



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado ponente

STC8096-2020

Radicación n°. 11001-22-10-000-2020-00344-01

(Aprobado en sesión de dieciséis de septiembre de dos mil veinte)

Bogotá, D. C., dos (2) de octubre de dos mil veinte
(2020)

Decide la Corte la impugnación formulada respecto de la sentencia proferida el 31 de julio de 2020, por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la acción de tutela promovida por Ana Isabel Molano Alfonso y Diego Giovanni Acero Molano frente al Juzgado Veintiséis de Familia de la misma ciudad y la Comisaría de Familia de Usaquén, con ocasión del trámite de “*restablecimiento de derechos*” iniciado por Pilar Andrea Ocampo Zamora contra el aquí actor.

1. ANTECEDENTES

1. Los accionantes reclaman la protección de sus prerrogativas a la vida, ambiente sano y mínimo vital presuntamente vulnerados por la autoridad convocada.

2. De la descripción fáctica narrada por los demandantes y de la información aquí allegada, se coligen los siguientes supuestos fácticos:

En Resolución de 2 de octubre de 2019, la Comisaría de Familia de Usaquén 1 resolvió el segundo incidente de incumplimiento, por parte de Diego Giovanni Acero Molano, a la medida de protección decretada a favor de Pilar Andrea Ocampo Zamora y los menores M.A.O. y D.A.A.O., imponiendo en contra de aquél, sanción de treinta (30) días de arresto “*por conductas nada apropiadas por parte del suscrito*”; determinación confirmada por el juzgado accionado, en proveído de 2 de julio de 2020.

Indican que, luego de una conciliación entre Acero Molano y Ocampo Zamora, mediante Resolución n° 00102 de 10 de febrero de 2020, la entidad administrativa querellada modificó la medida de restablecimiento de derechos ordenada en la Resolución n° 001347 de 10 de diciembre de 2019, y dispuso la ubicación inmediata de los niños en el medio familiar de su abuela paterna, Ana Isabel Molano Alfonso, aquí promotora, fijando una cuota de

alimentos en cabeza de ambos padres a favor de sus descendientes.

En criterio de los actores, la sanción antes descrita debe sustituirse por otra no restrictiva de la libertad, a fin de garantizar que el progenitor continúe ejerciendo su actividad laboral y cumpla con la cuota alimentaria de sus hijos, ya que la abuela paterna no percibe ningún ingreso económico y la madre de los niños no ha cumplido con su cuota alimentaria.

3. Reclaman, en concreto, convertir la aludida condena “(...) *por otra medida de protección, en la cual se resarza el daño ocasionado a la señora Pilar Andrea Ocampo, la cual [el aquí gestor] est[á] dispuesto a cumplir a cabalidad, sin que la misma atente contra los derechos de [sus] hijos (...)*”.

1.1. Respuesta del accionado y vinculados

1. La Comisaría de Familia de Usaquén 1 relató la actuación surtida y pidió desestimar el amparo por no haber vulnerado las garantías superiores de los accionantes.

2. El estrado accionado defendió la legalidad de su proceder y se opuso a la prosperidad del ruego señalando que las leyes que regulan la violencia intrafamiliar no contemplan ningún tipo de exenciones.

3. Pilar Andrea Ocampo Zamora pidió negar el resguardo y mantener la medida de arresto contra el peticionario, insistiendo en que, desde el momento de su separación con éste, ha sido víctima de maltrato psicológico de su parte, pues se ha opuesto a la posibilidad de que rehaga su vida profesional y personal, y le ha impedido tener contacto con sus hijos, a quienes también ha afectado psicológicamente refiriéndose a ella en términos despectivos.

4. La Defensora de Familia del Centro Zonal Usaquén – ICBF y la Secretaria de Seguridad, Convivencia y Justicia, manifestaron, por separado, no haber vulnerado con su obrar los derechos fundamentales de los tutelantes.

5. La Procuradora 186 Judicial II de Bogotá se opuso a la prosperidad del auxilio, señalando que las circunstancias presentadas por los accionantes no sirven de soporte para desvirtuar y desconocer las decisiones administrativa y judicial adoptadas.

