

República de Colombia



JUZGADO VEINTIDÓS DE FAMILIA
Carrera 7 No. 12 C – 23, teléfono 3419906
Correo electrónico: flia22bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de abril de dos mil veintidós (2022)

REF.- MEDIDA DE PROTECCIÓN
No. 110013110022-2021-00544-00

I - Asunto

Procede el despacho a decidir el **recurso de apelación** interpuesto por el señor HERNÁN ROBERTO FRANCO CHARRY contra la resolución administrativa adiada 11 de junio de 2021, proferida por la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero de esta ciudad, dentro de la medida de protección No. 089-2021.

II - Antecedentes

1. Consideración preliminar

Las presentes diligencias se originan en la solicitud de medida de protección No. 089-2021, presentada por el señor HERNÁN ROBERTO FRANCO CHARRY contra la señora ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ.

2. De la medida de protección

2.1. Mediante solicitud del 22 de abril de 2021, el accionante HERNÁN ROBERTO FRANCO CHARRY, a través de apoderada judicial, acudió a la Comisaria Primera de Familia - Usaquén I de esta ciudad, con el fin de solicitar medida de protección a su favor, de su hija JULIETA FRANCO ISAZA de 2 años de edad, y de sus hijos CARLOS ROBERTO, NICOLÁS, JUAN CAMILO y SUSANA FRANCO, y en contra de ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ, por presuntas conductas tipificadas como de violencia intrafamiliar (pp. 3-14, expediente digital, 1ª parte).

2.2. Por medio de auto de la misma fecha, la Comisaria de Familia avocó conocimiento y admitió la solicitud, ordenó medida provisional de protección a favor de la niña JULIETA FRANCO ISAZA y en contra de la denunciada, y remitió las diligencias por competencia a la Comisaría de Familia de Chapinero (pp. 117-128, expediente digital, 1ª parte).

2.3. El 28 de abril de 2021 la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero avocó el conocimiento del asunto, mantuvo las medidas provisionales y fijó fecha para la audiencia de trámite y fallo (pp. 85-87, expediente digital, 2ª parte).

2.4. El 6 de mayo de 2021 se llevó a cabo audiencia de trámite de manera presencial, en la cual el accionante HERNÁN ROBERTO FRANCO CHARRY se ratificó sobre los cargos presentados contra la denunciada y amplió los mismos. Por su parte, ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ llevó a cabo los respectivos descargos (pp. 121-132, expediente digital, 3ª parte).

2.5. El 14 de mayo de 2021 se realizó la audiencia de trámite en la cual la Comisaria de Familia se pronunció sobre las pruebas solicitadas por las partes y estableció visitas provisionales a la señora ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ a favor de la menor de edad (pp. 149-157, expediente digital, 3ª parte).

2.6. El 21 de mayo, 4 de junio y 10 de junio continuó con la audiencia de trámite, a través de la plataforma de microsoft teams, en la cual la Comisaría de Familia practicó las pruebas decretadas (pp. 270-274, expediente digital, 4ª parte).

2.7. El 11 de junio siguiente se realizó la audiencia de fallo en la que la Comisaria de Familia resolvió declarar no probados los hechos denunciados y se abstuvo de otorgar medidas de protección definitivas en contra de ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ, razón por la cual el apoderado judicial del accionante, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación (págs. 37-64, expediente digital, 6ª parte).

2.8. Para resolver los argumentos del impugnante que se exponen dentro de la presente providencia, la Comisaría de Familia ordenó remitir las diligencias ante este Despacho en efecto devolutivo.

III - Consideraciones del despacho

Sea lo primero señalar que la Ley 294 de 1996 y su posterior modificación introducida por la Ley 575 de 2000, constituyen el desarrollo legal de los postulados emanados de los artículos 42, 43 y 44 de la Carta Política, de los cuales se desprende, a su vez, el rango constitucional ius-fundamental al cual fueron elevados la familia como núcleo esencial de la sociedad, así como los menores de edad y las mujeres, particularmente aquellas que son cabeza de familia, como grupos vulnerables de la sociedad, constituyéndolos como sujetos de especial protección por parte del Estado. Por tanto, se ha dispuesto de este especial mecanismo como forma efectiva de protección y erradicación de cualquier conducta constitutiva de violencia intrafamiliar que directa o indirectamente lesione los derechos de quienes componen el seno familiar.

En punto a la delimitación de las conductas que recaen en la órbita de competencia de esta acción, la Corte Constitucional¹ compendió las mencionadas por el artículo 2º de la Ley 294 de 1996 señalando: *“Por violencia intrafamiliar puede entenderse todo daño o maltrato físico, psíquico o sexual, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan bajo el mismo techo, ascendientes o descendientes de éstos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”* (Se destacó).

La violencia intrafamiliar suele estar relacionada con diversas causas “culturales, sociales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas que vulneran la dignidad humana”, pero la violencia históricamente ha estado inmersa en relaciones de dominio y poder entre hombres y mujeres, es por tal razón que distintas disciplinas han unido esfuerzos para promover la igualdad entre géneros y poder reducir los actos violentos al interior de las familias.

¹Corte Constitucional, sentencia C-059 de 2005.

Es por ello que, la comunidad mundial consciente de dichos problemas sociales y en especial la discriminación que se dirige contra las mujeres ha desarrollado importantes tratados e instrumentos jurídicos para la protección de cualquier tipo de violencia de género, tal es el caso de la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer (CEDAW 1981), la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993); y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995).

Siguiendo la misma preocupación e interés, la Organización de los Estados Americanos (OEA), en la Convención de Belém do Pará (1995), prohibió todo tipo de discriminación contra la mujer y dotó de parámetros jurídicos a todos los estados adscritos a esta organización para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, verbigracia el artículo 1º de Declaración de la ONU sobre la Eliminación de la Violencia (1993) define así la violencia contra la mujer “se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

En ese mismo sentido en el marco de los Derechos Humanos se ha encuadrado la violencia intrafamiliar “como aquella acción realizada al interior de la familia por uno de sus miembros, que lesionan y amenazan la vida, la integridad, la autonomía, la libertad individual y la dignidad humana de quienes la integran”, es decir, son aquellos actos los que producen daños físicos o psíquicos, la tortura, el trato cruel - intimidatorio o degradante - la agresión, el maltrato, la amenaza, el ultraje, el agravio y cualquier otra forma de agresión, es por tal razón que todos los estado deben proscribir toda conducta que atente, amenace o vulnere la integridad familiar.

Acogiendo los conceptos y el interés internacional el Estado Colombiano mediante la ley 51 de 1981 adoptó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), en la cual todos los países integrantes condenaran cualquier tipo y forma de segregación dirigida a la mujer.

Mediante la Ley 248 de 1995, la República de Colombia adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de' Belém Do Pará".

En consecuencia, el artículo 93 de la Constitución Política indica que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”, dichos tratados conforman lo que se conoce como el Bloque de Constitucionalidad, es decir la normas, tratados y convenios internacionales aprobados y ratificados por Colombia se integrarán al mandato superior interno y tendrán la misma relevancia e importancia que el derecho Constitucional interno.

Con la expedición de la Ley 294 de 1996, se materializó el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia, puesto que se establecieron las normas para prevenir, remediar y sancionar cualquier tipo de violencia familiar, a través de esta normativa las autoridades han sido provistas de directrices jurídicas para proteger al grupo familiar e imponer ciertas medidas.

Dentro de las medidas de protección a la que puede acudir la víctimas de conformidad con el artículo 5 de la ley 294 de 1996, modificado por el artículo 2º de la ley 575 de 2000, y a su vez modificado por los artículos 17 de la ley 1257 de 2008, 17 de la ley 2126 de 2020 y finalmente por el artículo 60 de la ley 2197 de 2022, vale resaltar las siguientes (i) ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima; (ii) ordenar al agresor abstenerse de

penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima; (iii) ordenar al agresor el pago de los gastos médicos, psicológicos y psíquicos que requiera la víctima; (iv) y ordenar una protección temporal especial para la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo.

De igual forma a partir de la vigencia de la Ley 575 del año 2000 se otorgó la facultad a los Comisarios de Familia, permitiéndoles la imposición de medidas de protección provisionales o definitivas contra el agresor, la solicitud de pruebas periciales, la orden de arresto y todas aquellas funciones inherentes a la protección y prevención de todas las formas de violencia intrafamiliar.

Y es precisamente con base en la citada competencia que las autoridades administrativas pueden imponer una medida de protección las cuales son susceptibles del recurso de apelación

1. De la apelación.

Notificado en estrados por la Comisaria Novena de Familia de Bogotá de la decisión de fondo, el señor HERNÁN ROBERTO FRANCO CHARRY, a través de apoderado judicial, interpuso el recurso de alzada señalando, entre cosas, lo siguiente: *“(...) dos situaciones: la primera, una incongruencia respecto de la decisión y los hechos advertidos por el señor Roberto Franco en los escritos de inicio de esta actuación, y segundo un error en la valoración probatoria encaminado a acreditar exclusivamente los hechos exceptivos y dejando de lado los hechos constitutivos de la violencia intrafamiliar.*

“En cuanto a la incongruencia, se advierte que las quejas o los hechos constitutivos puestos de presente no hacían relación a la conducta de la señora Alejandra Isaza ni al desarrollo de su profesión, ni siquiera a sus publicaciones y su cuenta de Instagram, si no al hecho de que en una misma cuenta con fines evidentemente comerciales y publicitarios se publiquen a la vez imágenes en gran cantidad de la niña, ese es el riesgo que no ha sido advertido y que se evidencia en esta decisión que ni las partes ni la señora Comisaria ha advertido el alcance

de dicha situación de riesgo y que ha sido tratada como un hecho constitutivo de violencia. Hecho que seguramente se hubiera podido aclarar si la señora Comisaria hubiera aceptado los medios probatorios que se asomaron en ese sentido, como escuchar a un experto en riesgos derivados de las publicaciones de la imagen de los menores, repito, debo aclarar que esta incongruencia se da porque se evidenció que se advertía una especie de queja o de rechazo a las publicaciones de la señora Alejandra Isaza, lo cual no ocurrió, por lo menos durante el desarrollo probatorio, si no a los riesgos derivados de publicar en una misma cuenta imágenes de la menor y del desarrollo profesional de la señora Alejandra.

“Frente a la valoración probatoria, pues efectivamente se evidencia en toda la motivación de la decisión que los medios probatorios fueron todos analizados exclusivamente para encontrar los hechos exceptivos, dejando de lado lo que acreditaba los hechos constitutivos, error evidente de valoración probatoria que se solicitará al juez de familia vuelva a analizar. ¿En qué sentido? Basta señalar la valoración de los testimonios. Se ha desdibujado o cercenado el alcance de la declaración de la señora Ángela y se han afirmado cosas que ella no dijo en su declaración, como, por ejemplo, advertir que ella indicó que no vio ningún acto violento en el ingreso, al contrario, en esa declaración ella manifestó que si había habido el ingreso de los policías, que si estaban los otros hijos, que fue una situación agresiva.

