



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO VEINTITRES DE FAMILIA EN ORALIDAD DE BOGOTA
Carrera 7 No. 12C-23 Piso 8° Ed. Nemqueteba

Custodia y Cuidado Personal - Digital
No.110013110023-2020-00111-00

Bogotá D.C., siete (07) de marzo del año dos mil veintidós (2022).-

Procede el despacho a resolver el recurso de reposición interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada, contra la providencia fechada 30 de septiembre de 2021.

Revisadas las diligencias, se verifica, que en la providencia objeto de censura, se dispuso:

"PRIMERO: ORDENAR la compulsas de copias a la Fiscalía General de la Nación, respecto de los presuntos hechos de violación a la intimidad causados a la menor de edad por parte de su progenitor, en relación con la captura de los videos anteriormente mencionados. **OFÍCIESE y tramítense por secretaría, acompañando copia íntegra del expediente.**

"SEGUNDO: CONMINAR al progenitor de la niña, para que abstenga de divulgar cualquier video o fotografía que atente contra el derecho a la intimidad, integridad física y emocional de su menor hija.

Lo anterior, como quiera que el video arrimado a esta sede judicial, fue divulgado ante diferentes entidades.

"TERCERO: ADOPTAR como medida cautelar urgente a favor de SOPHIE ALBARRÁN KOVALSKI la ubicación en medio familiar bajo la CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL PROVISIONAL, mientras dura el presente proceso, en cabeza de su progenitora DENISE SIMHA KOVALSKI CADOSCH DELMAR con el fin de protegerle integralmente sus derechos.

"CUARTO: DISPONER el acompañamiento para que la medida aquí adoptada no se haga ilusoria, por parte del Centro Zonal Usaquén del I.C.B.F., de Bogotá D.C., y se efectúe de manera INMEDIATA la entrega de la menor de edad a su progenitora, incluso si se hace necesario disponer de diligencia de rescate por parte de dicha entidad. **OFÍCIESE y tramítense por secretaría.**

"QUINTO: SOLICITAR acompañamiento de Policía de Infancia y Adolescencia para la entrega de la menor de edad a su progenitora. **OFÍCIESE y tramítense por secretaría.**

"SEXTO: NOTIFICAR el presente proveído a las partes, apoderados, Defensor de Familia y Agente del Ministerio Público".

La censora fundamentó su inconformidad, refiriendo:

"(..) En efecto, conforme a los hechos que dieron origen a que mi representado pusiera en conocimiento de las autoridades que consideró competentes el video de marras, se encuentra la alerta que se generó con ocasión de unas lesiones físicas en las partes íntimas de Sophie Albarrán Kovalski, con las cuales llegó

luego de haber pasado unos días en régimen de visitas en casa de su progenitora, la señora Denise Simha Kovalski Cadosch Delmar, y frente a las que manifestó dolor y molestias.

De acuerdo con la evidencia aportada de la historia clínica, las recomendaciones de los prestadores de los servicios de salud y sus médicos tratantes, fue poner en conocimiento de las autoridades la situación, pues se trataba de una circunstancia precisamente perturbadora, lo que justamente generó la alerta de la existencia de un indicio de posible, presunto o eventual hecho de negligencia, abuso o violencia contra la menor.

Se trató entonces señor Juez, de una situación apremiante, desconcertante y que generó enorme angustia para su padre, pues como se encuentra acreditado en el proceso con los documentos obrantes, entre ellos, el procedimiento administrativo adelantado ante la Comisaría de Familia y otro Juez de Familia, la relación con la progenitora de la menor ha sido de constante tensión y denuncias por maltrato, negligencia y conductas desobligantes.

Todos los antecedentes de este caso, llevaron a que mi representado considerara necesaria una prueba de las lesiones de la menor, en aras de proteger y garantizar los derechos de su hija que consideró superiores, como los de la protección frente a riesgos prohibidos, derecho a la vida, salud, integridad física, sexual y psicológica, a la supervivencia y al desarrollo, frente a un posible, eventual o presunto hecho de negligencia, omisión, descuido o forma de violencia por parte de su madre.

Por lo anterior, la grabación enviada al señor Juez, no tenía como propósito por parte de mi representado transgredir el derecho a la intimidad de la menor, sino proteger sus derechos e intereses superiores, considerando los amplios poderes y facultades de los Jueces de Familia para tomar medidas de protección y la competencia de las demás autoridades para adelantar de forma incluso oficiosa, alguna medida o investigación frente a los hechos. Mi mandante obró entonces, con la angustia de un padre alarmado, sobresaltado y preocupado, teniendo en cuenta todos los antecedentes de este caso.