1.2. La sentencia impugnada

Concedió el amparo, tras advertir:

“(…) la falta de motivación de la funcionaria judicial en la providencia del 2 de julio de 2020, por cuanto allí, de manera mecánica y sin mediar mayor razonamiento, impuso la sanción de arresto por treinta (30) días al señor DIEGO GIOVANNI ACERO MOLANO. Pretirió el juzgador que existe un hecho notorio vigente incluso para el momento en que se emitió la decisión del 2 de julio del año en curso, esto es, la pandemia Covid-19, aspecto

que no valoró la juez, exponiendo al señor DIEGO GIOVANNI a una reclusión que puede poner en riesgo su vida (...)”.

No obstante, precisó que la concesión del amparo no avalaba, en manera alguna, el comportamiento desplegado por el tutelante respecto de la víctima de violencia intrafamiliar.

En consecuencia, ordenó a la juez confutada:

“(...) que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del 3 de agosto de 2020, resuelva nuevamente lo concerniente a la sanción a imponer al señor DIEGO GIOVANNI ACERO MOLANO, a causa del segundo incumplimiento a la medida de protección, sin que se habilite la restricción de la libertad en Centro Carcelario (...).

1.3. La impugnación

La promovió Pilar Andrea Ocampo Zamora, refiriendo que la decisión del tribunal parece premiar la conducta de su agresor y, en cambio, castigar a la víctima por su situación económica. Consideró que, atendiendo a la situación sanitaria actual, se debía mantener la medida de arresto bajo prisión domiciliaria.

2. CONSIDERACIONES

1. Ana Isabel Molano Alfonso y Diego Giovanni Acero Molano, en calidad de abuela paterna y padre, respectivamente, de los niños, M.A.O. y D.A.A.O., cuestionan que, con ocasión del segundo incumplimiento a la medida de protección otorgada a favor de Pilar Andrea

Ocampo Zamora y los prenombrados menores, por hechos de violencia intrafamiliar perpetrados por el aquí accionante, se le haya impuesto a éste la pena de 30 días de arresto, aduciendo que dicha determinación le imposibilitaría continuar sus actividades laborales para asegurar el sostenimiento de sus hijos.

2. Revisada la providencia motivo de censura, se confirma la arbitrariedad alegada, pues, tal como lo advirtió el *a quo* constitucional, la juez accionada no atendió a las especiales circunstancias actuales, causadas con ocasión de la pandemia originada por el virus Covid-19, que tornaban irrazonable hacer efectiva la sanción impuesta al aquí actor, consistente en arresto en establecimiento carcelario.

Sin embargo, contrario a lo razonado por el tribunal, para la Corte no es de recibo el argumento del tutelante, según el cual, la pena privativa de la libertad a él impuesta vulnera los derechos de sus hijos, aseverando que dicha circunstancia le impide garantizar la manutención de éstos; pues el principio de interés superior del menor no puede ser instrumentalizado para eludir el cumplimiento de responsabilidades de índole sancionatorio, más aún cuando la medida de protección reiteradamente incumplida por el aquí quejoso, también cobijaba a los menores involucrados, al ser víctimas de violencia psicológica y manipulación parental por parte de su padre.

Así las cosas, esta Sala estima razonable permitir que el aquí tutelante haga efectiva la sanción a él impuesta en su lugar de domicilio, pues, de esa manera, se alcanza el propósito de penalizar el incumplimiento reiterado de aquél frente a la aludida medida de protección, sin poner en riesgo su salud.

De otorgarse esa medida, la juez deberá especificar que, en aras de garantizar la realización, protección y restablecimiento de los derechos de las víctimas, el cumplimiento de la sanción no podrá materializarse en el domicilio donde actualmente residen los menores involucrados, disponiendo el seguimiento que corresponda para verificar la observancia de dicha orden.

3. Con todo, se pone de presente que si, con ocasión de la pandemia actual, Pilar Andrea Ocampo Zamora no cuenta con la capacidad económica para sufragar la cuota alimentaria a ella asignada a favor de sus descendientes, podrá solicitar la disminución de la misma, acreditando sus especiales circunstancias.

Además, si es del caso, deberá acudir a las instituciones gubernamentales correspondientes para solicitar los apoyos o beneficios socio económicos que sean del caso, en aras de garantizar que los derechos de los niños no se vean menoscabados.

4. Deviene fértil abrir paso a la protección incoada, dado el control legal y constitucional que atañe en esta sede

al juez, compatible con el necesario ejercicio de control convencional, siguiendo el Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969 (art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), a fin de garantizar el debido proceso.

