



Rama Judicial
Tribunal Superior de Buga
República de Colombia

Sala Quinta de Decisión Civil- Familia

VERSIÓN ESCRITA CON FINES DE PUBLICACIÓN, DE LA SENTENCIA ORAL PROFERIDA DENTRO LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN Y FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA CELEBRADA EL 12 DE DICIEMBRE DE 2018 (NOMBRES DE LAS PARTES ALTERADOS EN PROTECCIÓN DEL MENOR INVOLUCRADO)

Providencia: Apelación Sentencia – **No. S -157- 2018**

Proceso: Restitución internacional

Radicado: 2018-00110

Procedencia: Juzgado Primero Promiscuo de Familia

Asunto: *Restitución internacional de menor de edad. No procede cuando la misma implica para el niño un riesgo a su integridad física o emocional. Constituye un riesgo al menor de edad ser restituido al país de su residencia original, cuando existen antecedentes de violencia intrafamiliar por parte de quien reclama la custodia.*

MAGISTRADA PONENTE: BÁRBARA LILIANA TALERO ORTIZ

Guadalajara de Buga, diciembre doce (12) de dos mil dieciocho (2018)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN:

Decidir el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de junio de 2018, por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia, dentro del proceso de la referencia para lo cual se observarán las prescripciones de los artículos 279 y 280 del Código General del Proceso.

2. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA:

1.1. Por conducto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en favor de los intereses de la menor A.G.S.M., se presentó demanda de restitución internacional, mediante la cual se pretendió la restitución de aquella a su progenitor **J.G.S.O.**, con domicilio y residencia en el país de Panamá, toda vez que desde el 17 de diciembre de 2016 se encuentra en el territorio nacional sin autorización.

2.2. La demanda fue admitida por auto del 26 de marzo de 2018¹, imprimiéndosele el trámite de proceso verbal sumario y ordenando su notificación a los padres de la menor A.G.S.M; una vez enterada a la señora **J.L.M.L.**, esta compareció a través de apoderada judicial, quien oportunamente se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo el ropaje de las excepciones denominadas: (i) 'prevalencia del interés superior del niño'; (ii) 'la existencia de grave peligro para la niña en su desarrollo integral y armónico'; y (iii) 'adaptación de la niña a su nuevo ambiente'². Por su parte el señor **J.G.S.O.**, se halló representado por un defensor de oficio, quien no formuló oposición alguna, en tanto fue este quien promovió la restitución internacional de su hija³

3. LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO:

3.1. La primera instancia terminó con sentencia a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

3.2. Fue esa a la conclusión que arribó la juzgadora, una vez verificó los presupuestos procesales, analizó la normativa nacional e internacional aplicable y valoró el material probatorio, que le permitieron verificar la configuración de la excepción a la aplicación del Convenio de La Haya, cual es que la restitución del menor constituya un riesgo para el mismo. Esto en razón a que mediante prueba documental y testimonial encontró acreditados los malos tratos denunciados por la señora **J.L.M.L.**, de parte de **J.G.S.O.**, aunado a que actualmente la niña se encuentra adaptada a su nuevo entorno.

¹ Ver folios 77 y 77v del Cuaderno 1

² Ver folios 89 a 96 del Cuaderno 1

³ Ver folios 213 a 219 del Cuaderno 1

4. LA APELACIÓN:

4.1. Conforme con lo previsto en los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso, la sentencia apelada será examinada "...únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante...", de ahí que el Tribunal se pronunciará "...solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante...".

4.2. El apoderado judicial del señor **J.G.S.O.**, apeló la sentencia en cuanto negó las pretensiones de la demanda, reparando en la interpretación normativa y valoración probatoria realizada por la juez de primera instancia, pues a su juicio, ninguna de las razones dadas por la juez impedían la restitución internacional y por el contrario, estaban dados los presupuestos para la prosperidad de la misma.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Dado que concurren a satisfacción los denominados presupuestos procesales y no advierte este Tribunal la existencia de vicios o irregularidades con la virtualidad de invalidar lo actuado en el presente asunto, habrá que proferirse decisión de fondo.

5.1. El problema jurídico que corresponde dilucidar a la Sala se centra en determinar si como lo aduce la parte recurrente en contra de lo sostenido por la juez de instancia ¿se acreditaron los presupuestos para ordenar la restitución internacional de la niña en cuestión?

