



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil y Agraria

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

STC6451-2023

Radicación n.º 05001-22-10-000-2023-00140-01

(Aprobado en sesión de cinco de julio de dos mil veintidós)

Bogotá, D.C., cinco (5) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Se decide la impugnación que se interpuso contra el fallo proferido el 5 de junio de 2023 por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro de la acción de tutela que promovió Oscar David Porras Aristizábal, en nombre propio y en representación de su menor hijo, contra Juzgado Quinto de Familia de esa localidad; trámite al que se vinculó a las partes e intervinientes en el asunto cuestionado.

ANTECEDENTES

1. El promotor del amparo reclamó protección de las prerrogativas al debido proceso, acceso a la administración de justicia e «*igualdad ante la ley*», que dice vulneradas por

la autoridad judicial acusada, por lo que pidió *«se revoque la decisión proferida el... 5 de mayo de 2023...»*.

2. Son hechos relevantes para la definición del presente asunto los siguientes:

2.1. Mónica Marcela Sánchez Orozco promovió demanda contra Oscar David Porras Aristizábal, con la finalidad de que se modificara el régimen de visitas existente respecto del hijo común (menor de edad) de los contendientes.

2.2. Mediante sentencia del 5 de mayo pasado, el juzgado accionado accedió a las pretensiones, por lo que estableció que: **(i)** *«Mónica Marcela Sánchez podrá venir [a Colombia] con [el niño] en junio o julio, a final de año o en semana santa»*, época que el menor *«compartirá en un 60% o 70% con su padre y familia paterna, y en un 40% a 30% estará también con su progenitora y sus abuelos maternos»*; **(ii)** el progenitor *«podrá viajar y visitar a su hijo en el lugar donde éste resida en esas épocas de vacaciones...»*; y **(iii)** el padre *«podrá comunicarse con su hijo... en horario entre semana de 5.00 pm a 7.00 pm y, en fin de semana, especialmente el día sábado, sin perjuicio que... pueda hacerlo un domingo cuando sea oportuno en el horario comprendido entre las 8 am y 11.00 pm»*.

2.3. En síntesis, expresó el gestor del resguardo que la sentencia criticada *«no guarda congruencia con los hechos presentados, no existió igualdad de las partes, toda vez que el*

juez desestima todo lo por [él] anotado»; que «denunci[ó] penalmente por ejecución arbitraria en la custodia del menor a [su ex cónyuge] y actualmente [está] tramitando proceso de restitución internacional según lineamientos del ICBF».

RESPUESTAS DEL ACCIONADO Y VINCULADOS

1. El Juzgado Quinto de Familia de Medellín defendió la legalidad de su actuación.

2. Mónica Marcela Sánchez Orozco precisó que el fallo acusado se dictó *«dando cumplimiento al procedimiento legal definido para el efecto y resolviendo de fondo el asunto, cosa diferente es que el accionante se encuentre inconforme con la decisión»*, por lo que pidió desestimar el resguardo.

3. La Procuraduría 145 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia, la Familia y la Mujer de Medellín esgrimió que el amparo debe ser negado, *«toda vez que, si el tutelante está adelantando un proceso de Restitución Internacional de Menores, bien pudo proponer como excepción que no se diera trámite a la demanda de regulación de visitas hasta tanto se resolviera el trámite de restitución...»*;

Adicionalmente, manifestó que *«la decisión del juez 5 de familia, no resulta ni arbitraria, ni desproporcionada, consulta la realidad actual del menor»*.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El *a quo* concedió el resguardo, por cuanto el juzgado enjuiciado «*dejó abierto los momentos reales de esparcimiento entre [el niño] y su padre, pues refiere que: “la progenitora del niño... podrá venir con éste en junio o julio, a final de año o en semana santa”, lo que deja entrever una situación incierta, dejada al albur de aquella, de cuando efectivamente decida viajar a Colombia*».

De otro lado, destacó que «*también se hacía necesario que el menor... fuera escuchado en el mentado proceso de visitas al tenor de lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño*» o, en su defecto, «*que sus condiciones particulares..., fueran evaluadas para establecer si contaba con la capacidad suficiente para verter su visión sobre los asuntos que en su favor estaban cursando*».