El tratado citado resulta aplicable por virtud del canon 9 de la Constitución Nacional, cuando dice:

“(...) Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia (...)”.

La regla 93 *ejúsdem*, señala:

“(...) 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”.

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (...)”.

El mandato 27 de la Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados de 1969¹, debidamente ratificada por Colombia, según el cual: *“(...) Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”*,² impone su observancia irrestricta cuando un Estado parte lo ha suscrito o se ha adherido al mismo.

¹ Suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969.

² Aprobada por Colombia mediante la Ley 32 de 1985.

4.1. Aunque podría argumentarse la viabilidad del control de convencionalidad sólo en decursos donde se halla el quebranto de garantías sustanciales o cuando la normatividad interna es contraria a la internacional sobre derechos humanos, se estima trascendente efectuar dicho seguimiento en todos los asuntos donde se debata la conculcación de prerrogativas *iusfundamentales*, así la protección resulte procedente o no.

Lo aducido porque la enunciada herramienta le permite a los Estados materializar el deber de garantizar los derechos humanos en el ámbito doméstico, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos y su jurisprudencia, ejercicio que según la Corte Interamericana se surte no sólo a petición de parte sino *ex officio*³.

No sobra advertir que el régimen convencional en el derecho local de los países que la han suscrito y aprobado, no constituye un sistema opcional o de libre aplicación en los ordenamientos patrios; sino que en estos casos cobra vigencia plena y obligatoriedad con carácter impositivo para todos los servidores estatales, debiendo realizar no solamente un control legal y constitucional, sino también el convencional; con mayor razón cuando forma parte del bloque de constitucionalidad sin quedar al arbitrio de las autoridades su gobierno.

³ Corte IDH. Caso Gudiél Álvarez y otros (“Diario Militar”) contra Guatemala. Sentencia de noviembre 20 de 2012. Serie C No. 253, párrafo 330.

4.2. El aludido control en estos asuntos procura, además, contribuir judicial y pedagógicamente tal cual se le ha ordenado a los Estados denunciados –incluido Colombia⁴, a impartir una formación permanente de Derechos Humanos y DIH en todos los niveles jerárquicos de las Fuerzas Armadas, jueces y fiscales⁵; así como realizar cursos de capacitación a funcionarios de la rama ejecutiva y judicial y campañas informativas públicas en materia de protección de derechos y garantías⁶.

Insistir en la aplicación del citado control y esbozar el contenido de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en providencias como la presente, les permite no sólo a las autoridades conocer e interiorizar las obligaciones contraídas internacionalmente, en relación con el respeto a los derechos humanos, sino a la ciudadanía informarse en torno al máximo grado de salvaguarda de sus intereses.

Además, pretende contribuir en la formación de una comunidad global, incluyente, respetuosa de los instrumentos internacionales y de la protección de las garantías fundamentales en el marco del sistema americano de derechos humanos.

⁴ Corte IDH, Caso Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248, párrs. 259 a 290, criterio reiterado Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, párrs. 295 a 323.

⁵ Corte IDH, Caso de la Masacre de Las Dos Erres c. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009.

⁶ Corte IDH, Caso Furlan y familiares c. Argentina, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

5. Conforme a las razones presentadas, se confirmará la providencia impugnada.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha y lugar de procedencia anotada.

SEGUNDO: Notifíquese lo resuelto, mediante comunicación electrónica o por mensaje de datos, a todos los interesados y envíese copia de esta providencia al Juzgado Veintiséis de Familia de Bogotá, para lo pertinente.

Remítase oportunamente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Presidente de Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Con salvamento de voto

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n.º 11001-22-10-000-2020-00344-01

Con pleno respeto por los integrantes de la Sala que conformaron mayoría para la adopción de la sentencia proferida en el asunto de la referencia, procedo a exponer las razones de mi disenso.

1. Según el planteamiento del caso, mediante resolución del 2 de octubre de 2019 la Comisaría de Familia de Usaquén 1 de esta ciudad, estableció que Diego Giovanni Acero Molano incumplió por segunda vez, la medida de protección por violencia intrafamiliar impuesta por esa misma autoridad, a favor de Pilar Andrea Ocampo Zamora y de sus dos hijos comunes quienes son menores de edad, y en tal virtud lo sancionó con treinta (30) días de arresto, decisión que fue confirmada por el Juzgado Veintiséis de Familia de Bogotá el 2 de julio de 2020.

