

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C..
SALA DE FAMILIA**

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**REF: LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL DE EDUARDO
MANTILLA SERRANO EN CONTRA JOHANA ÁLVAREZ
BOTERO (AP. AUTO).**

En el presente asunto, se tiene que el Juez a quo resolvió negativamente el incidente de reparación integral promovido por la señora JOHANA ÁLVAREZ BOTERO, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad, partiendo de la base de que el daño y la culpa, como elementos propios del juicio de responsabilidad, no estaban demostrados, pues los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, que se le endilgaron al señor MANTILLA, no fueron objeto de análisis en la sentencia que declaró la nulidad del matrimonio, proferida por el Tribunal Eclesiástico Interdiocesano de Bogotá.

Adicionalmente, expuso que la competencia del juzgado se circunscribía a la ejecución de la sentencia, en cuanto a los efectos civiles, razón por la cual el juzgador no podía abordar el estudio de la causal de malos tratos, que es la que le abriría la compuerta para adelantar el incidente de reparación integral a quien ha sido víctima de violencia intrafamiliar, situación que, en principio, estaría ajustada a la normatividad vigente, si no fuera porque, en el acápite de hechos del escrito de reparación integral, aquella narró episodios que constituían maltrato psicológico, físico y sexual, desplegados por el demandante, durante el matrimonio y después de que se declaró la nulidad del mismo e, inclusive, mencionó la existencia de cuatro fallos que se refieren al tema, así como la existencia de una denuncia penal en torno a las conductas desplegadas por el

aquí demandante, copia de la cual allegó, sin que el funcionario hiciera esfuerzo alguno para establecer la veracidad de tales afirmaciones y, menos aún, recaudar las pruebas correspondientes, razón por la que el Despacho considera que la actuación accesoria no podía fallarse sin antes realizar el test de procedencia para establecer si, para su solución, era menester acudir a la aplicación de la perspectiva de género, para garantizar la plena igualdad entre los sujetos procesales y lograr la protección de los derechos y libertades de los sujetos que históricamente han sido objeto de discriminación, entre ellos, las mujeres, a partir de una administración de justicia con ese enfoque.

Sobre el particular, se anota que “la perspectiva de género no es una ‘teoría’, mucho menos una ‘ideología’, sino (...) nada más (...) ‘una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres y contra las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas; y un concepto que busca visibilizar la posición de desigualdad y de subordinación estructural” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, citada por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia STC-15780-21 de 24 de noviembre de 2021, M.P. doctor AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO).

Respecto del test mencionado, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia ya aludida, señaló los siguientes ítems:

“6.1. Evaluar las asimetrías entre los roles de género identificables en el caso concreto, incluyendo criterios de interseccionalidad.

“6.1.1. El concepto de género alude a los «roles, comportamientos, actividades y atributos que una sociedad, en una época determinada, considera apropiados para hombres y mujeres. Es una construcción social y cultural que asigna a las personas unos roles y conductas esperadas dependiendo de si se es hombre o se es mujer. Establece qué se entiende por femenino y por masculino en cada sociedad».

“(…)

“Algunos elementos orientadores, sin ser los únicos, sobre los cuales debe indagar el fallador para identificar la relación asimétrica que existe entre distintos roles de género presentes en una relación negocial o afectiva, son: (I) De qué manera uno u otro rol cuenta con autonomía, libertad y ejercicio pleno de su voluntad en las decisiones que adopten frente a vínculo que los une, bien sea para su conservación o disolución. (II) Cuál es el nivel de decisión en asuntos que de consuno deben adoptar, es decir, ¿hay alguien con mayor capacidad para decidir?; tratándose de asuntos de familia, es importante cuestionar si ¿hay una dependencia económica frente al posible abusador?, lo cual puede expresarse por la persona que contribuye con la financiación económica del hogar, o por la identificación de la persona a nombre de quién figuran los activos sociales, o la administración efectiva del dinero del hogar, entre otros. (III) Cómo las determinaciones de quien está en una posición de poder limitan o direccionan las circunstancias del otro, es decir, cuál es el nivel de influencia en la conducta de quien está en aparente estado de subordinación.