Con fundamento en lo anterior, el fallador de primera instancia dejó sin efectos «*fallo del 5 de mayo de 2023*» y ordenó a la sede judicial acusada que «*adelante el trámite que en derecho corresponda y emita una nueva sentencia apegada al proceso debido... de acuerdo con las consideraciones plasmadas en [esa] providencia*». Adicionalmente, decidió «*desvincular*» del trámite a Mónica Marcela Sánchez Orozco, por cuanto «*no se avizora por parte de ella vulneración de los derechos fundamentales del actor y su hijo*».

LA IMPUGNACIÓN

Mónica Marcela Sánchez Orozco adujo que el resguardo resultaba improcedente, *«dado que no [se] acredit[ó] la existencia de un perjuicio irremediable que la justifique, ni siquiera [se] allega prueba sumaria de ello, simplemente se sustenta en suposiciones»*; y que *«[e]l fallo... atacado..., no se ve incurso en defecto fáctico»*, habida cuenta que el estrado convocado *«valoró todas y cada una de las pruebas obrantes y allegadas al proceso, teniendo en cuenta que las mismas solamente fueron allegadas por [ella], ya que el demandado no contestó la demanda»*.

Adicionó que en la sentencia cuestionada sí se le impusieron *«deberes concretos respecto al régimen de visitas»*, teniendo en cuenta que se *«ordenó un horario de video llamadas de lunes a viernes entre las 5 y 7 pm y un día de fin de semana (sábado o domingo) entre las 8 am y las 12 pm»*, así como también *«la obligación de viajar una vez al año a Colombia para que [su] hijo comparta con su padre un 70% del tiempo que dure el viaje, que se hará en las vacaciones escolares... entre junio y agosto de cada año y que, si la situación económica lo permite, se podrá también viajar en diciembre o semana Santa»*; y que no se valoraron las pruebas que aportó con su escrito de contestación a la tutela.

De otro lado, expresó que *«no era necesario escuchar en audiencia a [su] hijo, que tan solo tiene 5 años, con el fin de definir el horario de visitas, razón por la cual, no se desconoce el debido proceso cuando se omite su entrevista»*; y que *«el*

fallo de tutela [la] desvincula de la acción, cuando [es] parte directamente interesada e impactada por la decisión que en el proceso verbal... se adopte, razón por la cual, debo seguir vinculada a la acción».

CONSIDERACIONES

1. Conforme al artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo jurídico concebido para proteger los derechos fundamentales, cuando son vulnerados o amenazados por los actos u omisiones de las autoridades, en determinadas hipótesis, de los particulares, cuya naturaleza subsidiaria y residual no permite sustituir o desplazar a los jueces funcionalmente competentes, ni los medios comunes de defensa judicial.

Por lineamiento jurisprudencial, en tratándose de actuaciones y providencias judiciales, el resguardo procede de manera excepcional y limitado a la presencia de una irrefutable vía de hecho, cuando «*el proceder ilegítimo no es dable removerlo a través de los medios ordinarios previstos en la ley*» (CSJ STC 11 may. 2001, rad. n.º 11001-22-03-000-2001-00183-01); y, por supuesto, se cumpla el requisito de la inmediatez.

2. Sea lo primero precisar que, revisada la sentencia censurada, se verifica que la desvinculación que allí se hizo de la impugnante, se refería a que ninguna vulneración podía a ella atribuirse, lo cual no traduce en decir que fue excluida de este asunto, como parece entenderlo aquella, al punto,

que se le ha permitido intervenir en el *sub lite*, lo que se constata, por ejemplo, con la concesión y la resolución de esta alzada.

3. Aclarado lo anterior, resáltese que, en los precisos casos en los cuales el funcionario respectivo incurra en un proceder claramente opuesto a la ley, por arbitrario o antojadizo, puede intervenir el juez de tutela con el fin de restablecer el orden jurídico si el afectado no cuenta con otro medio de protección judicial.

Al respecto, la Corte ha manifestado que,

(...) el Juez natural está dotado de discreta autonomía para interpretar las leyes, de modo que el amparo sólo se abre paso si 'se detecta un error grosero o un yerro superlativo o mayúsculo que, abrupta y paladinamente cercene el ordenamiento positivo; cuando tenga lugar un ostensible e inadmisibile resquebrajamiento de la función judicial; en suma, cuando se presenta una vía de hecho, así denominada por contraponerse en forma manifiesta al sistema jurídico, es posible reclamar el amparo del derecho fundamental constitucional vulnerado o amenazado(...), (CSJ STC, 11 may. 2001, rad. 0183, reiterada STC4269-2015 16 abr. 2015).