También dan cuenta los supuestos fácticos, que la violencia intrafamiliar suscitada entre la pareja Acero – Ocampo, dio lugar a que la Comisaría de Familia, mediante resolución n.º 001347 del 10 de diciembre de 2019, aplicara la figura jurídica del restablecimiento de derechos para los dos niños, pues en el marco de dicho trámite, con resolución n.º 00102 del 10 de febrero de 2020, dispuso la medida de ubicación inmediata de los menores en la familia

de la abuela paterna Ana Isabel Molano Alfonso, y fijó cuota alimentaria a cargo de ambos progenitores.

2. Para soportar la acción de tutela, el sancionado Diego Giovanni como su señora madre Ana Isabel, señalaron que la sanción de arresto por desacato destinada a resarcir *«el daño ocasionado a la señora Pilar Andrea Ocampo»*, debía sustituirse *«por otra no restrictiva de la libertad, a fin de garantizar que el progenitor continúe ejerciendo su actividad laboral y cumpla con la cuota alimentaria de sus hijos, ya que la abuela paterna no percibe ningún ingreso económico y la madre de los niños no ha cumplido con su cuota alimentaria»*.

A dicho pedimento se opusieron las funcionarias accionadas y la agente del Ministerio Público, al aseverar que lo decidido no vulneraba las prerrogativas invocadas y que el ordenamiento legal que regula el asunto no contemplaba ninguna excepción aplicable. Por su parte, la señora Pilar Andrea pidió mantener la medida, aduciendo que el señor Acero Molano, ha mantenido infligiéndole *«maltrato psicológico»*, pues se opone a que ella rehaga *«su vida profesional y personal, y le ha impedido tener contacto con sus hijos, a quienes también ha afectado psicológicamente refiriéndose a ella en términos despectivos»*.

3. El tribunal de primer grado otorgó el amparo bajo el criterio de que hubo *«falta de motivación de la funcionaria judicial en la providencia del 2 de julio de 2020, por cuanto allí, de manera mecánica y sin mediar mayor razonamiento, impuso la sanción de arresto»*, y que al disponer la reclusión intramural se ponía en riesgo la vida del sancionado por efecto del virus Covid-

19.

Mediante la decisión de la Sala, se avaló la anterior postura, precisando que la sanción no implicaba desatender su obligación alimentaria ni *«eludir el cumplimiento de responsabilidades de índole sancionatorio»*, ya que *«la medida de protección reiteradamente incumplida por el aquí quejoso, también cobijaba a los menores involucrados, al ser víctimas de violencia psicológica y manipulación parental por parte de su padre»*, empero, que procedía la salvaguarda porque, en su sentir, la juez *«no atendió a las especiales circunstancias actuales, causadas con ocasión de la pandemia originada por el virus Covid-19, que tornaban irrazonable hacer efectiva la sanción impuesta al aquí actor, consistente en arresto en establecimiento carcelario»*.

4. En primer lugar, a mi juicio el argumento inicial sobre la razonabilidad debió servir de sustento para denegar el resguardo, porque, contrario a lo afirmado por el tribunal *a-quo*, no se configuraba el defecto de falta de motivación endilgado al juzgado, ya que la ratificación del arresto fue el producto de una razonable ponderación de los medios de convicción adosados al expediente y de la aplicación de la normativa pertinente.

Lo antedicho, porque los falladores de instancia observaron que el incumplimiento a una medida de protección por violencia intrafamiliar, cuando es por primera vez se sanciona con multa de dos (2) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, convertibles en arresto, y si en el plazo de dos años **hay reincidencia**, se impone arresto de entre treinta (30) y cuarenta y cinco (45)

días (artículo 7º de la ley 294 de 1996, modificada por el canon 4º de la ley 575 de 2000), de donde se deduce que la imposición de treinta (30) días de arresto se ajustaba a derecho.

Entonces, como el proveído emanado del juzgado encartado comprendía una adecuada sustentación de la determinación adoptada, devenía necesario que la Corte señalara que de dicha actuación no se advertía la incursión en el yerro aludido por el fallador de primera instancia para conceder el auxilio, y, en consecuencia, denegarlo por ceñirse a las circunstancias que la realidad procesal evidenciaba.