“6.1.2. Bajo esta perspectiva, se espera de los jueces un adecuado análisis de contexto con relación a las circunstancias fácticas del caso, con el objetivo de identificar dinámicas de poder entre las partes en conflicto, de cara a establecer si alguna de ellas ha sido sometida en su libertad por la otra, con ocasión de algún tipo de violencia física, psicológica, social, económica o sexual.

“(…)

“Tal estudio debe ser integrador, por lo que deviene imperativa la revisión de otras circunstancias de vulneración concurrentes, tales como la pobreza, nivel educativo, etnia, orientación sexual, entre otros; es decir, debe superarse la evaluación de interseccionalidad.

“Así las cosas, no solo el sexo o género con el que se identifique una persona es un factor único de discriminación, sino que también debe evaluarse que no concurra otra circunstancia discriminatoria como su nivel educativo o capacidad económica, circunstancias que en la mayoría de las ocasiones derivan

en actos de violencia, pues la discriminación per se tiene naturaleza agresiva, en tanto su mera retórica atenta contra la dignidad humana, incluso cuando no tiene implicaciones físicas.

“6.2. Verificar la configuración de patrones o actos de violencia.

“... el juzgador está en la obligación de identificar la existencia de actos o patrones de violencia alrededor de la relación asimétrica identificada, en desarrollo de las obligaciones contenidas en los artículos 7° de la Convención Belém Do Pará, 1°, 2°, 8° y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

“(...)

“Remárquese que los actos abusivos -físicos, psicológicos, económicos o sexuales- no requieren tener la condición de reiterativos, bastando con la ocurrencia de un evento único para que se estructure este elemento. Es decir, para que se prediquen los efectos propios de la aplicación de la perspectiva de género, resulta irrelevante que la violencia sea aislada o sistemática.

“6.3. Causalidad eficiente de la violencia infringida en la afectación de los intereses del sujeto en situación de vulnerabilidad.

“Verificados los dos elementos anteriores, también corresponde al funcionario judicial revisar que la causa que la víctima o sujeto procesal invoca, explícita o implícitamente, como origen de los daños, perjuicios, o afectaciones ante la jurisdicción, tiene conexión causal con la violencia que sufre o padeció por razón de su género”.

Así las cosas, en esta oportunidad, de manera previa a resolver el incidente, debió analizarse si lo narrado por su promotora correspondía a una violencia sufrida por el hecho de ser mujer y, de ser así, debió acudirse a la perspectiva de género, para adoptar las medidas necesarias y superar la situación de discriminación y violencia a la que, presuntamente, se han visto sometidos ella y sus hijos, lo que suponía, entre otras cosas, el deber de decretar, de oficio, las pruebas que condujeran a establecer la verdad material en el proceso.

Sobre el punto, en la sentencia a la que se ha hecho referencia, se establecieron, a título enunciativo, las cargas en cabeza del funcionario judicial, para asegurar el acceso a una justicia con perspectiva de género, entre las cuales se encuentran:

“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 (C.C T – 878 de 2014).

“Repárese, entonces, que el enfoque de género comprende una revisión diferencial (I) en la construcción de los hechos, (II) en el recaudo de las pruebas, (III) la valoración de las pruebas, e incluso (IV) en la resolución de las pretensiones.”

Y sobre el uso de la facultad oficiosa del juez para decretar pruebas y resolver un caso concreto, bajo el denominado enfoque del género, la misma Corporación dijo lo siguiente:

“...para acercarse a la verdad objetiva del caso, los jueces cuentan con la facultad de decretar pruebas de oficio, las cuales permitirán clarificar las narraciones hechas por las partes, con el fin de comprobar la existencia de violencia o discriminación basada en género.

“Y es que, si bien el decreto de pruebas de oficio, como regla de principio, es una facultad que en contados casos se convierte en una obligación, esto último sucede precisamente en materia de violencia de género, pues corresponde a las autoridades adelantar todas las pesquisas para determinar su existencia en aplicación directa de los artículos 7° de la Convención Belém Do Pará, 1°, 2°, 8° y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, mandatos que hacen parte del bloque de constitucionalidad según el artículo 93 de la Carta Fundamental.