Conforme a lo explicado y a las pruebas documentales que obran en el proceso, de forma respetuosa, solicito al Despacho reconsiderar las decisiones adoptadas y, en su lugar, hacer un juicio de ponderación de los derechos que se encuentran en tensión o conflicto para adoptar las medidas temporales que considere adecuadas mientras se adelanta el proceso, en defensa y garantía de los derechos superiores de la menor, como será detallado en el acápite de peticiones del presente recurso.

(...)

Ante la evidencia de proteger un interés preponderante de su hija menor, mi representado consideró que la acción de grabar las lesiones corporales eran adecuadas al propósito de evidenciar una posible conducta que vulnerara los derechos de la niña.

En este punto, es importante resaltar, que la menor había estado bajo la custodia de su padre por más de un año y medio, encontrándose conforme se evidencia en las pruebas documentales de la Comisaría de Familia y de la misma historia clínica aportada, que la menor se encuentra con un desarrollo cognitivo y psicosocial adecuado a su edad, en condiciones adecuadas de desarrollo físico y en general en buen estado de salud.

De acuerdo con lo anterior, como lo hemos señalado, mi representado obró para proteger la seguridad e integridad física, emocional, psicológica y/o sexual de su

hija menor, derechos que se consideran de orden superior, de manera que, las medidas adoptadas por el señor Juez mediante el auto recurrido, resultan contraproducentes, máxime si se considera que la separación abrupta de su padre, de su entorno familiar habitual en compañía de sus abuelos, también resulta que vulnera los derechos fundamentales de la menor.

Aunado a lo anterior, obran en el expediente diversas pruebas que dan cuenta de la incapacidad actual de su progenitora para asumir la custodia y cuidado personal de la menor por tiempos prolongados, pues además de la evidencia de sufrir alteraciones de la personalidad dictaminados por un perito experto, se evidencia la existencia de cuando menos, un acto de omisión o negligencia de su parte frente a las lesiones físicas de la menor, de las cuales no informó ni entregó al Despacho explicaciones plausibles o realizó alguna conducta encaminada al cuidado y atención de su salud e integridad.

Los anteriores hechos y evidencias, debieron ser tenidas en cuenta por el Juzgado al adoptar las medidas provisionales, pues en aras de proteger el derecho a la intimidad, dichas medidas resultaron, por el contrario, vulneradoras de los intereses superiores de la niña.

(...)

Como bien lo dispone el artículo 9º sobre la Convención de los Derechos del Niño, los menores tienen derecho a no ser separados en contra de su voluntad de sus padres, salvo que en un proceso judicial, de conformidad con la ley, se determine que ello es necesario para proteger el interés superior de los niños, determinación que será indispensable, verbigracia, cuando los menores sean objeto de maltrato o descuido por sus padres, o si éstos viven separados y es necesario adoptar dicha determinación.

Pues bien, si los niños sólo pueden ser separados de sus padres dentro de un proceso judicial y de acuerdo con lo indicado por la ley -lo que incluye el acatamiento del régimen probatorio previsto en el Código General del Proceso-, esto significa que ninguno de los padres puede ser despojado del cuidado de los menores, salvo que se analicen en conjunto y a la luz de la sana crítica las pruebas legalmente recaudadas en el expediente, y, en virtud de las cuales se concluya que uno o ambos padres deben ser separados del menor.

Nótese, que la determinación adoptada por el Despacho, únicamente se basó en el video que el demandado Juan Camilo Albarrán Espinosa puso en conocimiento del Juzgado, conducta que si bien es cierto resulta indebida, también lo es que, según su dicho, la adoptó motivado por sentimientos de angustia y con el único interés de salvaguardar la vida, la salud y la integridad física de su hija Sophie Albarrán Kovalski, sin que el Despacho hubiese valorado, a fin de tomar dicha decisión, de manera conjunta y conforme a las reglas de la sana crítica, las demás pruebas que obran en el plenario y de las cuales se infiere que al parecer, ha sido más bien la madre de la menor, señora Denise Simha Kovalski Cadosch Delmar, quien aparentemente no ha garantizado adecuadamente sus derechos.

Tal y como se advierte en la historia médica de la Clínica Colsanitas que data del día en que se grabó el video, fue su madre y no su padre quien al parecer la descuidó físicamente, de suerte que el Despacho no puede entender que la demandante es apta para cuidar de su hija, menos aun cuando al expediente se aportó una valoración psicológica en la que claramente se advierte que la madre de la niña padece de trastornos mentales o de la personalidad.

Ahora bien, según el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia, los niños no pueden ser expulsados de su familia y sólo pueden ser separados de ésta cuando se comprometa la realización y el ejercicio de sus derechos.