5. En segundo lugar, respetuosamente no comparto que la mayoría de la Sala hubiera optado por disponer que estimaba *«razonable permitir que el aquí tutelante haga efectiva la sanción a él impuesta en su lugar de domicilio»*, y que en caso de otorgarse *«el cumplimiento (...) no podrá materializarse en el domicilio donde actualmente residen los menores involucrados»*, pues más allá de que esa sanción corresponde a una medida de protección contemplada en la Ley 294 de 1996 para **remediar y sancionar la violencia intrafamiliar**, al igual que la conducta elevada a delito, su bien jurídico tutelado es la **armonía y unidad de la familia**, sin que de cara a su aplicación se contemple, ni aun por el juez de tutela, la creación de una subregla consistente en la sustitución del arresto, máxime cuando la norma lo contempla como **única sanción aplicable en los casos de reincidencia.**

Por tanto, para la ejecución de la sanción debieron considerarse los mandatos que sobre la familia consagra la Carta Política (principalmente en los artículos 42 y 44), y que, en lo atinente a la violencia intrafamiliar, el precedente constitucional dijo que *«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»* (CC C-674/05).

Igualmente, era importante establecer la condición de las víctimas, específicamente, si se estaba frente a un caso de violencia contra la mujer, pues conforme al artículo 2º de la Ley 1257 de 2008, es entendida como *«cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado»*, y que según el artículo 3º de la misma normativa, comprende varias clases de daño:

«a. Daño psicológico: Consecuencia proveniente de la acción u omisión destinada a degradar o controlar las acciones, comportamientos, creencias y decisiones de otras personas, por medio de intimidación, manipulación, amenaza, directa o indirecta, humillación, aislamiento o cualquier otra conducta que implique un perjuicio en la salud psicológica, la autodeterminación o el desarrollo personal.

b. Daño o sufrimiento físico: Riesgo o disminución de la integridad corporal de una persona.

c. Daño o sufrimiento sexual: Consecuencias que provienen de la acción consistente en obligar a una persona a mantener contacto sexualizado, físico o verbal, o a participar en otras interacciones sexuales mediante el uso de fuerza, intimidación, coerción, chantaje, soborno, manipulación, amenaza o cualquier otro mecanismo que anule o limite la voluntad personal. Igualmente, se considerará daño o sufrimiento sexual el hecho de que la persona agresora obligue a la agredida a realizar alguno de estos actos con terceras personas.

d. Daño patrimonial: Pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o económicos destinados a satisfacer las necesidades de la mujer».

En ese sentido, respetuosamente considero que en el presente caso se obvió examinar que, con fundamento en los instrumentos jurídicos tanto nacionales como internacionales encaminados a garantizar la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer, el Decreto 4799 de 2011, «por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008», entre otras disposiciones, estableció:

«Artículo 6º. Incumplimiento de las medidas de protección por parte del agresor. De conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 11 de la Ley 294 de 1996, modificados por los artículos 4 y 6 de la Ley 575 de 2000, en caso de incumplimiento de las medidas de protección definitivas o provisionales, se adelantarán las siguientes acciones:

a) Las multas (...)

*b) El arresto procederá a solicitud del Comisario de Familia y será decretado por el Juez de Familia, o en su defecto, por el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal quien deberá ordenarlo en la forma prevista en el artículo 11 de la Ley 575 de 2000 en concordancia con el artículo 12 del Decreto 652 de 2001 y disponer su cumplimiento, comunicando a la Policía Nacional para que proceda a la aprehensión de quien incumplió, y al posterior **confinamiento en establecimiento de reclusión, sin que sea posible sustituirlo por arresto domiciliario**» (se destaca).*

Lo anterior, porque esta Corte ha dicho y reiterado que *«censura todo tipo de violencia de género y reivindica los derechos de las mujeres, como grupo social históricamente discriminado. Desde esta perspectiva, ha de precisarse que cuando una mujer es víctima de una relación abusiva, independientemente de que se trate de su cónyuge o excompañero, quien a través del empleo de la fuerza física, actos de hostigamiento, acoso e intimidación, la mancilla en su dignidad e integridad física y moral; ha de ser amparada por la sociedad y el Estado, y más aún, por parte de los jueces, como garantes en el restablecimiento de sus derechos»* (CSJ STC7452-2018, 8 jun. 2018, rad. 00172-01, citada en STC13257-2018, 11 oct. 2018, rad. 00238-01).