“(…)

“Dar impulso oficioso al recaudo y práctica de pruebas. Es deber del funcionario judicial desplegar toda la actividad probatoria posible, incluso oficiosa, para corroborar los supuestos fácticos del caso como, por ejemplo, la existencia de una violencia de género o la configuración de una relación contractual (T-093/19).

“La falta de exhaustividad en el recaudo probatorio es una falla del Estado en el cumplimiento de los deberes de garantía y protección judicial previstos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, luego entonces, no es permitido al juez archivar los procesos o investigaciones a su cargo por falta de material probatorio, sin que se haya hecho uso de los poderes oficiosos, cuando se hace una evaluación fragmentado o se le da alcance distinto al contexto de la mujer al momento de valorar el acervo allegado, desestimando la existencia de un patrón de violencia (T-735/17)”.

Efectuado el recuento anterior, fácilmente se advierte que al resolver el incidente presentado por la demandada, con la afirmación de que no se había declarado al señor MANTILLA como presunto autor de “Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra” y que dicho actuar debió analizarse en otra instancia procesal, se desatendió lo previsto “en los artículos 7° de la Convención Belém Do Pará, 1°, 2°, 8° y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, mandatos que hacen parte del bloque de constitucionalidad según el artículo 93 de la Carta Fundamental”, la ley 1257 de 2008 y 1482 de 2011, normatividad que propende por la protección y defensa de los derechos de la mujer y, en esa medida, se desconocieron garantías procesales y constitucionales, pues es claro que, además de no haberse establecido si había lugar a aplicar el enfoque de género para resolver el caso puesto a consideración del a quo, se omitió el decreto oficioso de pruebas que, de acuerdo con lo dicho, resultaba obligatorio para establecer si la incidentante y sus hijos, menores de edad, se encontraban en una situación de desigualdad como consecuencia de las circunstancias dichas.

Además de lo anterior, encuentra este Despacho que como la reparación integral está siendo solicitada, también, a favor de los menores S.M.A y J.I.M.A., quienes no fueron oídos para resolver, es claro que se omitió la práctica de una prueba que, de acuerdo con la ley, es obligatoria, tal como pasa a verse a continuación.

Al respecto, lo primero que debe decirse es que de conformidad con lo previsto en el inciso 2° del artículo 26 de la Ley 1098 de 2006, los menores de edad tienen el derecho a ser oídos y a que sus opiniones sean valoradas al interior de las actuaciones administrativas, judiciales o de cualquier otra naturaleza, en las que resulten involucrados.

En relación con el aludido derecho, la jurisprudencia tiene dicho lo siguiente:

“Naturaleza y alcance del interés superior del niño

“El principio mencionado es desarrollado por el Código de la Infancia y la Adolescencia, que en su artículo 8º define el interés superior del niño, niña o adolescente 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’.

“27. En el mismo sentido, la Convención sobre Derechos del Niño consagra la obligación de las autoridades de tener una consideración especial para la satisfacción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Específicamente, el artículo 3.1. del instrumento mencionado, dispone que ‘en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño’.

“[...]

“30. En conclusión, siempre que las autoridades administrativas y operadores judiciales adopten una decisión de la que puedan resultar afectados los derechos de un menor de edad, deberán aplicar el principio de primacía de su interés superior y, en particular, acudir a los criterios fácticos y jurídicos fijados por la jurisprudencia constitucional para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen sus derechos.

“El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, como componente esencial del principio del interés superior del menor

“...en desarrollos jurisprudenciales posteriores, se ha sumado a los criterios arriba reseñados, [...] el respeto por el derecho de los niños y niñas a ser escuchados y de participar en las decisiones que los involucran, de conformidad con sus capacidades evolutivas.

“[...]

“32. Este desarrollo en la jurisprudencia, ha tenido especial fundamento en los tratados internacionales que han protegido el derecho a ser

escuchado que tiene toda persona sin exclusión alguna. Particularmente, esta Corte ha hecho referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14¹) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.1²).

“De manera específica, respecto de los menores de edad, [el artículo 12 de] la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se refiere al derecho que tienen estos a ser escuchados en los procesos judiciales.

“[...] También se indica que, para ello, debe darse al menor de edad la oportunidad de ser escuchado al interior de los procedimientos administrativos o judiciales dentro de los cuales se tomen decisiones que los afecten, esto en consonancia con las leyes nacionales.

“Al interpretar ese artículo, el Comité de Derechos del Niño indicó en su Observación General No. 12, que el correcto entendimiento del principio de interés superior del menor de edad pasa, necesariamente, por el respeto de los componentes establecidos en el artículo 12 de la Convención, pues con su escucha se facilita el papel esencial de estos en las decisiones que los afectan y contribuye a su desarrollo integral, como sujetos cuya capacidad está en evolución y crecimiento.

“33. En cumplimiento de esas obligaciones internacionales, el Estado colombiano, a través del legislador, previó en el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que el respeto al debido proceso de los niños, está estrechamente ligado a que en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, estos tengan la posibilidad de ser escuchados y de que sus opiniones sean tenidas en cuenta, en la medida de sus capacidades y de su madurez.

“[...]”

¹ Artículo 14: Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

² Artículo 8.11: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

“35. Ahora bien, [...] el derecho de los niños a ser escuchado no es absoluto, pues tal prerrogativa tiene límites en su ejercicio, marcados por las capacidades evolutivas de los niños, niñas y adolescentes. Así mismo, es claro que escuchar en estos casos es permitir la participación activa de los menores de edad en las decisiones que los afectan, pero ello no implica que las autoridades o los adultos estén obligados a hacer lo que los niños, niñas y adolescentes digan o manifiesten.

“Así, estos límites deben ser evaluados, caso a caso, por la autoridad a cargo, sin que se puedan establecer estándares universales. Lo anterior, pues los procesos cognitivos, intelectuales, psicológicos y/o físicos, entre otros, varían de individuo a individuo, y están generalmente asociados a su entorno familiar, social y/o cultural, entre otros aspectos, que deben ser valorados a la hora de tener en cuenta la opinión del menor de edad.

[...]

“36. Así mismo, esta Corte ha establecido que el Estado debe partir de una presunción de capacidad del niño o niña para formarse su propio juicio respecto de los asuntos que afectan su vida y reconocerles el derecho a expresarse. Es decir, no les corresponde demostrar previamente que tienen esa capacidad, sino que ‘de ser pertinente, la autoridad respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción (sic) del niño o la niña’ [...].

“37. En suma, de lo expuesto hasta el momento, se puede concluir claramente que según la normativa nacional e internacional, y la jurisprudencia constitucional, (i) los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados y tienen el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todos los procesos que los afecten. Este derecho hace parte integrante del principio del interés superior del menor de edad, en especial en decisiones determinantes que se tomen sobre ellos en procesos judiciales y administrativos. (ii) Ahora bien, también es claro que esta prerrogativa tiene límites en su ejercicio, marcados por las capacidades

evolutivas de los menores de edad, que inciden directamente en el mayor o menor peso que se le da a la participación del niño en la toma de una decisión.

“[...]”

“Estudio del caso concreto

“[...]”

“...es imperioso revisar [...] ¿si las autoridades judiciales involucradas en la segunda acción de tutela vulneraron el derecho de Esperanza a ser escuchada y a que su opinión se tuviera en cuenta, de acuerdo a sus capacidades evolutivas, dentro de un proceso en el que se tomaba una decisión determinante para su vida?”

“[...]”

“...la Defensoría de Familia hizo especial hincapié en la necesidad de escuchar la opinión de Esperanza, quien había pasado por un largo y difícil proceso en el que se había forjado su propia opinión sobre sus padres, pese a ello, las autoridades judiciales no escucharon a la niña.

“...esta Corte considera que las autoridades judiciales vulneraron el derecho de Esperanza de ser escuchada de conformidad con sus capacidades evolutivas.

“En efecto, tanto el Juzgado XX de Familia (al declararse incompetente) como el Tribunal Superior de Atlantis y la Corte Suprema de Justicia, incumplieron el deber de escuchar a Esperanza antes de adoptar una decisión que la afectaba, al interior del proceso de homologación y del posterior proceso de tutela. Lo anterior, tendiendo (sic) especial consideración a los nuevos hechos puestos en conocimiento de tales autoridades judiciales por parte de la Defensoría de Familia.