En este orden de ideas, mal hizo el Juzgador al privar de la custodia de la niña a su padre, pues con ello en la práctica la expulsó de su familia paterna, compuesta por su papá, su abuelo y su abuela, pues ni siquiera estableció un régimen de visitas provisional a favor del señor Juan Camilo Albarrán Espinosa, ni la posibilidad de que éste pueda comunicarse de cualquier forma con su hija, lo cual atenta contra los derechos y el interés superior de la menor.

Adicionalmente, y tal como ya se expuso, fue presuntamente la madre de la menor quien dejó de garantizar la realización, efectividad y ejercicio de las prerrogativas iusfundamentales de la niña, según lo informado por Sophie Albarrán Kovalski a su padre, y no éste, quien por el contrario tomó de buena fe las medidas que consideró necesarias para salvaguardar los derechos fundamentales de la niña.

1.3.2.-Citó también el Juzgado en el censurado auto del 30 de septiembre de 2021, el parágrafo 1º del artículo 281 del Código General del Proceso, el cual establece: *"en los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole"*.

Esta norma, no resulta aplicable en este momento del proceso y por ello fue indebidamente empleada en el auto cuestionado, toda vez que ella se refiere a la congruencia que debe existir entre los hechos, las pretensiones y las excepciones de mérito propuestas en una causa y la sentencia que resuelva la misma, permitiéndosele al juez de familia fallar ultra y extra petita en salvaguarda de los intereses superiores de los menores. Sin embargo, como es lógico, aún en este proceso judicial no se ha dictado sentencia.

Asimismo, el Despacho consideró aplicable el ya referido literal f) del numeral 5º del artículo 598 del Código General del Proceso, el cual señala: "A criterio del juez cualquier otra medida necesaria para evitar que se produzcan nuevos actos de violencia intrafamiliar o para hacer cesar sus efectos y, en general, en los asuntos de familia, podrá actuar de oficio en la adopción de las medidas personales de protección que requiera la pareja, el niño, niña o adolescente, el discapacitado mental y la persona de la tercera edad; **para tal fin, podrá decretar y practicar las pruebas que estime pertinentes, incluyendo las declaraciones del niño, niña o adolescente**" (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

En realidad, a pesar de que el Juzgado citó la norma que se acaba de describir, no la aplicó al momento de adoptar su determinación, pues en lugar de haber tomado la decisión que adoptó con fundamento únicamente en el video, debió no sólo haber valorado en conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica las evidencias que obran en el plenario, sino haber decretado y practicado pruebas de oficio, incluyendo la declaración de Sophie Albarrán Kovalski, para corroborar lo manifestado por la niña a su padre, que fue precisamente lo que condujo al demandado a grabar el video que puso en conocimiento únicamente de las autoridades públicas encargadas de velar por el respeto de los derechos de los niños.

De esta manera, se hubiera garantizado el debido proceso del padre de la menor y seguramente se habría adoptado una determinación diferente a la del auto objeto de reposición, teniendo en cuenta también la opinión de la menor y sus deseos respecto de con cuál de sus progenitores desea permanecer habitualmente.

(...)

En opinión de la suscrita, el Juez de conocimiento debió haber realizado en el caso concreto antes de adoptar su decisión, como ya se mencionó, un test de proporcionalidad entre el derecho a la intimidad de la niña y su derecho a la integridad.

Tal vez, de haberlo hecho así, el Juzgador habría llegado a una conclusión distinta a la que arribó, pues según lo narrado por la niña a su padre y los hallazgos que obran en la historia clínica, cabe la posibilidad de que la madre de la menor haya vulnerado el derecho a la integridad de la menor, prerrogativa que al parecer de la suscrita es preponderante respecto del derecho a la intimidad de la niña, el cual tampoco fue vulnerado por el padre como ya se explicó, pues éste no divulgó el video por internet o en redes sociales o lo hizo público frente a terceros no interesados, sino que simplemente lo puso en conocimiento de las autoridades públicas encargadas de velar por la protección de las prerrogativas fundamentales de los menores de edad.

Finalmente, y salvo mejor opinión, la suscrita considera que en el plenario sí obran pruebas que permiten concluir que la madre de la niña no es una mujer apta para asumir el cuidado personal de la menor, pues se trata de una persona inestable psicológicamente y sobre quien aún existe sospecha de haber vulnerado la integridad de la menor.

Dicho recurso fue descorrido en oportunidad por parte de la apoderada de la demandante, quien solicita sean declarados no probados los hechos expuestos en el recurso de reposición interpuesto por la apoderada de la parte demandada y se mantenga en su integridad el auto recurrido.

Misma situación que ocurrió por parte del Defensor de Familia adscrito al juzgad, quien de igual forma solicita no sea revocado el auto cuestionado.