6. Tampoco se observó en el referido fallo, con la rigurosidad que lo ameritaba, que las otras víctimas de la violencia eran menores de edad, y en ese orden, analizar que según el inciso 2º del artículo 18 del Código de la Infancia y la Adolescencia - Ley 1098 de 2006, *«se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona»*.

Por tanto, se imponía amplificar el estudio del caso en aras a establecer si era viable la medida impuesta para remediar y castigar la violencia intrafamiliar dirigida contra dos menores de edad, y tras ello, revisar si la juez se había ceñido o no a la estrictez que exige la norma y la decantada jurisprudencia, pues esta Sala ha dicho reiteradamente que cuando en el pleito se involucran prerrogativas de los niños,

el funcionario judicial debe ser más acucioso al realizar el abordaje de las situaciones que puedan llegar a afectarlos, en tanto el reconocimiento de sus intereses debe verse desde un contexto más vasto.

En esa perspectiva, es forzoso precisar que conforme a los principios básicos de la Convención sobre Derechos del Niño que orientan la protección integral de éstos y de los adolescentes, en consonancia con otras disposiciones internacionales, se previno a las personas y las entidades, tanto públicas como privadas, para que al desarrollar programas y al momento de asumir responsabilidades en asuntos de menores, tuvieran en cuenta, sobre toda otra consideración, el interés superior de éstos, temática que la Carta Política consagra en su artículo 44, señalando que **«los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás»**, anotando luego que *«la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores»*.

Armonizado con lo anterior, era menester la remisión a los principios previstos en el Código de la Infancia y Adolescencia, donde se enfatiza el postulado del interés superior del niño o adolescente, el cual, no sufría menoscabo por el hecho de que al padre de aquellos se le reprimiera su comportamiento violento con arresto, pues esa sanción estaba obligado a soportarla por desacatar una orden fundada suficientemente y emanada de autoridad

competente, y que en el caso de los hijos refería a la prohibición de ejercer sobre ellos *«violencia psicológica y manipulación parental»*, como se evidenció en el expediente.

7. De ahí, que, para el suscrito, sea necesario resaltar que en los procesos de familia, en especial en el de medida de protección por violencia intrafamiliar, tanto los funcionarios administrativos con funciones jurisdiccionales como los jueces, tienen la obligación ineludible de amparar a la familia, máxime a aquellos miembros que tengan alguna condición que los haga más vulnerables, y, por ende, requieran protección reforzada, sin que pareciera compatible con ello, otorgar excepciones que no conciernen estrictamente al asunto debatido

Acerca de esa temática, en precedente oportunidad esta Corporación dijo que: *«(...) la aplicación de las normas penales tanto de orden sustancial como adjetivo que el accionante adujo para la «sustitución de la pena», ciertamente resultan ajenas al trámite que rige para las medidas de protección por violencia intrafamiliar y concretamente al desacato de éstas, pues la normativa especial de dicha figura no hace alusión, siquiera por analogía, a la concesión de los subrogados penales, ya que la connotación jurídica del arresto por incumplimiento a las órdenes judiciales, no es asimilable a una «pena» sino a una sanción o medida correccional para disciplinar a la partes o intervinientes en aras al cabal desarrollo y acatamiento de sus disposiciones al interior del proceso»* (CSJ STC15511-2019, 14 nov. 2019, rad. 00513-01).

8. En las circunstancias descritas, considero que para la efectividad del arresto por la cual se duelen los

querellantes, el accionado no omitió el estudio sobre su pertinencia y conveniencia, para que, sobre esa base, se aseverara que estaban dadas las condiciones para mutarlo a la modalidad de prisión domiciliaria, la cual no está prevista en la ley especial que rige la medida de protección.

Por consiguiente, estimo que la aplicación y ejecución de una medida restrictiva de la libertad para proteger la integridad física y psicológica de miembros de una familia, ante el quebrantamiento de las mínimas normas de convivencia pacífica, deben cumplirse con la rigurosidad y en atención a la gravedad de los hechos que el juez ordinario estableció, previa valoración objetiva de las pruebas atendiendo las peculiaridades que cada caso amerita.

Ante tal eventualidad, la imposición de una sanción de arresto en centro carcelario no daba margen para que, por vía interpretativa, la sanción se tornara nugatoria. A mi juicio, esta clase de medidas debe hacerse efectiva con el rigor que los hechos lo ameritan, pues de lo contrario la sanción correría el riesgo de ser sólo simbólica.