“...Del acervo probatorio se deducía que la niña había cambiado de opinión respecto de querer volver a su hogar y esa comprobación también debió darse por parte del Juzgado de Familia, en cumplimiento del artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia y [de] todas las normas nacionales e internacionales que le dan fundamento.

[...]

“En efecto, al no indagar por la situación de Esperanza (no escucharla) el Juzgado, el Tribunal y la Corte Suprema, adoptaron decisiones que conllevaban a un cambio evidentemente desfavorable de sus condiciones, en tanto la alteraron y le generaron episodios de ansiedad e impotencia, según los informes psicológicos reseñados” (Corte Constitucional, Sentencia T-663 de 30 de octubre de 2017, M.P.: doctora GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO).

En consecuencia, los menores S.M.A y J.I.M.A., quienes, al momento de la presentación del incidente, tenían 9 y 11 años de edad, debieron ser entrevistados, con apoyo del equipo de profesionales del I.C.B.F., para establecer si, en realidad, están o estaban siendo víctimas de violencia por parte de su progenitor.

Así las cosas, fácilmente se advierte que, al no haberse concedido a los menores involucrados la oportunidad de emitir su opinión y expresar sus sentimientos, se genera la nulidad parcial de la actuación procesal, porque los artículos 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el 26 de la Ley 1098 de 2006, prevén que los menores deben ser oídos en las actuaciones judiciales en las que se vean inmersos, todo con el fin de permitirles participar, activamente, en las decisiones que los afectan, medio de convicción que, injustificadamente, omitió recaudar el Juez de conocimiento, a pesar de que se encontraba obligado a hacerlo, incluso, de oficio, como acontece, por ejemplo, con el examen de genética en las filiaciones, la inspección judicial en las declaraciones de pertenencia, el avalúo en los divisorios y las pruebas que sean necesarias para que, en la sentencia, la condena al pago de frutos, intereses, mejoras y perjuicios, sea por cantidad y valor determinados, eventos en los cuales la ausencia de dichas probanzas acarrea, por mandato legal, la invalidación de la actuación procesal, máxime cuando tales probanzas no pueden evacuarse en esta instancia,

dada la limitación de la competencia que se tiene en la apelación de autos (inc. 3º del art. 328 del C.G. del P.).

Sobre el particular, en sentencia de 11 de diciembre de 2012, la H. Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la hipótesis de nulidad prevista en el numeral 6 del artículo 140 del C. de P.C., hoy en día numeral 5 del artículo 133 del C.G. del P., señaló:

“En suma, la nulidad consagrada en la causal sexta del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por omitirse los términos u oportunidades para pedir o decretar pruebas [...], es hoy asimismo procedente cuando se omiten aquéllas que el legislador ha previsto como necesarias y en consecuencia le ha asignado al juzgador el deber de decretarlas [...]” (M.P.: doctor JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ).

Así las cosas, en aplicación de lo establecido en el numeral 5 del artículo 133 del C.G. del P., se declarará la nulidad de todo lo actuado desde el auto de 18 de marzo de 2021, inclusive, con el fin de que el Juez a quo proceda a subsanar los defectos advertidos.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

*1º.- **DECLARAR** la **NULIDAD** de todo lo actuado en el incidente de reparación integral promovido dentro del presente proceso, a partir del auto de 18 de marzo de 2021, inclusive, proferido por el Juzgado 14 de Familia de esta ciudad.*

2º.- El Juez a quo procederá a renovar la actuación declarada nula, atendiendo lo señalado en la parte motiva de la presente decisión.

3º.- Las pruebas previamente practicadas conservarán su validez, frente a quienes tuvieron la oportunidad de controvertirlas.

4º.- Ejecutoriada la presente decisión, por Secretaría, remítanse, inmediatamente, las diligencias al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ALEJO BARRERA ARIAS

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Alejo Barrera Arias

Magistrado

Sala 002 De Familia

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

a5aee5fce9faad2ebcf97068401cdcffdbaddaaf7adcbe4a975ae819c2517c83

Documento generado en 24/02/2022 01:03:47 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente
URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**