Así pues, se ha reconocido que cuando el Juez se aparta de la jurisprudencia, sin aportar argumentos valederos o cuando se presenta un defecto sustantivo o fáctico en el proveído, entre otros, se estructura la denominada «*vía de hecho*».

4. Descendiendo al caso *sub examine*, se advierte que la autoridad enjuiciada cometió un desafuero que ameritaba la injerencia de esta jurisdicción, por cuanto, de un lado, dejó

de escuchar al menor involucrado en la controversia y, de otro, porque estableció un régimen de visitas indefinido, que no garantiza la protección de la relación del niño con su progenitor, conforme pasa a exponerse.

5. En primer lugar, memórese que el artículo 44 de la Constitución Política, establece que es un derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes *«la libre expresión de su opinión»*, prerrogativa que regula el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 26, conforme al cual *«[e]n toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta»*; mandatos que se encuentran en consonancia con lo establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone que *«[l]os Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño»*.

5.1. En este orden de ideas, atendiendo que en el juicio de visitas acusado, se estaban debatiendo asuntos que afectaban directamente al hijo común de los contendientes (Mónica Marcela Sánchez Orozco y Oscar David Porras Aristizábal), se imponía escuchar al niño, con miras constatar su opinión respecto de los asuntos debatidos, elemento de juicio que se abstuvo de recaudar el juzgado

accionado, lo que, sin duda, trasgredió los derechos de dicho menor, tal y como lo concluyó el fallador de primera instancia.

En este punto, cabe añadir que, ante las especiales condiciones del caso sometido al conocimiento del juzgado querellado, atendiendo los cambios que se han suscitado en la vida del niño, por su cambio de residencia a otro país, lejos de su padre, resultaba totalmente relevante conocer y valorar la opinión del pequeño respecto a la situación que ha venido afrontando, con miras a definir las visitas, cuya modificación reclamó su madre.

5.2. Entonces, es indudable que la sede judicial dejó de practicar una prueba que resultaba necesaria, para la adecuada resolución del juicio sometido a su conocimiento, lo que permite concluir que la sede judicial acusada incurrió en un defecto fáctico, que imponía conceder el amparo. Sobre la procedencia del resguardo en tratándose de falencias en la valoración probatoria, ha dicho la Corporación que:

... ha explicado la Sala que “[u]no de los supuestos que estructura aquella [vía de hecho] es el defecto fáctico, en el que incurre el juzgador cuando sin razón justificada niega el decreto o la práctica de una prueba, omite su valoración o la hace en forma incompleta o distorsionando su contenido objetivo; incluso, cuando olvida apreciar el material probativo en conjunto o le confiere mérito probativo a un elemento de juicio que fue indebidamente recaudado. Esto, porque si bien los jueces tienen un amplio margen para valorar el acervo probatorio en el cual deben fundar su decisión y formar libremente su convicción, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (artículo 187 del Código de Procedimiento Civil), también es cierto que jamás pueden ejercer dicho poder de manera arbitraria, irracional o caprichosa. Y es que

la ponderación de los medios de persuasión implica la adopción de criterios objetivos, no simplemente supuestos por el fallador; racionales, es decir, que sopesen la magnitud y el impacto de cada elemento de juicio; y riguroso, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se le encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente incorporadas al proceso” (CSJ STC, 10 oct. 2012, rad. 2012-02231-00, reiterada en STC, 7 mar. 2013, rad. 2012-00522-01; y STC, 9 dic. 2014, rad. 2014-00210-01).