“Se le da toda la credibilidad a la testigo, la doctora Carolina Martínez, asomada por la señora Alejandra Isaza, cuando resultó evidente de la propia declaración, porque llegó hasta el llanto, {el} clar{o} favorecimiento a favor de la señora Alejandra y la animadversión hacia el señor Roberto Franco, en donde todas sus afirmaciones fueron encaminadas a justificar las actuaciones de Alejandra, y de allí que la señora Comisaria también termina justificando las actuaciones, incluso con una tesis maquiavélica en el sentido de aceptar que cualquier acto se justifica por los fines a los que ellos se deban, pero aquí señora Comisaria quedo evidenciado que la señora Alejandra Isaza hizo uso indebido de la fuerza policial para ingresar a una residencia que ya no era la suya y arrebatar de allí a la menor J.F.I. ese hecho está acreditado incluso por los mismos documentos audiovisuales asomados por la señora Alejandra y no podría

justificarse su actuación en un hecho que ha podido ser denunciado y desarrollado directamente por la señora Alejandra pero que en este procedimiento no es materia de discusión, entonces justificar o llegar a una especie de compensación de culpas en la actuación de Alejandra por las actuaciones anteriores del señor Roberto, no es de recibo en una actuación como la que nos ocupa.

“Finalmente, frente a las argumentaciones de la no violación de la intimidad procesal por el desarrollo de la sentencia T- 260 de 2012; la sentencia T- 260 de 2012 es clara en advertir que, si bien se hacen las publicaciones en redes sociales, lo que no puede generarse es esa sobreexposición, y la sobreexposición está dada, reitero, por el carácter comercial y público de la cuenta de la Sra. Alejandra”.

2. De la sustentación de la alzada

Como lo dispone el **artículo 328** del Código General del Proceso, en concordancia con el inciso último del numeral 5º del artículo 327 ibídem, el Despacho **únicamente** es competente para pronunciarse sobre los argumentos expuestos por el apelante ante la primera instancia, y que fueron desarrollados por este en la sustentación del mismo.

En virtud de lo anterior, es preciso clarificar que este operador judicial solo se pronunciará respecto a los reparos concretos expuestos en la diligencia realizada el 11 de junio de 2021, que fueron ampliados por el abogado recurrente en el escrito aportado ante la Comisaría de Familia el 21 de junio de 2021 (págs. 101-105, expediente digital, 6ª parte), y que se pueden sintetizar, de la siguiente manera:

“DE LA INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA COMO SUSTENTO DE LA APELACIÓN: La señora Comisaria desplegó toda la labor valorativa del caudal probatorio, a encontrar el sustento de los hechos exceptivos que finalmente declaró en su decisión, pero cercenó el alcance de los medios de convicción que la han debido llevar a advertir que, en efecto, había actos de violencia en contra del denunciante, su núcleo familiar y la menor JFI.

“En efecto, dentro del expediente se advierte que hay por lo menos tres hechos constitutivos de violencia intrafamiliar, con su respectivo soporte probatorio.

“El primero de ellos, es que la señora ISAZA, sin mediar orden de autoridad, y usando en palabras de mi mandante mecanismos que son materia de investigación disciplinaria y penal, logró el acompañamiento de la policía para ingresar sin autorización ni justificación a la residencia del señor FRANCO, y arrebatar violentamente a la menor JFI, estando presentes los hermanos de la niña. Y otra hermana también menor de edad quien tuvo que presenciar todo el irregular operativo. El simple hecho de ingresar con policías armados y sin orden de autoridad es una afrenta contra la familia y la persona del señor Franco y de su hija, no se requiere, como lo argumenta en su decisión, que existiera violencia física o verbal, sino que el mero ingreso irregular y sacar a la menor JFI de su residencia, es constitutivo de una conducta que amerita su reproche y la imposición de medidas correctivas.

“Tampoco es de recibo que se argumente una especi[e] de compensación de culpas o de conductas, trayéndose a colación el retorno de Medellín a Bogotá de la menor por parte del padre, pues de ello ha debido haber alguna denuncia al menos por parte de la madre, pero no la hay, y solo se argumentó para atacar al denunciante, es decir, la señora Comisaria convirtió en este caso al denunciante en el investigado, sin imputarle durante el proceso cargo alguno.

“(…)

Finalmente, la señora Comisaria limitó la posibilidad de conocer el verdadero alcance de los riesgos generados para JFI y la familia, por la publicación en redes sociales con fines comerciales, conjuntamente, de historias o fotografías de la menor, de la madre y la hija y de videos propios de la profesión de la madre, pero evidentemente no hay conocimiento de la dimensión de los riesgos que esto genera, de la afectación a la imagen y se negó por parte de la Comisaría a oír la orientación que se requiere por parte de expertos en seguridad de redes sociales.

“(…)”

3. Del caso concreto.

Sobre el particular, es preciso señalar que los argumentos de inconformidad del accionante frente a la decisión de la autoridad administrativa se compendian en 5 puntos, los cuales serán desatados seguidamente, a saber:

3.1. Uso indebido de la fuerza policial por parte de la accionada y existencia de violencia intrafamiliar por el ingreso al domicilio del accionante.

Alegó el recurrente que “la señora ISAZA, sin mediar orden de autoridad, y usando en palabras de mi mandante mecanismos que son materia de investigación disciplinaria y penal, logró el acompañamiento de la policía para ingresar sin autorización ni justificación a la residencia del señor FRANCO, y arrebatarse violentamente a la menor JFI, estando presentes los hermanos de la niña. Y otra hermana también menor de edad quien tuvo que presenciar todo el irregular operativo. El simple hecho de ingresar con policías armados y sin orden de autoridad es una afrenta contra la familia y la persona del señor Franco y de su hija, no se requiere, como lo argumenta en su decisión, que existiera violencia física o verbal, sino que el mero ingreso irregular y sacar a la menor JFI de su residencia, es constitutivo de una conducta que amerita su reproche y la imposición de medidas correctivas”.