5.2.1. Para responder, es menester explicar que la acción de restitución internacional de menores busca regular, grosso modo, la anómala conducta consistente en el desplazamiento de un menor fuera del territorio de un Estado en que tenga su residencia habitual, o, retención del mismo fuera de ese territorio por tiempo diferente al establecido para el ejercicio del derecho de visita, siempre que se produzca en violación del contenido de los derechos de guarda o de visita en vigor en ese momento, en el lugar de residencia habitual del menor. Por ende, al efecto de conjurar dicho proceder, está establecido un procedimiento, el cual consta de dos fases: administrativa y judicial.

En la fase administrativa, recibida la solicitud y verificados los requisitos de procedencia, a las autoridades centrales les corresponde impulsar con carácter de urgencia el trámite y tomar medidas concretas para: (i) localizar al niño; (ii) prevenir

nuevos peligros para el niño o perjuicios para las partes, tomando o haciendo tomar medidas provisionales; (iii) facilitar una solución amistosa para la entrega del niño; (iv) intercambiar datos relativos a la situación social del niño, si ello resulta útil; (v) proporcionar información general respecto de la legislación del Estado relativa a la aplicación del Convenio; (vi) facilitar el inicio de un procedimiento judicial o administrativo para obtener el regreso del niño y permitir que el derecho de visita sea organizado o efectivamente ejercido; (vii) conceder o facilitar, según sea el caso, la obtención de asistencia judicial, incluyendo la participación de un abogado; (viii) asegurar en el plano administrativo el regreso del niño sin peligro; y (ix) eliminar cualquier obstáculo en la aplicación del Convenio, siendo que ambas fases han de velar por un desarrollo célere de las actuaciones en pro de salvaguardar el interés superior del menor.

5.2.2. Este último concepto –interés superior del menor- se nutre de reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste respecto de cada niño, dependiendo de sus circunstancias particulares:

(i) Garantía del desarrollo integral del menor; (ii) garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus padres, sobre la base de que prevalecen los derechos del menor; (v) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor; (vi) necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del estado en las relaciones paterno / materno - filiales⁴.

Y por supuesto, las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales -así como las administrativas-, han de atender tanto a:

(i) Criterios jurídicos relevantes, es decir, los parámetros y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil, como a (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado, entendidas como las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados, todo ello en aras de establecer las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas, dado que el desarraigo violento de su entorno -familiar y/o social- que puede llegar a padecer un infante puede acarrearle consecuencias nefastas para su vida, algunas veces irreparables⁵.

5.2.3. En resumen, el estudio de esta clase de asuntos, demanda la observancia del bloque de constitucionalidad imperante en la materia, lo consignado en el

⁴ Sentencia T-289 de 2012

⁵ T-503 de 2003 y T-397 de 2004

artículo 44 Superior; la Ley 12 de 22 de enero de 1991⁶; el Convenio de La Haya suscrito el 25 de octubre de 1980 sobre "*Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños*", mismo que fue aprobado en Colombia mediante Ley 173 de 22 de diciembre de 1994; la Ley 620 de 25 de octubre de 2000, aprobatoria de la "[c]onvención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores", la que fue suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989 en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado; la Ley 1008 de 23 de enero de 2006⁷; y la Ley 1098 de 2006.

5.2.4. Ahora bien, señala el artículo 1º de la Convención de La Haya de 1980, que su finalidad es "*garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante*" y "*velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes*", debiéndose entender por traslado o retención ilícita de un menor de edad, aquellos acaecidos,

a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y,

b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención (art. 3º *ibidem*).

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

5.2.5. Empero, dicha normatividad también consagra unas excepciones, entre ellas, la regulada en el literal b) del canon 13 *eiusdem*, a cuyo tenor literal, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligado a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a la misma demuestra que:

a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o

b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una

⁶ Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989

⁷ Por la cual se fijan algunas competencias y procedimientos para la aplicación de convenios internacionales en materia de niñez y de familia

situación intolerable [hipótesis enarbolada por la demandada en nuestro caso].

(...)

Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor (Negrillas de la Sala).

Lo anterior significa que en el presente debate se encuentran enfrentadas la regla general de restitución inmediata (art. 1º del Convenio) y la reseñada exceptiva, y, es precisamente en dirección de la satisfacción o no de esta última que debe girar el análisis, puesto que de este depende el fracaso o no de la restitución pretendida; pues, si bien es cierto, el fin de la Convención de La Haya es el retorno inmediato del menor a su lugar de origen cuando ha sido trasladado o retenido ilícitamente, también lo es, que ello no es absoluto, a tal punto que el mismo cuerpo normativo consagra la posibilidad contraria, de cumplirse los referentes expuestos en el literal de la excepción.

5.2.6. En el asunto bajo la lupa de este Tribunal, se observa que desde el punto de vista formal es obvio que se hallan presentes los presupuestos para ordenar la restitución de A.G.S.M. a su lugar de origen (Panamá) comoquiera que a no dudarlo existió por parte de la señora **J.L.M.L.** un traslado ilegal de su hija, al no procurar la autorización del padre, **J.G.S.O.** para traerla a Colombia a sentar su residencia. Sin embargo, como ya lo expresáramos, aquí se ha invocado por la parte requerida una de las excepciones contempladas en el Convenio para dar viabilidad a la restitución, cual es que el regreso de la niña al país vecino le significa un riesgo de sufrir daños físicos o psicológicos, en tanto fueron justamente los malos tratos del requirente hacia ella, los que determinaron el abandono del entorno familiar primigenio.

5.2.7. Para establecer la aptitud de la excepción propuesta, debemos acudir a la definición de violencia doméstica adoptada por la Corte Constitucional, que la ha calificado como la violación de múltiples derechos fundamentales de los miembros de la familia como la integridad física y psicológica, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación sexual. Su gravedad ha conducido incluso a sectores de la doctrina a afirmar que es un trato cruel e inhumano asimilable a la tortura. Por estas razones la violencia doméstica es proscrita en nuestro ordenamiento:

Además, debido a que la mayor parte de las víctimas de violencia doméstica son mujeres, es decir, la violencia doméstica tiene un impacto desproporcionado en términos de género, el derecho internacional de los derechos humanos y la normativa interna han reconocido el derecho de las mujeres a vivir sin violencia y han introducido medidas afirmativas de protección de las mujeres frente este fenómeno⁸.

Debe acotarse también, que la Carta Superior nuestra, introdujo disposiciones encaminadas a la protección de la familia y de la mujer, de las cuales se exalta el artículo 42 que consagra: "*Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley*", y el 43 que establece: "*La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación*".

De otra parte, en procura de promover la sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia contra las mujeres, el Congreso expidió la Ley 1257 de 2008 que la define como "*cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado*".

En el plano internacional existen varios tratados e instrumentos que por ser ratificados por Colombia hacen parte del ordenamiento jurídico interno, los cuales propenden por la erradicación de la violencia contra las mujeres, además, consagran el principio de igualdad y no discriminación, dentro de los que se destacan, entre muchos otros, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁹ emanada de la ONU, y de la OEA, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "*Convención de Belém do Pará*"¹⁰.

La primera, tal y como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia T- 012 de 2016,¹¹ es uno de los instrumentos internacionales más importantes en esta materia, pues es una norma que recoge las principales obligaciones que los Estados miembros de la ONU deben cumplir, evitando la reproducción de distintos tipos de discriminación en contra de la mujer, y que es a partir de ahí que organizaciones y tribunales internacionales han establecido los estándares de protección de las

⁸ Sentencia C-985 de 2010 MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

⁹ Ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981

¹⁰ Ratificada por Colombia mediante la Ley 248 de 1995

¹¹ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva

mujeres en el ámbito público y privado. Entre esas obligaciones se pueden destacar las siguientes:

- (i) Consagrar la igualdad entre el hombre y la mujer; (ii) adoptar sanciones que prohíban toda discriminación contra la mujer; (iii) establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer; (iv) abstenerse de incurrir en cualquier acto de discriminación; (v) eliminar la discriminación de la mujer en la sociedad y; (vi) derogar las disposiciones normativas que impliquen una discriminación contra la mujer¹².

Y la segunda, que en esencia propende por la garantía de una vida libre de violencia, entre otras cosas la definió como: "**cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico (...), tanto en el ámbito público como en el privado**". De otro lado, en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995 se documentó que "**la eliminación de la violencia contra la mujer es esencial para la igualdad, el desarrollo y la paz**", igualmente, impuso responsabilidades a los Estados por dichos actos.

5.2.8. Pues bien, en sostén de la defensa ejercida por la madre requerida, cuenta el plenario con el testimonio de la señora MANZANO MERCADO recaudado en audiencia del 30 de mayo pasado, quien manifestó haber presenciado de manera directa los malos tratos que el señor **J.G.S.O.**, le prodigaba a la madre de la menor cuya restitución internacional se reclama. Esto por cuanto el 16 de agosto de 2016 arribó a Panamá, precisamente –dijo ella- para velar por la seguridad de su sobrina, quien a la distancia ya le había manifestado haber sido maltratada por su esposo y, en ese corto periplo, que terminó 17 de octubre del mismo año, observó varios episodios de violencia, como que el mismo día de su llegada al país aquel intentó entrar a la habitación de forma violenta, una semana después las expulsó de la casa insultando a **J.L.M.L.** y en otra ocasión, mientras viajaban en un vehículo le lanzaba improperios al tiempo que le lanzaba golpes al rostro.

Este testimonio goza de un gran valor demostrativo, pues se trata de una declaración elocuente, espontánea, coherente sin rodeos y precisa en circunstancias de tiempo modo y lugar de una persona que estuvo presente en el hogar conyugal; y no le resta credibilidad que se trate de una familiar de la señora J.L.M.L., como lo ha querido el apoderado del señor **J.G.S.O.**, pues que como desde antaño lo tiene dicho la jurisprudencia colombiana,

¹² Ibidem.

...[H]ay procesos, concretamente **los que aluden a asuntos de familia**, en los cuales el manejo y calificación de la prueba **y en especial del testimonio** requiere de un análisis especial dado que la sospecha en el testimonio no puede ser analizada con el mismo criterio que en otros litigios, por la potísima razón de que **los conflictos que se presentan en familia, generalmente ocurre con gran privacidad** y cuando trascienden o se exteriorizan, **solo se hace frente a la misma familia o a amigos muy allegados a la pareja**. La intimidad con que ocurren este tipo de conflictos, deben conducir al juzgador a que tenga cuidado especial, para no tildar de sospechosos los testimonios recibidos en las condiciones anotadas, en virtud de que si no se les da valor, desde luego analizado el caso concreto y según las circunstancias de mayor o menor credibilidad, se estaría colocando a los contendientes en una situación **tal que la prueba de los hechos alegados, en casi todos los casos, resultaría diabólica...**¹³ (Negrillas por fuera del texto).

5.2.9. Y en todo caso, no es esta una prueba insular o carente de respaldo, pues además se cuenta con la impresión de unos mensajes de datos enviados por el señor **J.G.S.O.**, por la plataforma 'WhatsApp', a la señora **J.L.M.L.**, en los que se evidencian amenazas y múltiples ultrajes, por mencionar apenas los menos ofensivos, encontramos que le escribía cosas como "*Jessi cuando vas a entender que te odio ati(sic) y a Ana*"; "*Te dejo en paz cuando las mate (...)*"; "*te mato jessi y no quiero verte viva y ana me recuerda lo (...) que eres*", todo lo cual refleja un indiscutible atropello hacia la mujer en comento, e incluso hacia su menor hija.

Frente a la validez de dicho medio de prueba no encuentra la Sala tropiezo alguno, pues a las voces del artículo 243 en concordancia con el canon 247 del Código General del Proceso, los mensajes de datos son una tipología de la prueba documental, por tanto, su simple impresión en papel debe ser valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos, de ahí que, su utilización para demostrar hechos se encuentra autorizada por la ley. Igualmente, con relación a su autenticidad, es decir, en cuanto a la persona a quien se atribuyen los mensajes (art. 244 ejusdem), no es dable negar a estas alturas que provienen del señor **J.G.S.O.**, toda vez que su apoderado no procedió a su desconocimiento en los términos y oportunidades señalados en el artículo 272 ibidem, limitándose al descender el traslado de las excepciones, a manifestar que los mensajes no debían ser tenidos en cuenta hasta tanto se remitieran copias de ellos a la Fiscalía General de la Nación y las autoridades panameñas, empero ello se aleja bastante del ritualismo exigido por el estatuto procesal para el trámite del desconocimiento de documentos, asemejándose más a una solicitud de prejudicialidad, de ahí que no podía ser atendida.

¹³ C. S. de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 10 de marzo de 1987. MP. Dr. ALEJANDRO BONIVENTO FERNANDEZ

5.2.10. Asimismo, se tiene en el encuadernamiento un informe psicosocial elaborado por profesionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el que se evidenció maltrato dirigido tanto a la madre como la menor en los siguientes términos:

Para la niña su principal figura de apego y protección es su madre toda vez que ha estado con ella durante su proceso de crecimiento y desarrollo, la figura paterna se percibe distorsionada, ya que al indagar sobre su padre [...], **refiere que no lo quiere porque le pegaba, le halaba el cabello, le gritaba y la empujaba**, se trata de indagar más al respecto a la relación con su padre pero no aporta más información al respecto.

...[S]e **percibe en la niña evidencia de maltrato psicológico por parte de su padre**, según relato de [A.G.S.M.], también evidencia se presentó maltrato físico por parte de su padre¹⁴ (Negrillas ajenas al texto).

5.2.11. Y ni qué decir de todas las diligencias que dan cuenta de la investigación surtida por las autoridades panameñas con ocasión de la denuncia de violencia doméstica realizada por la señora **J.L.M.L.**, piezas procesales que sugieren un conflicto desde comienzos del 2015, pues el 27 de abril de ese año¹⁵ se ordenó por primera vez el desalojo provisional del señor **J.G.S.O.**, del hogar compartido con aquella, discrepancias que se prolongaron en el tiempo, dado que el 27 de enero y el 7 de marzo 2016, fueron impuestas otras medidas de ese mismo tipo en contra del requirente y el 12 de diciembre siguiente¹⁶, se puso en conocimiento de la Corregiduría de Cerro Silvestre, municipio de Arraiján, las amenazas por mensajes de datos ya referenciadas.

Por supuesto que estas diligencias o piezas procesales no demuestran per se el hecho del maltrato o violencia intrafamiliar, menos aun si no culminaron con una decisión sancionatoria en contra del señor **J.G.S.O.**, sino con un auto de sobreseimiento provisional del 1º de junio de 2016, empero ellas, aunadas a las pruebas antes referenciadas, son suficientes para obtener la certeza necesaria sobre el particular.

5.2.12. De cualquier forma, en aras de ahondar en razonamientos conforme lo demanda tan delicada materia, es propio acotar que el caso amerita un juzgamiento con perspectiva de género, fundamentalmente, en procura de garantizar la no discriminación y la igualdad en el acceso a la administración de justicia por la que propende el artículo 13 de la Constitución Política, así como por el acatamiento

¹⁴ Ver folio 72 Cuaderno 1

¹⁵ Ver folio 106 del Cuaderno 1

¹⁶ Ver folio 206 del Cuaderno 2

estricto de los instrumentos de derecho público internacional integrantes del bloque de constitucionalidad ratificados por Colombia que protegen a la mujer contra todo tipo de violencia, tras ser considerada una directa afrenta a los derechos humanos.

Se hace ineludible el enfoque diferencial, en esencia, porque el sujeto que integra la parte pasiva pertenece a un género que de forma inocultable, debido a patrones socioculturales que se fueron construyendo y afianzando a lo largo de la historia en nuestra sociedad, y que desafortunadamente no han logrado erradicarse en la época actual, han conllevado a que la mujer fácilmente sea objeto de prejuicios, de discriminaciones y de violencia por la imposición de estereotipos, así como que en la mayoría de los casos esté en una posición de asimetría de poder que en ciertos escenarios, como lo es frecuentemente en el ámbito familiar, las hace vulnerables.

Es notorio y de público conocimiento que la mujer hace parte de ese colectivo históricamente desventajado, primordialmente por conductas machistas que se han arraigado por la imposición de roles típicos y creencias que aún persisten en amplios sectores de la población, tales como, a modo de ejemplo: que es el hombre el que debe hacer de proveedor económico, y por contera, de referente simbólico de autoridad, de cabeza visible, respetable e intocable del hogar, el que tiene mayores ventajas en cuanto a comodidades, libertad y manejo del tiempo, en tanto que la mujer debe estar dispuesta para ocuparse de los quehaceres domésticos, mantener pendiente del cuidado de los hijos, atenderlos, además ser comprensiva con ellos y el marido, etc., sin que el arduo y gran aporte que ella hace al bienestar de la familia le sea reconocido realmente. Por el contrario, ese rol que algunas asumen, ha sido una gran puerta que le extiende la alfombra a la discriminación, principalmente y de forma lastimosa, por los propios integrantes del hogar, en la medida en que, en muchos casos debido a la cultura patriarcal, estos suponen que merece mayor consideración, respeto y honra quien los asiste económicamente, lo que a no dudarlo, le genera cierto grado de poder frente a sus miembros.

La Corte Constitucional, se pronunció sobre el tema de género y la violencia contra la mujer en los siguientes términos:

La violencia contra la mujer está fundada en estereotipos de género que les exige asumir roles específicos en la sociedad, ajenos a la “independencia, dominancia, agresividad, e intelectualidad del hombre” y cercanos a la “emotividad, compasión y sumisión de la mujer”. Y la obligación del Estado es la de adelantar todas las medidas necesarias para contrarrestar la discriminación histórica y estructural que motiva a la violencia de género.

[L]a erradicación de toda forma de violencia y discriminación contra la mujer es un compromiso promovido y asumido por Colombia al ratificar los tratados internacionales en mención [Convención de Belém do Pará, Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, ratificada por Colombia mediante la Ley 248 de 1997] El país se ha obligado a condenar “todas las formas de violencia contra la mujer (...), adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”, además de llevar a cabo las siguientes acciones de carácter específico:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;

c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces; y

h. Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.¹⁷

Y en relación con el deber de diligencia, destacó que:

[E]l deber de debida diligencia de las autoridades encargadas de prevenir y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, implica evaluar los testimonios de las víctimas a la luz de un enfoque de género, evitando toda revictimización. La violencia intrafamiliar, y en particular la violencia contra la mujer, no solo se ejerce en el plano físico sino también en el plano psicológico y moral a través de prácticas que se dirigen a humillar y reducir la confianza de la mujer con el fin de mantener los estereotipos de dominación y abuso del machismo¹⁸.

Lo anterior implica, entre otras cosas, que los derechos del presunto agresor no puedan ser ponderados judicialmente por encima de los derechos humanos de

¹⁷ Sentencia T-087 de 2017

¹⁸ Ibidem

quien se dice víctima¹⁹ -sin que ello signifique parcialidad en el juzgador-, que se flexibilice el rito procesal que existe en torno a los medios de prueba, que se le dé significativa relevancia a la declaración de la presunta víctima, así como al interrogatorio absuelto por el demandado y al de sus familiares más cercanos, y a su vez, se privilegie la prueba indiciaria.

Esto, en razón a que en los casos de violencia psicológica y doméstica el juez se enfrenta a un mayor grado de dificultad probatoria, si se tiene en cuenta que, como lo ha visto la Corte Constitucional,

[E]l agresor busca el aislamiento y el ocultamiento de los hechos violentos. Por tanto, es claro que las víctimas de tales agresiones tienen como única posibilidad de protección abrir los espacios de intimidad familiar a sus más allegados. En esa medida, desde una perspectiva de género, es necesario que los operadores de justicia, empleen la flexibilización de esas formas de prueba, cuando se denuncia la violencia al interior del hogar²⁰.

En resumen, hablar con perspectiva de género es:

[R]ecibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a elucidar la prueba, y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres (...) estándar probatorio que no debe ser igual, ameritando en muchos casos la facultad – deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa.

Es necesario aplicar justicia no con rostro de mujer ni con rostro de hombre, sino con rostro humano.

Para el ejercicio de un buen manejo probatorio en casos donde es necesario el enfoque diferencial, es importante mirar si existe algún tipo de estereotipo de género o de prejuicio que puedan afectar o incidir en la toma de la decisión final, recordando que prejuicio o estereotipo es una simple creencia que atribuye características a un grupo; que no son hechos probados en el litigio para tenerlo como elemento esencial o básico dentro del análisis de la situación fáctica a determinar.

Discriminación de género (...) es acceso desigual a la administración de justicia originada por factores económicos, sociales, culturales, geográficos, psicológicos y religiosos, y la Carta Política exige el acceso eficiente e igualitario a la administración de justicia, por tanto, si hay discriminación, se crea una odiosa exclusión que menoscaba y en ocasiones anula el conocimiento, ejercicio y goce de los derechos del sujeto vulnerado y afectado, lo que origina en muchas ocasiones revictimización por parte del propio funcionario judicial.²¹

Todo en procura de eliminar las barreras que impidan el acceso igualitario a una eficaz administración de justicia, y en esa medida, siendo consciente el juez por las

¹⁹ Sentencia T 967 de 2014

²⁰ Ibidem.

²¹ Providencia STC 2287 del 21 de febrero de 2018. MP. Margarita Cabello Blanco.

explicaciones precedentemente expuestas, de que en asuntos de este linaje, esto es, cuando se trata de una mujer que aparentemente es víctima de violencia doméstica, aquella no está en igualdad de armas, especialmente probatorias con su contendor, no puede revictimizarla dejado de lado la tarea de hacer una flexible, celosa y ardua valoración probatoria como remedio para equilibrar a las cargas, porque ello sería contribuir con la alta impunidad que ha imperado durante años en estos casos debido a sus particularidades, a la par que, hacerle gala a ese abominable flagelo que indudablemente les genera a ellas un estancamiento de su desarrollo.

5.2.13. Así las cosas y una vez revisada la lista de verificación de casos con perspectiva de género de la Comisión Nacional de Género Rama Judicial, es innegable la necesidad de aplicar el referido enfoque en este caso, de hecho, el caso sub-judice se enmarca en dos de las sub-categorías de dicha base de datos, valga decir, 'violencia doméstica' y 'mujeres migrantes, refugiadas y desplazadas internas' -estas últimas, quienes fueron calificadas por la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "*Convención de Belém do Pará*" como un grupo vulnerable y desfavorecido-, pues recordemos, nos encontramos frente a una mujer que en múltiples oportunidades ha denunciado haber sido víctima de maltrato intrafamiliar de parte de su esposo, lo cual ocurrió lejos de su familia, en un país ajeno al que llegó como muchos colombianos, en busca de oportunidades laborales, lo que se traduce en un sometimiento a su pareja mucho más afincado.

Teniendo esto en cuenta, que además implica, como ya lo anotáramos, una valoración diferencial de la prueba, para esta Sala de Decisión es claro, por así revelarlo inequívocamente un análisis conjunto del acervo probatorio, que efectivamente el señor **J.G.S.O.**, maltrató a la señora **J.L.M.L.**, por lo menos durante los últimos dos años de convivencia en Panamá. Y no está demás señalar que en el plenario no existe probanza alguna que se oponga frontalmente a esta percepción de los hechos acaecidos, a lo sumo encontramos la interpretación que a los mismos ha querido otorgar el apelante, al tiempo que la intención por restarles validez, sin que ello bastase para derrumbar esta tesis.

Valga decir, que contrario a los argumentos de la parte reclamante, tampoco se opone a esta argumentación, el hecho -por demás demostrado- que la señora **J.L.M.L.** hubiese comunicado a la Corregiduría de Cerro Silvestre su retiro voluntario de la vivienda compartida con su esposo el 16 de agosto de 2016, pues en el mismo documento contentivo de dicha declaración, dejó claro que ello obedecía a la difícil

convivencia al interior del hogar, ni tampoco implica esto que la testigo antes reseñada haya mentido cuando manifestó que habían sido expulsadas de la casa de habitación una semana después, por cuanto es apenas lógico que no se mudaran inmediatamente notificó la intención de separarse, de ser así no habría indicado como su residencia –dentro de la declaración– la misma dirección en la que el matrimonio convivía²².

5.2.14. Ahora bien, que no se diga que, como lo sugiere el censor, no se encuentra acreditado ningún tipo de maltrato del padre hacia la menor en cuestión, pues en todo caso, los ultrajes hacia la madre –que en este particular asunto se encuentra acreditado por distintos medios de prueba– exponen a la niña a un "*peligro grave físico o psíquico o una situación intolerable*", caso en el cual –ya lo hemos dicho– se torna inviable la restitución. De esta forma lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, al conocer de un asunto similar en sede constitucional, tras plantear lo siguiente:

a) La supuesta agresión relatada y en principio visibilizada del padre hacia la madre implica la posibilidad latente de maltratos, situación que debe sopesarse con el debido cuidado en este asunto, pues pensar que tal comportamiento es una amenaza solo para la pareja y que no afecta a la hija, desdibuja el concepto de violencia psicológica y no permitió al tribunal analizar con mejor detenimiento la existencia o no de un riesgo grave y/o la violencia doméstica que se percibe dentro de la relación de pareja.

No debe olvidarse que un niño, niña o adolescente que crece en un entorno de violencia como pueden ser, entre otros, los actos de poder del progenitor, es factible verse afectada indirectamente en su normal desarrollo o inclusive existe la eventualidad extrema, pero posible, que termine siendo la menor víctima del o los agresores de esa violencia.

En ese orden, la presencia de un niño, niña o adolescente ante un acto o actos de violencia en la humanidad o en la psiquis de su progenitora y/o del presunto agresor, le genera, a su vez, miedo, angustia, inestabilidad y/o inseguridad, amén que altera la esfera psíquica de aquel o aquella; **sin que pueda aceptarse como argumento válido y suficiente lo señalado por el ad-quem que si la menor no ha sido víctima directa de violencia no se percibe afectación grave para ella**²³ (Negrillas de la Sala).

Dicho de otra forma por la Sala de Decisión, cualquier forma de violencia entre los progenitores o miembros del entorno familiar indudablemente irradia en los niños, niñas y adolescentes que los presencian y los viven, pues el sentimiento de angustia e impotencia que generan, tiene un grave efecto negativo en su formación y desarrollo.