6. De otro lado, examinada la sentencia que dirimió el proceso atacado, encuentra la Sala que, respecto a las visitas presenciales del niño a su progenitor, el juzgado accionado dispuso:

*... se establece que... Oscar David Porras Aristizábal... podrá compartir con su hijo..., teniendo en cuenta que éste reside con su progenitora en los EE UU y el... niño estudia en calendario B y que las vacaciones, y el año escolar inicia a comienzos del mes de agosto y finaliza mediados del mes de junio y las vacaciones intermedias están establecidas del 21 de diciembre al 03 de enero del año siguiente; las vacaciones en semana santa; por lo tanto la progenitora del niño... **podrá** venir con éste en junio o julio, a final de año o en semana santa.*

*El niño compartirá en **un 60% o 70% con su padre** y familia paterna, y **en un 40% a 30%** estará también con su progenitora, y sus abuelos maternos.*

Igualmente..., Oscar David podrá viajar y visitar a su hijo en el lugar donde éste resida en esas épocas de vacaciones, teniendo en cuenta que... Oscar David viaja a mitad de año, pues desde luego, la progenitora del niño no vendrá a Colombia. (Negrillas ajenas al texto).

De la transcripción literal de la citada providencia, evidente es que el fallador omitió fijar la oportunidad concreta en la cual el niño podría compartir, de forma

presencial, con su padre, atendiendo que se dejó sometido a que la progenitora de aquel «*pudiese*», esto es, encontrara posible venir a Colombia, sin que se establezca una época cierta en la que ello ocurriría.

Lo anterior, además, dota de incertidumbre el derecho de visitas que se regula en favor del menor y cuyo cumplimiento podría exigir el progenitor, pues se contemplan tres épocas distintas, con porcentajes diferentes, sin que ninguna de ellas resulte imperativa cumplir a la madre, quien ostenta la custodia y cuidado del niño.

Lo anterior, sin duda, compromete el derecho esencial del menor involucrado a tener una familia y no ser separado ella, que se ve garantizado al permitirle compartir con su padre y tener una relación con él.

Sobre el particular, esta Sala ha sostenido que:

Con la ruptura del vínculo afectivo entre los padres, deviene el deber de garantizar el mantenimiento de las relaciones paterno-filiales, en aras de proteger el derecho de los niños, niñas y adolescentes, a tener una familia y a no ser separados de ella, pues, como se anotó, ello repercute en forma directa en su formación integral, esto es, en su desarrollo cognitivo, emocional y social.

...

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

satisfacción del derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella.

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

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

“(…) en el poder jurídico que les permite a los padres carentes de la tenencia de sus hijos, de establecer una relación personal con ellos en condiciones tales, que posibiliten el reconocimiento personal y filial. La reafirmación de este reconocimiento y de las relaciones afectivas entre padres e hijos lleva implícita la necesidad de demarcar las circunstancias de modo, tiempo y lugar para su ejercicio, de manera que se cumpla adecuadamente con su finalidad, que no es otra que mantener la unidad familiar consagrada por la Constitución Política como un derecho fundamental de los niños y como tal no tiene carácter individual, sino multilateral, puesto que involucra a los menores, a los padres y a la familia como institución básica de la sociedad (...)”¹.

...

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

“(…) el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo (...) las visitas no deben ser perjudiciales para los menores, pero tampoco deben desarrollarse de manera de lesionar la dignidad de quien las pide (...)”². (CSJ STC5611-2021).

¹CSJ, Sala Civil, expediente 1161, 13 de abril de 1994, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

² CSJ, Sentencia del 25 de octubre de 1984 M.P. Hernando Tapias Rocha.

Bajo ese horizonte, evidente es que, contrario a lo sostuvo la impugnante, la decisión cuestionada pone en riesgo los derechos fundamentales del menor representado en el trámite, comoquiera que la forma indefinida en que se establecieron los encuentros presenciales con su padre, se reitera, compromete su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, al no establecer unos compromisos concretos que deban atender los progenitores y que puedan ser exigidos en caso de incumplimiento.

7. Finalmente, considera la Corte de vital importancia hacer un llamado de atención al juzgador accionado, por algunas manifestaciones que efectuó, de forma reiterada, en la audiencia celebrada el 5 de mayo pasado, que se muestran contrarias al enfoque de género que se debe tener en cuenta al fallar controversias como las sometidas a su conocimiento.

Y es que, en la citada diligencia, el fallador, en la etapa de conciliación, afirmó que:

*... que el hijo esté con su familia, claro que eso es lo ideal, si ustedes estuvieran conviviendo juntos estarían aquí o... en otro país, estarían juntos, pero como eso no es eterno y para eso se creó también el divorcio... para que las parejas... se separen... y... qué pasa con eso, los hijos entonces, **por derecho natural, las custodia y cuidados personales de los niños está en cabeza de la madre, por vías excepcionales el padre la reclama, pero tiene que demostrar...***

Posteriormente, al dictar la sentencia que dirimió el litigio, el fallador insistió en tal afirmación, destacando que **«[l]a custodia y cuidados personales de los niños está en**

cabeza de su progenitora y por vía excepcional el padre reclama esa custodia y cuidados personales bajo unos parámetros previamente demostrables».

De lo anterior, es evidente que el fallador parte de un estereotipo de género, según el cual en la madre radica el «derecho natural» de tener la custodia de sus hijos, descartando, sin fundamento alguno, la aptitud parental del padre para ello, al parecer, por el hecho de ser hombre.

Sobre el particular, importante es destacar que esta Corporación ha precisado que:

... constituye una forma de discriminación la utilización de preconceptos con relación a las dinámicas existentes entre hombres y mujeres en el imaginario social, es decir, el uso de estereotipos, pues con ellos se enfatizan los tratos históricamente desiguales y se rompe el propósito de lograr la igualdad de géneros.

Según la Organización de Naciones Unidas «un estereotipo de género es una opinión o un prejuicio generalizado acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que ambos desempeñan o deberían desempeñar»³.

De forma ampliada, esta Sala también ha precisado que los estereotipos «son creencias generalizadas construidas social y culturalmente sobre los atributos personales de hombres y mujeres. [D]ichas creencias pueden implicar una variedad de componentes incluyendo características de la personalidad, comportamientos y roles, características físicas y apariencia u ocupaciones y presunciones sobre la orientación sexual» (SC3462, 18 ag. 2021, rad. n.º 2017-00070).

³ <https://www.ohchr.org/sp/issues/women/wrgs/pages/genderstereotypes.aspx>

*Tales creencias, ha dicho la Sala, se convierten en «categorías monopolizadoras», que vician o comprometen los criterios de imparcialidad judicial y sana crítica en la valoración probatoria puesto que «no asumen una postura crítica y sin pensarlo, las pruebas que se recaudan en el marco de ese imaginario son bienvenidas y valoradas como las ideales; las contrarias, o las **que allega el juicio la persona, el grupo o la pareja discriminada son desechadas acriticamente**»⁴.*

Por ejemplo, criticando algunas dinámicas de las relaciones familiares en torno a que la mujer es mejor cuidadora de los hijos, esta colegiatura ha manifestado que esa «interpretación es sexista y estereotipada, pues no es cierto que la progenitura responsable sólo pueda predicarse respecto de la madre, atendiendo a su condición de mujer, como tampoco lo es que el padre, por su género masculino, sea menos capaz de asumir su rol como ascendiente de una manera adecuada (...)»⁵, pues funda tal creencia en el género de los progenitores como base para cercenar o ignorar sus derechos frente a la descendencia común (CSJ,SC3728-2021). (CSJ STC15780-2021).

Entonces, evidente es que expresiones, como las que usó el juzgador accionado en la prenotada audiencia de cinco de mayo de 2023, constituyen una verdadera discriminación del progenitor con fundamento en un estereotipo de género, actuación que está totalmente proscrita del ordenamiento, por lo que se impone hacer un llamado de atención a dicho fallador.

8. Lo considerado impone adicionar el fallo de primera instancia, con miras a exhortar al fallador accionado para que se abstenga de utilizar estereotipos de género, como soporte de sus decisiones. En lo demás, se confirmará la decisión impugnada.

⁴ Ibidem.

⁵ CSJ, STC- 8534-2019.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil y Agraria, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **adiciona** el fallo impugnado, en el sentido de **exhortar** al Juzgado Quinto de Familia de Medellín para que, en lo sucesivo, se abstenga de utilizar estereotipos de género como soporte de sus decisiones judiciales, atendiendo lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

En lo demás, **confirma** el fallo impugnado.

Comuníquese mediante telegrama a los interesados y remítase el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

Adicionalmente, por secretaría, **remítase** copia de esta providencia al juzgado accionado, así como también al *a quo* constitucional, para lo pertinente.

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidenta de Sala

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Presidente

Hilda González Neira
Magistrada

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
Magistrado

Luis Alonso Rico Puerta
Magistrado

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: E0E7175E2F6CA9B45032EC983331B370EA233AC3F620A9F004FB612103446CA8

Documento generado en 2023-07-06