Sea del caso recordar que de conformidad con el artículo 4º de la Ley 294 de 1996 “Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”, reformado por la ley 575 de 2000, que a la letra dice: “Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico o síquico, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al Comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de éste al Juez Civil Municipal o promiscuo municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que ésta se realice cuando fuere inminente”.

En este orden, resulta importante destacar que el hecho que el accionante se haya sentido agredido, ofendido o agraviado porque la madre de su hija ingresó a su domicilio con el ánimo de llevarse a la niña, no lo convierte a él ni a los demás miembros del grupo familiar en víctimas de violencia intrafamiliar a la luz de las

disposiciones legales, constitucionales convencionales aplicables a la materia, ni este hecho por sí solo configura un acto violento atribuible a la accionada, por las siguientes razones:

La señora ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ hace parte del núcleo familiar de la niña JFI, en calidad de progenitora, y quien en el momento de la ocurrencia de los hechos contaba con la edad de dos (2) años y se encontraba en el lugar de residencia del progenitor, no propiamente en cumplimiento del régimen de visitas, ni con la anuencia de la madre, toda vez que el mimo señor HERNÁN ROBERTO FRANCO CHARRY trasladó de manera arbitraria a su menor hija del lugar de domicilio de la niña, Medellín, a la ciudad de Bogotá

Existía un acuerdo privado entre los señores HERNÁN ROBERTO FRANCO CHARRY y ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ fechado 14 de diciembre de 2020 (paginas 34-40, expediente digital, 5ª parte), el cual pretendían elevar a escritura pública, y en el que destaca

“(…) Con relación al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones para con nuestra hija menor {JFI}, hemos llegado al siguiente acuerdo: (...) CUSTODIA Y DOMICILIO: La custodia y cuidados personales de la menor hija común, {JFI}, estará a cargo de los dos padres y el domicilio de la menor será determinado por la Madre, la cual será desde la fecha del presente acuerdo en la ciudad de Medellín, notifíquese en la carrera 50 núm. 67-30 apartamento 304 bloque 2 de Itagüí Antioquia (...) El padre, HERNAN ROBERTO FRANCO CHARRY, podrá visitar a su hija, diariamente durante tres (3) horas, retirándolo del hogar materno, y retornándola oportunamente al mismo lugar, sin afectar la privacidad de la madre, en ejercicio de la custodia (...) De todas maneras, cada quince (15) días, el padre podrá retirar a la menor del hogar materno, aproximadamente al atardecer de los días viernes y permanecerá con ella durante el fin de semana, comprometiéndose a reintegrarla al mismo lugar al atardecer del día domingo, o del lunes siguiente, si se tratase de los comúnmente denominados "puentes".”

En este orden, se evidencia que, en principio, las partes cumplieron con lo acordado en privado frente a la custodia, cuidado personal y visitas de la menor de edad, toda vez que la señora ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ se trasladó a la ciudad de Medellín con su hija, donde estableció su domicilio y el de la menor de

edad, y la matriculó en un jardín infantil. Por su parte el señor HERNÁN ROBERTO FRANCO CHARRY en las conversaciones que sostuvo con la denunciada el 18, 20 y 21 de enero de 2021, expresó su intención de ejercer las visitas a su hija en compañía de sus otros hijos. No obstante, en ejercicio de las mismas, trasladó a la menor de dos años de edad sin el consentimiento de su progenitora a la ciudad de Bogotá y no la regresó el domingo en la tarde según lo acordado.

Al respecto, es preciso señalar que los acuerdos privados que realicen los progenitores, con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones para con sus hijos y los derechos fundamentales de los menores de edad, son ley para las partes, por manera que podrán exigir a las autoridades competentes su observancia (incisos 5º y 7º artículo 129 del Código de la Infancia y la Adolescencia).

Ahora bien, el mismo señor HERNAN ROBERTO FRANCO CHARRY pretendió obtener la custodia de su menor hija trasladándola a la ciudad de Bogotá y sustrayendo a la progenitora de la tenencia de la niña incurriendo, en primer lugar, en una conducta punible prevista en el artículo 230A del Código Penal que sanciona, precisamente, *“al padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte, a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal”*

Dicha conducta también está considerada como violencia, no solamente contra la hoy progenitora sino con la misma infante reprochada por el ordenamiento jurídico toda vez que con frecuencia ellas comparten factores de riesgo comunes particularmente por razones de género y es el que ha propiciado el señor FRANCO CHARRY pretendiendo obtener a la fuerza la custodia de la niña en un domicilio diferente al de ella como quedó evidenciado en estas diligencias.

Así las cosas, se tiene que el día lunes (no festivo) 25 de enero de 2021 la señora ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ ingresó al lugar de habitación del señor HERNÁN ROBERTO FRANCO CHARRY y recuperó a la niña, en el entendido que debía proseguir con el ejercicio de la custodia de su hija como lo habían acordado, de manera que para este operador judicial la actuación de la denunciada no constituyó violencia intrafamiliar.

Finalmente, tampoco es de recibo el alegato consistente en que la señora ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ debía tener una orden judicial para ingresar al

inmueble y llevarse a su hija, o que su actuar fue irregular o ilegal porque iba acompañada de una profesional del derecho y dos policías, como quiera que el análisis sobre dicha conducta compete a otras dependencias judiciales y no a la jurisdicción especializada en asuntos de familia, como incansablemente se le informó al accionante durante el trámite administrativo.