²² Ver folio 202 del Cuaderno 2

²³ CSJ Sentencia STC9528-2017 del 5 de julio de 2017, MP. MARGARITA CABELLO BLANCO Magistrada ponente radicaciones n.º 11001-02-03-000-2017-01395-00 y n.º 11001-02-03-000-2017-01469-00

Luego, es palmario que los maltratos físicos y psicológicos recibidos por la señora **J.L.M.L.** de parte de su esposo **J.G.S.O.**, los cuales se encuentran plenamente acreditados través de distintos medios de prueba como la testimonial, documental y el estudio psicosocial elaborado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, han tenido –y habrán de tener en caso de ordenarse la restitución- repercusiones en la menor cuya restitución se pretende; pues claramente, la situación de violencia al interior de su hogar y la carga emocional que ello conlleva, ha de generarle un daño psicológico en su persona.

5.2.15. Por manera que, se encuentra plenamente estructurada la hipótesis que da lugar a inaplicar el Convenio en cuanto se refiere a la restitución inmediata y objetiva de la menor, dado que, en un primer escenario que contemple la eventual restitución junto a la progenitora –menos traumática para la niña-, se vería expuesta, así sea a manera de espectadora, al conflicto que viene acaeciendo hace varios años entre la pareja de marras, lo cual, como ya lo dijéramos replicando a la Corte, influiría inexorablemente de manera desfavorable en su adecuado crecimiento; y en una segunda hipótesis, esta es, regresando a Panamá sin su progenitora, con quien ha compartido desde su nacimiento, se le sometería a un daño emocional inmenso que también daría al traste con sus intereses pues "el daño o peligro no debe considerarse en el lugar de retorno, sino que también se puede ocasionar por el hecho de sustraerlo del lado de su madre o del entorno al cual se han adaptado nuevamente"²⁴.

No sobra reiterar, que aquí existe una evidente situación de asimetría entre los contendores, por cuanto, de un extremo, tenemos a la señora **J.L.M.L.**, una mujer que fue migrante en Panamá, solitaria, sin vinculación laboral en ese país, dedicada al hogar y dependiente de su esposo **J.G.S.O.**, quien a su vez es una persona profesional, proveedor, estable económicamente y que goza de reconocimiento social y familiar en su lugar de residencia, lo cual aprovechaba para imponer una marcada posición dominante sobre su compañera e hija, circunstancia esta que no puede pasar por alto el Tribunal y hace necesario equilibrar la balanza a través del enfoque de género.

Lo dicho, agregado a que en los casos de la especie analizada, lo que prevalece son los superiores intereses del menor, aun por encima de los del padre y madre de este, habida cuenta que todo el aparato judicial ha de enderezarse a fin de que a

²⁴ CSJ, Sentencia del 15 de Junio de 2007, rad. 00673-00)

aquel, no se le menoscaben sus derechos fundamentales, procurando una ponderación especial de la realidad fáctica, vista en su totalidad en aras de establecer las condiciones que mejor satisfacen el interés superior del niño, niña o adolescente en cada situación concreta.

Y que en el estudio realizado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se concluyó que en el actual entorno de la niña "*existe un ambiente familiar adecuado y positivo para garantizar de manera permanente el ejercicio de los derechos (...), producto del compromiso familiar que garantiza su desarrollo y bienestar integral*"²⁵, permite despejar toda duda, en el sentido que lo más recomendable en el caso concreto es permitir a la menor A.G.S.M., continuar al lado de su madre, misma que le ha garantizado hasta el momento el pleno goce de sus derechos constitucionales y desarrollo integral.

5.3. De conformidad con todo lo que hasta aquí se ha expuesto, concluye la sala que fue acertada la decisión de la funcionaria judicial de primera instancia al denegar la restitución internacional deprecada, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada, sin que haya lugar a condenar en costas de la instancia a la parte recurrente, toda vez que de conformidad con el artículo 26 del Convenio de La Haya, "*[l]as Autoridades Centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las solicitudes presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente Convenio ni exigirán al solicitante pago alguno por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico*".

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE GUADALAJARA DE BUGA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR de manera integral la sentencia apelada de fecha y procedencia conocidas, en atención a los razonamientos que se acaban de exponer.

²⁵ Ver folio 71 del Cuaderno 1

SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS de la instancia a pesar de resolverse desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto, por la razón antes explicada.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen, para los fines a que haya lugar.

Esta sentencia queda notificada a las partes EN ESTRADOS. No se presentan solicitudes al respecto.

CÚMPLASE

Los Magistrados,

BARBARA LILIANA TALERO ORTIZ
Magistrada Ponente

MARIA PATRICIA BALANTA MEDINA
Magistrada

FELIPE FRANCISCO BORDA CAICEDO
Magistrado