repetidas ocasiones amenazaba con comprar armas y con sus contactos, que según decía, trafican armas y usan ácido, varias veces nos dejaba con una sola comida al día, durante la pandemia debíamos permanecer confinados todo el día en el cuarto del bebé y en completo silencio, me trataba de incompetente, incapaz, por preparar tarde el almuerzo, además usaba otras expresiones de desprecio que desvaloraban mi papel en la familia”. Estos hechos, fueron denunciados por ella ante la Fiscalía General de la Nación. En su narración, describe al señor Manuel como un hombre maltratador, violento, intolerante, actitudes estas que se exacerban “cuando consume alcohol”.

1.3. Afirmó que, por un episodio de violencia contra ella, su hijo y su progenitora, el 4 de septiembre de 2020 buscó ayuda a través de una “llamada de vida”. Las autoridades que atendieron el caso profirieron en el momento medidas de protección y remitieron el caso a la Comisaría de Usaquén II, entidad que el 24 de septiembre de 2020 dio curso a la solicitud de medida de protección 317-2020.

1.4. Señaló que después de diferentes situaciones que entorpecieron el proceso y frente a los cuales se sintió revictimizada, más de dos años después, el 7 de septiembre de 2022, la Comisaría de Familia II profirió fallo definitivo dentro de la medida de protección 317-2020, donde se les reconoció la calidad de víctimas de violencia intrafamiliar a ella, a su progenitora y a su hijo.

1.5. Sostuvo que pese a ser reconocidos como víctimas de violencia intrafamiliar, la Comisaría de Familia II fijó de forma provisional el régimen de visitas en favor del menor, a

partir del 17 de septiembre de 2022, en los siguientes términos:

1.6. Indicó que, a través de apoderada asignada por la Secretaría Distrital de la Mujer, apeló la decisión y el proceso se remitió al Juzgado Noveno de Familia de Bogotá, pero mientras se decide, se ven obligados a confrontarse con su agresor.

1.7. Aseguró que durante los encuentros previstos en el régimen de visitas “Manuel, ha emprendido una serie de acciones de acoso y que, de un total de 32 conexiones, surtidas desde abril de 2021 a septiembre de 2022, él ha asistido a 8 con lo que se demuestra la falta de interés”.

1.8. Preciso que ante el Juzgado 12 de Familia de Bogotá cursa proceso de divorcio radicado No. 11003110012202100580, en el cual solicitó en una de las pretensiones “la terminación del derecho al ejercicio de la patria potestad que el señor Manuel tiene sobre nuestro hijo Santiago por haber incurrido en la 1ª causal del artículo 315 del Código Civil, es decir, por la causal de maltrato hacia el hijo en su calidad de padre”.

1.9. Insistió en que resulta imperante suspender las visitas decretadas por la autoridad administrativa de manera provisional, hasta tanto el señor Manuel “realice el correspondiente proceso terapéutico y muestre avances al respecto, asegurando que no nos exponga a mí y a mi hijo a más situaciones de violencia verbal, emocional y psicológica. Adicional complete el curso de pautas de crianza y yo pueda culminar con el proceso terapéutico que me permita obtener las herramientas de autocuidado”.

1.10. Pretende, en consecuencia, se ordene “(i) suspender de forma provisional el régimen

de visitas decretado en la orden primera literal d del fallo de medida de protección emitido en fecha 07 de septiembre de 2022 por la Comisaría de familia de Usaquén 11 (sic) para que las visitas inicien su ejecución en el sentido del fallo, una vez Manuel haya realizado de manera oportuna y ante un profesional de la sicología idóneo, neutral y experto un tratamiento psicoemocional que brinde garantías de cuidado personal de un niño de 2 años y, un adecuado control y manejo de la ira y desarrollo de la tolerancia. Haya realizado los cursos de derechos de niños niñas y adolescentes dispuestos por la defensoría del pueblo de Bogotá, a fin de asegurarse que el accionado tiene claro cuáles son los derechos a proteger de un niño y evite su instrumentalización; y (ii) que las víctimas hayamos realizado un proceso terapéutico que nos permita exponernos con herramientas de manejo emocional adecuadas y acordes a fin de facilitar la realización de visitas sin que esto genere afectaciones de tipo emocional”.

1.11. Alegó finalmente que la decisión proferida por la autoridad administrativa configura “(i) un defecto fáctico, que se evidencia cuando la comisaría de familia de Usaquén II decreta un régimen de visitas mixto, cuyo apoyo probatorio mostraba la necesidad de agotar procesos terapéuticos en primer lugar a las partes que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión, es decir, el interés superior del niño; y (ii) desconoce el precedente constitucional en el entendido de que la jurisprudencia ha sido reiterativa en afirmar que la aplicación del enfoque diferencial de género no está sujeta a la liberalidad del operador jurídico, pues es una exigencia que se desprende de los mandatos constitucionales de igualdad y de no discriminación por razones de género”.

2. Contestación de la demanda

2.1. Comisaría de Familia de Usaquén II5

2.1.1. La comisaria de familia solicitó desestimar la acción promovida por Sara, al no estar

demostrado siquiera sumariamente un perjuicio irremediable o inminente, además por encontrarse en estudio un recurso de alzada ante el Juez 9 de Familia de Bogotá.

2.1.2. Comenzó por señalar que asumió el cargo desde el 1° de septiembre de 2021. Respecto a los hechos narrados por la accionante, afirmó que, dentro del proceso de acción de protección, solo se logró probar violencia psicológica a la luz de la Ley 294 de 1996, modificada parcialmente por las Leyes 575 de 2000 y 1257 de 2008.

2.1.3. Indicó que en lo relatado por la señora Sara, se tuvo en cuenta un margen de flexibilidad temporal y su situación se vio desde una perspectiva amplia de enfoque de género, por ello, la imposición de protección definitiva en favor de los derechos de la accionante, su progenitora y su hijo, “sin embargo, también es cierto que la carga de la prueba le incumbe a ella y su apoderada y muchos de los hechos narrados no fueron probados dentro del proceso o no fueron puestos en conocimiento de la Comisaría”.

2.1.4. Manifestó que el proceso inició en el año 2020 y la medida de protección tuvo que ser reprogramada muchas veces por su homóloga antecesora, sin que alguna de las partes hubiera mostrado inconformidad. Refirió que desde que conoció el asunto, moduló y garantizó la no confrontación entre la señora Sara y Manuel, aunque posteriormente ella renunció a ese derecho y asumió libremente acudir a las diligencias conjuntas.

2.1.5. Adujo que no es cierto que la Comisaría haya desconocido la condición de víctima de la accionante, pues lo que ella ha pretendido es cortar totalmente el contacto paterno filial entre el niño Santiago y su progenitor “amén de ello se logró probar que durante más de 6 meses el padre no tuvo ni contacto, ni información, ni visitas con su hijo, hecho que generó una vulneración de derechos en el niño, pues no existía ni existe limitación alguna para el ejercicio de su rol parental”.

2.1.6. Puso de presente que según información extraída de versión dada por la señora Sara en una de las diligencias llevadas a cabo en el proceso y del informe de la perito forense que atendió a la accionante, esta “cuenta con medios económicos suficientes y familia extensa que la puede apoyar, su progenitor, cuidadores de su hijo para que ella o quien delegue pueda supervisar la garantía de los derechos del niño Santiago”. Consideró que si bien la Convención de Belem Do Para, la ley y la jurisprudencia han dispuesto estudiar los asuntos de su competencia con una perspectiva y enfoque de género, no se puede dejar de lado la Convención Internacional de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes que obliga al operador de familia a revisar el caso concreto siempre bajo la perspectiva de género con miras al interés superior del NNA.

2.1.7. Señaló que la acción de amparo se torna improcedente, toda vez que la señora Sara además de apelar la decisión de medida de protección emitida el 07 de septiembre de 2022 por la Comisaría, tiene radicados múltiples procesos de “divorcio, custodia, perdida de patria potestad, donde se debaten estos temas oficialmente. Además, si considera que sus derechos y los de su hijo están siendo vulnerados, puede ponerlo en conocimiento mediante trámite de incidente o desacato a la orden de protección, lo que no ha ocurrido”.

2.1.8. Por último, enfatizó que la decisión objeto de censura se ajustó a derecho tanto a lo atinente a la perspectiva y enfoque de género, como a la protección de los derechos del niño, “en prevalencia de los mismos y su derecho a tener una familia y no ser separado de ella”.

2.2. Secretaría de la mujer⁶

2.2.1. La jefa de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de la Mujer solicitó la desvinculación de la entidad alegando la falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.2.2. En su contestación, refirió haber brindado en el marco de sus competencias, de forma gratuita y oportuna, orientación jurídica a la tutelante a través de la Casa de Igualdad de Oportunidades para las Mujeres y la Estrategia de Justicia de Género de la Secretaría Distrital de la Mujer. Según señaló, la señora Sara recibió asesoría y seguimiento sobre el proceso de fijación de alimentos, custodia y visitas, tras haber consultado sobre hechos de violencia intrafamiliar y situaciones de violencia basadas en género por parte del padre de su hijo. Igualmente, indicó que el 13 de noviembre de 2020, ante la manifestación de la usuaria de situaciones de violencia persistentes, solicitaron a la Comisaría de Familia de Usaquén II, adelantar trámite de incidente de incumplimiento de medida de protección en los términos del Decreto 4799 de 2011, para la cual recibió representación jurídica.

2.2.3. Después de realizar un recuento normativo de las funciones y objeto de la entidad, así como de las competencias asignadas a las comisarías de familia, indicó que no tiene injerencia alguna para dar solución directa e inmediata a los hechos y pretensiones de la acción de tutela presentada por Sara, como quiera que dentro del marco de sus funciones no se encuentra la de impartir órdenes a entidades distritales de carácter administrativo respecto de sus trámites y procedimientos. En razón de lo anterior, concluye que no existe nexo causal entre las acciones, omisiones, misionalidad, competencias y objeto de la Secretaría Distrital de la Mujer y la presunta violación de los derechos fundamentales a la vida libre de violencia y la dignidad humana, y por ello carece de legitimidad en la causa por pasiva.

2.3. Juzgado Doce de Familia de Bogotá⁷

2.3.1. La señora juez respondió la tutela indicando que en ese despacho se tramita el proceso de divorcio en el que la accionante actúa como demandante. Informó que mediante proveído de junio 6 de 2022 se fijó cuota de alimentos en favor del menor hijo en común de los interesados, procedimiento que se encuentra ajustado a los imperativos normativos a que alude este tipo de actuaciones. En razón de que la pretensión del presente amparo no

describe una acción u omisión por parte de ese despacho judicial, solicitó ser desvinculado de la acción de tutela.

2.4. Juzgado Noveno de Familia de Bogotá en Oralidad⁸

2.4.1. El juez noveno manifestó en su contestación, fechada 21 de septiembre de 2022, que en ese estrado se adelanta el trámite dentro de la medida de protección 2022-00394 de Sara contra Manuel. Mediante providencia de la mencionada fecha (21 de septiembre de 2022) se resolvió “la apelación en contra del auto del 18 de abril de 2022 que rechazó de plano por improcedente el recurso de nulidad interpuesto por la apoderada del denunciado”. Adicionalmente, señaló que dentro del trámite “no se ha recibido por parte de la Comisaría de Familia de Usaquén II, trámite posterior”. Por lo anterior, solicitó ser desvinculado de la acción de amparo, toda vez que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante.

2.5. El señor Manuel⁹

2.5.1. Desestimó los hechos de la acción de tutela. Relató situaciones surtidas en desarrollo de los diferentes procesos en curso, alegó que la señora Sara se ha dedicado a inducir a error a las autoridades que conocen del caso y ha coartado el contacto paterno filial con su hijo, ejerciendo arbitrariamente su custodia. Afirmó que, dentro del proceso de la medida de protección, “la Comisaría de Usaquén II le negó el derecho a la defensa y no le permitió presentar pruebas para desvirtuar las acusaciones de su expareja”. Señaló que ha cumplido con todo lo ordenado por la Comisaría de Familia y a pesar de que ha intentado un acercamiento conciliatorio, la respuesta es una nueva demanda. Solicitó se declare improcedente la acción de amparo.

3. Decisiones objeto de revisión

3.1. Sentencia de primera instancia¹⁰

3.1.1. El Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, mediante sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022, declaró improcedente el amparo constitucional, por considerar que la accionante cuenta con otro mecanismo judicial “activo” con el cual se podrá resolver la controversia jurídica planteada.

3.1.2. El juzgador consideró que la acción es improcedente, ya que en el curso del proceso se indicó que contra la decisión emitida por la Comisaría de Familia de Usaquén II, se interpuso recurso de apelación, el cual le corresponde resolver al Juzgado Noveno de Familia, juez natural en el presente caso. Advirtió, además, que no solo ante dicha sede judicial se están investigando los hechos aquí ventilados, sino que la Fiscalía General de la Nación también conoce de los mismos.

3.1.3. A juicio del despacho, el trámite debe surtir por la vía ordinaria en razón a la práctica probatoria que debe efectuarse, “ya que cada parte tiene una versión de los hechos que imposibilita al juez constitucional a usurpar trámites que están regulados en la normativa aplicable al caso”. Concluyó realizando un llamado de atención a los padres del menor y conminó a la Comisaría de Familia para que “indague las manifestaciones de la accionante y verifique el estado actual del menor, a fin de propender por las medidas a las que haya lugar en pro del interés superior de los menores”.

3.2. Impugnación

3.2.1. La accionante en su escrito de impugnación pidió se revoque la decisión de primera instancia al haber omitido valorar el riesgo y la amenaza de estar expuestos ella y su hijo, en calidad de víctimas, ante su agresor.

Alegó que, ante la clara vulneración de derechos, la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Reprochó que el juez no hubiera considerado el riesgo latente frente a las acciones violentas en que incurrió su expareja y que fueron contundentes para romper el vínculo familiar y paterno filial, por lo tanto, reiteró la petición de suspender de manera provisional, las visitas decretadas.

3.3. Sentencia de segunda instancia¹¹

3.3.1. El Juzgado Veintiocho Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá emitió fallo el 9 de noviembre de 2022, confirmando la sentencia de primera instancia.

3.3.2. Consideró el fallador que la accionante no hizo uso de los medios ordinarios de impugnación, por tanto, no se cumple el requisito de subsidiariedad como requisito general de procedibilidad de tutela contra providencia judicial. Lo anterior, en atención a lo manifestado por el juez noveno de familia que afirmó no haber recibido trámite distinto al recurso de nulidad interpuesto por la apoderada del señor Manuel.

4. Actuaciones en sede de revisión

4.1. Auto del 24 de abril de 2023

4.1.1. Mediante auto del 24 de abril de 2023, la magistrada sustanciadora dictó un auto de pruebas para mejor proveer. En él, solicitó a la accionante informar sí (i) conforme a lo ordenado por la Comisaria de Familia, ha iniciado tratamiento terapéutico dirigido a obtener herramientas de autocuidado y empoderamiento emocional que le permitan fortalecerse; y (ii) si la Comisaria de Familia ha hecho seguimiento a las medidas de protección. De ser afirmativa la respuesta, indicar si comunicó a dicha autoridad la situación planteada en la presente acción de tutela y si la misma ha tomado alguna decisión complementaria.

2.) A la Comisaria de Familia de Usaquén II, informar si (i) indagó las manifestaciones de la accionante en esta acción de tutela y verificó el estado actual del menor, “a fin de propender por las medidas a las que haya lugar en pro del interés superior del menor”. Ello, conforme requirió el Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá.

3.) Al Juzgado Noveno de Familia de Bogotá, informar si (i) ese estrado judicial adelanta el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Sara contra la decisión del 7 de septiembre de 2022, emitido por la Comisaría de Usaquén II, respecto de la medida de protección No. 317 – 2020 y el estado en que se encuentra.

4.2. Respuesta del Juzgado Noveno de Familia de Bogotá¹²

4.2.1. El titular del despacho contestó el requerimiento en los siguientes términos:

“Mediante auto del 21 de septiembre de 2022, se rechazó por improcedente el recurso de apelación contra del auto proferido el 18 de abril de 2022 por la Comisaría de Usaquéen II y, se ordenó la devolución de la misma.

El día 30 de enero de 2023, por conducto del juzgado 10 de Familia de Bogotá se allegó a este despacho la medida de protección 2020-00317, la cual fue remitida de manera errona por la comisaria de familia de Usaquéen II y en la que no se tenía acceso al expediente ni se encontró la audiencia objeto de apelación.

Por auto del 09 de mayo de 2023 se ordenó devolver y requerir a la comisaria de familia para que remitiera las actuaciones de manera completa por cuanto no se encontraba activo el link de acceso al expediente ni se tenía acceso a la audiencia objeto del presente tramite de apelación.

4.3. Respuesta de la accionante Sara¹³

4.3.1. La señora Sara frente al primer cuestionamiento informó que desde el 7 de septiembre de 2020 ha recibido acompañamiento psicológico y que, por el impacto de verse expuesta sin ninguna garantía ante su agresor, después del fallo emitido el 7 de septiembre de 2022, esa asistencia profesional se intensificó. Señaló que de la situación está ampliamente enterada la Comisaria de Familia de Usaquéen II, entidad donde ha allegado las respectivas constancias.

Aclaró que ella es representada por las abogadas de la Secretaría de la Mujer en los múltiples procesos instaurados por su expareja (una acción de protección en la que se presenta él como víctima por incumplimiento al régimen de visitas) y por los que tiene audiencia, casi

que una vez a la semana en la Comisaría de Familia. Esta situación, dice, no la enfrenta, por su paz mental y ante la afectación emocional que le causa confrontarse con su agresor en dichos escenarios.

Sobre el segundo interrogante indicó que el 18 de noviembre del 2022 informó a la trabajadora social de seguimiento de la Comisaría de Familia lo que venía sucediendo con su salud mental desde que la comisaria profirió el fallo. Afirmó que, el 20 de febrero, radicó en dicha entidad, toda la documentación de atención psicológica y los diferentes soportes de las incapacidades que evidencian su alta afectación en salud.

Adujo que “a pesar de acudir a las entidades donde en su momento interpuso demandas por la violencia intrafamiliar a la que de manera sistemática he sido víctima, sentí que me he visto forzada a exponerme a mi agresor y continuar con este cuadro de violencia, ya que a pesar de emitirse una medida de protección de carácter definitiva a favor de mi progenitora, mi hijo y yo, se me ordeno establecer contacto con mi agresor, para garantizar el régimen de visitas para con nuestro hijo, decisión que en su momento apele y que a la fecha no he recibido respuesta del Juzgado de Familia”.

Finalmente, manifestó que “muy a pesar de expresar de manera reiterativa mis afectaciones emocionales, la Comisaria de Familia a la fecha, no ha adoptado medidas de protección adicionales, por el contrario, ha incurrido en errores de envió del plenario a un juzgado diferente de su competencia, o ha enviado información que el juzgado que conoce del recurso de apelación no ha podido acceder. Hecho que es lamentable ya que no he logrado diferenciar el impacto de la medida de protección a mi favor, por el contrario, esta demora se ha materializado en el transcurso del tiempo, máxime el trámite expedito de las acciones de protección”.

4.4. Respuesta de la Comisaría de Familia de Usaqué II14

La comisaria de familia respondió el requerimiento haciendo un recuento muy lacónico del trámite realizado a la solicitud de medida de protección realizada por la señora Sara el 7 de septiembre de 2020, en los siguientes términos: Señaló que “el 24 de septiembre de 2020, la comisaria de familia YANET FABIOLA CASTILLO GUERRERO, avocó la competencia y dio continuidad al trámite. Mediante audiencia de fecha 07 de septiembre del 2022, se ordenó la medida de protección definitiva a favor de la accionante, su hijo y su señora madre, decisión apelada por el accionado Manuel”.

Afirmó que en obediencia a lo dispuesto en el fallo de tutela de fecha 29 de septiembre de 2022, emitido por el Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal con Función de Conocimiento, “el día 17 de noviembre, por intermedio de nivel 3 de equipo psicosocial de la Comisaría de Familia se realizó entrevista a la señora Sara y valoración de trabajo social al señor Manuel, fijando nueva fecha para el día 23 de diciembre (el cual no fue posible realizar). El día 29 de noviembre se realizó entrevista al menor Santiago”.

Señaló que, en el mes de enero de 2023, “se realizó seguimiento a la medida de protección con la señora Sara. El 27 de abril, se realizó desplazamiento para visita domiciliaria en la residencia de la señora Sara y es fallida, toda vez que no reside en el lugar. El 23 de mayo, se realizó entrevista interventiva, en donde informa la señora Sara, que cambio de residencia y el jardín de Santiago y que no aporta datos por seguridad”.

4.5. Escrito de oposición a las pruebas recaudadas¹⁵

4.5.1. El apoderado del señor Manuel presentó escrito de oposición a las pruebas recaudadas. Comienza su escrito rebatiendo la medida de protección que se le impuso a su poderdante, por cuando señala, “no pudo presentar pruebas que permitieran evidenciar su

inocencia ni controvertir las que en su contra se practicaron". En su sentir, en este caso "hay una excesiva e injusta aplicación del denominado enfoque de género. Y ante una aplicación prejuiciosa y en exceso formalista del derecho, bajo el ropaje de la protección material de los derechos de las mujeres, lo cual ha vulnerado gravemente los derechos fundamentales de mi poderdante y de su hijo".

Manifestó que la medida de protección se sustentó en la existencia de violencia psicológica, aunque lo único que logró probarse fue la existencia de un conflicto que afectó la unidad familiar. Señaló que "el daño de la supuesta víctima se dio por probado, con base en un informe pericial erróneo que no fue posible desvirtuar".

Alegó que la tutelante ha omitido cumplir con las órdenes de la medida de protección No.317 de 2020, desvinculando al menor Santiago de su padre, invocando supuestos daños psicológicos por el contacto con su poderdante. Sin embargo, señaló, "las excusas presentadas por la tutelante dentro de la M.P. 456 de 2022, iniciada por mi poderdante para incumplir el régimen de visitas, dan cuenta de la falta de coherencia en el relato. Quieren armar un relato de daño sistemático por cercanía con el supuesto agresor, pero, por ejemplo, las pruebas dan cuenta que cuando se acercaba una fecha de visita presencial, la tutelante alega no poder realizarla porque tiene una cita médica para operarse las cordales, entre otras". Resaltó que como la señora Sara no cumplió a cabalidad con lo impuesto por la Comisaría de Familia de Usaquén II, sin que mediara justificación para ello, "ante la misma autoridad cursa la medida de protección No. 456 de 2022, así como incidente de incumplimiento de la misma medida, en contra de la aquí accionante".

Señaló que la acción de tutela es improcedente por no cumplir el requisito de subsidiariedad, toda vez que la decisión tomada por la Comisaría de Familia de Usaquén II fue apelada por la accionante y por el accionado. Además, indicó que entre las partes cursa el proceso de divorcio bajo el radicado 110031130012202100580 ante el Juzgado Doce (12) de Familia de Bogotá, proceso en el cual se pretende también regular las visitas en favor del niño Santiago.

El apoderado se concentró en objetar los hechos que dieron sustento a la medida de protección No.317 de 2020, los cuales acusa de ser presentados de manera descontextualizada y en contra de la lealtad procesal y fáctica. Frente a las pruebas presentadas en obediencia al auto proferido por la magistrada sustanciadora, indicó que el informe pericial del 6 de marzo de 2023, presentado por la señora Sara, “no puede ser tenido en cuenta como prueba en el presente asunto. Dicho dictamen no ha sido objeto de contradicción en el juicio penal y tampoco ha sido objeto de valoración dentro de la medida de protección 317 de 2020 o dentro de la medida de protección 456 de 2022”.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Sala Octava de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241 -numeral 9°- de la Constitución y 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Problema jurídico a resolver

2.1. Corresponde a la Sala verificar, en primer lugar, si en el presente asunto se cumplen los supuestos que habilitan la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial.

2.2. De superarse el anterior cuestionamiento, la Sala deberá determinar si la Comisaría de Familia de Usaquén II vulneró los derechos fundamentales a una vida libre de violencias, a la integridad personal, a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral, de la accionante Sara y de su hijo menor de edad Santiago, al disponer un régimen de visitas dentro del trámite de medida de protección a su cargo y si en la decisión incurrió en (i) defecto fáctico, al no tener en cuenta los elementos probatorios que evidenciaban, de una parte, los eventos de maltrato en el contexto familiar de la accionante; y, de otra, las afectaciones padecidas por la actora en su integridad, a nivel psíquico y emocional como consecuencia de las agresiones ocasionadas por su expareja; y (ii) desconoció el precedente constitucional en el entendido de que el operador judicial debe aplicar en sus decisiones el enfoque diferencial de género.

2.3. Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará los siguientes temas: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencia judicial y caracterización de los defectos alegados por la accionante; (ii) breve alusión a la regulación normativa para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar; (iii) la garantía de las víctimas de violencia intrafamiliar a no ser revictimizadas y el deber del Estado de evitar que ello suceda; (iv) el régimen de visitas y la prevalencia del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes; y (v) finalmente resolverá el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia¹⁶

3.1. Esta Corporación ha señalado que la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales, con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política. Ha sido enfática en establecer que mediante dicho instrumento podrá reclamarse la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando resulten amenazados o

vulnerados por hechos u omisiones de cualquier autoridad pública¹⁷ o por particulares¹⁸ en los casos previstos en la Constitución y en la ley. Así mismo, la sólida línea constitucional que se ha construido, exige el cumplimiento de unos rigurosos supuestos de procedibilidad compilados a partir de la sentencia C-590 de 2005¹⁹, que se dividen en dos categorías a saber: una, que refiere los requisitos generales²⁰, cuyo cumplimiento se debe verificar antes de entrar en el estudio del fondo del asunto, como quiera que habilitan la procedencia del amparo constitucional, y otra relacionada con los requisitos específicos²¹, que requiere que, al menos uno de ellos, quede plenamente demostrado.

A continuación, la Sala hará una breve referencia de los defectos fáctico y desconocimiento del precedente, alegados por la accionante.

3.2. Sobre la caracterización del defecto fáctico, en la sentencia SU-768 de 2014 se dijo que guarda relación con las “fallas en el fundamento probatorio” de la sentencia judicial atacada y en esa medida compete al juez constitucional determinar si al emitir una providencia, el operador judicial desconoció “la realidad probatoria del proceso”.

La Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presenta un defecto fáctico: La primera, una dimensión negativa, en la que se reprocha la omisión del fallador en la “valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez”²². La segunda, una dimensión positiva, que “abarca la valoración de pruebas igualmente esenciales que el juzgador no puede apreciar, sin desconocer la Constitución”²³. En la sentencia arriba citada, se exponen algunos ejemplos en los que aparece arbitraria la valoración probatoria hecha por el juez de conocimiento: (i) Omitir el decreto o la práctica de las pruebas, siendo estas conducentes, pertinentes y útiles, lo que deriva en una insuficiencia probatoria en el proceso judicial, (ii) Omitir la valoración de las pruebas, ya sea porque el juzgador no las advierte o simplemente no las tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, (iii) Valorar las pruebas de forma inadecuada, arbitraria, irracional, caprichosa o con desconocimiento de las reglas de la sana crítica y, (iv) No excluir y valorar

pruebas ilegales o indebidamente recaudadas”.

En relación con el manejo y análisis probatorio dado por el juez ordinario, esta Corporación ha precisado que la intervención del juez constitucional en ese aspecto debe ser “de carácter extremadamente reducido”²⁴, en respeto por los principios de autonomía judicial y del juez natural, toda vez que “en lo que hace al análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia”²⁵.

En este entendido, ha de tenerse en cuenta que el presunto yerro en la valoración de los medios de convicción debe ser “ostensible, flagrante y manifiesto”, y debe tener “incidencia directa”, “trascendencia fundamental” o “repercusión sustancial” en la decisión judicial adoptada, lo que quiere decir que, de no haberse presentado, la decisión hubiera sido distinta²⁶.

3.3. Con relación a la caracterización del defecto por desconocimiento del precedente constitucional, esta Corporación ha reiterado que pretende garantizar la efectividad de los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima, pues el desconocimiento del precedente judicial “puede llevar a la existencia de un defecto sustantivo en una decisión judicial, en la medida en que el respeto al precedente es una obligación de todas las autoridades judiciales, sea éste vertical u horizontal, dada su fuerza vinculante y su inescindible relación con la protección de los derechos al debido proceso e igualdad”²⁷.

En el caso del precedente constitucional, la Corte ha establecido que tanto los fallos proferidos en control abstracto como en concreto están amparados por la fuerza vinculante, “debido a que determinan el contenido y alcance de la normatividad superior, al punto que su desconocimiento significaría una violación de la constitución”. Respecto del control concreto, ha determinado que la obligatoriedad de las sentencias de tutela por ella dictadas

recae en su ratio decidendi, “norma que sustenta la decisión en el caso concreto y se prefigura como una prescripción que regulará los casos análogos en el futuro, como es el caso de las providencias de unificación y la jurisprudencia en vigor dictada por las distintas salas de revisión”²⁸.

Bajo esa óptica, la obligatoriedad de los fallos de tutela obedece al principio de igualdad, en cuanto se garantiza que las decisiones de los jueces de la República no sean arbitrarias y/o caprichosas. En efecto, “la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”²⁹.

3.4. Se concluye entonces que para que proceda excepcionalmente la acción de tutela para controvertir el sentido y alcance de las decisiones judiciales, se exige que (i) se cumplan todos los requisitos generales de procedencia; (ii) se advierta que la providencia cuestionada incurrió en al menos una de las causales específicas; y (iii) se determine que el vicio o defecto es de tal trascendencia que conlleva la amenaza o vulneración de derechos fundamentales. En este entendido, la Sala procede a verificar si el presente asunto supera el examen de los requisitos generales.

4. Verificación del cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional

4.1. Para la Sala se entiende satisfecho este requisito, como quiera que el asunto objeto de

estudio está relacionado con el régimen de visitas decretadas en un fallo de medida provisional proferido por la Comisaría de Familia de Usaquén II, en favor de quien fue señalado como el agresor de la accionante y su hijo, reconocidos como víctimas de violencia intrafamiliar. Adicionalmente, involucra la protección de los derechos fundamentales de un menor de edad, lo que supone una protección reforzada constitucional y el acceso a la garantía inmediata de la acción de tutela para la protección de sus derechos a gozar de un ambiente familiar sano y a una vida libre de violencia. Esta Corporación ha sido enfática en señalar que el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes no se puede analizar en abstracto, es decir, desmarcado de parámetros que lo vinculen con la realidad, sino que por el contrario debe desarrollarse en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias únicas de cada menor de edad, por lo que se trata de una garantía real y relacional en la que se debe ponderar los derechos en juego³⁰.

Que se cumpla el requisito de la inmediatez

Si la solicitud de amparo se fundamenta en una irregularidad procesal, se debe demostrar que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte accionante

4.3. Este requisito no es aplicable al asunto bajo estudio, ya que las irregularidades que se alegan son de carácter fáctico y de desconocimiento del precedente.

Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

4.4. La Sala encuentra que la accionante cumplió con este requisito de procedibilidad, en la medida que identificó, con claridad, los hechos y los derechos fundamentales que a su juicio hacen viable la presente acción de tutela. La demandante alegó en la solicitud de amparo el hecho de que, a pesar de haber sido reconocidos, ella y su hijo, como víctimas de violencia intrafamiliar y de haberseles otorgado medida de protección definitiva, la entidad accionada estableció un régimen de visitas de obligatorio cumplimiento, sin que las partes involucradas en el proceso hubiesen surtido el proceso terapéutico ordenado, exponiéndolos con ello a su agresor. La tutelante interpuso recurso de apelación contra la decisión emitida el 7 de septiembre de 2022 por la entidad demandada.

Que el amparo no se dirija contra sentencias de tutela

4.5. En el caso objeto de revisión no se controvierte un fallo de tutela.

Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

4.6. Esta Corporación señaló en la sentencia T-878 de 2014 que a los jueces constitucionales les corresponde prestar especial atención a las circunstancias que rodean a una mujer que ha sido víctima de agresiones de género, lo que implica que, en esos casos, al momento de estudiar la procedencia de una acción de tutela, se haga con un enfoque de género. El tratamiento especial conlleva que al momento de evaluar la existencia de otros mecanismos de defensa tendrá que “estudiar su eficacia y oportunidad a la luz del contexto de violencia en el que inscribe la agresión que padeció”³².

Bajo ese entendido, la Sala considera que como el caso en estudio envuelve un tema de violencia intrafamiliar, se debe flexibilizar el requisito de subsidiariedad. Esto, porque aun cuando se cuente con otras vías de defensa, la intervención del juez de tutela resulta necesaria en tanto se percibe una afectación inminente a los derechos de la accionante y su hijo menor de edad y por ello se advierte la urgencia de tomar medidas transitorias para prevenir un perjuicio irremediable, puesto que la decisión impuesta por la Comisaría de Familia respecto al régimen de visitas implica presuntamente poner en un riesgo apremiante a quienes esa misma entidad reconoció como víctimas de violencia y genera una presunta vulneración de su derecho a no ser confrontados con su agresor.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que el medio de defensa ordinario no resulta eficaz y oportuno en este caso, por cuanto según manifestó el juez de familia encargado de resolver la apelación interpuesta por la accionante contra la decisión que reguló el régimen de visitas, el despacho “se encuentra a la espera que la comisaria de familia remita nuevamente el expediente con acceso a todas las actuaciones”.

En efecto, se advierte un trámite poco diligente en las actuaciones de la autoridad accionada, manifiesto en diversos errores, como el envío incompleto del expediente de la medida de protección No.317-2020 al Juzgado Noveno de Familia de Bogotá, para que se surta el recurso de apelación interpuesto por la accionante, el cual ha llevado un lapso de tiempo de aproximadamente 9 meses. Estas circunstancias, ajenas por completo a la accionante, han hecho imposible agotar todos los medios ordinarios de defensa, razón por la que la acción de tutela resulta el único medio con el que cuenta para conjurar una afectación inminente a los derechos de la accionante y su hijo menor de edad y por ello se advierte la urgencia de tomar medidas transitorias para prevenir un perjuicio irremediable.

4.7. Al acreditarse el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, pasará la Sala de Revisión a revisar de fondo el presente asunto y a resolver el problema jurídico planteado.

5. Regulación normativa para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar.

5.1. El Congreso de la República, en cumplimiento de los estándares internacionales jurídicamente vinculantes para el Estado colombiano, ha expedido una serie de normas encausadas a la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer³³. Algunas de las más relevantes y que conciernen al caso que nos ocupa, son las que se enuncian brevemente a continuación:

5.2. La Ley 294 de 1996³⁴ contiene las normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Delegó en el comisario de familia³⁵ y a falta de este al juez civil municipal o promiscuo municipal, la competencia para conocer de la acción de protección por violencia intrafamiliar (art.4). Según dispone el artículo 18, contra la decisión definitiva sobre una medida de protección que tomen los comisarios de familia o los jueces civiles municipales o promiscuos municipales procederá, en el efecto devolutivo, el recurso de apelación ante el juez de familia o promiscuo de familia y determina que en el procedimiento serán aplicables las normas procesales contenidas en el Decreto 2591 de 1991, en cuanto su naturaleza lo permita³⁶. Por tratarse de un proceso en el que prevalecen los derechos fundamentales de las víctimas, la autoridad competente está facultada para dictar cualquier medida que considere necesaria para prevenir y/o sancionar los actos de violencia (art.5). Y, además, mantiene la competencia para su ejecución y cumplimiento, así como para emitir una medida de protección complementaria.

En este orden, tanto la jurisprudencia de esta Corporación como la de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que “las comisarías de familia son entidades de carácter administrativo que también desempeñan funciones jurisdiccionales, de suerte que las medidas de protección a favor de las víctimas puedan ser recurridas ante autoridad judicial competente”.³⁷

De acuerdo con el artículo 3 (compilado en el artículo 2.2.3.8.2.4 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015), parágrafo 1, del Decreto 4799 de 2011³⁸, la víctima o su representante puede solicitar la modificación de la medida de protección provisional o definitiva o la imposición de una medida de protección complementaria, en cualquier momento en que las circunstancias lo demanden.

5.3. La Ley 1257 de 2008³⁹ dispuso que la mujer víctima de violencia en el ámbito público o privado tiene derecho a una serie de prerrogativas, las cuales deben ser garantizadas a lo largo del trámite de medidas de protección y su cumplimiento, entre ellas: “(...) i) La verdad, la justicia, la reparación y garantías de no repetición frente a los hechos constitutivos de violencia; j) La estabilización de su situación conforme a los términos previstos en esta ley. k) A decidir voluntariamente si puede ser confrontada con el agresor en cualquiera de los espacios de atención y en los procedimientos administrativos, judiciales o de otro tipo”⁴⁰. Esta última, ante la necesidad de brindar a la mujer escenarios libres de miedo e intimidación, que les permitan denunciar las conductas de agresión, sin temor a posibles represalias⁴¹.

5.4. El Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015 en el artículo 4 obliga a las autoridades competentes a informar a las mujeres víctimas el derecho que tienen a no ser confrontadas con el agresor. Incluye entre otros “(...) (ii) el derecho a participar o no, en cualquier procedimiento o diligencia administrativa, civil o penal, ante cualquiera de las autoridades competentes, en las cuales esté presente el agresor...”⁴².

6. La garantía de las víctimas de violencia intrafamiliar⁴³ a no ser revictimizadas y el deber del Estado de evitar que ello suceda. Reiteración de jurisprudencia.

6.1. Esta Corporación ha insistido en el deber imperativo del Estado de incorporar la perspectiva o enfoque de género en la administración de justicia, ello con el único propósito

de erradicar toda forma de violencia y discriminación contra la mujer.

6.2. Según se señaló en la sentencia T-344 de 2020, el concepto de perspectiva de género se remonta a la Cuarta Conferencia sobre la Mujer (Beijing, 1995), en la que se concertó la introducción de una “perspectiva de género” en todas las políticas públicas, procesos de planificación y adopción de decisiones de los gobiernos participantes como forma de combatir la desigualdad de género⁴⁴.

6.3. El art.12 de la Ley 1098 de 2006⁴⁵ señala que se entiende como 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”.

6.4. Comprometidos con el deber imperativo del Estado de incorporar la perspectiva o enfoque de género en la administración de justicia, en el año 2008, el Consejo Superior de la Judicatura fijó la política de igualdad y no discriminación con enfoque de género de la Rama Judicial y creó la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y los Comités Seccionales de Género⁴⁶. Esta Comisión tiene como fin orientar e impulsar el desarrollo de la equidad de género y de adelantar acciones dirigidas a garantizar la igualdad y la no discriminación de las mujeres en el acceso a la administración de justicia y en los cargos de la judicatura. Su órbita de competencia se fija en los siguientes ejes estratégicos⁴⁷: (i) incluir la perspectiva de género en la actuación y la formación judicial; (ii) promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, y la no discriminación de género en las decisiones judiciales, en el servicio público de la administración de justicia y en el funcionamiento interno de la Rama Judicial; (iii) integrar la perspectiva de género y el principio de no discriminación a la misión, la visión y los objetivos de las cuatro altas corporaciones, así como a los procesos de planificación estratégica y los planes operativos anuales; e (iv) implementar acciones con el fin de eliminar las desigualdades existentes entre los servidores y las servidoras judiciales⁴⁸.

6.5. La sentencia T-344 de 2020 señala que, en armonía con estos desarrollos conceptuales, la Corte entiende que, en el ejercicio de la función de administrar justicia, la perspectiva de género es un criterio hermenéutico que deben emplear todos los operadores jurídicos, con independencia de su jerarquía o especialidad, para la resolución del conflicto que se le plantea en cualquier caso en el que exista sospecha de relaciones asimétricas, prejuicios o patrones estereotipados de género. La falta de análisis con perspectiva de género en las decisiones judiciales que se refieran a violencia o cualquier tipo de agresión contra la mujer puede afectar aún más sus derechos por cuanto se omite valorar detalles y darle importancia a aspectos que para la solución del caso concreto resultan fundamentales, produciendo ello una “revictimización” por parte de los operadores jurídicos, como quiera que la respuesta que se espera de estas autoridades no es satisfactoria y, además, con frecuencia, reafirma patrones de desigualdad, discriminación y violencia en contra de esta población.

6.6. En la sentencia SU-080 de 2020 esta Corporación resaltó que en los casos concretos donde son parte mujeres afectadas o víctimas se debe acoger la perspectiva de género, como herramienta analítica y comprensiva de una protección integral, para adoptar soluciones frente a casos de violencia intrafamiliar, puntualizando que ello “i) no implica una actuación parcializada del juez en su favor; reclama, al contrario, su independencia e imparcialidad y ii) ello comporta la necesidad de que su juicio no perpetúe estereotipos de género discriminatorios, y; iii) en tal sentido, la actuación del juez al analizar una problemática como la de la violencia contra la mujer, exige un abordaje multinivel⁴⁹, pues, el conjunto de documentos internacionales que han visibilizado la temática en cuestión - constituyan o no bloque de constitucionalidad- son referentes necesarios al construir una interpretación pro fémina, esto es, una consideración del caso concreto que involucre el espectro sociológico o de contexto que describe el calamitoso estado de cosas, en punto de la discriminación ejercida sobre la mujer. Se trata por tanto de, utilizar las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos junto con el derecho interno, para buscar la interpretación más favorable a la mujer víctima”.

6.7. De manera que, se cumple cabalmente el deber constitucional de los operadores judiciales al decidir casos de violencia intrafamiliar, cuando se adopta una perspectiva de género que permita “corregir la visión tradicional del derecho según la cual en ciertas circunstancias y bajo determinadas condiciones, consecuencias jurídicas pueden conducir a la opresión y detrimento de los derechos de las mujeres. De ahí que, entonces, se convierta en un ‘deber constitucional’ no dejar sin contenido el artículo 13 Superior (sic) y, en consecuencia, interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género”⁵⁰.

6.8. Esta Corporación ha identificado algunos de los eventos en los que se considera que los jueces vulneran los derechos de las mujeres víctimas de violencia, estos son: (i) omisión de toda actividad investigativa y/o la realización de investigaciones aparentes; (ii) falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida o revictimización en la recolección de pruebas; (iii) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones; (iv) afectación de los derechos de las víctimas⁵¹. En consecuencia, los operadores judiciales “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”⁵².

6.9. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional fijó dos criterios claros en relación

con (i) la valoración de los derechos del agresor en un proceso de violencia intrafamiliar y con (ii) la igualdad de armas. En primer lugar, determinó que “en ningún caso los derechos del agresor pueden ser valorados judicialmente por encima de los derechos humanos de la mujer a su integridad física y mental y a vivir libre de cualquier tipo de violencia. Si la ponderación judicial se inclina en favor del agresor, bajo la perspectiva de falta de pruebas, sobre la base de la dicotomía público-privado que lo favorece, es necesario verificar si el operador judicial actúa o no desde formas estereotipadas de ver a la familia y a la mujer, que contribuyen a normalizar e invisibilizar la violencia”⁵³. Lo anterior con el objetivo de garantizar que la igualdad procesal sea realmente efectiva.

6.10. Es importante resaltar algunos parámetros no taxativos que debe tener en cuenta el operador judicial a la hora de evaluar los casos de violencia contra la mujer, desarrollados a partir de criterios expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y acogidos por esta Corporación, según los cuales la investigación o indagación en el caso debe ser:

- A. Oportuna, para evitar que el tiempo atente contra la averiguación de la verdad y para adoptar medidas de protección eficaces;
- B. Exhaustiva, practicando las pruebas necesarias y valorándolas integralmente y analizando el contexto de los hechos para determinar si se trata de un patrón generalizado de conducta;
- C. Imparcial, para lo cual fiscales y jueces deben actuar objetivamente, es decir, libres de prejuicios o tendencias y evitando razonamientos teñidos de estereotipos;
- D. Respetando en forma adecuada los derechos de las afectadas, para prevenir una revictimización⁵⁴.

6.11. La Corte ha señalado reiteradamente que en sus actuaciones debe prevalecer el principio de imparcialidad, el cual obliga al operador judicial a no naturalizar ni perpetuar

estereotipos que impiden a la mujer acceder en igualdad de condiciones a los procesos administrativos y judiciales para su protección. En el ejercicio de la función judicial, el uso de estereotipos se da cuando se reprochan los actos de la persona “por desviación del comportamiento esperado”, lo cual puede suceder, por ejemplo, cuando:

i. Se desestima la violencia intrafamiliar por considerar que se dieron agresiones mutuas, sin examinar si ellas respondían a una defensa.

ii. Se exige que la víctima del delito de acceso carnal violento demuestre que resistió significativamente el acto para que pueda ser considerado como tal.

iii. Se desconoce la violencia psicológica denunciada, al estimar que los testigos de los actos no eran presenciales o que el vínculo matrimonial debe prevalecer para mantener la unidad familiar.

iv. Se entiende que la violencia intrafamiliar es un asunto doméstico que está exento de la intervención del Estado.

v. Se le da prevalencia a la relación familiar, ordenando el mantenimiento de las visitas del padre a sus hijos, sin importar que este cometió actos violentos en contra de la madre.

vi. Se descalifica la credibilidad de la víctima por su forma de vestir, su ocupación laboral, su conducta sexual o su relación con el agresor.

vii. No se tiene en cuenta el dictamen forense sobre el nivel de riesgo de violencia, al considerar que este se fundamenta en la versión de la denunciante y que no fue contrastado con un dictamen realizado al agresor.

viii. No se tiene en cuenta la condena penal por violencia intrafamiliar a efectos de decidir sobre la condena en alimentos a cargo del cónyuge culpable, porque se estima que la defensa de las agresiones configura una concurrencia de culpas.

ix. Se analiza la versión de la mujer bajo el prejuicio de que la denuncia tiene como objetivo resultar vencedoras en el juicio de divorcio u obtener venganza, o que ha deformado los

hechos, exagerando su magnitud.

(x) Se desestima la gravedad de la violencia por inexistencia de secuelas significativas físicas o psicológicas, o porque la mujer no asume la actitud de inseguridad, angustia o depresión que se cree debe demostrar⁵⁵.

6.12. De lo anterior se concluye que es deber de los operadores jurídicos interpretar los hechos, pruebas y textos normativos con enfoque diferencial de género, pues un actuar contrario desconoce las obligaciones de disponer de un recurso judicial efectivo y de actuar con la debida diligencia, además lleva a un nuevo acto de violencia en contra de la mujer denunciante, cuando la acción u omisión estatal “cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos”, lo anterior, a la luz de lo dispuesto en la Ley 1257 de 2008 (art.2)⁵⁶.

7.1. El inciso 3° del artículo 44 de la Constitución dispone que “[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. En el artículo 8° del Código de Infancia y Adolescencia se definió este principio como “(...) 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”. Además, estipula que (i) las normas contenidas en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad hacen parte integral de este código y determinarán que se aplicará, en todo caso, la norma más favorable al interés superior (art.6), (ii) se tendrá en consideración que en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, niñas y adolescentes prevalecerán los derechos de éstos, en especial si existe un conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier persona (art.9) y (iii) el derecho a la integridad personal de los menores de edad implica la proscripción de toda forma de perjuicio, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona

(art.18).

7.2. La sentencia T-311 de 2017 reiteró una serie de criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor de edad en cada caso: (i) la garantía del desarrollo integral del niño o adolescente que insta que, como regla general, se debe asegurar su desarrollo armónico, integral, normal y sano desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual, ético y la plena evolución de su personalidad; (ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor de edad, que incluye la satisfacción de los derechos a la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, el derecho a tener una familia, entre otros; (iii) la protección del niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos, ante los abusos y arbitrariedades de diferente orden, la exposición a situaciones extremas que atenten contra su desarrollo armónico y su dignidad humana; (iv) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor de edad, que incluye el deber de no privar al niño de una familia en la cual los padres cumplan con sus deberes y así le permita desenvolverse en un ambiente de cariño, comprensión y protección; (v) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno -filiales, las cuales no pueden limitarse a mejores condiciones económicas, sino a verdaderas razones que hicieren temer por su bienestar y, por último, (iv) el equilibrio con los derechos de los padres, que fue definido por esta Corporación en los siguientes términos:

“Equilibrio con los derechos de los padres. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que, en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se

deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor – tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, según se explica en el acápite anterior; cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo (...)57

7.3. En este entendido, el fallo citado deja claro que los derechos de los adultos, en relación con los de los niños, deben ceder y señala que en un proceso en el que la controversia se centra en un sujeto de especial protección constitucional, lo importante consiste en determinar la manera de proteger sus derechos. Resalta que las autoridades administrativas y los jueces tienen una labor trascendental que no consiste en determinar qué derecho debe ceder, sino la manera de materializar el interés previsto en el artículo 44 de la Constitución, máxime si los padres –quienes en principio son los llamados a satisfacer sus derechos- hacen parte del conflicto y el niño o adolescente no tiene forma de responder, ni de comprender la vulneración.

7.4. Ahora bien, esta Corporación ha identificado que la violencia contra las mujeres, una vez logran separarse de su pareja, se traslada a los escenarios judiciales o administrativos donde plantean los conflictos. Esto ocurre por ejemplo cuando el agresor emprende actuaciones tendientes a extenuar psicológica58 y financieramente a la mujer, formula falsas denuncias o dilata los diferentes procesos que conlleva el divorcio, la cuota alimentaria, la custodia de los hijos o la regulación de visitas; este tipo de comportamientos tiende a disfrazar esa violencia denunciada y trata de invisibilizarla a los ojos del operador jurídico, obstaculizando una eventual sanción59.

7.5. Este tema lo abordó la Corporación en la sentencia T-462 de 2018 en la que reseñó la

recomendación hecha por la Organización de Naciones Unidas respecto de las solicitudes de custodia o de visitas, que sugirió incluir en las legislaciones nacionales: “i) la presunción en contra de la concesión de la custodia al autor de los actos violentos; ii) la presunción en contra de visita por el autor de los actos violentos si no es supervisada; iii) la exigencia de que antes de la concesión de la visita supervisada hayan pasado tres meses desde el acto de violencia y que el autor de los actos violentos ha cesado de utilizar cualquier forma de violencia y está participando en un programa de tratamiento para ese tipo de delincuentes; y iv) La no concesión de derechos de visita en contra de la voluntad del menor”. Reseñó igualmente la Recomendación General núm. 35 proferida por el Comité de la CEDAW⁶⁰, en la que indica que: “Los derechos o reclamaciones de los autores o presuntos autores durante y después de los procedimientos judiciales, en particular en lo que respecta a la propiedad, la privacidad, la custodia de los hijos, el acceso, los contactos y las visitas, deberían determinarse a la luz de los derechos humanos de las mujeres y los niños a la vida y la integridad física, sexual y psicológica y regirse por el principio del interés superior del niño”.

7.6. En el fallo que se reitera se considera la necesidad de que las medidas de protección (provisionales y/o definitivas) se extiendan a los hijos e hijas involucrados, en aras de protegerlos de ese contexto de violencia y así además prevenir que la mujer pueda ser objeto de nuevos hechos de violencia por el contacto con su agresor. Advierte igualmente que, en este contexto, las autoridades competentes deben propender a no arribar el asunto desde nociones estereotipadas y discriminatorias contra la mujer; por el contrario, ha de tenerse clara la realidad familiar. Señala que cuando existen serios 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. En tal entendido, establece que las autoridades al momento de adoptar una decisión relacionada con el derecho a las visitas deberán: “(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; y (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.

7.7. La jurisprudencia constitucional también ha precisado que las medidas a adoptar en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos de menores, “deben estar justificadas de manera explícita y deben ser razonables y proporcionadas, con el fin de limitar el margen de discrecionalidad de las autoridades”⁶¹. En la sentencia T-062 de 2022 reiteró unas reglas específicas de cara a los deberes que tienen las autoridades cuando deben adoptar decisiones que pueden afectar a los menores, a saber:

i. Deben contrastarse sus “circunstancias individuales, únicas e irrepetibles con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil.

ii. Los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor de edad en determinado proceso.

iii. Las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el curso del proceso, considerar las valoraciones de los profesionales y aplicar los conocimientos técnicos y científicos del caso. Esto, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para el niño, niña o adolescente. El requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia constitucional.

iv. Los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo cual implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos. Lo expuesto, en atención al impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad.

v. Las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad”.

Estas medidas, señala la sentencia, deben “i) ser precedidas de un examen integral de la situación en la que se halla el niño; ii) responder a una lógica de gradación mediante la cual, entre más grave sea la conducta, las medidas a adoptar serán más drásticas; iii) cuando impliquen la separación del niño de su familia, han de ser excepcionales, preferiblemente temporales y basarse en evidencia de que aquella institución no es apta para cumplir con sus funciones básicas, pues el niño tiene derecho a vivir con ella, así como a recibir protección contra injerencias arbitrarias e ilegales en su ámbito familiar; iv) estar justificadas por el interés superior del niño y, v) evitar desmejorar la situación actual del menor de edad”. Además, deben armonizarse con lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Nacional, esto es, con el derecho fundamental que tiene todo menor a no ser separado de su familia, así como al derecho a ser acogidos, a no ser expulsados de ella y “sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos” (artículo 22 de la Ley 1098 de 2006).

8. Análisis del caso concreto.

8.1. La señora Sara interpuso la presente acción de amparo en su propio nombre y en representación de su hijo menor de edad Santiago, solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a una vida libre de violencias, a la integridad personal, a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral. En atención a lo anterior, pidió suspender de forma provisional el régimen de visitas decretado en la orden primera literal “d” del fallo de medida de protección emitido por la Comisaría de Familia de Usaquén II hasta que el señor Manuel haya realizado (i) un tratamiento psicoemocional que brinde garantías de cuidado personal de su hijo y un adecuado control y manejo de la ira y desarrollo de la tolerancia; (ii) los cursos de derechos de “niños” “niñas” y adolescentes dispuestos por la Defensoría del Pueblo de Bogotá, a fin de asegurarse que el accionado tiene claro cuáles son los derechos a proteger de un niño y evite su instrumentalización; y que ella en su condición de víctima (ii) haya realizado un proceso terapéutico que le permita exponerse con herramientas de manejo emocional adecuadas y acordes a fin de facilitar la realización de visitas sin que esto genere afectaciones de tipo emocional.

8.2. En consecuencia, la Sala procederá a determinar si en la decisión proferida por la autoridad accionada se configura alguno de los defectos alegados por la accionante (fáctico y desconocimiento del precedente) para luego resolver el caso concreto.

Breve reseña de la violencia de género en el contexto constitucional.

8.3. La Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas –en adelante ONU–, en el marco de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer proclamada el 20 de diciembre de 1993, definió por primera vez la violencia de género como: “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”⁶². La Corte, por su parte, precisa que implica la existencia de tres características básicas: “a) El sexo de quien sufre la violencia y de quien la ejerce: la ejercen los hombres sobre las mujeres. b) La causa de esta violencia: se basa en la desigualdad histórica y universal, que ha situado en una posición de subordinación a las mujeres respecto a los hombres. c) La generalidad de los ámbitos en que se ejerce: todos los ámbitos de la vida, ya que la desigualdad se cristaliza en la pareja, familia, trabajo, economía, cultura política, religión, etc.” Y, además, que se presenta en múltiples escenarios y de diferentes formas, una de ellas se puede expresar con actos de violencia psicológica que implican “control, aislamiento, celos patológicos, acoso, gritos, denigración, humillaciones, intimidación, indiferencia ante las demandas afectivas y amenazas.” ⁶³ Estas conductas producen desvaloración, sufrimiento moral, minan la autoestima de la víctima y le generan desconcierto e inseguridad⁶⁴.

Esta violencia es de tal entidad que genera importantes repercusiones en la salud física y mental de la mujer, de ahí que según se señaló en la sentencia T-344 de 2020, fue reconocida como “un problema de salud mundial de proporciones epidémicas”. Esto, según un estudio realizado por el Banco Mundial en el año 2018 que reveló que “la violencia de

género es una epidemia mundial que pone en peligro la vida de mujeres y niñas y que tiene gran variedad de consecuencias negativas, no solo para ellas, sino también para sus hijos e hijas y las comunidades en que viven. Acabar con este flagelo es esencial para el desarrollo del capital humano de las mujeres y para dar rienda suelta a todo lo que pueden aportar para el crecimiento económico” 65.

En este contexto, y, atendiendo al hecho de que en el presente caso según manifestó la comisaria de familia en su contestación “se logró probar violencia psicológica a la luz de la Ley 294 de 1996, modificada parcialmente por las Leyes 575 de 2000 y 1257 de 2008”, la Corte rechaza y proscribe toda forma de violencia contra la mujer, de manera que disiente del argumento planteado por el señor Manuel en el escrito de oposición a las pruebas recaudadas, según el cual, “hay una excesiva e injusta aplicación del denominado enfoque de género. Y ante una aplicación prejuiciosa y en exceso formalista del derecho, bajo el ropaje de la protección material de los derechos de las mujeres...”.

Precisamente, en la materialización de acciones afirmativas que vinculen a todos los poderes públicos en la erradicación y sanción del arraigado fenómeno de la violencia contra la mujer, la administración de justicia juega un papel fundamental. Incorporar la perspectiva o enfoque de género en la administración de justicia significa, entonces, “hacer efectivo el derecho a la igualdad de las mujeres en respuesta a la obligación constitucional, convencional y legal de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar su acceso al sistema de justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder, lo que exige, a su vez, un ejercicio de deconstrucción de la forma de interpretar y aplicar el derecho. 66”

Configuración del defecto fáctico en la decisión provisional del régimen de visitas emitida en la orden primera literal “d” del fallo de medida de protección No.317-2020 proferida por la Comisaría de Familia de Usaquén II.

Configuración del defecto fáctico

8.4. En este asunto la Sala advierte que la Comisaría de Familia de Usaquén II, incurrió en un defecto fáctico al omitir tener en cuenta los elementos probatorios del caso, para efectos de fundamentar la decisión que se ataca. Según la evidencia probatoria enunciada en el fallo emitido por la mencionada entidad, dentro de la medida de protección, se encuentra relevante para el caso: “(i) informe pericial sustentado por la profesional Mónica Balaguera enfocado, entre otros, ha identificar el estado mental de la señora Sara, su personalidad, si se presenta daño psíquico asociado a la denuncia puesta en conocimiento y su capacidad parental para el cuidado de su hijo. La aplicación de la prueba CAQ, relacionada con la prueba LSB 50 y prueba de escala de valores, arrojó como resultado: afectaciones emocionales arraigadas en la pérdida del sueño, ansiedad, somatización del poder donde puede ceder al control de otro sujeto, aceptación paulatina de las situaciones vivenciadas, depresión, perfil de conducta de timidez. Concepto profesional: presencia efectiva de afectaciones en su integridad psíquica y emocional donde los eventos de violencia en el contexto familiar no vienen arraigados únicamente al episodio del 4 de septiembre de 2020, sino bajo un contexto histórico de maltrato y daño de tipo emocional. Resalta que la presencia de ansiedad, somatización, afectación en el sueño, se ven reflejadas en conductas de miedo, dolor, llanto, temblor cuando se acerca a momentos que recuerden sus episodios o, que en general, tengan que ver con el contacto que entre Manuel y Sara se llegare a presentar, no solo en el proceso, sino en la relación que como padres deben sostener. Advierte alteraciones en el estado mental, que han resultado en la presencia de daño psíquico asociado a no solo los hechos del 4 de septiembre de 2020, sino a su vida y contexto histórico de relación, puntualizando como un daño por malestar postraumático que conduce a la verificación de daños a nivel psicológico. Por lo demás, no evidencia conductas o emociones que afectarían su normal cuidado, para el caso, el de su hijo. Existen capacidades idóneas para continuar su supervisión y desarrollo”.

Como se observa, la entidad accionada encontró probados una serie de eventos históricos de maltrato en el contexto familiar de la accionante, de daño de tipo emocional (según informe

pericial de la profesional Mónica Balaguera), de una constante y completa falta de comunicación asertiva entre los señores Sara y Manuel a lo largo del proceso y de arribar a la conclusión que en el evento sucedido el 4 de septiembre de 2020 “existió un conflicto entre los extremos procesales que desencadenó en violencia de tipo psicológico, lo cual hace ver que la armonía y unidad familiar de las partes se haya perdido”, razones estas que determinaron la existencia de hechos de violencia intrafamiliar y, por ende, emitir medidas de protección definitivas en favor de las víctimas, esto es, la accionante Sara, su señora madre y su hijo Santiago “al haber estado expuesto a la situación conflictiva”. Así, se encuentra incongruente lo decidido respecto de la regulación provisional de visitas⁶⁷.

8.5. Para la Sala, la Comisaría de Familia incurrió en violencia institucional, incumpliendo así su deber convencional y constitucional de administrar justicia con perspectiva de género. Para arribar a esta conclusión, basta con revisar los fundamentos del fallo que advierte un enfoque familista y no de género, en tanto la autoridad consideró “restablecer los derechos del niño Santiago bajo su derecho de primacía de su interés superior y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, pues en este caso, la situación particular del niño debe ser vista desde la perspectiva de género infantil y en primacía de los derechos de él sobre los de los demás intervinientes”⁶⁸.

8.6. La Sala difiere de esta conclusión pues, como se señaló en la parte motiva de esta providencia, la aplicación del principio del interés superior del niño debe estudiarse a la luz de su derecho a una vida libre de violencia. De manera que, corresponde a la autoridad competente tener en cuenta que, si bien el padre del niño no puede ser privado, en principio, de su derecho a formar un vínculo afectivo con su hijo, el interés superior del menor Santiago debe analizarse a la luz del mencionado derecho⁶⁹. En la sentencia T-462 de 2018, la Corte planteó como ejemplo, las siguientes: “(i) Someter a los progenitores a un nuevo dictamen o concepto psicológico, (ii) condicionar las visitas bajo la supervisión de un representante del ICBF o de un profesional idóneo o de familiar cercano, o de quien la autoridad judicial considere pertinente, dadas las circunstancias del caso”.

8.7. La jurisprudencia constitucional ha señalado que las autoridades competentes siempre deberán realizar una cuidadosa ponderación con los derechos de los padres para garantizar que los menores se desarrollen en un ambiente libre de violencia⁷⁰, así como justificar de manera explícita, razonable y proporcionada las medidas a adoptar y que mejor materialicen los derechos del menor, conforme a sus circunstancias particulares, en armonía con el derecho fundamental que tiene todo menor a no ser separado de su familia, el cual se encuentra reconocido en el artículo 44 Superior y en el artículo 22 de la Ley 1098 de 2006, que establece que “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 y sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos”⁷¹.

Se colige entonces que la decisión emitida por la autoridad accionada lejos de encaminarse a finalizar la agresión o la amenaza, confirma patrones de desigualdad, discriminación y violencia contra la mujer, práctica institucional que invisibiliza las violencias que no son físicas. Si bien el régimen de visitas se sujetó a la hipótesis de avances terapéuticos de las partes (víctima y victimario) y en aparente acatamiento a la normativa que rige las medidas de protección por violencia intrafamiliar, lo cierto es que el operador judicial, en contra de la evidencia probatoria, decidió separarse por completo de los hechos debidamente probados y apartarse de la clara realidad familiar, evidenciando así una decisión incongruente entre lo probado y lo resuelto. Tan es así que, de acuerdo al material probatorio del expediente y el allegado en sede de revisión, resulta palmaria la revictimización de la accionante por parte de la institución llamada a protegerla, como quiera que en lo decidido se desconoció su derecho y el de su hijo a no ser confrontados con su agresor, prerrogativa que debe ser tomada en cuenta no solo en los procesos de medidas de protección por violencia intrafamiliar, sino en las decisiones que dentro del proceso se tomen, pues su finalidad es garantizar a las víctimas, una vida libre de violencia, como se expuso en la parte considerativa de este fallo.

8.8. La violencia institucional advertida contribuye al contexto de violencia estructural contra

la mujer al propiciar un ambiente de impunidad y de tolerancia estatal de las agresiones, privándola de recursos judiciales efectivos para contrarrestar la agresión denunciada, aumentando “el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia”⁷².

8.9. En efecto, esta Corporación ha señalado que también se entiende como violencia contra la mujer la perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes. En este caso, además de lo ya advertido, se evidencia un trámite poco diligente en las actuaciones de la autoridad accionada, reflejado en los errores de envío del expediente de la medida de protección No.317-2020 al Juzgado Noveno de Familia de Bogotá, además de la remisión incompleta del mismo, para que se surta el recurso de apelación interpuesto por la accionante. De acuerdo a lo manifestado por el titular del Juzgado Noveno de Familia de Bogotá, en contestación al requerimiento hecho por la magistrada sustanciadora mediante auto del 24 de abril del año en curso, “[a] la fecha este despacho se encuentra a la espera que la comisaria de familia remita nuevamente el expediente con acceso a todas las actuaciones”.

8.10. El tipo de acciones u omisiones referidas hacen responsables a las autoridades administrativas y judiciales, encargadas de la ruta de atención de las mujeres víctimas de violencia, de actos de violencia institucional. Esta Corporación al respecto ha indicado que “la mera existencia de los mecanismos y su presentación por parte del ciudadano no aseguran por sí solos la vigencia de sus derechos fundamentales, ya que para que ello suceda el ejercicio de la jurisdicción debe ser en buena medida célere y eficiente”⁷³, pues la garantía constitucional al debido proceso comprende el derecho de toda persona a que la autoridad competente resuelva oportunamente el asunto que le ha sido planteado.

8.11. La Corte entiende que la mora judicial puede ser un fenómeno que se origina, entre otras, por causas estructurales, “que superan la capacidad humana de los funcionarios a cuyo cargo se encuentra la solución de los procesos, la cual puede ser justificada o injustificada y tiene diferentes implicaciones”⁷⁴. En el presente caso, si bien puede considerarse que, de acuerdo a lo advertido por la Comisaria de Familia, respecto de que asumió el despacho con una desbocada carga laboral que, a pesar de la creación de un grupo

transitorio de descongestión, al parecer, no ha logrado superar la mora evidente que ha presentado la medida de protección interpuesta por la señora Sara en sus inicios (2 años) y ahora en el trámite de la remisión del expediente al juzgado de familia (aproximadamente 9 meses) para que surta el recurso de apelación interpuesto, esta no podría asumirse como “justificada”, como quiera que en los casos de violencia contra mujeres la falta de determinación judicial genera una “amenaza seria, real y protuberante de los derechos fundamentales (...) toda vez que la demora en la adopción de decisiones puede devenir en la vulneración irremediable de los derechos a la integridad personal, a la familia, a la libertad y a la vida en condiciones dignas”⁷⁵.

8.12. En este sentido, se insiste en que desatender el carácter urgente de las medidas de protección afecta los derechos a disponer de un recurso judicial efectivo y a obtener una decisión en un plazo razonable, así como desconoce la obligación estatal de garantizar que no se repitan las agresiones, “bien sea porque pueda ser objeto de nuevos ataques por la misma persona o porque pueda ser objeto de retaliaciones por denunciarlos”⁷⁶. De manera que, por falta de diligencia del funcionario o porque el plazo del proceso es irrazonable, se pueden ver seriamente vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la justicia, de las mujeres víctimas de violencia.

Desconocimiento del precedente constitucional en materia de integración de la perspectiva de género en la administración de justicia

8.13. Esta Corporación ha reiterado que la aplicación de la perspectiva de género no está sujeta a la discrecionalidad del operador jurídico. Por el contrario, se trata de una exigencia que encuentra claro fundamento en los mandatos constitucionales de igualdad y de no discriminación por razones de género, y en el conjunto de normas de derecho internacional que vinculan a todas las autoridades del Estado y, especialmente, a la rama judicial, con el compromiso de prevenir, erradicar y sancionar cualquier forma de violencia o discriminación contra la mujer. “La perspectiva de género es, en esencia, una herramienta analítica y

comprehensiva de una protección multinivel que deben emplear todos los operadores de justicia en aquellos casos en los que se tenga sospecha de situaciones asimétricas de poder entre las partes o de actos constitutivos de violencia de género. Cumplir con esta obligación no significa que el juez tenga que favorecer los intereses de una mujer por el hecho de serlo, sino que ha de abordar la cuestión de derecho que se le ha planteado con un enfoque diferencial que involucre el aspecto sociológico o de contexto que subyace al problema en torno a la violencia y a la discriminación contra la mujer, a fin de brindar soluciones equitativas ante situaciones de desequilibrio estructural.”⁷⁷

Esta regla de derecho integrada en un grupo significativo de decisiones proferidas por distintas Salas de Revisión y por la Sala Plena de la Corte Constitucional, en asuntos que comprendían escenarios de violencia contra la mujer que no fueron valorados por los jueces de conocimiento en el trámite de procesos de naturaleza penal, civil y de familia, constituye entonces precedente vinculante para todas las autoridades judiciales y, en consecuencia, su desconocimiento configura una causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales (Ver entre otras, las sentencias T-241 de 2016, T-590 de 2017, T- 462 de 2018, T-065 de 2019, T-344 de 2020, SU-080 de 2020, T-062 de 2022, T-219 de 2023).

En el presente caso se configura este defecto, como quiera que la autoridad accionada incumplió su deber convencional y constitucional de administrar justicia con perspectiva de género. Sin ninguna justificación, el operador judicial desatendió la jurisprudencia constitucional en vigor, relativa al deber de evaluar con perspectiva de género, el proceso y las decisiones a adoptar, como herramienta analítica para impartir justicia y asegurar la mayor protección de los derechos de la mujer a la igualdad, a la no discriminación y a una vida libre de violencia frente a situaciones fácticas de estas características, y que se funda en la premisa conforme a la cual, “una víctima de violencia de género no llega en igualdad de armas a un proceso de naturaleza civil o de familia, por lo que es imperativo brindarle un tratamiento diferenciado en atención a sus particulares condiciones de vulnerabilidad.”⁷⁸

Órdenes a impartir

8.14. En atención a que la Sala Octava de Revisión concluye que el régimen provisional de visitas impuesto por la Comisaría de Familia de Usaquén II, dentro de la medida de protección No.317-2020, vulneró los derechos fundamentales a una vida libre de violencias, a la integridad personal, a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral, de la señora Sara y de su hijo menor de edad Santiago, tomará las siguientes decisiones tendientes a tutelar de manera transitoria los mencionados derechos.

En primer lugar, dejará sin efectos la orden primera literal “d” del fallo de medida de protección emitido por la Comisaría de Familia de Usaquén II, hasta cuando sea proferida la decisión que al respecto estime el Juez Noveno de Familia de Bogotá, al momento de resolver la apelación interpuesta por la accionante.

En segundo lugar, ordenará al señor Manuel abstenerse de generar cualquier tipo de conducta que comporte violencia física, verbal, psicológica contra la señora Sara y su hijo Santiago.

En tercer lugar, prevendrá al Juzgado Noveno de Familia de Bogotá para que en su decisión atienda su deber de administrar justicia con perspectiva de género, teniendo en cuenta el principio del interés superior del menor Santiago y su derecho a una vida libre de violencia, sin dejar de lado la realidad familiar.

Ordenará a la Comisaria de Familia de Usaquén II que ciña sus actuaciones y decisiones en casos similares de violencia familiar de manera estricta a la Ley 294 de 1996, modificada por la Ley 575 de 2000, a la Ley 1257 de 2008, así como a la jurisprudencia constitucional (sentencias T-241 de 2016, T-590 de 2017, T- 462 de 2018, T-065 de 2019, T-344 de 2020, SU-080 de 2020, T-062 de 2022, T-219 de 2023, entre otras), con un enfoque de género.

Por último, así como se dispuso en la sentencia T-219 de 2023, esta Sala remitirá el fallo al Ministerio de Justicia y del Derecho para que, de acuerdo a sus competencias establecidas en el artículo 38 de la Ley 2126 de 2021 y si lo considera, imponga alguna de las sanciones establecidas a la Comisaría de Familia de Usaquén II. Además, lo instará a que de acuerdo con su función establecida en el artículo 26 de la Ley 2126 de 2021, exija la asistencia obligatoria de todo el personal que labora en las comisarías de familia a la formación y actualización periódica en aquellas materias relacionadas con las violencias basadas en género. Respecto de lo anterior, la Comisaría de Familia de Usaquén II, deberá acreditar ante la autoridad que conoció este asunto en primera instancia la asistencia a las formaciones ofertados sobre la materia.

Síntesis de la decisión

8.15. La señora Sara, actuando en su propio nombre y en representación de su hijo menor de edad interpuso acción de tutela contra la Comisaría de Familia de Usaquén II, por considerar que, al disponer de forma provisional un régimen de visitas en favor del menor, vulneró sus derechos fundamentales a una vida libre de violencias, a la integridad personal, a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral, pues con ello desconoció su derecho y el de su hijo, como víctimas de violencia intrafamiliar, a no ser confrontados con su agresor.

8.16. La Sala Octava de Revisión revocó las decisiones de instancia que habían declarado improcedente el amparo y, en su lugar, concedió de manera transitoria la protección invocada. Lo anterior, tras constatar que en la decisión emitida por la Comisaría de Familia se configuró un defecto fáctico al omitir los elementos probatorios del caso y la realidad familiar. En efecto, la autoridad accionada emitió medidas de protección definitivas en favor de quienes caracterizó como víctimas de violencia intrafamiliar y pese a ello reguló un régimen de visitas incongruente con el contexto del asunto. Esto, en consideración de la Sala, constituye violencia institucional pues el operador judicial incumplió su deber convencional y constitucional de administrar justicia con perspectiva de género, al adoptar una decisión con un enfoque “familista”, aplicando el principio del interés superior del niño

sin analizarlo a la luz de su derecho, y el de la accionante, como madre, a una vida libre de violencia.

8.17. La Corte reiteró el deber convencional y constitucional de los operadores judiciales de analizar y decidir un asunto con perspectiva de género cuando se trata un caso de violencia contra la mujer, pues están llamados a contrarrestar cualquier tipo de agresión contra ese grupo poblacional, evitar que con sus actuaciones u omisiones sean revictimizadas y se confirmen patrones de desigualdad o discriminación que invisibiliza las violencias que no son físicas.

8.18. En consecuencia, ordenó dejar sin efectos la orden primera literal “d” del fallo de medida de protección emitido por la Comisaría de Familia de Usaquén II, hasta tanto el Juez Noveno de Familia de Bogotá decida lo que corresponda respecto del régimen de visitas. Ordenó al señor Manuel abstenerse de generar cualquier tipo de conducta que comporte violencia física, verbal, psicológica contra la señora Sara y su hijo Santiago. Dispuso, prevenir al Juzgado Noveno de Familia de Bogotá para que en su decisión atienda su deber de administrar justicia con perspectiva de género, teniendo en cuenta el principio del interés superior del menor Santiago y su derecho a una vida libre de violencia, sin dejar de lado la realidad familiar. Y ordenó a la Comisaria de Familia de Usaquén II que ciña sus actuaciones y decisiones en casos similares de violencia familiar de manera estricta a la Ley 294 de 1996, modificada por la Ley 575 de 2000, a la Ley 1257 de 2008, así como a la jurisprudencia constitucional (sentencias T-241 de 2016, T-590 de 2017, T- 462 de 2018, T-065 de 2019, T-344 de 2020, SU-080 de 2020, T-062 de 2022, T-219 de 2023, entre otras), con un enfoque de género.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá el 29 de septiembre de 2022, que confirmó la emitida por el Juzgado Veintiocho Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá el 9 de noviembre de 2022. En su lugar, CONCEDER a la accionante Sara y su hijo menor de edad Santiago, la protección constitucional de sus derechos fundamentales a una vida libre de violencias, a la integridad personal, a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTO la orden primera literal “d” del fallo de medida de protección No. 317-2020 emitido por la Comisaría de Familia de Usaquén II, hasta tanto el Juez Noveno de Familia de Bogotá decida lo que corresponda respecto del régimen de visitas.

CUARTO.-PREVENIR al Juzgado Noveno de Familia de Bogotá para que en su decisión atienda su deber de administrar justicia con perspectiva de género, teniendo en cuenta el principio del interés superior del menor Santiago y su derecho a una vida libre de violencia, sin dejar de lado la realidad familiar.

QUINTO.- ORDENAR a la Comisaria de Familia de Usaquén II que ciña sus actuaciones y decisiones en casos similares de violencia familiar de manera estricta a la Ley 294 de 1996 (modificada por la Ley 575 de 2000), a la Ley 1257 de 2008, así como a la jurisprudencia constitucional (sentencias T-241 de 2016, T-590 de 2017, T- 462 de 2018, T-065 de 2019,

T-344 de 2020, SU-080 de 2020, T-062 de 2022, T-219 de 2023, entre otras), con un enfoque de género.

SEXTO.- ORDENAR a la Comisaria de Familia de Usaquén II, remita el expediente al Juzgado Noveno de Familia de Bogotá, de manera inmediata y completa, en aras de garantizar la materialización de los derechos de la accionante y de su hijo.

SÉPTIMO.- REMITIR el presente fallo al Ministerio de Justicia y del Derecho para que, de acuerdo a sus competencias establecidas en el artículo 38 de la Ley 2126 de 2021 y si lo considera, imponga alguna de las sanciones establecidas a la Comisaría de Familia de Usaquén II.

OCTAVO.- INSTAR al Ministerio de Justicia y del Derecho que, de acuerdo con su función establecida en el artículo 26 de la Ley 2126 de 2021, exija la asistencia obligatoria de todo el personal que labora en la Comisaría de Familia de Usaquén II a la formación y actualización periódica en aquellas materias relacionadas con las violencias en el contexto familiar, violencias por razones de género, administración de justicia con perspectiva de género, prevención de la violencia institucional, calidad de la atención con enfoque de género y demás asuntos relacionados con su objetivo misional. En particular, la Comisaría de Familia de Usaquén II, deberá ACREDITAR ante el Juzgado Treinta y Cuatro Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, autoridad que conoció este asunto en primera instancia, la asistencia a las formaciones ofertados sobre la materia. Así mismo, de ello deberá remitir un informe que demuestre el cumplimiento de lo aquí ordenado máximo dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta decisión.

NOVENO.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Así mismo, ORDENAR a la Secretaría General de este tribunal y a las partes del proceso, adoptar las medidas pertinentes para guardar la estricta reserva de la

identidad del niño, de sus padres y de cualquier dato que permita la identificación.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

1 Como medida de protección al derecho a la intimidad de la accionante y de su hijo menor de edad, la Sala ha decidido reemplazar por sus iniciales, los nombres de las partes. En consecuencia, la Corte emitirá dos copias de la misma providencia. Una de ellas tendrá los nombres de las partes y la otra será la que se publique con los nombres anonimizados.

2 Integrada por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas y la magistrada Cristina Pardo Schlesinger.

3 Expediente digital denominado “2. Tutela 117 Demanda”. Según registro civil allegado con el expediente, el menor nació el 16 de enero de 2020.

4 Los hechos relacionados, se encuentran en el expediente digital denominado “2. Tutela 117 Demanda”.

5 Expediente digital denominado “27. RESPUESTA TUTELA 2022-0117_0001”.

6 Expediente digital denominado “49. Orfeo – respuesta tutela 2022-00117”.

7 Expediente digital denominado “60. 2022-117 RTA VINCULACION TLA JUZ 34 PENAL CONOC VS EXPEDIENTE 2021-580.pdf”.

8 Expediente digital denominado “62.06 Respuesta Tutela (MedidaP2022-00394 Juz) pdf”.

9 Expediente digital denominado “33 CONTESTACION TUTELA 2022-00117.pdf”.

10 Expediente digital denominado “89.00117-2022 Sara y Santiago – COMISARIA DE FAMILIA USAQUEN II DEBIDO PROCESO PRIMERA INSTANCIA.pdf”.

11 Expediente digital denominado “2022-00023 FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA -COMISARIA-DECLARA IMPROCEDENTE-CONFIRMA-.pdf”.

12 El 16 de mayo de 2023, la Secretaría General de la Corte Constitucional, allegó al despacho de la magistrada sustanciadora, correo electrónico enviado por el titular del despacho, por medio del cual remite comunicación, un (1) archivo en pdf y link del expediente No. 2020-00317 (2022-00394).

13 El 17 de mayo de 2023, la Secretaría General de la Corte Constitucional, allegó al despacho de la magistrada sustanciadora, correo electrónico enviado por la accionante, por medio del cual remitió dos (2) archivos en PDF.

14 El 25 de mayo de 2023, la Secretaría General de la Corte Constitucional, allegó al despacho de la magistrada sustanciadora, correo electrónico enviado por la Comisaria Primera de Usaquén II, por medio del cual remite comunicación y anexos en cinco (5) archivos en pdf.

15 El 26 de mayo de 2023, la Secretaría General de la Corte Constitucional, allegó al despacho de la magistrada sustanciadora, correo electrónico enviado por el apoderado del señor Manuel, por medio del cual remite comunicación en dos (2) archivos en pdf.

16 Desde sus inicios, la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela procede excepcionalmente contra providencias judiciales, por ello, la constante y solida jurisprudencia sobre el tema se fundamenta entre otras, a partir de las sentencias T-006 de 1992 y C-590 de 2005, y se ha compilado en pronunciamientos relevantes entre los que pueden citarse las sentencias: SU-327 de 1995, SU-477 de 1997, SU-014 de 2001, SU-159 de 2002, SU-447 de 2011, SU-769 de 2014, SU-072 de 2018, SU-080 de 2020.

17 La Corte ha señalado que “son todas aquellas personas que están facultadas por la normatividad para ejercer poder de mando o decisión en nombre del Estado y cuyas actuaciones obliguen y afecten a los particulares”. Posición de la sentencia T-405 de 1996 reiterada en la sentencia SU-195 de 2012.

18 Inciso 5 del artículo 86 de la C.P.

19 La Corte declaró inexecutable la norma que impedía interponer la acción de tutela contra sentencias de casación en materia penal, por considerar que dicha restricción vulneraba, entre otras normas, el artículo 86 de la Constitución. Determinó que los criterios allí expuestos resultan aplicables “para reivindicar la procedencia excepcional de la acción de tutela contra las sentencias de los órganos máximos en las jurisdicciones ordinaria, contencioso-administrativa y jurisdiccional disciplinaria”.

20 La ponencia citada los distingue así: i) que el asunto sea de relevancia constitucional; ii) que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable; iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez; iv) cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto decisivo en la sentencia que se impugna; v) que la parte actora identifique los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados; y vi) que no se trate de sentencias de tutela.

21 La sentencia C-590 de 2005, unifica las denominadas causales de procedencia, a partir del reconocimiento de los siguientes defectos o vicios materiales: orgánico (se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello), sustantivo (aquellos casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales, no se hace uso de una norma que claramente aplicaba al caso o que presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión), procedimental (se origina cuando el juez actuó completamente al margen del

procedimiento establecido), fáctico (surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión), error inducido (se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y esa circunstancia condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales), decisión sin motivación (se traduce en el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que allí reposa la legitimidad de su decisión funcional), desconocimiento del precedente constitucional (se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance) y violación directa a la Constitución.

22 Sentencia SU-195 de 2012.

23 Ídem.

24 Sentencia SU-198 de 2013.

25 Ídem.

26 Sentencia SU-768 de 2014.

27 Sentencia SU-113 de 2018.

28 Ídem.

29 Ídem.

30 Al respecto, ver la sentencia T-306 de 2020, en la que se reitera las sentencias T-708 de 2017 y T-510 de 2013.

31 Expediente digital, archivo 1. ACTA REPARTO TTUELA 117.pdf.

32 Ídem. Además, al respecto, la Corte ha señalado: En la T-789 de 2001: “Es de anotar que los mecanismos consagrados por la ley para la prevención de la violencia intrafamiliar son expeditos e idóneos, incluso más que la misma tutela. Sin embargo, cuando agotadas estas medidas no fueron idóneas para la protección de los derechos fundamentales de los miembros de la familia, o en caso de que se le esté dando una dilación injustificada a la toma

o aplicación de las decisiones de estas instancias de protección, procederá la tutela”. En la sentencia T-133 de 2004: “...la acción de tutela es improcedente cuando se trata de la protección de derechos fundamentales afectados por la violencia intra familiar, salvo como mecanismo transitorio o ante la inidoneidad de las medidas de protección o su dilación injustificada”. En la sentencia T-241 de 2016: “...esta Corporación ha manifestado que la tutela procede en aquellos eventos en donde no exista en el ordenamiento jurídico un recurso judicial que permita defender los derechos que se alegan fueron vulnerados y además se estipuló que tal amparo también procede si a pesar de existir un mecanismo judicial para la protección de tales derechos el mismo resulte idóneo o ineficaz, resultando procedente de manera transitoria si se presenta la existencia de un perjuicio irremediable”. Y entre muchas otras, las sentencias T-590 de 2017, T-065 de 2019, T-344 de 2020.

33 Se resaltan también las siguientes normas. La pena prevista en el art. 29 de la Ley 599 de 2000, por el delito de violencia intrafamiliar, fue agravada por la Ley 882 de 2004, lo que responde a una política criminal enfocada a proteger cada vez más y mejor los derechos de la mujer que es víctima de violencia. La Ley 1542 de 2012, en cuanto a los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar, eliminó el carácter de querellables, conciliables y desistibles que ostentaban, para volverlos de investigación oficiosa. La Ley 1761 de 2015, también conocida como la Ley Rosa Elvira Cely tipificó el feminicidio como un delito autónomo y dentro de las medidas contempladas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer por motivos de género y discriminación, estableció que la Defensoría del Pueblo debe garantizar la asesoría, orientación y representación jurídica a las mujeres víctimas de violencia feminicida de manera gratuita, inmediata, especializada y prioritaria desde la perspectiva de género y de los Derechos Humanos.

34 Modificada por la Ley 2126 de 2021.

35 La Ley 1098 de 2006 determinó que las Comisarías de Familia son entidades distritales, municipales o intermunicipales de carácter administrativo e interdisciplinario, que forman parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, estarán conformadas como mínimo por un abogado, quien asumirá la función de Comisario, un psicólogo, un trabajador social, un médico y un secretario y tienen como objetivo prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia transgredidos por situaciones de violencia intrafamiliar y las demás establecidas por la ley; consignando en el artículo 86 las funciones

que deben ser cumplidas y desarrolladas por parte del Comisario de Familia.

36 El Decreto 652 de 2001 indica que serán aplicables las normas del trámite de tutela en cuanto a la informalidad de la petición de medida de protección, la corrección de la petición, el deber de manifestar bajo juramento que no se ha presentado una solicitud respecto a los mismos hechos, el trámite de la apelación y el trámite de las sanciones por incumplimiento.

37 Sentencia T-306 de 2020, en la que reitera lo que frente al tema abordó la sentencia T-462 de 2018, que cita lo consignado en la sentencia del 5 de julio de 2013 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 2012-02433-00) y la sentencia del 14 de febrero de 2017 (Rad. 2016-03348-00) de la misma Corporación.

38 “Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008”.

39 “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.

40 Ley 1257 de 2008, artículo 8.

41 Según señaló la Corte en la sentencia T-184 de 2017, la mujer víctima de violencia tiene derecho a no se confrontada con su agresor, el cual no puede entenderse de aplicación exclusiva en la legislación penal, pues existen otros escenarios en los que la víctima debe concurrir con la presencia de su agresor, y en ellos también es esencial que se le garantice a la víctima la seguridad de que sus manifestaciones serán libres de intimidación y miedo.

42 En la sentencia T-735 de 2017 se precisó: “Se trata entonces de un derecho que exige de las autoridades de la ruta de atención una doble obligación: la información a la mujer sobre su derecho y la garantía efectiva de su ejercicio. Se precisa que su goce no puede ser cuestionado o desvirtuado por el funcionario con fundamento en preconcepciones sobre la falta de riesgo o la exageración del relato de la mujer, debido a que solo se requiere la solicitud para su aplicación. Adicionalmente, este también puede ser decretado como una medida de protección provisional o definitiva”.

43 En la sentencia T-878 de 2014 se expuso algunos de los eventos en los que se considera

que los jueces vulneran derechos de las mujeres, estos son: (i) omisión de toda actividad investigativa y/o la realización de investigaciones aparentes; (ii) falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida o revictimización en la recolección de pruebas; (iii) utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones; (iv) afectación de los derechos de las víctimas. Sobre el mismo tema, entre muchas se pueden revisar las siguientes sentencias, T-012 de 2016, T-045 de 2017, T-462 de 2018, T-065 de 2019, T-344 de 2020, SU-080 de 2020, T-028 de 2023.

44 Poyatos, Gloria, Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa, Universidad de Murcia, iQual. Revista de Género e Igualdad, 2019, pág. 2. Referenciado en la sentencia citada.

45 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

47 En desarrollo de estas políticas, la CNGR elaboró el documento titulado: “Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género” (<https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-1.pdf>), herramienta que sirve de guía a los servidores judiciales de cualquier jurisdicción y especialidad en la tarea de incorporar la perspectiva de género en el ejercicio de la función de administrar justicia y, de esa manera, garantizar decisiones más equitativas.

48 Referencia tomada de la sentencia T-344 de 2020.

49 Señala la sentencia que “Esta protección multinivel es claramente observable a partir, por ejemplo, de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1953, la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer de 1967, que con menor rigor normativo es el antecedente de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer -CEDAW- de 1981; y, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993, que precede a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará-, la cual se aprobó por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en su vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones, el día 9 de junio de 1994 y fue ratificada por Colombia al año siguiente”.

50 Sentencia T-012 de 2016.

51 Expuestas en la Sentencia T-878 de 2014.

52 Ídem.

53 sentencia T-967 de 2014.

54 Reseña tomada de la sentencia T-462 de 2018.

55 Ídem.

56 Ídem.

57 Sentencia T-510 de 2003, reiterada en la sentencia T-311 de 2017.

58 En relación con la violencia psicológica, esta Corporación en la sentencia T-967 de 2014, reiterada en la sentencia T-735 de 2017 indicó que: “se ocasiona con acciones u omisiones dirigidas intencionalmente a producir en una persona sentimientos de desvalorización e inferioridad sobre sí misma, que le generan baja de autoestima. Esta tipología no ataca la integridad física del individuo sino su integridad moral y psicológica, su autonomía y desarrollo personal y se materializa a partir de constantes y sistemáticas conductas de intimidación, desprecio, chantaje, humillación, insultos y/o amenazas de todo tipo”. Esta se da cuando: i) la mujer es insultada o se la hace sentir mal con ella misma; ii) es humillada delante de los demás; iii) es intimidada o asustada a propósito (por ejemplo, por una pareja que grita y tira cosas); o iv) cuando es amenazada con daños físicos (de forma directa o indirecta, mediante la amenaza de herir a alguien importante para ella). Se trata de agresiones silenciosas y sutiles que no afectan la integridad física y que suponen una mayor dificultad probatoria, por lo que exigen del operador judicial un rol más activo en la consecución de la igualdad procesal entre las partes”.

59 Cita, reseñada en la sentencia T-462 de 218. Claudia Hasanbegovic. Violencia basada en el género y el rol del Poder Judicial. Rev. Fac. Der.[online]. 2016, n.40, pp.119-158. Recuperado de: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652016000100006&lng=es&nrm=iso

60 <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/cedaw>. El Comité para la Eliminación de la

Discriminación contra la Mujer (CEDAW) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. El Comité de la CEDAW está formado por 23 expertos en derechos de la mujer de todo el mundo.

61 Al respecto, en la sentencia T-062 de 2022, se reiteran las sentencias T-851A de 2012, T-351 de 2021.

62 Resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1286>. Reseña tomada de la sentencia T-344 de 2020.

63 Sentencia SU-080 de 2020.

64 Sentencia T-344 de 2020.

65 Informe publicado por OMS en colaboración con la Escuela de Higiene y Medicina Tropical de Londres y el Consejo de Investigación Médica de Sudáfrica (2013), op. cit. Citado en la sentencia T-344 de 2020.

66 Sentencia T-344 de 2020 en la que se señaló: “...la Constitución y la ley, en armonía con los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos suscritos por Colombia, imponen al Estado asumir, como propios y prioritarios, específicos deberes en materia de prevención, erradicación y sanción de la violencia contra la mujer. Esta obligación vincula a todas las ramas del poder público y, especialmente, a la Rama Judicial, en tanto constituye la primera línea de defensa que tienen las mujeres para la protección de sus derechos y libertades fundamentales, de ahí la importancia de su respuesta efectiva ante la posible limitación o violación de tales garantías.”

67 Fallo audiencia acción de protección en violencia en el contexto familiar, emitida el 7 de septiembre de 2022. Expediente digital denominado “2. Tutela 117 Demanda”. Folios 22 a 43.

68 Ídem.

69 Código de la Infancia y la Adolescencia. ARTÍCULO 20. DERECHOS DE PROTECCIÓN. Los

niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra: // (...) // 19. Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos.

70 Sentencia T-462 de 2018.

71 Sentencia T-062 de 2022.

72 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Campo Algodonero c. México y Comisión Interamericana de Derechos Humanos estudió el caso de Maria Da Penha c. Brasil. Reseña tomada de la sentencia T-735 de 2017.

73 Sentencia T-186 de 2017, reiterada en la sentencia T-735 de 2017.

74 Sentencia SU-179 de 2021.

75 Sentencia T-264 de 2017, reiterada en la sentencia T-735 de 2017.

76 Sentencia T-772 de 2015.

77 Sentencia T-344 de 2020.

78 Ídem.