En este punto es preciso resaltar la importancia del vínculo materno en la primera infancia, el análisis de las circunstancias especiales en que se encuentren los menores de edad, la discrecionalidad de las autoridades judiciales al momento de decidir sobre la custodia, así como la proporcionalidad y razonabilidad de las autoridades administrativas en la imposición de las medidas de protección provisionales y definitivas, como quiera que prima el interés superior del niño, niña o adolescente sobre el de los adultos.

Al respecto, la Corte Constitucional² ha destacado *“el trascendental rol que juegan las autoridades judiciales en la satisfacción de las garantías fundamentales de los niños, y ha fijado unas reglas concretas dirigidas a asegurar que los procesos judiciales que tengan la potencialidad de alterar de cualquier forma la situación de un niño se tramiten y resuelvan desde una perspectiva acorde con los postulados que propenden por la salvaguarda de su bienestar y con su condición de sujeto de especial protección constitucional. Lo anterior, en los siguientes términos: i) se deben contrastar sus “circunstancias individuales, únicas e irrepetibles” con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil; ii) los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor en determinado proceso; iii) las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el curso del proceso, considerando las valoraciones de los profesionales y aplicando los conocimientos técnicos y científicos del caso, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para el menor; iv) tal requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia constitucional (supra núm. 13); v) los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo cual implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad; y vi) las decisiones susceptibles*

² Sentencia T-033/20.

de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad”.

3.2. Compensación de culpas.

Manifestó el recurrente que “(...) la señora Comisaria también termina justificando las actuaciones, incluso con una tesis maquiavélica en el sentido de aceptar que cualquier acto se justifica por los fines a los que ellos se deban (...) entonces justificar o llegar a una especie de compensación de culpas en la actuación de Alejandra por las actuaciones anteriores del señor Roberto, no es de recibo en una actuación como la que nos ocupa”.

Adicionalmente, en la sustentación del recurso arguyó que “Tampoco es de recibo que se argumente una especi[e] de compensación de culpas o de conductas, trayéndose a colación el retorno de Medellín a Bogotá de la menor por parte del padre, pues de ello ha debido haber alguna denuncia al menos por parte de la madre, pero no la hay, y solo se argumentó para atacar al denunciante, es decir, la señora Comisaria convirtió en este caso al denunciante en el investigado, sin imputarle durante el proceso cargo alguno”.

Contrario a lo manifestado por el recurrente esta sede judicial no encuentra asidero en lo expuesto toda vez que en ningún aparte del fallo se avizora que la Comisaría de Familia haya justificado el proceder de la señora ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ al margen que como progenitora de su menor hija haya acudido al apartamento del progenitor de la niña en aras de regresar a la menor de edad a su domicilio en la ciudad de Medellín, lugar de donde fue sustraída indebidamente por parte del señor HERNÁN ROBERTO FRANCO CHARRY como se señaló anteriormente.

3.3. Error en la valoración probatoria de los testimonios de las señoras Ángela Morales García y Carolina Martínez Torrado.

3.3.1 *Manifiesta el recurrente que “Se ha desdibujado o cercenado el alcance de la declaración de la señora Ángela y se han afirmado cosas que ella no dijo en su declaración, como, por ejemplo, advertir que ella indicó que no vio ningún acto violento en el ingreso, al contrario, en esa declaración ella manifestó que si había*

habido el ingreso de los policías, que si estaban los otros hijos, que fue una situación agresiva”.

Sobre el particular, valga recordar que en la audiencia celebrada el 4 de junio de 2021 la declarante, frente a lo ocurrido el día 25 de enero de 2021, narró que: *“ese día la señora Alejandra Isaza entró con dos policías y una señora abogada al apartamento de don Roberto y tomó la niña y, salió con la niña mientras estaba con la niña Susana, y estaban los otros dos hermanos; fue totalmente terrible porque a la niña Susana le dió un ataque de nervios totalmente, y sus hermanos todos se angustiaron, yo le dije a la señora Isaza que no que esperara que llegara don Roberto, que hablaran como dos personas adultas, pues y ella de todos modos pues salió, yo llamé a don Roberto y don Roberto llegó, eso es lo que puedo narrarle de ese momento que fue muy terrible para la niña y para todos los hermanos y hasta para mí y mis compañeras también que se angustiaron muchísimo porque en ese momento pues fue terrible ver la policía entrar a la casa que jamás había pasado algo así”.*

Por su parte, respecto a la pregunta de si la señora ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ cuando ingresó al apartamento por su menor hija con las personas aludidas anteriormente, incurrió en agresiones físicas o verbales, la testigo manifestó que no.

Sobre la declaración de Ángela Morales García, la Comisaria de Familia en la decisión objeto de estudio, señaló: *“De lo anterior y para el caso que nos ocupa, se puede evidenciar que la testigo refirió no haber sido testigo de hechos de violencia intrafamiliar por parte de la señora Alejandra Isaza Vélez, en contra del señor Hernán Roberto Franco Charry y su hija, pese a que refirió que entre las partes había diferencias por el tema de las fotografías en la redes sociales, también refirió que mientras el señor Franco Charry y la señora Isaza Vélez estuvieron conviviendo en la misma casa, observó que tenían una relación normal, en la que no presencié hechos de maltrato por parte de ninguno de los dos y sí de amor hacia la niña Julieta, aunque indicó que en los hechos ocurridos el día 25 de enero de 2021, cuando la señora Isaza se presentó en la residencia del accionante en compañía de dos policías y una abogada para llevarse a su hija, sin embargo refirió que no presencié que la accionante ingresara de manera violenta o con palabras soeces o vulgares”.*

De lo anterior, se colige que lo descrito por la autoridad administrativa sobre lo expresado por la declarante se acompasa con lo manifestado por esta, de manera que no se evidencia que se hubiese “*desdibujado o cercenado*” lo atestiguado por la señora de Ángela Morales García como lo señala el recurrente.

3.3.2. Ahora bien, en cuanto al testimonio de la señora Carolina Martínez Torrado, el apelante consideró que “*Se le da toda la credibilidad a la testigo (...) cuando resultó evidente de la propia declaración porque llegó hasta el llanto, {el} clar{o} favorecimiento a favor de la señora Alejandra y la animadversión hacia el señor Roberto Franco, en donde todas sus afirmaciones fueron encaminadas a justificar las actuaciones de Alejandra (...)*”.

Sobre la declaración de Carolina Martínez Torrado, la Comisaria de Familia en el fallo atacado, puntualizó: “*De lo anteriormente manifestado se tiene que la testigo refirió conocer a las partes por una amistad, que nunca fue testigo de hechos de violencia por parte de la accionada en contra del accionante, que el señor Franco tenía conocimiento de que la señora Isaza subía fotografías de ella y de su hija a las redes sociales y nunca tuvo conocimiento que él estuviera en desacuerdo, es más, que él en varias ocasiones fue la persona quien les tomó dichas fotos, lo que evidencia que era de su pleno conocimiento el actuar de la señora Isaza con respecto a las redes sociales, así mismo que en razón a una fotografía que la accionada no quiso subir a las redes sociales el accionante se molestó tanto que se fue de viaje dejando solas a la accionada y a su hija para la época de fin de año, de lo que se puede concluir que el señor Franco estaba en total acuerdo con que se subieran fotografías de su hija a las redes sociales de la señora Isaza. Así mismo se evidencia que la señora Isaza el día 25 de enero de 2021, se presentó en la residencia del señor Franco como consecuencia a que él durante una visita se llevó a la niña para Bogotá, sin contar con el consentimiento de la progenitora*”.

En este punto, es preciso indicar que es testimonio aludido no fue tachado por el recurrente en la oportunidad procesal correspondiente, a la luz del artículo 211 del C.G.P. que a la letra dice: “*Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas*”.

En esta línea, el profesor Hernán Fabio López Blanco³ ha enseñado que *“basta que la parte alerte al juez acerca de algunos de los aspectos transcritos para que al ser estudiado el testimonio respectivo tenga un especial cuidado al analizar la declaración, dado que al presentarse circunstancias como las advertidas cabe dentro de las posibilidades que el testigo, movido por sentimientos de interés, amor o animadversión, altere el contenido de su versión con lo que realmente sucedió u omitir aspectos que estima pueden perjudicar o favorecer a una de las partes, para lo cual es suficiente la somera referencia en el expediente acerca de esas vinculaciones que, adicionalmente, se establecen en lo que se denomina generales de ley del interrogatorio”*.

No obstante, nótese que los aspectos facticos referidos por la testigo, ya habían sido objeto de pronunciamiento por parte de la Comisaria de Familia al valorar los mensajes de WhatsApp aportados por el accionante, como se observa en el numeral 13 del acápite de “ANALISIS PROBATORIO”, en los siguientes términos:

“Mensajes de WhatsApp enviados del abonado celular 3136556824, línea perteneciente a la señora Isaza. Del amplio reporte aportado de mensajes de WhatsApp se tiene que corresponden a conversaciones de las partes, llevadas a cabo desde el mes de diciembre de 2020 al mes de abril del presente año, en los cuales se puede establecer que efectivamente existe un conflicto entre los señores Hernán Roberto Franco Charry y la señora Alejandra Isaza Vélez, por temas relacionados con su relación de pareja y el cuidado y tenencia de su hija Julieta, así mismo que el accionante tenía conocimiento que la accionada en el mes de diciembre se iba a trasladar a la ciudad de Medellín junto con su menor hija y que la niña sería matriculada en un Jardín ubicado en dicha ciudad, haciéndose cargo el accionado de los gastos de la matrícula y pensión. De la lectura de las conversaciones también se observa que el señor Franco Charry en el mes de enero de 2021, en el ejercicio de las visitas trasladó a su hija desde la ciudad de Medellín a la ciudad de Bogotá, sin la previa autorización de la progenitora, al igual que la señora Isaza Vélez en compañía de las Autoridades de Policía se presentó en la casa del señor Franco Charry a recoger a su hija, situación que según lo informado por el accionante, afectó a la menor de edad, a él mismo y a sus demás hijos que también estaban presentes, situación que se debió a un manejo inadecuado de la custodia de la menor de edad por parte de su progenitor, si bien la accionante se presentó con las autoridades de Policía en la residencia del señor Franco Charry a reclamar que le devolviera a su hija, la

³ Código General del Proceso – Pruebas, paginas 302-303, DUPRÉ Editores Ltda., 2019.

manera en que se llevó a cabo la diligencia por parte de la Policía Nacional no es de competencia de este Despacho, ni lo es revisar o calificar dicho proceder por parte de dicha autoridad, y como lo ha manifestado el accionante, se encuentra en curso una serie de demandas e investigaciones en contra de los funcionarios que adelantaron dicha diligencia. Es importante anotar que en las conversaciones, también se evidencia que el aquí accionante, dentro de las visitas con su menor hija, al trasladarla a la ciudad de Bogotá, en varias oportunidades era renuente a entregarla o devolverla a su progenitora, en las fechas y horas acordadas por ambos padres y en cumplimiento al acuerdo pactado ante el Defensor de Familia de Bogotá. Así mismo, en ninguna conversación se puede establecer que la señora Alejandra Isaza, haya generado algún tipo de violencia intrafamiliar en contra del señor Hernán Roberto Franco, ni en contra de su hija J.F.I. y de los hijos del accionante. De igual manera se evidenció que debido a que la accionada no accedió a subir una fotografía en la que aparecía los tres (Sr. Franco, Sra. Isaza y su hija de bebe), refiriéndole darle la última oportunidad para que la accionada subiera la fotografía que él le indicó y ella y su hija fuera de viaje con el accionante y sus demás hijos a "Disney" motivo por el cual decidió dejarlas solas en su casa en Bogotá, así mismo que cuando la señora Isaza le manifestó que se iría para Medellín con su familia, el señor Franco estuvo de acuerdo, por lo que era de su pleno conocimiento que ella viajaría para la ciudad de Medellín junto con su hija Julieta". (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, no se advierte que se le haya dado “toda la credibilidad” a la declaración de la testigo ni que su versión haya incidido de manera única en la decisión de la autoridad administrativa, máxime cuando la señora Carolina Martínez Torrado aceptó que fue la accionada quien le contó lo sucedido y aclaró cuales hechos le constaban directamente por la amistad que sostuvo con el accionante.

3.4. Incongruencia del fallo respecto de la denuncia inicial presentada por el accionante, toda vez que la Comisaría de Familia no advirtió el riesgo por la sobreexposición de la niña por parte de su progenitora, como quiera que publicó imágenes y videos de la menor de edad en su cuenta de Instagram, la cual es pública y tiene fines comerciales y publicitarios.

Enfatiza el recurrente que “las quejas o los hechos constitutivos puestos de presente no hacían relación a la conducta de la señora Alejandra Isaza ni al

desarrollo de su profesión, ni siquiera a sus publicaciones y su cuenta de Instagram (...)”, razón por la se denota la incongruencia en el fallo.

Cabe destacar que, en los hechos de la denuncia presentada por el señor HERNÁN ROBERTO FRANCO CHARRY contra ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ, los cuales fueron consignados por la Comisaria Primera de Familia - Usaquén I de esta ciudad en el auto de 22 de abril de 2021, mediante el cual avocó conocimiento de la solicitud de la medida de protección sin ser competente, el denunciante manifestó que:

“18. Así mismo ha publicado en el último mes imágenes de mi hija Julieta en vestido de baño, utilizándola como imagen para promociones comerciales, en otras enseñándole a modelar en tacones, con amigas cercanas escuchando música ranchera y haciendo comentarios exclusivos para el lenguaje de adultos, todo esto, vulnerando y violando la intimidad, la personalidad al ser una niña de escasos dos años sin capacidad de auto determinarse. Al igual de fotografías que exhiben a mi hija en condiciones de exposición de su cuerpo y persona.

19. Con las situaciones mencionadas la madre de mi hija la expone a los siguientes riesgos la sobreexposición que muchos adultos, principalmente padres, hacen de menores en sus redes sociales, a través de fotos y videos varios peligros entre los que están el ciberbullying, la creación de perfiles falsos y el uso de fotografías en páginas de explotación sexual infantil.

(...)

Máxime señora comisarla cuando en varios medios de comunicación la madre a enfatizado que viene de una vida de grandes lujos y un alto nivel económico, lo cual. acompañado del hecho de que parte de sus seguidores son personas convocadas por las fotos de carácter explícito y sensual, hace así todo esto, que mi hija se convierta en un objetivo para los delincuentes que están en búsqueda de una víctima para secuestros, extorsión y otros tipos de delito.

Además, Señora Comisaria, también a exhibido imágenes de mi hija en medios publicitarios con fines comerciales. donde estos, constituyen una inducción a que mi hija forme parte de ese gremio que usted podrá observar en el Instagram de la señora Alejandra Isaza, está dirigida a adultos y tiene un contenido en muchas de sus fotos de carácter sensual y erótico. Inducir a mi hija a este medio desde su

muy corta edad y aprovechar su imagen para vender ropa y otros productos corresponde al equivalente del trabajo que con el fin de llamar la atención o remunerarse la madre, afecta de manera grave la seguridad de mi hija, dado que concurre a sitios de filmación que podrá usted comprobar en sus historias de Instagram donde le quieren enseñar a modelar y además rodeada de personas que incumplen todos los protocolos de bioseguridad en la actual pandemia.

Honorable Comisaria, las actuaciones de la señora Alejandra no solamente inducen a los espectadores de sus entrevistas a {formarse} un mal aspecto de mí, dado que se ha victimizado expresando el acompañamiento de Dios ante grandes dificultades que afronta, sino que también pone en riesgo la salud mental, el bienestar y la seguridad de mis demás hijos.

(...)”.

Por esta razón, se avizora que la sentencia cuestionada se pronuncia sobre las denuncias transcritas anteriormente, las cuales no solo refieren el tema de la sobreexposición de la menor de edad en la cuenta de Instagram de la progenitora, sino con relación al “gremio” del que hace parte la señora ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ en su condición de modelo profesional y al modo que conduce su carrera; por manera que no se colige la incongruencia alegada.

Ahora bien, con el fin de desarrollar el ítem de la supuesta sobreexposición de la niña en Instagram, la Comisaria de Familia recordó que que en la sentencia T-260 de 2012⁴ la Máxima Protectora de la Carta Magna que: “Los derechos de los usuarios pueden verse afectados además con la publicación de contenidos e información en la plataforma –fotos, videos, mensaje, estados, comentarios a publicaciones de amigos-, “pues los alcances sobre la privacidad de los mismos pueden tener un alcance mayor al que consideró el usuario en un primer momento, ya que estas plataformas disponen de potentes herramientas de intercambio de información, de capacidad de procesamiento y de análisis de la información facilitada por los usuarios⁵”

⁴ Corte Constitucional, Magistrado Ponente doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Tomado de Estudios sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales on line. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación. Agencia Española de Protección de Datos.

Luego, la Alta Corporación enfatizó que *“En el caso en particular de los menores de edad los riesgos están íntimamente relacionados con lo siguiente:*

“-Los niños y niñas tienen la posibilidad de acceder en las redes sociales a contenidos de carácter inapropiado para su edad.

“-Los menores tienen la posibilidad de iniciar contacto on line, e incluso físicamente con usuarios malintencionados.

“-Existe proliferación de la información personal gráfica de los menores, ya sea publicada por ellos mismos o por terceros con desconocimiento de los riesgos a los cuales pueden ser expuestos.”

Por consiguiente, consideró que *“Las anteriores circunstancias pueden exponer a los niños y niñas, en caso de no acceder al mundo de las redes sociales con el debido acompañamiento de los padres a situaciones como abusos, discriminación, pornografía y otros que pueden incidir de manera negativa en su crecimiento y desarrollo armónico e integral”*.

Con sujeción a lo anotado en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, es claro que existe un riesgo de afectación a los derechos fundamentales a la intimidad, datos personales e imagen en redes sociales de los menores de edad, sujetos de especial protección constitucional, por manera que, como acertadamente lo expuso la autoridad administrativa en su decisión, cualquier publicación en redes sociales de contenidos audiovisuales y fotos de un menor de edad no conlleva un riesgo que puede afectar sus derechos fundamentales, de ahí la pertinencia de las recomendaciones establecidas en el Memorandum de Montevideo sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en internet, en particular de niños, niñas y adolescentes traído a colación por el Tribunal Constitucional en el fallo antes citado.

En este orden de ideas, es claro que la proliferación de la información gráfica de los niños, niñas y adolescentes en redes sociales está íntimamente relacionada con uno de los riesgos de afectación a sus derechos fundamentales, pero tal sobreexposición no instituye en si misma el quebrantamiento de los postulados constitucionales de los menores de edad, como lo estima el apelante.

Por consiguiente, la publicación de fotos o videos de un menor de edad en cualquiera de las plataformas en internet, no conlleva un riesgo de afectación a sus garantías constitucionales, de modo que resulta irrelevante si la red social es

pública o privada, con algunos o miles de seguidores, etc., salvo que pueda determinarse que su contenido es transgresor de los derechos a la intimidad, datos personales, imagen, o son utilizadas con fines de explotación comercial, sexual o laboral.

Así las cosas, se colige equivocada la interpretación de la sentencia T-260 de 2012 que hace el impugnante, ya que, según su tesis, la mera proliferación de información gráfica de la niña en la página de Instagram de su progenitora, la cual utiliza para fines comerciales y publicitarios, configura violencia intrafamiliar.

Y es que, la Comisaria de Familia valoró las fotografías y videos aportados al expediente publicados en la página de Instagram de la señora ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ, sin advertir en ellos quebrantamiento a los derechos fundamentales de la niña, ni acto constitutivo de violencia intrafamiliar como lo expresó en su decisión, apreciación probatoria que no mereció reproche alguno de la parte accionante.

En consecuencia, no haya razón este operador judicial en que en el ordinal QUINTO del fallo recurrido se instara a los padres de JFI para que “*se ABSTENGAN de publicar en sus redes sociales, fotografías o videos de su hija (...) sin previa autorización entre ellos*”, dado que tienen la responsabilidad mutua del cuidado y formación personal de la menor de edad, de modo que, si alguno no es garante de sus derechos fundamentales, existen los mecanismos legales para su protección.

Por lo anterior, el despacho modificará en lo pertinente el fallo recurrido, en el sentido de dejar sin valor ni efecto el ordinal QUINTO, como se indicará en la parte resolutive de la sentencia

3.5. La negativa de la Comisaria de Familia frente a la recepción de la declaración de expertos en seguridad de redes sociales, lo cual impidió determinar la gravedad del riesgo al que se expuso a la menor de edad.

Analizada la sentencia T-260 de 2012, encuentra este despacho acertada la decisión de la Comisaria de Familia al estimar impertinente la prueba pericial solicitada por la parte actora, como quiera que basta con observar el objeto de la misma, esto es, determinar la gravedad del riesgo al que se expuso a la menor de edad, como quiera que, según lo estudiado por la Alta Corporación, la

publicación de una fotografía de un menor de edad en internet constituye riesgo de afectación a sus derechos fundamentales, entonces, resulta fútil la declaración de expertos en seguridad de redes sociales.

Así las cosas, correspondiéndole a la parte demandante la carga de la prueba y comoquiera que no se advierte la existencia de violencia física o síquica, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de la accionada hacia el accionante o sus hijos, la autoridad administrativa de manera acertada declaró no probados los hechos denunciados, se abstuvo de otorgar medidas de protección definitivas y derogó las que provisionalmente había establecido la Comisaría de Familia homologa.

En conclusión, este despacho determina que la actividad desplegada por la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero de Bogotá, se ajusta a derecho y a los principios constitucionales, por lo que se procederá a confirmar la providencia atacada.

IV - Decisión

Por lo expuesto, el Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia emitida el 11 de junio de 2021 por la Comisaría Segunda de Familia de Chapinero de Bogotá, en el trámite de Medida de Protección No. 089-2021 instaurada por HERNÁN ROBERTO FRANCO CHARRY en contra de ALEJANDRA ISAZA VÉLEZ, **MODIFICANDO** la parte resolutive de la misma en el sentido de REVOCAR el ordinal QUINTO, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Comuníquese por el medio más expedito la presente decisión a las partes.

TERCERO: Cumplido lo anterior, devuélvase el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read "J. Buitrago F.", with a stylized initial "J" and a period at the end.

JOSÉ RICARDO BUITRAGO FERNÁNDEZ
JUEZ

M.O.G.