CONSIDERACIONES

Señaló el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, por medio de auto de fecha 19 de marzo de 2019, dentro de la radicación No. 11001-03-28-000-2018-00111-00 Consejera Ponente Dra. Rocío Araújo Oñate: *"Al efecto se recuerda que los jueces de la República se pronuncian en las actuaciones judiciales por medio de providencias, expresión genérica que se utiliza para designar las sentencias y los autos. En lo sustancial las sentencias se caracterizan por los asuntos sobre los que debe ocuparse, pues "deciden sobre las pretensiones de la demanda, las excepciones de mérito, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, las que deciden el incidente de liquidación de perjuicios, y las que resuelven los recursos de casación y revisión."* (Art. 278 Ib.). *El legislador, por otra parte, definió los autos acudiendo a la técnica de la sustracción de materia, ya que después de referirse a las sentencias en el artículo 278 del CGP, dijo que "Son autos todas las demás providencias."* Sabido es que los autos se clasifican en interlocutorios y de trámite, e igualmente en notificables y no notificables.

"Los autos de trámite corresponden a los que se utilizan para darle impulso al proceso, con el ánimo de pasar de una fase a la otra, para ir agotando sus diferentes etapas hasta llegar al estado de dictar sentencia. Por el contrario, los autos interlocutorios, que se diferencian de los de trámite porque "serán motivad[o]s de manera breve y precisa." (CGP Art. 279), *se caracterizan porque se emplean para decidir asuntos accesorios de cierta relevancia procesal, tales como los incidentes y nulidades procesales, que pueden presentarse con antelación al fallo de instancia, e incluso posteriormente a que ese pronunciamiento se produzca.*

"Ahora, la distinción entre autos notificables y no notificables se hace a partir de lo previsto en el artículo 299 del CGP que con claridad prescribe que "Los autos de 'cúmplase' no requieren ser notificados.", lo cual se complementa con lo dispuesto en el artículo 204 del CPACA, que al respecto señala que *"No requieren notificación los autos que contengan órdenes dirigidas exclusivamente al Secretario. Al final de ellos se incluirá la orden 'cúmplase'". Así, para la Sala es claro que los autos de "cúmplase" hacen*

parte del ordenamiento jurídico, pero no para impulsar el trámite procesal ni para resolver asuntos accesorios propios de los autos interlocutorios, sino solamente para impartirle órdenes al secretario del despacho o corporación judicial para que sea él quien exclusivamente las acate". (Negrillas del texto original).

Al respecto, considera el Despacho, que no le asiste razón a la recurrente, pues, como se indicó en la jurisprudencia referida, los autos de cúmplase, no son susceptibles de recurso alguno, razón por la cual, se haría necesario su rechazo, de plano.

No obstante, como en el presente asunto se están debatiendo los derechos de una menor, y en aras de no vulnerar el derecho de defensa que le asiste a las partes, en el presente proceso, se entra, de todas formas, a resolver el recurso interpuesto.

Cabe aclarar a la apoderada inconforme, que, en el presente asunto, no se le están vulnerando los derechos de la menor involucrada, por el contrario, con el auto objeto de censura, se garantizó su seguridad, a una posible vulneración de sus derechos fundamentales a la integridad personal, con la grabación y difusión del video aportado a este despacho, pues, si bien es cierto, lo refiere la apoderada defensora, no fue esa la intención del aquí demandado vulnerar los derechos de su menor hija, lo cierto es que sí existió riesgo, con dicho actuar, pues, no es menos cierto que el demandado, en el presente asunto, se encontraba en dicho momento y se encuentra asesorado por profesional del derecho, a quien debió acudir, para obtener el debido asesoramiento, antes de ejecutar dicho actuar, y difundir el citado video.

Adicional a lo anterior, se deja en claro, que la decisión adoptada por este juzgado, en el auto recurrido, obedece a una medida cautelar de ubicación de la menor de edad, bajo la custodia y cuidado personal provisional, en cabeza de su progenitora, y por ende, no obedece a una decisión definitiva.

De lo anterior, se concluye, sin que haya mayor pronunciamiento, al respecto, que no se revocará el auto objeto de censura.

En consecuencia, el **Juzgado Veintitrés de Familia en Oralidad de Bogotá D.C.**

RESUELVE:

PRIMERO: NO REVOCAR el auto calendarado 30 de septiembre de 2021, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE (4).


RAFAEL ORLANDO ÁVILA PINEDA
JUEZ

CG

NOTIFICACIÓN POR ESTADO No. 036 HOY: 08 de marzo de 2022 A las ocho de la mañana (8:00 A. M.) <hr/> KELLY ANDREA DUARTE MEDINA Secretaria