En ese sentido, es relevante señalar que, aun en los eventos en los que el victimario no resida de manera permanente bajo el mismo techo con alguna de las víctimas, en mi criterio no es prudente que potencialmente pudiera entenderse que el fallo del que cordialmente disiento, envía un mensaje según el cual, con ocasión del aislamiento obligatorio decretado en el marco de la emergencia sanitaria

por el Covid-19, se permite a los victimarios de violencia intrafamiliar cumplir la sanción mediante vías alternativas tales como su propio domicilio o compartir la casa de habitación o espacios físicos con su víctima, o en lugar distinto al centro de reclusión previsto en la normativa, aduciendo para ello que la reclusión en establecimiento carcelario, puede generar contagio del virus, puesto que si bien la coyuntura actual exige al Estado adoptar medidas para preservar la vida y la salud, tal laborío debe entenderse en el sentido de conciliar la efectividad de las sanciones jurídicas (impuestas por graves atentados a la convivencia social y familiar) con la protección personal de los sancionados, como ha venido haciéndose a través de la adopción de protocolos sanitarios al interior de los centros de detención.

9. Igualmente, en punto a la sanción de arresto como consecuencia de su conversión por la de multa que preveía el artículo 68 del Código del Menor (hoy retomada en el artículo 55 de la Ley 1098 de 2006), la Corte Constitucional declaró su exequibilidad, al sostener que:

«La Constitución prohíbe el arresto por deudas. La sanción pecuniaria que se convierte en arresto no tiene el carácter de deuda. La fuente de la sanción pecuniaria, convertible en arresto, se vincula al poder punitivo y correctivo del Estado, que persigue no el enriquecimiento del erario sino el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y la preservación de intereses superiores que se consideran merecedores de tutela. La naturaleza de la sanción pecuniaria, de otra parte, es puramente represiva y, precisamente, esa finalidad es la que asume el arresto cuando se muestra incapaz de servir ese cometido. Coincide esta Corte con el criterio expuesto por el Procurador, en el sentido de sustentar temporalmente la facultad de las autoridades de policía - como lo son los defensores y comisarios

de familia - para imponer penas de arresto en la disposición del artículo transitorio 28 de la Constitución. En tal escenario el Juez de Familia, al imponer la medida de arresto en virtud de los artículos 54 y 55 de la Ley 1098 de 2006, si bien lo hace a través de una decisión jurisdiccional porque implica una medida privativa de la libertad, materialmente está desarrollando objetivos de orden administrativo: la observancia de los deberes de los particulares, esto son, sus deberes en torno a la protección integral de las niñas, niños y adolescentes» (CC C-041/94).

El anterior razonamiento deviene acorde con lo expuesto por la jefatura de la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien en concepto n° 29 del 26 de marzo de 2019, concluyó que:

«(...) No existe medida o sanción con la que pueda conmutarse la orden de arresto dictada como incumplimiento de una medida de protección en un proceso de atención por violencia intrafamiliar.(...) El proceso establecido en Colombia para la atención de hechos por violencia intrafamiliar no contempla recurso alguno en contra de la medida de arresto ordena por vía judicial.

(...) La conversión de la multa a una orden de arresto en el marco del proceso por violencia intrafamiliar no vulnera el artículo 28 de la Constitución Política debido a que es una sanción en consecuencia de una conducta del agente que afecta la sociedad». Subrayado fuera del texto.

Así las cosas, estimo que no mediaba circunstancia que permitiera variar la reiterada postura según la cual, cuando la actuación judicial evidencia una valoración de la normativa aplicable y con sujeción a los medios de prueba razonablemente ponderados dentro del litigio analizado, no se justifica la invocación del amparo.

Recuérdese que la naturaleza y consecuencia jurídica del arresto dentro del ámbito en que se produjo está dirigido a **remediar y sancionar los censurables actos de**

violencia intrafamiliar, lo que no se satisface mediante la flexibilización de la sanción impuesta por vía interpretativa, por el contrario, la hace ineficaz y deja la sensación que no hay una drástica y ejemplarizante sanción al victimario.

En los anteriores términos, dejo fundamentado el salvamento de voto, con reiteración de mi irrestricto respeto por los demás integrantes de la Sala de Casación Civil.

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado