

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA T-028 DE 2023

Ref.: Expediente T-8.720.203

Acción de tutela instaurada por *Tatiana* actuando en representación de la señora *Irene* y del menor de edad *José*, contra el *Juzgado de Bilbao*.

Magistrado Ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Novena de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional integrada por la magistrada Natalia Ángel Cabo y los magistrados Juan Carlos Cortés González y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el presente caso se estudiará la situación de un menor de edad y diferentes hechos de violencia intrafamiliar y violencia de género, por lo que, como medida de protección a la intimidad, es necesario ordenar que se suprima de esta providencia y de toda futura publicación, el nombre del niño, el de sus familiares, así como los datos e informaciones que permitan conocer su identidad¹. En estas circunstancias, el magistrado sustanciador emitirá dos copias de esta providencia. En aquella que se publique, se utilizarán nombres ficticios que aparecerán en letra cursiva.

I. ANTECEDENTES

El 21 de febrero de 2022, *Tatiana*, defensora regional del pueblo, actuando en representación de la señora *Irene* y del menor de edad *José*, instauró acción de tutela contra el *Juzgado de Bilbao*, al considerar que con la decisión adoptada de otorgar la custodia de *José* a su abuela paterna, vulneró los derechos fundamentales de su representada al debido proceso y del niño a tener una familia y no ser separado de ella. Lo anterior, con fundamento en los siguientes:

Hechos

1. La señora *Irene* y el señor *Manuel* sostuvieron una relación sentimental, tiempo durante el cual tuvieron dos hijos.

¹ Circular Interna N.º 10 de 2022 de la Corte Constitucional y artículos 62 del Acuerdo 02 de 2015 y 21 de la Ley 1712 de 2014.

2. La accionante mencionó que la señora *Irene* interpuso denuncias por violencia intrafamiliar contra el señor *Manuel*, a quien ella se refiere como el esposo de *Irene*, ante diferentes entidades administrativas como la “[c]omisaría de Familia de Los patios – Norte de Santander, ICBF Soacha, Personería de Bogotá, Fiscalía Soacha, Ejercito (sic) y Defensoría del Pueblo, al estar en peligro su vida y la de sus hijos”²:

3. Aseguró que la Defensoría del Pueblo asignó defensores públicos para la representación de *Irene* en: *i*) las demandas de divorcio, y custodia y cuidado personal presentadas por el señor *Manuel* contra la señora *Irene*; *ii*) el programa de víctimas de violencia contra la mujer, para que hiciera efectivas las medidas de protección a favor de *Irene* y de su hijo *José*; y *iii*) la asesoría correspondiente al reconocimiento del hijo por nacer, asignación de custodia y cuota provisional de alimentos³.

4. Señaló que, específicamente para el proceso de custodia y cuidado personal que cursó ante el *Juzgado de Bilbao* la defensora pública asignada solicitó al juzgado el enlace del expediente y puso en conocimiento que la señora *Irene* “es víctima de violencia y discriminación contra la mujer por parte de su esposo, y que por tal razón, el proceso debía enmarcarse en especial protección a la mujer víctima, dando prevalencia al derecho sustancial sobre el formal y solicitando que el juzgado ajustara de tal manera la actuación procesal que se había surtido en el proceso, brindándole protección diferenciada como mujer víctima”⁴.

5. En el mismo escrito la defensora solicitó: *i*) retrotraer la actuación procesal y recibir nueva contestación a la demanda; *ii*) otorgar de manera inmediata la custodia y cuidado provisional de *José* a *Irene*, en atención a las medidas de protección con las que cuentan; *iii*) fijar cuota de alimentos provisional para el menor de edad y el niño por nacer; *iv*) ordenar la práctica de valoraciones psicológicas a *Irene*, a *José*, a la madre de la señora *Irene*, al señor *Manuel* y a los padres de este; *v*) ordenar la práctica de visitas domiciliarias al sitio de residencia actual de niño y de la madre; y *vi*) ordenar la suspensión de visitas por parte del progenitor.

6. Mencionó que el juzgado accionado reconoció personería jurídica y, en aras de garantizar el acceso al expediente, reprogramó la audiencia para el 18 de junio de 2021 sin pronunciarse sobre el resto de las pretensiones.

7. Afirmó que el día de la audiencia el juez decidió no tener en cuenta lo manifestado sobre la violencia intrafamiliar y violencia de género de las que fue víctima *Irene*, pues manifestó que “este caso solo se trataría de la custodia del niño y de verificar si debía seguir bajo el cuidado de la abuela paterna en Villarrica o establecerse la custodia en cabeza de la progenitora”⁵. Refirió que por ese motivo el juez decidió continuar el proceso con la audiencia inicial, agotando las etapas de conciliación, interrogatorio de partes y recepción de testimonios. Además, decretó pruebas de oficio, como la visita por un equipo interdisciplinario del ICBF a los progenitores y copias de las actuaciones administrativas en defensa del niño.

8. La accionante señaló que la *Comisaría de Familia de Bilbao* solo realizó el dictamen psicológico a la familia paterna, no visitó lugar de residencia del niño y no realizó las demás valoraciones ordenadas por el juzgado.

9. Refirió que el 26 de agosto de 2021, el abogado del demandante aportó una historia clínica de cuando, bajo la custodia materna, el niño sufrió una herida con riesgo de amputación, así como un informe psicológico rendido por una profesional, donde presuntamente el niño en terapia manifestó haber sido víctima de violencia sexual cuando

² Expediente digital. Acción de tutela, hecho primero. P. 3.

³ Como se verá más adelante, en la solicitud de selección del expediente, la señora *Irene* relató que ella y el señor *Manuel* tuvieron otra hija que nació 21 de julio de 2021. Cfr. Expediente digital. Solicitud de selección. P. 4.

⁴ Expediente digital. Acción de tutela, hecho segundo. P. 3.

⁵ Expediente digital. Acción de tutela, hecho cuarto. P. 5.

vivía con su progenitora. Adujo que el juez decretó como prueba de oficio la declaración de la referida sicóloga para que se pronunciara sobre el informe. Así mismo, el ICBF visitó a la señora Irene y realizó un informe interdisciplinario dando viabilidad a la entrega de la custodia a la progenitora del niño.

10. Sostuvo que el 25 de noviembre de 2021 continuó la audiencia de pruebas momento en el cual se recibió el último testimonio decretado a favor de la demandada y la declaración de la sicóloga. Aseguró que “*allí quedó desvirtuado tanto en idoneidad como en experiencia profesional, la declaración de la sicóloga*”⁶ que fue allegada por el demandante.

11. Comentó que el 2 de diciembre de 2021 se llevó a cabo la audiencia de fallo donde el juez consideró que *José* debía seguir bajo la custodia paterna de manera provisional y bajo el cuidado de la abuela paterna. A juicio de la accionante, tal decisión incurrió en los siguientes defectos: *i*) fáctico: dictó el fallo sin haberse realizado visita e informe interdisciplinario al demandante y a la familia paterna, pues solo se basó en el informe psicológico practicado en la Comisaría de Familia, pese a la existencia de un concepto favorable rendido por el ICBF sobre la viabilidad de la progenitora para tener la custodia de su hijo; *ii*) procedimental absoluto: actuó al margen del procedimiento establecido, pues desconoció que la custodia es un derecho inherente a la patria potestad, es decir, solo de los padres; y *iii*) material o sustantivo: desconoció el parágrafo 1° del artículo 281 del Código General del Proceso que faculta al juez en los asuntos de familia a fallar *extra y ultra petita*.

12. Según lo señalado por el juzgado accionado, si *Irene* pretendía la custodia de su hijo debió interponer una demanda de reconvención en el término de la contestación de la demanda. Sobre este punto, aclaró que la defensora pública se hizo parte en el proceso una vez se contaba con la fecha de audiencia inicial y, pese a que solicitó retrotraer la actuación teniendo en cuenta la violencia sufrida, el juez negó dicha solicitud “*pues dijo que era solo proceso de custodia del menor y que el proceso seguiría en el estado que se encontraba*”⁷.

13. Con fundamento en lo expuesto, la accionante solicitó la protección del derecho fundamental al debido proceso de *Irene*, y del derecho a tener una familia y no ser separado de ella del menor de edad *José*. En consecuencia, pidió que se ordenara al juzgado accionado proferir un nuevo fallo “*conforme a las pruebas existentes y entendiendo la pretensión de la demandada de reclamar para ella la custodia de su hijo*”⁸.

Trámite procesal

14. Mediante Auto del 22 de febrero de 2022, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Melgar, Tolima admitió la acción de tutela y dispuso vincular a la *Comisaría de Familia de Bilbao*, a la abuela paterna del niño *José* y al señor *Manuel*.

Contestaciones a la acción de tutela

15. Los principales argumentos de las contestaciones a la acción de tutela se resumen en el siguiente cuadro:

<i>Juzgado de Bilbao</i>	Indicó que la señora <i>Irene</i> no acreditó estar bajo medidas de protección y cuestionó que ella no presentara la demanda de custodia; aseguró que “ <i>si está interesada en la custodia de su hijo, en lugar de estar iniciando acciones de tutela, debe acudir a las autoridades administrativas y judiciales</i> ” ⁹ . Finalmente, adujo que la acción de tutela no cumple con el requisito de
--------------------------	--

⁶ La accionante no precisó las razones por las cuales dicho informe psicológico y la idoneidad de la profesional quedaron desvirtuados. Expediente digital. Acción de tutela, hecho octavo. P. 5.

⁷ Ibidem.

⁸ Expediente digital. Acción de tutela, pretensiones. P. 16.

⁹ Expediente digital. Contestación del *Juzgado de Bilbao*. P. 3.

	subsidiariedad porque en audiencia del 2 de diciembre de 2021 se realizó el correspondiente control de legalidad sin que la defensora encontrara reparo alguno.
<i>Manuel y Lorena, padre y abuela paterna del menor de edad José</i>	Comentaron que el 21 de enero de 2021, <i>Irene</i> manifestó en la <i>Comisaría de Familia de Bilbao</i> lo siguiente: “yo acepto que el niño se quede bajo la custodia, teniendo en cuenta la posibilidad de quedarme en la finca con el niño, acepto que el papá se quede con la custodia del niño y bajo el cuidado de la abuela”. Agregaron que existen otros medios de defensa judicial y que el menor de edad “se encuentra en un seno familiar paternal al cual se le han venido garantizando los derechos a la vida, salud, integridad, educación y alimentación” ¹⁰ .
<i>Personería Municipal de Bilbao</i>	Manifestó que no intervino en el proceso de custodia y cuidado personal
<i>Comisaría de Familia de Bilbao</i>	Informó que el 21 de enero de 2021 se llevó a cabo una audiencia de conciliación entre <i>Irene</i> y <i>Manuel</i> , diligencia en la que no se ejerció presión por parte de los funcionarios para que <i>Irene</i> firmara el acuerdo. Indicó que en ningún momento afirmó ser víctima de violencia, razón por la cual no se inició ningún proceso.

Sentencia objeto de revisión

16. En sentencia del 2 de marzo de 2022, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Melgar declaró improcedente la acción de tutela. Señaló que contrario a lo manifestado por la accionante, los procesos de custodia y cuidado personal “*tienen como fin salvaguardar exclusivamente los derechos de los hijos menores y no como tal los derechos de los padres para solicitar en cabeza de quien (sic) queda la custodia de los hijos, en cumplimiento a lo establecido en los artículos 6, 8 y 9 de la ley 1098 de 2006*”¹¹. Indicó que la señora *Irene* no aportó prueba de la existencia de una sentencia judicial condenatoria en contra del señor *Manuel* por el delito de violencia intrafamiliar o una decisión administrativa de restablecimiento de derechos a favor del menor de edad por circunstancias similares.

17. De otra parte, encontró acreditado que la defensora pública no manifestó ningún reparo en la etapa procesal de control de legalidad. Además, expuso que *Irene* puede presentar una demanda de custodia y cuidado personal teniendo en cuenta que esta clase de procesos no hacen tránsito a cosa juzgada material. Finalmente, adujo que no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, o cualquier peligro físico o vulneración inminente de los derechos del menor de edad.

18. La decisión no fue impugnada.

Pruebas

19. Las pruebas que obran en el expediente digital son las siguientes: *i)* enlaces de las audiencias realizadas en el proceso de custodia y cuidado personal; *ii)* copia de la cédula de ciudadanía de la señora *Irene*; *iii)* solicitud de una Comisaría de Familia dirigida a la Policía Nacional el 10 de diciembre de 2020 para que brindara protección a la señora *Irene*; *iv)* demanda de custodia y cuidado personal presentada por el señor *Manuel* y contestación a la demanda; *v)* actas de seguimiento realizado por la *Comisaría de Familia de Bilbao*; *vi)* denuncia presentada por *Irene* el 25 de febrero de 2021 contra *Manuel* ante la Policía, por el delito de violencia intrafamiliar; *viii)* solicitud de protección presentada por *Irene* el 1° de marzo de 2021 ante la Personería de Bogotá por los hechos de violencia intrafamiliar; y *ix)* informe pericial de clínica forense sobre el examen realizado por Medicina Legal a *Irene* el 26 de febrero de 2021.

Actuaciones en sede de revisión¹²

Selección del asunto

¹⁰ Expediente digital. Sentencia de primera instancia. P. 4.

¹¹ Expediente digital. Sentencia de primera instancia. P. 11.

¹² Las actuaciones en sede de revisión fueron adelantadas por la Sala Octava de Revisión que para ese momento estaba conformada por las magistradas Natalia Ángel Cabo y Diana Fajardo Rivera, y por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas. La conformación de las Salas varió a partir del 11 de enero de 2023.

20. El 15 de junio de 2022, *Irene* solicitó la selección del expediente. En su escrito manifestó que tiene 20 años y su nivel de escolaridad es noveno grado de bachillerato. Relató que siendo menor de edad contrajo matrimonio civil con el señor *Manuel*, quien es miembro del Ejército como soldado profesional.

21. Indicó que luego del nacimiento de su hijo *José* en 2017 quedó con sobrepeso, por lo que el señor *Manuel* empezó a cambiar y a tener comportamientos agresivos: i) maltrato verbal, “*me gritaba, me decía groserías (gorda malparida, india buena para nada, basura, perra hijueputa, me da asco)*”; ii) maltrato psicológico, “*me decía que estaba fea que estaba gorda que no servía para nada, que era bruta que yo no era suficiente mujer para el qué (sic) era una india, que no me quería*”; y iii) maltrato físico, “*me pegaba al frente del bebé, me tiró al piso, me jalaba el pelo, me daba puños, patadas, me golpeaba la cabeza contra la pared*”¹³. Aseguró que el señor *Manuel* se arrepentía, le pedía perdón y le decía que iba a cambiar; así mismo, que le tenía miedo y que por eso no lo denunciaba.

22. Narró que durante un tiempo se fue a vivir con su mamá. Estando en ese lugar, inició la cuarentena debido a la pandemia, por lo que el señor *Manuel* vivió con ella durante 3 meses “*tiempo en el cual [la] golpeaba, [la] amenazaba con cuchillos y navajas y los vecinos se daban cuenta de todo lo que sucedía*”¹⁴. Comentó que se fueron a vivir a Cúcuta y el día que llegaron el señor *Manuel* se emborrachó, se puso agresivo y le pegó “*en plena vía pública, al frente de [su] hijo y las personas que se encontraron en ese lugar [la] ayudaron y [se] lo quitaron de encima*”. Mencionó que tiempo después quedó embarazada, frente a lo cual *Manuel* le dijo que “*no quería al bebé por nacer, que lo mejor era que abortara*”¹⁵.

23. Sostuvo que en diciembre de 2020 se fue para un hotel con su hijo y denunció a su esposo por violencia, donde le otorgaron una medida de protección. Sin embargo, su suegra la convenció de irse a vivir con ella en *Bilbao*, y le prometió que la protegería. El señor *Manuel* llegó a ese lugar y le pegó, la tiró al piso, la arrastró por toda la casa agarrándola del pelo, le dio patadas y la cogió por el cuello. Mencionó que cuando intentó irse *Manuel* la encerró en una habitación con su hijo, le quitó el celular y la dejó incomunicada. Manifestó: “*me amenazó con matarme, que le tenía que firmar la custodia de mi hijo que si no le firmaba ese papel me iba a matar a mí, a mi bebé por nacer y a mi hijo de 3 años*”¹⁶.

24. Indicó que el 21 de enero de 2021 el señor *Manuel* la llevó a la *Comisaría de Familia de Bilbao* contra su voluntad y la obligó a firmar un papel en el que cedía la custodia de su hijo. Aseguró que informó a la comisaria y a la psicóloga sobre el maltrato recibiendo como respuesta que “*si tenía pruebas que lo demandara y que si no tenía pruebas que no hiciera nada, que ellas no [le] creían y [la] obligaron a firmar el papel*”¹⁷. Relató que regresaron a la finca y una vez el señor *Manuel* se devolvió al batallón, huyó con el niño “*en medio de [su] desespero*”. Una semana después su suegra reclamó la custodia del niño y se lo devolvieron. Al respecto, aseguró que “[*la*] amenazaron que si no lo entregaba [*la*] metían a la cárcel tres años”¹⁸.

25. Mediante Auto del 30 de junio de 2022, notificado el 15 de julio de 2022, la Sala de Selección de Tutelas número Seis escogió el expediente para revisión.

26. A través de correo electrónico recibido en este despacho el 18 de julio de 2022, la Defensoría del Pueblo solicitó la selección del asunto y resaltó la gravedad de los hechos narrados por la señora *Irene* en su solicitud de selección.

¹³ Expediente digital. Solicitud de selección. P. 2.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Expediente digital. Solicitud de selección. P. 3.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

Auto del 26 de agosto de 2022

27. Mediante Auto del 26 de agosto de 2022, el despacho del magistrado sustanciador estimó pertinente vincular a las autoridades referidas en el escrito de tutela y en la solicitud de selección, dada la gravedad de los hechos narrados. También encontró necesario decretar pruebas respecto de las cuales se recibieron los siguientes informes¹⁹:

Respuestas Auto 26 de agosto de 2022	
Defensoría del Pueblo ²⁰	Aclaró cuáles fueron las autoridades a las que acudió Irene para denunciar los hechos de violencia intrafamiliar.
Irene ²¹	Informó que se encuentra afiliada a la EPS Asmet Salud en el régimen subsidiado, que sus ingresos son de \$800.000 mensuales y sus gastos ascienden a \$700.000 al mes en promedio. Comentó que su núcleo familiar está conformado por su hija Diana, su sobrina y su progenitora. Reiteró los hechos narrados en la solicitud de selección y agregó que actualmente solo se comunica por WhatsApp con Manuel, “pero siguen los hechos de violencia psicológica ya que [...] me dice que soy una loca que soy una dezmentizada que no sirvo para nada comienza a decirme todo eso yo iba nexar estás conversaciones de WhatsApp a los pantallazos pero mi celular se me dañó se me había explotado la batería por tal motivo tuve que cambiar de otro nuevo teléfono y todos mis datos y los que tenía seme borraron (sic)”. Refirió que no fue posible ingresar al programa para la mujer víctima porque en ese tiempo -11 mayo del 2021- se encontraba en embarazo de alto riesgo y por el estado de las vías no pudo viajar. Más adelante, en otra comunicación dirigida a la Corte, manifestó que las veces que ha ido a visitar a su hijo este le manifiesta que quiere vivir con ella.
Manuel ²²	Señaló que las acciones adelantadas en su contra no prosperaron. Destacó que Irene se llevó de manera arbitraria a su hijo exponiendo su vida y adujo que es “una mujer cabeza de hogar, quien no labora, no ejerce ninguna actividad económica, quien solo depende de la cuota que le envió (sic) a mi menor hija, no tiene capacidad económica, emocional y psicológica, quien carece de recursos económicos, debido a la zona social donde reside”. Puso de presente que la señora Irene no permite que él registre a su hija Diana en el sistema de salud del Ejército, y que su hijo José asiste a terapias de psicología, ya que se encuentra afectado por la vulneración de sus derechos por parte de Irene.
Comisaría de Familia de Bilbao ²³	Allegó, entre otros, los documentos donde constan las actuaciones adelantadas por esa Comisaría.
Comisaría de Familia de Rosales ²⁴	Informó que el 10 de diciembre de 2020 se hizo presente en las instalaciones de la Comisaría la señora Irene y manifestó que su esposo Manuel la había agredido en presencia de su hijo. Indicó que el profesional en trabajo social diligenció el instructivo de valoración del riesgo para la vida y la integridad personal por violencias de género al interior de la familia, que arrojó “RIESGO MEDIO”, razón por la cual se emitió medida de protección núm. 306/2020. Aclaró que la señora Irene se encontraba de paso por esa municipalidad.
Personería de Bogotá ²⁵	La Personería delegada para la Familia y Sujetos de Especial Protección Constitucional señaló que el 1° de marzo de 2021 la señora Irene se acercó a la Personería y puso de presente diferentes hechos de violencia intrafamiliar. Al respecto, la entidad le indicó que carecía de competencia por el factor territorial. Por ese motivo, direccionó el asunto a la personería municipal correspondiente. En consecuencia, allegó la falta de legitimación en la causa por pasiva.
Ejército Nacional de Colombia ²⁶	Manifestó que al realizar una búsqueda en el Sistema de Gestión Documental (ORFEO) que maneja el Comando del Ejército Nacional para la radicación de los documentos que son generados por sus dependencias y unidades, encontró a nombre de la señora Irene un proceso de divorcio. Indicó que lo relacionado con los asuntos psicológicos es manejado por la Dirección de Familia y Bienestar del Ejército, por lo que remitió las actuaciones a esa dependencia.
Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” ²⁷	Explicó que los Planes de Formación de la Rama Judicial incluyen, de manera permanente y progresiva, el Subprograma de Formación en Incorporación de la Perspectiva de Género, el cual contempla actividades académicas diseñadas para que, por parte de los servidores y servidoras judiciales, se preste un servicio de administración de justicia con calidad y enfoque diferencial de género.

Auto del 23 de septiembre de 2022

¹⁹ Solicitó: i) copia de los expedientes de tutela, y del proceso de custodia y cuidado personal; iii) información sobre el acta de conciliación firmada ante la Comisaría de Familia de Bilbao; iv) información sobre la situación socio económica de Irene y sobre el estado de afiliación del señor Manuel; v) datos sobre las autoridades ante las cuales acudió la señora Irene; y vi) a la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, les pidió información sobre el acceso a los programas que existen actualmente sobre la aplicación del enfoque diferencial con perspectiva de género.

²⁰ Respuesta allegada el 7 de septiembre de 2022.

²¹ Respuesta allegada el 7 de septiembre de 2022.

²² Respuesta allegada el 7 de septiembre de 2022.

²³ Respuesta allegada el 7 de septiembre de 2022.

²⁴ Respuesta allegada el 12 de septiembre de 2022.

²⁵ Respuesta allegada el 12 de septiembre de 2022.

²⁶ Respuesta allegada el 12 de septiembre de 2022.

²⁷ Respuesta allegada el 7 de septiembre de 2022.

28. La Sala de Revisión encontró que fueron suministrados datos precisos sobre las entidades que tuvieron conocimiento de los hechos, por lo tanto, mediante Auto del 23 de septiembre de 2022 estimó necesario vincularlas al proceso. También consideró pertinente solicitar a la Dirección de Familia y Bienestar del Ejército Nacional que se pronunciara sobre el caso, requerir a la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y suspender los términos por un mes para fallar el asunto. En respuesta a lo anterior, se recibieron los siguientes informes:

Respuestas Auto 23 de septiembre de 2022	
Comisaría Primera de Familia de Soacha ²⁸	Informó que, revisadas las bases de datos, “no se encuentra que se haya remitido ninguna solicitud de trámite para la víctima de la referencia. Por lo tanto, no cursa ni medida de protección ni proceso administrativo de restablecimiento de derechos”.
Comisaría Tercera de Familia de Soacha ²⁹	Manifestó que revisados los archivos tanto físicos como digitales y el correo electrónico, “no reposa oficio remitido ni por la Fiscalía General de la Nación, ni por otra entidad gubernamental, así como actuación alguna por parte del Despacho a nombre de la señora Irene o de su menor hijo.
ICBF Centro Zonal Soacha ³⁰	Adujo que después de hacer una búsqueda en el Sistema de Información Misional SIM del ICBF a nivel nacional, se evidencia que las diligencias administrativas en favor del niño José fueron realizadas en los centros zonales de Cúcuta y Puerto Rico, Norte de Santander.
ICBF Regional Norte de Santander ³¹	Señaló que al revisar la información se evidenciaron cuatro radicados SIM donde adelantó diferentes actuaciones según la comisión ordenada por el Juzgado de Bilbao.
Dirección de Familia y Bienestar del Ejército ³²	Refirió que no existe registro alguno de las atenciones y/o actuaciones acerca de hechos de violencia intrafamiliar y violencia de género puestos en conocimiento por la señora Irene.
Policía Metropolitana de Cúcuta ³³	Indicó que no haría pronunciamiento alguno de fondo sobre los hechos que motivaron la acción de tutela, en tanto la misma trata de asuntos que son competencia de las comisarías y jueces de familia.
Departamento de Policía del Tolima ³⁴	Adujo que no han recibido ni tramitado ningún requerimiento de parte del Juzgado de Bilbao, con ocasión a la protección de los derechos del niño José. Preciso que la medida de protección por los presuntos hechos de violencia intrafamiliar fue tramitada en el municipio de Soacha y en la actualidad se encuentra en proceso.
Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial ³⁵	Explicó que genera estrategias que le permitan a los funcionarios/as judiciales tener herramientas para aplicar la perspectiva de género en las decisiones judiciales. Comentó que, a la fecha, se han realizado 48 publicaciones, incluyendo la “Lista de Verificación”, herramienta virtual de consulta que les permite a los operadores judiciales identificar e incorporar el enfoque diferencial y la perspectiva de género en sus providencias. De igual forma, cuenta con instrumentos como el motor de búsqueda de sentencias y que otras herramientas son la App disponible para dispositivos móviles, la realización de conversatorios nacionales desde 2002 y regionales desde 2008, jornadas de formación y capacitación para relatores, talleres, capacitaciones, entre otros. Puso de presente que incentiva a los operadores judiciales a través del Concurso Nacional de “Reconocimiento a la incorporación del derecho a la igualdad y la no discriminación en las sentencias judiciales”.
Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Ibagué ³⁶	Certificó que los Jueces titulares de los despachos Primero Promiscuo Municipal de Melgar y de Bilbao, no han participado en los programas de preparación para incorporación de la perspectiva de género en sus decisiones.

Auto del 31 de octubre de 2022

²⁸ Respuesta allegada el 20 de octubre de 2022.

²⁹ Respuesta allegada el 20 de octubre de 2022.

³⁰ Respuesta allegada el 24 de octubre de 2022. Cfr. Expediente digital, carpeta “5.5Respuestas”, subcarpeta “5.5.7ICBF-Centro Zonal Soacha”, archivo “Respuesta Oficio N OPTC-34122.pdf”.

³¹ Respuesta allegada el 31 de octubre de 2022. Cfr. Expediente digital, carpeta “5.5Respuestas”, subcarpeta “5.7Respuestas Disposicion”, subcarpeta “5.7.2ICBF-Regional Norte de Santander” archivo “20225220000095251 - CONTESTACIóN.pdf”.

³² Respuesta allegada el 18 de octubre de 2022. Cfr. Expediente digital, carpeta “5.5Respuestas”, subcarpeta “5.5.3Director de Familia y Bienestar del Ejército”, archivo “2931.pdf”.

³³ Respuesta allegada el 14 de octubre de 2022. Cfr. Expediente digital, carpeta “5.5Respuestas”, subcarpeta “5.5.1Comandante de la Policía Metropolitana de Cúcuta”, archivo “GS-2022-104441-MECUC, respuesta Tutela OPTC-341-22.pdf”.

³⁴ Respuesta allegada el 18 de octubre de 2022. Cfr. Expediente digital, carpeta “5.5Respuestas”, subcarpeta “5.5.2Comandante Operativo de Seguridad Ciudadana Departamento de Policía Tolima”, archivo “respuesta oficio No. OPTC-341-22 - Radicado expediente T-8.720.203.pdf”.

³⁵ Respuesta allegada el 18 de octubre de 2022. Cfr. Expediente digital, carpeta “5.5Respuestas”, subcarpeta “5.5.4Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial”, archivo “Oficio_respuesta_Corte Constitucional_AutoT-8720203-aprobado.pdf”.

³⁶ Respuesta allegada el 18 de octubre de 2022. Cfr. Expediente digital, carpeta “5.7Respuestas Disposicion”, subcarpeta “5.7.4COMISIA NACIONAL DE GÉNERO DE LA RAMA JUDICIAL”, archivo “RESPUESTA CNG.pdf”.

29. Finalmente, la Sala estimó pertinente vincular a los centros zonales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Cúcuta y Puerto Rico, Norte de Santander, y a la Policía Metropolitana de Soacha. Además, prorrogó la suspensión de términos por dos meses para emitir una decisión. En respuesta a este proveído se recibió lo siguiente:

Respuestas Auto 31 de octubre de 2022	
Policía Metropolitana de Soacha ³⁷	Informó que luego de realizar una búsqueda en el archivo documental y bases de datos, “no se logra apreciar que alguna autoridad administrativa o judicial, haya allegado algún documento en el cual se ordene la implementación de medidas de protección a la vida e integridad de la accionante”.
Unidad Metropolitana de Soacha ³⁸	Indicó que el Grupo de Protección a la Infancia y Adolescencia se contactó con Irene, quien manifestó que vive en Flores y que los hechos ocurrieron en Bilbao, “pero que la denuncia ella la interpone en el municipio de Soacha donde la Fiscalía General de la Nación le otorga una medida de protección pero ella no la radica ante ninguna estación de policía, debido a que solo residió por un mes en el municipio y posteriormente se traslada a su actual lugar de residencia. Preciso que “la señora Irene indica que no brindará más datos de ley debido a que teme por su seguridad e integridad”.
ICBF Regional Caquetá ³⁹	Comentó que el 30 de agosto de 2021, el Juzgado de Bilbao solicitó al Centro Zonal efectuar una visita, producto de lo cual se envió el respectivo informe el 13 de septiembre de 2021.
Irene ⁴⁰	Aseguró que no es cierto lo afirmado por la Policía Metropolitana de Soacha “pues con fecha 25 de febrero del 2021 la Policía Nacional, Seccional Cundinamarca, informó a la Comisaría de Familia de Soacha, sobre una Medida de Protección a mi favor”. Sostuvo que en correo electrónico del 7 de diciembre de 2020, la coordinadora del Centro Zonal Cúcuta Uno del ICBF, le informó a Comisaría de Familia de Rosales, “que se solicita pronta intervención del ICBF, por una denuncia por supuestos tocamientos a mi hijo por parte de unos primos y por supuestos maltratos de mi parte, lo cual no es cierto, porque cuando la Policía me citó por esa denuncia que hizo el Señor Manuel, le hicieron una entrevista a mi hijo, con preguntas como: Si alguien había tocado algunas de sus partes íntimas donde mi hijo responde que no, también le preguntaron si alguien había abusado sexualmente de él, a lo cual mi hijo responde que no. Además, no hay pruebas contundentes que así lo demuestren, pues en el municipio de Bilbao el niño fue revisado por un médico, sin encontrar evidencias de lo expuesto por el papá del niño ante el ICBF”.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

30. La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Planteamiento del problema jurídico y metodología de decisión

31. Antes de plantear el problema jurídico a resolver, es necesario recordar que la facultad del juez constitucional para emitir fallos *extra* y *ultra petita*, le permite a la Corte decidir sin ceñirse estricta y forzosamente a las situaciones de hecho relatadas en la demanda, a las pretensiones del actor ni a los derechos invocados por este⁴¹. Esta facultad tiene fundamento en el carácter informal de la acción de tutela, en su objetivo de materializar efectivamente los derechos fundamentales y en el rol del juez constitucional de guardar la integridad y la supremacía de la Constitución⁴².

32. La accionante acudió a la acción de tutela en representación de Irene con el fin de que se ordenara al *Juzgado de Bilbao* proferir un nuevo fallo en el marco del proceso de custodia y cuidado personal del niño José, al considerar que ese despacho judicial

³⁷ Respuesta allegada el 18 de noviembre de 2022. Cfr. Expediente digital, carpeta “6.5Respuestas”, subcarpeta “6.5.1Policía Metropolitana S”, archivo “GS-2022-025826-MESOA.pdf”

³⁸ Respuesta allegada el 25 de noviembre de 2022. Cfr. Expediente digital, carpeta “6.5Respuestas”, subcarpeta “6.5.4Unidad Metropolitana de Soacha”, archivo “GS-2022-026602-MESOA - RESPUESTA T-8.720.203 - OFICIO N. OPTC-38922.pdf”.

³⁹ Respuesta allegada el 24 de noviembre de 2022. Cfr. Expediente digital, carpeta “6.5Respuestas”, subcarpeta “6.5.2Instituto Colombiano del Bienestar Familiar Regional Caquetá”, archivo “20223820000052101.pdf”.

⁴⁰ Respuesta allegada el 30 de noviembre de 2022.

⁴¹ Sentencias T-310 de 1995, T-553 de 2008, T-001 de 2021 y T-330 de 2022.

⁴² Sentencias T-001 de 2021 y T-330 de 2022.

incurrió en los defectos fáctico, sustantivo y procedimental absoluto. Así, en principio, la controversia se circunscribe a evaluar los defectos alegados por la parte accionante. Sin embargo, la revisión de los argumentos expuestos por el juzgado accionado en la sentencia que se cuestiona le permite a Sala observar la posible ocurrencia de otro defecto no alegado por la parte accionante, esto es, adoptar una decisión sin motivación. Por lo tanto, el análisis también se centrará en este yerro, además de los alegados en la acción de tutela.

33. Por otro lado, en el escrito mediante el cual la señora *Irene* solicitó la selección del presente asunto, puso de presente hechos que posiblemente derivan en otras presuntas afectaciones de sus derechos. En concreto, hizo alusión a diferentes actos de maltrato verbal, físico y psicológico cometidos presuntamente por el señor *Manuel*, en algunas ocasiones en presencia de sus hijos o mientras se encontraba en estado de embarazo. Incluso, *Irene* afirmó que temía por su seguridad. Por esa razón la Corte no puede limitarse a estudiar si existió una vulneración del derecho al debido proceso, sino que es necesario, además, analizar los hechos de maltrato alegados, las acciones adelantadas por las autoridades concernidas, y de ser necesario, adoptar las medidas pertinentes para proteger su integridad personal.

34. A partir de los anteriores planteamientos, corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si en el presente asunto se cumplen los parámetros que habilitan la procedencia excepcional de la acción de tutela contra una providencia judicial.

35. De resolverse de manera afirmativa el anterior cuestionamiento, la Corte esclarecerá si ¿la decisión proferida por el *Juzgado de Bilbao*, en el marco del proceso de custodia y cuidado personal cuestionado, vulneró el derecho fundamental al debido proceso de *Irene* y de su hijo *José*, al incurrir en los defectos: *i)* fáctico, por fallar el asunto sin haberse realizado visita e informe interdisciplinario al demandante y a la familia paterna; *ii)* sustantivo, por no decidir bajo las facultades *extra* y *ultra petita* teniendo en cuenta los hechos de violencia intrafamiliar puestos de presente durante el proceso; *iii)* procedimental absoluto, al otorgar la custodia del niño a la abuela paterna pese a que es un derecho inherente a la patria potestad; y *iv)* decisión sin motivación, ante la ausencia de sustento argumentativo que soporte la sentencia dictada?

36. De otra parte, deberá resolver si ¿las distintas autoridades que tuvieron conocimiento sobre los hechos de violencia intrafamiliar denunciados por la señora *Irene* vulneraron su derecho a la integridad personal al no adoptar las medidas necesarias para garantizar su protección y evitar la repetición de los hechos denunciados?

37. Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala hará referencia a: *i)* la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; *ii)* la perspectiva de género como un elemento de análisis en las decisiones judiciales, particularmente, en los procesos de cuidado y custodia personal de los niños, niñas y adolescentes; y *iii)* el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos desde un enfoque constitucional. Con fundamento en lo anterior, resolverá el caso concreto.

Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia⁴³

38. La acción de tutela es un instrumento eficaz de protección de derechos fundamentales, cuando quiera que ellos se vean en riesgo o sean afectados por hechos u

⁴³ La base argumentativa expuesta en este capítulo hace parte de las sentencias SU-917 de 2010, SU-195 de 2012, SU-515 de 2013, SU-769 de 2014, SU-336 de 2017, SU-072 de 2018, SU-116 de 2018 y SU-080 de 2020.

omisiones de una autoridad pública -incluidas las autoridades judiciales⁴⁴- e inclusive de particulares⁴⁵. La procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales precisa de un mayor rigor dadas las presunciones de acierto y validez que les acompañan, y por eso tiene un carácter excepcional enmarcado a partir de requisitos de procedencia.

39. Las denominadas *causales genéricas de procedencia* posibilitan el estudio de fondo del asunto⁴⁶. Una vez acreditados tales requisito y habilitado el estudio de fondo, debe demostrarse la ocurrencia de las denominadas *causales específicas*, parámetros con los cuales es posible establecer si se vulneraron los derechos invocados⁴⁷. La Sala hará referencia específica a los defectos que conciernen al caso concreto.

40. En reiterada jurisprudencia⁴⁸ se ha señalado que el **defecto sustantivo**, es una circunstancia que determina la carencia de validez constitucional de las providencias judiciales y se causa cuando una providencia judicial acude a una motivación que contradice, de manera manifiesta, el régimen jurídico que debe aplicar⁴⁹. Con relación al **defecto fáctico**, este se manifiesta a partir de una valoración probatoria defectuosa que tiene incidencia en la adopción de una decisión. La Corte ha identificado dos dimensiones⁵⁰: *i) negativa* que se concreta cuando el funcionario judicial niega la prueba o la valora de manera arbitraria, irracional y caprichosa, o cuando omite su valoración y sin razón da por no probado el hecho; y *ii) una dimensión positiva*, cuando se presenta una indebida apreciación probatoria, que puede tener ocurrencia a partir de la consideración y valoración a la que el juez somete un elemento probatorio cuya ilegitimidad impide incluirlo en el proceso⁵¹.

41. De otro lado, ha sostenido que el **defecto procedimental** se manifiesta en dos escenarios: *i) el absoluto*, cuando el operador judicial desconoce o se aparta del procedimiento legalmente establecido, y *ii) el exceso ritual manifiesto*, cuando el goce efectivo de los derechos de los individuos se obstaculiza por un extremo rigor en la aplicación de las normas procesales⁵². Por último, en cuanto al defecto por adoptar una **decisión sin motivación**, esta Corte ha señalado que se presenta ante la ausencia de sustento argumentativo o la irrelevancia de las consideraciones aplicadas para dirimir la controversia⁵³. La motivación suficiente de las providencias judiciales es un asunto que corresponde analizar en cada caso concreto. Por eso, “*sólo en aquellos casos en que la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado*”⁵⁴.

42. Con todo, para el análisis de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales es necesario tener en cuenta, por un lado, que se trata de una posibilidad de carácter excepcional, sujeto al cumplimiento de los parámetros formales y materiales fijados por esta Corporación. Por el otro, deben encontrarse acreditados cada uno de los

⁴⁴ Sentencia C-543 de 1992.

⁴⁵ Artículo 86, inciso 5° de la Constitución.

⁴⁶ *i)* que el asunto sea de relevancia constitucional; *ii)* que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable; *iii)* que se cumpla el requisito de la inmediatez; *iv)* cuando se trate de una irregularidad procesal, esta tenga un efecto decisivo en la sentencia que se impugna; *v)* que la parte actora identifique los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados; y *vi)* que no se trate de sentencias de tutela. Sentencia C-590 de 2005.

⁴⁷ Ellos son: *i)* defecto orgánico; *ii)* defecto procedimental absoluto; *iii)* defecto fáctico; *iv)* defecto material o sustantivo; *v)* error inducido; *vii)* desconocimiento del precedente; y *viii)* violación directa de la Constitución.

⁴⁸ La presente síntesis comprensiva se extracta de la sentencia T-261 de 2019.

⁴⁹ Se presenta, entre otros eventos, cuando: *i)* la decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque no es pertinente, ha sido derogada o, a pesar de que está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó; *ii)* la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto no se encuentra, *prima facie*, dentro del margen de interpretación razonable; *iii)* la decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma; *iv)* se desconoce la norma aplicable al caso concreto; *v)* la providencia judicial se profiere con una insuficiente sustentación o justificación de la actuación que afecte derechos fundamentales; *vi)* se desconoce el precedente judicial sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación; *vii)* el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

⁵⁰ Sentencia T-164 de 2018.

⁵¹ Sentencia SU-515 de 2013

⁵² Sentencia SU-286 de 2021.

⁵³ Sentencia T-709 de 2010.

⁵⁴ Sentencia T-233 de 2007.

requisitos generales señalados, que le permitan al juez de tutela realizar un examen constitucional de las decisiones judiciales puestas en su conocimiento; luego de lo cual, habrá de demostrarse la existencia de, por lo menos, una de las causales específicas.

La perspectiva de género como un elemento de análisis en las decisiones judiciales⁵⁵

La protección de la mujer contra cualquier tipo de violencia

43. La violencia de género sobre la mujer ha sido definida como *“aquella violencia ejercida contra las mujeres por el hecho de ser mujeres. Pero no por el hecho de ser mujeres desde una concepción biológica, sino de los roles y la posición que se asigna a las mujeres desde una concepción social y cultural”*⁵⁶. Este tipo de violencia se sustenta en las concepciones culturales que han determinado y aceptado la asignación de papeles delimitados en el desarrollo de la vida de hombres y mujeres, lo que ha llevado a la creación y permanencia de los denominados estereotipos de género que pueden tener tanto enfoques hacia lo femenino, como hacia lo masculino⁵⁷.

44. La Corte ha sostenido que una de las formas de discriminación contra la mujer más gravemente representativa, es aquella causada a través de actos de violencia al interior de la familia⁵⁸. Ha dicho que *“(…) es un fenómeno que suele estar relacionado con diversas causas ‘sociales, culturales, económicas, religiosas, étnicas, históricas y políticas, que opera en conjunto o aisladamente en desmedro de la dignidad’ humana”*⁵⁹. Asimismo, ha resaltado que la violencia en el seno de la familia encuentra un escenario favorable para su ocurrencia, como consecuencia del manto de reserva que socialmente cobija a las relaciones familiares.

45. Existen diferentes instrumentos internacionales encaminados a sancionar y eliminar toda forma de discriminación y violencia contra la mujer, entre ellos, la Convención de Belém do Pará⁶⁰ y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

46. El artículo 7° de la Convención de Belém do Pará establece las obligaciones a las que los Estados parte se comprometieron, entre estas, *“a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (…)”*. Así mismo, el artículo 8° establece que los Estados parte convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para *“(…) c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer”*. A su vez, la CEDAW recoge las principales obligaciones que los Estados miembros de la ONU deben cumplir, *“evitando la reproducción de distintos tipos de discriminación en contra de la mujer. Es a partir de ahí que organizaciones y tribunales internacionales han establecido los estándares de protección de las mujeres en el ámbito público y privado”*⁶¹.

47. Por otra parte, el artículo 43 de la Carta Política dispuso que *“[l]a mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación (…)”*. Además, reafirmó que la familia es el núcleo fundamental de la

⁵⁵ La base argumentativa expuesta en este capítulo hace parte de la Sentencia SU-080 de 2020.

⁵⁶ CORTÉS, Irene, Violencia de género e igualdad, Comares, S.L. 2013. p. 1. Cfr. Sentencia SU-080 de 2020

⁵⁷ Según la Organización de Naciones Unidas *“un estereotipo de género es una opinión o un prejuicio generalizado acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que ambos desempeñan o deberían desempeñar”*. Cfr. <https://www.ohchr.org/sp/issues/women/wrgs/page/s/genderstereotypes.aspx>

⁵⁸ La sentencia T-878 de 2014, explicó que *“la primera –la discriminación- tiene un componente afectivo muy fuerte que genera sentimientos agresivos, por lo cual la discriminación causa violencia y la violencia a su vez es una forma de discriminación, generando actos que vulneran los derechos humanos y la dignidad humana de muchos grupos de la sociedad”*.

⁵⁹ Sentencia T-967 de 2014.

⁶⁰ Ratificada por Colombia mediante la Ley 248 de 1995.

⁶¹ Sentencia T-012 de 2016.

sociedad, en donde, sin embargo, implícitamente se reconoce que en tal célula no es extraña la existencia de actos violentos por lo cual preceptúa conclusivamente (en el inciso 6° del art. 42) que “[c]ualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley”. De igual forma, el artículo 13 de la Constitución consagra el derecho a la igualdad como un corolario necesario del modelo del Estado social de derecho. Este último, es una forma de *tomarse en serio la igualdad*, no solo porque proscribire toda discriminación infundada, sino porque potencia la realización de acciones como una forma de lograr que la igualdad no sea apenas un postulado teórico y simplemente programático.

La obligación constitucional de las autoridades administrativas y judiciales de atender a la perspectiva de género en sus decisiones

48. Las anteriores consideraciones han permitido concluir que el Estado está en la obligación de implementar políticas públicas que contrarresten la problemática relativa a la violencia contra la mujer, y de abordar estas temáticas con perspectiva de género. Al respecto se ha dicho:

“El análisis de género es la herramienta teórico-metodológica que permite el examen sistemático de las prácticas y los roles que desempeñan las mujeres y los hombres en un determinado contexto económico, político, social o cultural. Sirve para captar cómo se producen y reproducen las relaciones de género dentro de una problemática específica y con ello detectar los ajustes institucionales que habrán de emprenderse para lograr la equidad entre los géneros. El análisis de género también se aplica en las políticas públicas. Este consiste en identificar y considerar las necesidades diferenciadas por género en el diseño, implementación y evaluación de los efectos de las políticas sobre la condición y posición social de las mujeres y hombres respecto al acceso y control de los recursos, su capacidad de decisión y empoderamiento de las mujeres”⁶².

49. Analizar con perspectiva de género los casos concretos donde son parte mujeres afectadas o víctimas: *i)* no implica una actuación parcializada del juez en su favor; reclama, al contrario, su *independencia e imparcialidad*; *ii)* ello comporta la necesidad de que su juicio *no perpetúe estereotipos de género*⁶³ discriminatorios; y *iii)* en tal sentido, la actuación del juez al analizar una problemática como la de la violencia contra la mujer, exige un *abordaje multinivel*, pues, el conjunto de documentos internacionales que han visibilizado la temática en cuestión -constituyan o no bloque de constitucionalidad- son referentes necesarios al construir una interpretación *pro fémmina*, esto es, una consideración del caso concreto que involucre el espectro sociológico o de contexto que describe el calamitoso estado de cosas, en punto de la discriminación ejercida sobre la mujer. Se trata por tanto de, utilizar las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos junto con el derecho interno, para buscar la interpretación más favorable a la mujer víctima.

50. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el enfoque de género como obligación de la administración de justicia. En la Sentencia T-012 de 2016, reconoció que las mujeres acuden a las autoridades, como los jueces, para exigir sus derechos cuando son víctimas de violencia. No obstante, “*lo que la práctica indica es que cuando ello ocurre, se presenta un fenómeno de ‘revictimización’ de la mujer pues la respuesta estatal no solo no es la que se esperaba, sino que, muchas veces, se nutre de estigmas sociales que incentivan la discriminación y violencia contra esa población. Tales circunstancias se presentan, al menos, de dos formas. La primera por la ‘naturalización’ de la violencia contra la mujer, obviando la aplicación de enfoques de género en la lectura y solución de los casos y, la segunda, por la reproducción de estereotipos*”.

51. En aquella decisión la Corte expuso que la administración de justicia no es ajena a estos fenómenos, pues los jueces, “*además de reconocer derechos, también pueden confirmar patrones de desigualdad y discriminación*”. Por eso explicó que para evitarlo la doctrina

⁶² INMUJERES. (2007). *Glosario de género*. D.F.: INMUJERES. bit.ly/119pJiz

⁶³ Cfr. ESTEREO TIPOS DEGÉNERO. Rebeca Cook. https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf, consultado el 26/02/2020.

internacional y constitucional ha desarrollado una serie de criterios y medidas basadas en el respeto y la diferencia de la mujer. De ahí que esta corporación hubiera reconocido distintos derechos e incorporado nuevos parámetros de análisis en favor de las mujeres, bien sea como una manifestación del derecho a la igualdad o a través del establecimiento de acciones afirmativas y medidas de protección especial, según el caso.

52. A partir de lo anterior, en la referida sentencia, este Tribunal resaltó la obligación de los jueces de incorporar criterios de género al solucionar sus casos y señaló que, cuando menos, deben: *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; *v)* reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; *vi)* flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; *vii)* considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; y *viii)* efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia.

Perspectiva de género en los procesos de cuidado y custodia personal de los niños, niñas y adolescentes

53. En la Sentencia T-338 de 2018, la Corte señaló que la obligación del Estado de investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer está en cabeza, en esencia, de la Rama Judicial, por lo que son los operadores judiciales del país quienes deben velar por su cumplimiento. En aquella ocasión, esta corporación puso de presente que una de las mayores limitaciones que las mujeres encuentran para denunciar la violencia es la tolerancia social a estos fenómenos, que implica a su vez la ineficacia de estos procesos y las dificultades probatorias a las que se enfrenta la administración de justicia. Pese a ello, reconoció que Colombia ha tenido un avance importante, por ejemplo, en materia penal donde se ha introducido el enfoque de género.

54. En todo caso, la Corte afirmó que esta pauta de acción no es suficiente, pues no se puede dejar de lado la protección desde el ámbito civil y de familia. En esa medida, *“debe ampliarse la aplicación de criterios de interpretación diferenciados, cuando, por ejemplo, colisionen los derechos de un agresor y una víctima de violencia doméstica o psicológica, en un proceso de naturaleza civil o de familia, por parte de estos jueces y de las comisarías de familia”*.

55. Más adelante, en la Sentencia T-462 de 2018 esta corporación señaló que le corresponde al Estado, a la sociedad y a la familia velar por el desarrollo armónico e integral de los menores de edad. No obstante, indicó que *“cuando se decidan asuntos relacionados con su custodia o visitas, en el marco de denuncias de violencia intrafamiliar, ese desarrollo debe ser analizado de manera aún más cuidadosa, con estricto seguimiento y supervisión de las autoridades competentes, y deberá tratarse de un acercamiento progresivo”*. Así, cuando las autoridades competentes adopten decisiones y medidas relacionadas con el derecho a las visitas o custodia de los hijos e hijas, deberán: *i)* tener en consideración la existencia de un contexto de violencia intrafamiliar, para que el ejercicio de esos derechos no ponga en peligro la seguridad y la vida de las víctimas, lo cual significa realizar un estudio detallado de las formas de la violencia, atender la voluntad del menor de edad involucrado e implementar un régimen de visitas y/o custodia gradual y progresivo; y *ii)* adoptar un enfoque de género y no *“familista”*, esto es, que la decisión se funde en el interés superior del menor de edad y en los derechos fundamentales de la mujer.

56. La Corte Suprema de Justicia también ha hecho hincapié en la obligación de estudiar bajo la perspectiva de género los procesos de cuidado y custodia personal de los niños,

niñas y adolescentes. En Sentencia del 13 de mayo de 2021 (STC5347-2021) la Sala de Casación Civil de esa corporación se pronunció sobre la obligación constitucional y convencional de las autoridades administrativas y de los jueces de familia de atender a la perspectiva de género en este tipo de controversias.

57. Señaló que el punto de partida de la implementación de la perspectiva de género es, *“justamente, el reconocimiento de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, en donde aquéllos, sistemáticamente, mediante el uso de distintos tipos de violencias, han perpetuado un lugar privilegiado en la sociedad, basado en la dominación, sometimiento y discriminación a las mujeres, impidiéndoles su desarrollo pleno como ciudadanas”*⁶⁴. También consideró que *“una comprensión más amplia de la realidad que subyace a los conflictos sometidos a la jurisdicción contribuye a la construcción de decisiones judiciales más justas y equitativas, en la medida en que la identificación de esas desigualdades estructurales se convierte en un marco de justificación para la aplicación de los instrumentos normativos que protegen los derechos de las mujeres y reafirman la necesidad de un tratamiento diferencial en aras de alcanzar la igualdad material”*⁶⁵. La Corte Suprema reiteró que en aquellos asuntos en los cuales la separación de la pareja está determinada por un entorno de violencia intrafamiliar, *“resulta viable limitar el derecho de custodia o el régimen de visitas e implementarlo de manera gradual y progresiva, en aras de proteger el interés superior del menor, con el fin de no exponerlo a situaciones de violencia que afecten su desarrollo integral; pero, también, de resguardar los derechos de las víctimas - especialmente de las mujeres”*.

58. En suma, una comprensión sistemática de nuestra Constitución arroja como resultado una interpretación que exige de la totalidad de los actores que conforman la vida en sociedad, el compromiso no solamente de erradicar la comisión de actos que discriminen y violenten a la mujer, sino el de adelantar acciones para que de manera efectiva la mujer encuentre en el Estado y la sociedad la protección de sus derechos. Dentro de estas obligaciones se encuentra la de adoptar las decisiones judiciales o administrativas a partir de un enfoque de género como una forma de *“corregir la visión tradicional del derecho”* hacia la protección de las mujeres víctimas de la violencia.

El ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos desde un enfoque constitucional

59. Esta corporación ha señalado que a partir de la progenitura responsable se garantiza el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, a la vez que se hace efectivo su interés superior y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella⁶⁶.

60. La custodia es el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes que en virtud de lo señalado por la Corte *“se traduce en el oficio o función mediante la cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del niño, niña o adolescente”*⁶⁷. En la Sentencia T-384 de 2018, la Corte reiteró algunas reglas indicativas aplicables a los casos en que sea necesario definir conflictos entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y de los familiares que discuten y controvierten jurídicamente su custodia y cuidado personal:

“(i) para otorgar la custodia y el cuidado del menor no se puede operar de manera automática y mecánica, sino que se debe valorar objetivamente la respectiva situación para confiar ese deber a quienes estén en condiciones de proporcionar las seguridades de bienestar y desarrollo integral del niño, niña y adolescente; (ii) en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones favorables en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado; (iii) la opinión del

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia STC5347-2021 del 13 de mayo de 2021. Radicación núm. 11001-22-10-000-2020-00781-01.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Sentencia T-384 de 2018.

⁶⁷ Sentencia T-351 de 2018. Reiterada en la Sentencia T-042 de 2020

menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión. El niño, niña y adolescente no puede ser coaccionado a vivir en un medio familiar que le es inconveniente; y, (iv) las aspiraciones y pretensiones de quienes abogan por la custodia del menor, deben ceder ante el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella”⁶⁸.

61. Conforme al artículo 253 del Código Civil⁶⁹ y 23 del Código de Infancia y Adolescencia, la custodia de los niños, en principio les corresponde a los padres⁷⁰, y se extiende a las demás personas que convivan con ellos. No obstante, el artículo 254 del Código Civil señala que en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres se puede confiar el cuidado personal de los hijos a otras personas, en virtud de la prevalencia de sus derechos.

62. De otro lado, la custodia puede ser acordada a través de conciliación judicial o extrajudicial, o decidida en el trámite de un proceso administrativo de restablecimientos de derechos, o en única instancia en un juzgado de familia⁷¹. El proceso administrativo de restablecimiento de derecho en principio le corresponde al defensor de familia⁷²; no obstante, el comisario de familia también puede definirla provisionalmente en los casos de violencia intrafamiliar⁷³ y cuando en el municipio no hubiere defensor de familia⁷⁴. En cuanto al trámite judicial, se realiza la solicitud ante un juez de familia, a través de un proceso verbal sumario, siguiendo lo dispuesto en el artículo 390 (3) del Código General del Proceso⁷⁵.

63. En este orden de ideas, cuando la custodia es entregada a una persona distinta a los padres, es deber de quien la asume proporcionarle al menor todas las garantías necesarias para su desarrollo y crecimiento integral. La decisión que deba adoptar la autoridad administrativa o el juez de familia competente sobre la custodia y cuidado personal del niño se debe fundar en el interés superior del niño, *“por lo cual, son estos los llamados a analizar el interés superior del menor de edad y evaluar de manera oportuna las pruebas idóneas para ponderar la situación económica, social, psicológica y cultural, en aras de determinar quién es la persona más idónea para asumir la custodia del menor”*⁷⁶.

64. Con los elementos de juicio explicados en los capítulos precedentes la Sala Novena de Revisión procederá a examinar el caso concreto.

Caso concreto

Breve presentación del asunto

65. La Defensoría de Familia instauró acción de tutela en representación de la Irene y del niño José al considerar que el fallo adoptado por el juzgado accionado según el cual la custodia del menor de edad debía seguir bajo la custodia paterna de manera provisional: i) se dictó sin haberse realizado visita e informe interdisciplinario al demandante y a la familia paterna; ii) desconoció que la custodia es un derecho inherente a la patria potestad; y iii) desconoció el parágrafo 1° del artículo 281 del CGP que faculta al juez en

⁶⁸ La Corte reiteró estas reglas de la Sentencia T-442 de 1994.

⁶⁹ *“Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”*.

⁷⁰ En forma permanente y solidaria.

⁷¹ Numeral 3°, artículo 21 del Código General del Proceso. La decisión que tome el juez de familia no hace tránsito a cosa juzgada, por lo tanto, puede modificarse la custodia cuando varíen las circunstancias que dieron lugar a la determinación tomada.

⁷² El artículo 82 del Código de la Infancia y de la Adolescencia indica que son funciones del Defensor de Familia, entre otras las de: *“1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza. - 2. Adoptar las medidas de restablecimientos establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o a los adolescentes”*.

⁷³ Art. 13, Ley 2126 de 2021: *“Le corresponde al comisario o comisaria de familia: (...) 10. Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia señaladas en el numeral 4o del artículo 5o de esta ley”*.

⁷⁴ Artículo 98 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

⁷⁵ Sentencia C-569 de 2016

⁷⁶ Ibidem.

los asuntos de familia a fallar *extra y ultra petita*. Con fundamento en lo anterior, pidió que se ordenara al Juzgado de *Bilbao* proferir un nuevo fallo.

66. El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Melgar declaró improcedente la acción de tutela. Cuestionó que la señora *Irene* no aportara prueba de la existencia de una sentencia judicial condenatoria en contra del señor *Manuel* y encontró acreditado que la defensora pública no manifestó ningún reparo en la etapa procesal de control de legalidad. Esta decisión no fue impugnada.

Verificación del cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

67. Con fundamento en los hechos descritos, la Sala debe determinar, en primer lugar, si en el presente asunto se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales:

68. *Relevancia constitucional*: el caso bajo estudio ostenta una evidente relevancia constitucional, primero, porque está relacionado con los presuntos errores en los que incurrió el *Juzgado de Bilbao*, centrados en la indebida valoración probatoria y el desconocimiento de normas sustantivas aplicables al caso con ocasión de la decisión adoptada en el proceso de custodia y cuidado personal. Estos yerros podrían afectar el derecho de la señora *Irene* al debido proceso y el derecho del niño *José* a tener una familia y a no ser separado de ella.

69. Segundo, en tanto involucra la posible afectación de los derechos de un menor de edad, sujeto de especial protección constitucional. Al respecto, debe recordarse que según el artículo 44 de la Constitución, se reconocen como derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, entre otros, el derecho a tener una familia y no ser separados de ella. Esa disposición establece, además, 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, y finaliza señalando que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

70. Finalmente, este asunto recae sobre la posible omisión del juzgado accionado de analizar el proceso ordinario que se cuestiona bajo la perspectiva de género ante los presuntos hechos de violencia intrafamiliar de los que fue víctima *Irene*. El Estado tiene la obligación de garantizar la erradicación de todo tipo de discriminación y maltrato en sus diferentes dependencias, incluida la Rama Judicial y las autoridades administrativas que ejerzan funciones jurisdiccionales, pues debe propugnar que las actuaciones de todas sus entidades se realicen con perspectiva de género, de conformidad con las obligaciones adquiridas a nivel internacional y nacional.

71. *Agotamiento de los recursos judiciales*: de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Código General del Proceso, los jueces de familia conocen en única instancia, entre otros asuntos, “[d]e la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios” (numeral 3). Por lo tanto, la parte accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial que le permita cuestionar las irregularidades en las que presuntamente incurrió el juzgado accionado.

72. *Inmediatez*: la sentencia que definió el asunto en el proceso de custodia y cuidado personal cuestionada por la accionante fue proferida el 2 de diciembre de 2021. La acción de tutela fue interpuesta el 21 de febrero de 2022, esto es, aproximadamente dos meses y medio después de la decisión ordinaria, término que a juicio de esta corporación es razonable para el ejercicio del amparo constitucional.

73. *Irregularidad procesal determinante.* La Sala considera que el cuestionamiento procesal alegado por la accionante podría tener un efecto determinante en la sentencia proferida por el *Juzgado de Bilbao* porque, según lo alegado en la acción de tutela, otorgó la custodia de *José* a la abuela paterna sin tener en cuenta que este es un derecho inherente a la patria potestad. Desde el punto de vista del extremo demandante, la providencia judicial desconoció que, siendo uno de los progenitores apto para asumir el cuidado y custodia de su hijo (en este caso, la madre), no podía privársele de ese derecho para otorgárselo a terceras personas como es la abuela paterna, salvo en casos excepcionalísimos, lo cual no ocurre en este proceso.

74. *Identificación de los hechos que generaron la vulneración de derechos:* la accionante identificó cada uno de los hechos que, a su juicio, generaron la vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se invoca, esto es, aquellos concernientes al debate probatorio, la aplicación de las normas y los yerros procedimentales en el marco del proceso de custodia y cuidado personal.

75. Finalmente, *el fallo controvertido no es una sentencia de tutela.*

76. Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala pasa a analizar el fondo del asunto.

Análisis sobre la presunta vulneración del derecho al debido proceso

77. La Sala de Revisión considera que la sentencia adoptada el 2 de diciembre de 2021, mediante la cual el *Juzgado de Bilbao* que otorgó la custodia provisional de *José* a la familia paterna, más precisamente su abuela, incurrió en los defectos de adoptar una decisión sin motivación, fáctico, sustantivo y procedimental. En primer lugar, se hará alusión a las principales actuaciones adelantadas en el curso del proceso ordinario; acto seguido, se citarán los argumentos expuestos en la decisión cuestionada y, finalmente, se explicarán las razones por las cuales se estima vulnerado el derecho fundamental al debido proceso.

78. El señor *Manuel*, actuando a través de apoderado judicial y representación de su hijo *José*, instauró **demanda** de custodia y cuidado personal contra la señora *Irene*⁷⁷.

79. El demandante indicó que la progenitora de *José* expuso al niño a riesgos para su vida e integridad, entre ellos, el riesgo de amputación de un dedo del pie, maltrato físico, verbal y psicológico constante, y no le brindó los cuidados y la atención requeridos como la asistencia a los controles por pediatría. Señaló que, el 21 de enero de 2021, él y la señora *Irene* llevaron a cabo una conciliación extrajudicial ante la *Comisaría de Familia de Bilbao* donde “se le otorgó la custodia al padre aquí demandante y los cuidados del menor a su señora madre abuela paterna”. Comentó que el 31 de enero de 2021 la demandada incumplió dicho acuerdo y “raptó al menor llevándose lo arbitrariamente para el municipio de Cartagena del Chaira”. Por lo tanto, el 9 de febrero de 2021 la Comisaría de Familia de ese municipio, con acompañamiento de la Policía de Infancia y Adolescencia y el Ministerio Público, entregó el niño a su abuela paterna⁷⁸.

80. El 19 de abril de 2021, la señora *Irene* presentó escrito de **contestación de la demanda** en el cual se opuso a las pretensiones, solicitó que se tuvieran en cuenta dos

⁷⁷ Expediente digital, carpeta “4.4Respuestas”, archivos “02 DEMANDA Y ANEXOS.pdf” y “04-SUBSANACION DE DEMANDA F34 a F47.pdf”.

⁷⁸ Mediante Auto del 23 de marzo de 2021, el Juzgado Promiscuo Municipal de Villarrica, Tolima, admitió la demanda y corrió traslado por 10 días para su contestación. Cfr. Expediente digital, carpeta “4.4Respuestas”, subcarpeta “4.4.3Juzgado Promiscuo Municipal de Villarrica”, subcarpeta “738734089001-2021-00021-00 (CUSTODIA Y PERTENENCIA)”, archivo “05-auto admisorio y notificaciones F48 a F60.pdf”.

declaraciones y allegó varios documentos como pruebas⁷⁹. Expuso que, si bien se celebró una conciliación extrajudicial en la *Comisaría de Familia de Bilbao*, “*esta se hizo bajo constrañimiento ilegal por parte de mi demandante*” por hechos ocurridos el 19 de enero de 2021. Aclaró que la razón por la cual el 31 de enero de 2021 se llevó a su hijo fue “*el maltrato físico, psicológico y económico que venía sufriendo [por lo que se vio] en la imperiosa necesidad de solicitar medidas de protección*”. Preciso que no existe ninguna actuación de autoridad competente que la hubiera conminado a atender sus obligaciones como madre.

81. En Auto del 7 de mayo de 2021, el juzgado **decretó las pruebas** solicitadas por las partes y pruebas de oficio, entre estas últimas, el juzgado dispuso comisionar a la *Comisaría de Familia de Bilbao* para que, a través de un equipo interdisciplinario practicara una visita a la familia que tiene a cargo la custodia del menor de edad⁸⁰.

82. Más adelante, la defensora pública allegó un escrito en el que narró los hechos de violencia intrafamiliar de los que ha sido víctima *Irene* y solicitó, entre otras cosas, retrotraer la actuación procesal y recibir una nueva contestación de la demanda. Además, indicó que remitía pruebas documentales para acreditar lo anterior⁸¹.

83. El 18 de junio de 2021, la *Comisaría de Familia de Bilbao* remitió el informe solicitado por el juzgado⁸². Posteriormente, el 30 de junio de 2021, la señora *Irene* informó al despacho que el progenitor y la abuela paterna de *José* “*han venido poniendo en contra mía a mi hijo por motivos y cambios que he visto en mi hijo. Me rechaza extremadamente y sin motivo alguno, se puede decir que mi hijo está siendo manipulado por su padre*”⁸³.

84. Luego, el 13 de julio de 2021, el juzgado ordenó al ICBF enviar un equipo interdisciplinario a la residencia de *Irene* con el fin de realizar una evaluación de trabajo social y psicología para determinar a quien le correspondía la custodia de *José*⁸⁴. El informe fue presentado por el ICBF el 21 de septiembre de 2021, en el cual se concluyó, entre otras cosas, que *Irene* cuenta con buena salud psicológica que le permite garantizar los derechos del niño y cuenta con una red de apoyo de familia extensa que manifestó apoyarla en la crianza de sus hijos cuando ella debe trabajar. Así mismo, indicó que en caso de que la custodia le fuera otorgada a la progenitora, esta debía solicitar atención psicológica para el niño, quien ha sido víctima indirecta en esta situación⁸⁵.

85. El 25 de noviembre de 2021, el *Juzgado de Bilbao* dio inicio a la **audiencia de instrucción y juzgamiento** en el proceso de custodia y cuidado personal instaurado por el señor *Manuel*. El juez escuchó dos testimonios que estaban pendientes por practicar. Sin embargo, como la parte demandante no había tenido acceso a la totalidad del expediente, el juez aplazó la audiencia para el 2 de diciembre de 2021.

86. En la referida fecha el juez continuó la audiencia de fallo y, en primer lugar, dio la palabra a las partes para los alegatos de conclusión. El apoderado del demandante aseguró que este caso se trata de custodia y cuidado y no de violencia de género como lo pretende la parte demandada, y destacó que esto último se debe tratar en un proceso diferente⁸⁶. Por su parte, la defensora pública recalcó que solo excepcionalmente los derechos de patria potestad pueden ser ejercidos por otros familiares o por terceros. Cuestionó que la pretensión del demandante sea obtener la custodia de *José*, pero para delegarla en la

⁷⁹ Expediente digital, carpeta “4.4Respuestas”, subcarpeta “4.4.3Juzgado Promiscuo Municipal de Villarrica”, subcarpeta “7387340 89001-2021-00021-00 (CUSTODIA Y PERTENENCIA)”, archivo “06-CONTESTACION DEMANDA Y ANEXOS F61 a F 83.pdf”.

⁸⁰ Expediente digital, carpeta “4.4Respuestas”, archivo “10-AUTO FIJA FECHA AUDIENCIA INICIAL Y NOTIFICACION F-108 a F 114.pdf”.

⁸¹ Expediente digital, carpeta “4.4Respuestas”, archivo “13-solicitud amparo de pobreza y remision de pruebas con sus anexos f118 A f 166.pdf”.

⁸² Expediente digital, carpeta “4.4Respuestas”, archivo “15-respuesta a despacho comisorio f 170 A f 182.pdf”.

⁸³ Ibidem. P. 12-13.

⁸⁴ Expediente digital, carpeta “4.4Respuestas”, archivo “16-oficios a ICBF para visita interdisciplinaria f 183 a F 189.pdf”.

⁸⁵ Expediente digital, carpeta “4.4Respuestas”, archivo “33- INFORME VISITA INTERDISCIPLINARIA F- 281 a F. 300.pdf”.

⁸⁶ Expediente digital, archivo “03Escrito Tutela.pdf”, enlace de la audiencia de fallo, minuto 8:00.

abuela paterna. Recordó que, según el ICBF, la señora *Irene* era apta para cubrir las necesidades de sus hijos. Así mismo, destacó la importancia del caso dados los hechos de violencia intrafamiliar de los que fue víctima la demandada⁸⁷.

87. A continuación, el juzgado procedió a dictar sentencia. Por la importancia de la información allí contenida para efectos del presente análisis, la Sala citará *in extenso* los argumentos expuestos por el juez sobre el caso concreto:

“QUIEN DEBE TENER LA CUSTODIA DEL MENOR

En este proceso, la demandada ha solicitado, a través de la Defensora Pública (...), que le sea otorgada la custodia de su menor hijo.

Dicha petición será denegada, por las siguientes razones:

El artículo 281 del Código General del Proceso, contiene lo que se ha denominado PRINCIPIO DE CONGRUENCIA de las sentencias y en dicha norma se indica que la sentencia DEBERÁ ESTAR EN CONSONANCIA CON LOS HECHOS Y LAS PRETENSIONES ADUCIDAS EN LA DEMANDA Y EN LAS DEMÁS OPORTUNIDADES QUE ESTE CÓDIGO CONTEMPLA.

Quiere decir lo anterior, que le está vedado al Juez definir pretensiones que no hayan sido expuestas en la demanda o en las demás oportunidades que el código contempla.

En esas condiciones, debe indicarse que, si la demandada estaba interesada en obtener la custodia del menor, DEBIÓ HABER ELEVADO SU PRETENSIÓN, no a través de un escrito presentado por su defensora pública, sino a través de la demanda de reconvencción prevista en el artículo 371 del Código General del Proceso.

Por esa mera circunstancia la pretensión de la demandada no está llamada a prosperar.

Igualmente, existe pretensión del demandante para que se le otorgue la CUSTODIA DEFINITIVA del menor a lo cual no se puede acceder porque, se reitera, los fallos de familia, en relación con la situación de los menores, NO PUEDEN, NO DEBEN SER DEFINITIVAS y no constituyen cosa juzgada material.

Al respecto, es preciso indicar adicionalmente que el artículo 304, numeral 2° del Código General del Proceso, indica de manera expresa que NO CONSTITUYEN COSA JUZGADA, las sentencias que DECIDAN SITUACIONES SUSCEPTIBLES DE MODIFICACIÓN MEDIANTE PROCESO POSTERIOR.

Se itera hasta la saciedad que la custodia de un menor puede variar día a día, por lo que proferir una decisión DEFINITIVA sobre su custodia es un imposible jurídico.

CONCLUSIONES

1. Ninguna de las pretensiones del demandante ni de la demandada prosperarán.
2. La custodia del menor se mantendrá en firme, en los términos contenidos en acta de conciliación del 21 de enero de 2021, expedida por la Comisaría de Familia de este municipio.

CUESTIÓN ADICIONAL

En el expediente obran múltiples acusaciones recíprocas del demandante hacia la demandada y de la demandada hacia el demandante y entre sus familias, de grueso calibre.

Ante ello, recordemos que nuestra legislación y jurisprudencia propende siempre por el INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, por encima de cualquier derecho.

En esas condiciones, se observa que la situación que rodea al menor *JOSÉ* no es la más recomendable porque existen serias y graves divergencias entre la familia paterna y materna, lo que en el futuro incidirá en consecuencias directas hacia el menor.

Por ello, como medida de protección, se ordenará librar oficio al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR par que esa entidad, realice un acompañamiento a las dos familias por el término

⁸⁷ Expediente digital, archivo “03EscritoTutela.pdf”, enlace de la audiencia de fallo, minuto 11:30 adelante.

de un (1) año y realice valoraciones psicológicas y sociales para los padres del menor y sus respectivas familias, a fin de que las relaciones se suavicen y determinen un mejor estar para el menor. Los padres y entorno familiar deberán de manera obligatoria acudir a las citas y consultas que les haga el ente público, so pena de las sanciones pecuniarias a que haya lugar. Sin cosas por no aparecer causadas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado (...)

RESUELVE

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demandante y de la demandada, en relación con el otorgamiento de custodia definitiva de su menor hijo.

SEGUNDO: Disponer que el contenido del acta de conciliación del 21 de enero de 2021 ante la *Comisaría de Bilbao* conserva toda validez, hasta que una sentencia judicial no disponga lo contrario.

TERCERO: Como medida de protección, se ordena librar oficio al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (...)⁸⁸.

88. Resumidas las principales actuaciones, procede la Sala a analizar cada uno de los defectos alegados e identificados por esta corporación:

(i) Decisión sin motivación

89. Una decisión sin motivación se presenta cuando se está ante la ausencia de sustento argumentativo o la irrelevancia de las consideraciones aplicadas para dirimir una controversia. Esta corporación estima que tal fue el actuar del juzgado accionado, pues una simple lectura de las consideraciones expuestas en la sentencia cuestionada permite inferir que no desplegó sustento argumentativo alguno para adoptar su decisión, incurriendo con ello en un acto completamente arbitrario. Como se desprende de los apartes transcritos, el juzgado se limitó a:

*i) Negar la pretensión de la parte demandada de obtener la custodia de su hijo porque para ello debió presentar una demanda de reconvencción. Esto, sin tener en cuenta las facultades extra y ultra petita otorgadas por el legislador para fallar esta clase de asuntos -punto que se ahondará al analizar el defecto sustantivo- e ignorando por completo los distintos cuestionamientos puestos de presente en la contestación de la demanda. Es de recordar que la señora Irene se opuso a la totalidad de las pretensiones, pues si bien se celebró una conciliación extrajudicial en la *Comisaría de Bilbao*, aseguró que “esta se hizo bajo constreñimiento ilegal por parte de mi demandante” por hechos ocurridos el 19 de enero de 2021 según consta en la noticia criminal. También aclaró que la razón por la cual el 31 de enero de 2021 se llevó a su hijo fue “el maltrato físico, psicológico y económico que venía sufriendo [por lo que se vio] en la imperiosa necesidad de solicitar medidas de protección”. Además, precisó que no existe ninguna actuación de autoridad competente que la hubiera conminado a atender sus obligaciones como madre. Así, la Sala observa que el juzgado accionado realmente no se pronunció de fondo sobre los señalamientos expuestos por la demandada en la contestación, sino que los descartó sin ninguna razón ni justificación.*

*ii) Negar la pretensión de la parte demandante de obtener la custodia definitiva de José porque las decisiones en esta clase de asuntos no constituyen cosa juzgada. El hecho de que los procesos de custodia y cuidado personal no hagan tránsito a cosa juzgada no implica que el operador judicial no deba pronunciarse sobre la controversia puesta a su consideración. El *Juzgado de Bilbao* obvió la grave problemática y optó por no analizar la viabilidad de la familia paterna para el cuidado de José. Pese a que decretó una serie de pruebas (documentales, interrogatorios, declaraciones, visitas sicosociales, entre otras), nada dijo sobre cada una de ellas. Simplemente, se limitó a señalar que “[e]n el*

⁸⁸ Expediente digital, archivo “03EscritoTutela.pdf”, enlace de la audiencia de fallo. Ver también carpeta “4.4Respuestas”, archivo “39-SENTENCIA F- 365 A F 379.pdf”.

expediente obran múltiples acusaciones recíprocas del demandante hacia la demandada y de la demandada hacia el demandante y entre sus familias, de grueso calibre”.

iii) Concluir que la custodia del menor se mantendría en firme, en los términos contenidos en acta de conciliación del 21 de enero de 2021 expedida por la Comisaría de Bilbao. De la sentencia proferida por el juzgado accionado no se desprende un solo argumento dirigido a justificar por qué, a su juicio, “*el contenido del acta de conciliación del 21 de enero de 2021 ante la Comisaría de Bilbao conserva toda validez*” como lo declaró en el numeral segundo de la parte resolutive. El juez no expuso ninguna razón fáctica ni jurídica para sustentar esa conclusión, lo cual es más gravoso si se tiene en cuenta que, si bien aseguró no acceder a las pretensiones de la demanda, materialmente lo hizo al declarar la validez de la conciliación, pues lo pretendido por el señor *Manuel* era, precisamente, mantener la custodia de su hijo, pero bajo los cuidados de la abuela paterna⁸⁹. La falta de sustento y coherencia de la decisión judicial cuestionada condujo a otorgar durante un año más la custodia de *José* a la familia paterna sin que dicha determinación contara con un mínimo de sustento.

90. Ninguna de las anteriores conclusiones tuvo un soporte argumentativo de cara a la problemática planteada en la demanda y en la contestación, ni se basó en las pruebas recaudadas durante el trámite. En otras palabras, el juez ignoró por completo los planteamientos de las partes, al punto que ni siquiera se refirió a las diferentes aristas que se derivaban de sus intervenciones y que eran de vital relevancia para resolver el asunto, pues involucraban, entre otros, presuntos actos de violencia sexual contra un menor de edad y hechos de violencia intrafamiliar.

91. Si bien en algunos casos bastan unas breves consideraciones para dirimir el asunto, en otros es indispensable que el juez argumente de manera exhaustiva la decisión que va a adoptar. Este es precisamente uno de esos casos, pues como se indicó, estaban de por medio múltiples intereses de alta relevancia. No obstante, el juzgado ni siquiera explicó las razones por las cuales se abstendría de tratar los asuntos sometidos a su consideración.

92. De ese modo, el *Juzgado de Bilbao* olvidó que, en virtud del artículo 55 de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de Administración de Justicia “[l]as sentencias judiciales deberán referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales”. Como lo señaló esta corporación en la Sentencia C-037 de 1996 donde se pronunció sobre la citada disposición, es indispensable que en la sentencia se expliquen en forma diáfana, juiciosos y debidamente sustentada, las razones que llevaron al juez para desechar o para aprobar los cargos que fundamenten el caso en concreto.

93. La falta de motivación en la sentencia cuestionada desencadenó en una serie de irregularidades que permiten acreditar los demás defectos alegados por la accionante, según se explica a continuación.

(ii) Defecto fáctico

94. El defecto fáctico se causa por una valoración probatoria defectuosa de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesta; que tiene una incidencia directa en la decisión. Según la accionante, el juzgado accionado incurrió en este defecto porque dictó el fallo sin haberse realizado la visita e informe interdisciplinario al demandante y a la familia paterna. Además, cuestionó que el juez únicamente se basó en el informe psicológico practicado en la Comisaría de Familia, pese a la existencia de un concepto favorable rendido por el ICBF sobre la viabilidad de la progenitora para tener la custodia de su hijo.

⁸⁹ Expediente digital, carpeta “4.4Respuestas”, archivos “02 DEMANDA Y ANEXOS.pdf” y “04-SUBSANACION DE DEMANDA F34 a F 47.pdf”.

95. La Corte considera que el yerro del juzgado va mucho más allá de los informes mencionados por la accionante. En efecto, se advierte que el *Juzgado de Bilbao* incurrió en un defecto fáctico a partir de una dimensión negativa, al omitir decretar pruebas que eran relevantes para resolver el asunto y al no valorar aquellas que fueron allegadas por las partes y decretadas de oficio. Según consta en el Auto del 7 de mayo de 2021, el juzgado decretó las siguientes pruebas⁹⁰:

De la parte demandante	-Documentales. Se incorporan y, por lo tanto, se tiene como medios de acreditación los documentos allegados con el escrito demandatorio y subsanación, los cuales serán valorados al momento de proferirse el respectivo fallo. -Testimonios. Se dispone recaudar la declaración de <i>Martha y Rocío</i> . -Interrogatorio de parte: se ordena que la parte demandada <i>Irene</i> solucione las preguntas que se plantearán durante la diligencia. -Prueba trasladada. Se solicitará al ICBF de los municipios de Soacha, <i>Rosales</i> y <i>Bilbao</i> allegar los informes administrativos que adelanta y/o adelantó en la protección de los derechos de <i>José</i> .
De la parte demandada	-Documentales. Se incorporan y, por lo tanto, se tienen como medios de acreditación los documentos allegados con el escrito contestatorio, los cuales serán valorados al momento de proferirse el respectivo fallo. -Ratificación de las declaraciones rendidas ante la Notaría Única de Cartagena del Chaira, Caquetá.
De oficio	-Interrogatorio de parte. Se ordena que el señor <i>Manuel</i> dé respuesta a las preguntas que se le plantearán durante la diligencia. -Comisionar a la <i>Comisaría de Familia de Bilbao</i> para que por medio del equipo interdisciplinario adscrito a esa entidad y con la intervención de la Defensoría de Familia, practique visita a la familia que tiene la custodia y al menor <i>José</i> en su lugar de residencia, con el fin de establecer un trabajo social y psicológico para determinar la parte afectiva con los padres y con el entorno familiar tanto al uno como al otro, aspecto socioeconómico para establecer cuál hogar reúne mejores condiciones para albergar al niño.

96. Aunque el juzgado aseguró que estas pruebas eran pertinentes, conducentes y útiles para resolver el asunto, y que estas serían valoradas al momento de proferirse el fallo respectivo, nada dijo sobre ellas en la sentencia. Este se constituye en un acto arbitrario por parte del juez pues desplegó todo un ejercicio probatorio que, al final, no fue ni siquiera mencionado en su decisión. Lo anterior resulta problemático si se tienen en cuenta los hechos que se pretendían acreditar con las referidas pruebas. Por citar algunos ejemplos:

i) El 10 de diciembre de 2020, la Comisaría de Familia de Los Patios, Norte de Santander, solicitó a la Policía Nacional disponer lo pertinente a fin de brindar la protección requerida por *Irene*, por los hechos de violencia intrafamiliar por parte de *Manuel*⁹¹.

ii) Como anexo a la contestación de la demanda, la señora *Irene* allegó la Noticia Criminal del 25 de febrero de 2021, donde narró los múltiples hechos de violencia de los que presuntamente fue víctima por parte de *Manuel* y expuso que “nos fuimos a la comisaría y allí me obligó a firmar la custodia del niño”⁹².

iii) En la audiencia iniciada el 25 de noviembre de 2021, el Juzgado practicó el interrogatorio a la señora *Martha*. La defensora le preguntó qué le constaba del trato que el señor *Manuel* le daba a su hija *Irene*. Al respecto, la señora *Martha* indicó que durante los 3 meses que vivieron en su casa durante la pandemia maltrató “*muy feo*” a su hija, le pegó en la cara, la ofendió, le decía gorda. Así mismo señaló que le pegaba al niño con la correa. Acto seguido, el abogado del demandante le preguntó sobre las circunstancias en las que *Irene* llegó a Cartagena del Chaira con el niño. Sobre este punto, contestó que fue el 30 de enero de 2021 cuando *Irene* y *José* llegaron a las 7:00 am solamente con la ropa que tenían puesta, y que *Irene* le manifestó que le hicieron firmar la custodia bajo el entendido de que le iban a ayudar por el maltrato del que era víctima⁹³.

⁹⁰ Expediente digital, carpeta “4.4Respuestas”, archivo “10-AUTO FIJA FECHA AUDIENCIA INICIAL Y NOTIFICACION F-108 a F 114.pdf”.

⁹¹ Expediente digital, carpeta “4.4Respuestas”, archivo “06-CONTESTACION DEMANDA Y ANEXOS F61 a F 83.pdf”. P. 15.

⁹² Expediente digital, carpeta “4.4Respuestas”, archivo “06-CONTESTACION DEMANDA Y ANEXOS F61 a F 83.pdf”. P. 5.14.

⁹³ Expediente digital, archivo “03Escrito Tutela.pdf”, enlace de la audiencia de fallo. Ver también carpeta “4.4Respuestas”, archivo “38- ACTA DE AUDIENCIA DE INSTRUCCION Y JUZGAMIENTO F- 358 a F 364.pdf”.

97. Entonces, pese a que en múltiples ocasiones la demandada manifestó que la conciliación extrajudicial se dio producto de la violencia intrafamiliar de la que era víctima, y de los engaños y abusos por parte de su exesposo, el juzgado no indagó sobre el particular, no decretó pruebas que le permitieran aclarar ese punto o cuando menos evaluó las distintas versiones recibidas por las partes. Este era un aspecto esencial en la decisión, pues de ello dependía la idoneidad de los términos en que fue concedida la custodia provisional a la familia paterna. No obstante, sin ningún sustento probatorio ni valoración concreta, el despacho concluyó que la conciliación era válida a pesar de los múltiples cuestionamientos que presentó la demandada sobre el constreñimiento del que presuntamente fue víctima.

98. Es importante recordar que, para definir los conflictos relacionados con la custodia y cuidado personal de los niños, las niñas y los adolescentes, los jueces no pueden operar de manera automática o mecánica, sino que deben valorar objetivamente la respectiva situación para confiar ese deber a quienes estén en condiciones de proporcionar las seguridades de bienestar y desarrollo integral; además, en cada caso debe analizar las circunstancias y situaciones favorables en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado. Ninguno de los parámetros descritos condujo el actuar del juez accionado, en tanto este ni siquiera expresó las razones por las cuales consideraba idóneo uno u otro hogar para José.

99. Así mismo, esta corporación observa que el juzgado ordenó al ICBF enviar un equipo interdisciplinario a la residencia de Irene con el fin de realizar una evaluación de trabajo social y psicología para determinar a quien le correspondía la custodia de José⁹⁴. En el informe presentado por el ICBF el 21 de septiembre de 2021, se concluyó, entre otras cosas, que Irene cuenta con buena salud psicológica que le permite garantizar los derechos del niño y tiene una red de apoyo de familia extensa que manifestó apoyarla en la crianza de sus hijos cuando ella debe trabajar⁹⁵. No obstante, el juzgado no presentó ninguna consideración sobre el particular que permita entender las razones por las cuales descartó los resultados de dicha prueba.

100. El juzgado tampoco tuvo en cuenta el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, como componente esencial del principio del interés superior del menor. En efecto, el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia dispone que los NNA tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados, donde tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta.

101. Como se indicó previamente, esta corporación ha señalado que *“la opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión”*⁹⁶. En todo caso, también ha destacado que este derecho no es absoluto al sostener que *“tal prerrogativa tiene límites en su ejercicio, marcados por las capacidades evolutivas de los NNA. [E]s claro que escuchar en estos casos es permitir la participación activa de los menores de edad en las decisiones que los afecta, pero ello no implica que las autoridades o los adultos estén obligados a hacer lo que los NNA digan o manifiesten. Así, estos límites deben ser evaluados caso a caso por la autoridad a cargo, sin que se puedan establecer estándares universales (...) pues los procesos cognitivos, intelectuales, psicológicos y/o físicos, entre otros, varían de individuo a*

⁹⁴ Expediente digital, carpeta “4.4Respuestas”, archivo “16-oficios a ICBF para visita interdisciplinaria f 183 a F 189.pdf”.

⁹⁵ Expediente digital, carpeta “4.4Respuestas”, archivo “33- INFORME VISITA INTERDISCIPLINARIA F- 281 a F. 300.pdf”.

⁹⁶ Reglas indicativas aplicables a los casos en que se define la custodia de los niños. Cfr. Sentencia T-384 de 2018. La Corte reiteró estas reglas de la Sentencia T-442 de 1994.

*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*⁹⁷.

102. En consecuencia, la Sala no encuentra motivo alguno para que el juzgado desplegara todo un ejercicio probatorio, pero omitiera valorar esta -y otras pruebas- con el fin de constatar o descartar la idoneidad de *Irene* en el cuidado y la crianza de su hijo. Se estima que este fue un actuar negligente y descuidado del juez que repercutió no solo en el derecho al debido proceso, sino en el interés superior del menor de edad.

(iii) Defecto procedimental

103. El defecto procedimental absoluto se presenta cuando el operador judicial desconoce o se aparta del procedimiento legalmente establecido. A juicio de la accionante, el juez accionado actuó al margen de las normas establecidas para el trámite que se analiza, pues desconoció que la custodia es un derecho inherente a la patria potestad, es decir, solo de los padres:

“El señor *Manuel*, como soldado profesional activo, no cuenta con las condiciones de tiempo para ejercer personalmente la custodia, pues por varios meses permanece en misiones de campo. Y por tal, existiendo uno de los progenitores que sí le es viable asumir el cuidado y custodia de su hijo (en este caso, la madre), no puede privársele de ese derecho para otorgárselo a terceras personas como es la abuela paterna, salvo en casos excepcionalísimos que por interés superior del niño, ese progenitor debiera asumirla, lo cual serían causales de pérdida de patria potestad y requeriría que se adelantara ese proceso judicial contra ese progenitor, lo cual no ocurre en el proceso de la referencia, pues la señora *Irene*, visitada y valorada por equipo interdisciplinario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, fue considerada viable para asumir la custodia de su hijo”⁹⁸.

104. Esta Corte considera que, en efecto, el juzgado accionado incurrió en un defecto procedimental absoluto pues desconoció lo previsto en los artículos 253 y 254 del Código Civil⁹⁹ y 23 del Código de Infancia y Adolescencia.

105. El artículo 253 del Código Civil establece que “[t]oca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”. En concordancia con esta disposición, el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala que “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales”. Sin embargo, el artículo 254 del Código Civil refiere que “[p]odrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. // En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes legítimos”.

106. Lo anterior significa que, en principio, la custodia está encomendada a los progenitores, y solo en caso de inhabilidad física o moral de estos, el juez podrá otorgar la custodia a una persona distinta, en aras del interés superior del menor de edad. Esa persona será la encargada de brindarle todas las condiciones necesarias para que tenga un desarrollo y crecimiento integral. Era obligación del *Juzgado de Bilbao* atender estas disposiciones de cara a determinar la idoneidad de los padres de *José* para ejercer su custodia y cuidado. Ese despacho no esbozó ningún argumento dirigido a sustentar por qué, pese a existir un informe del ICBF donde consta que *Irene* cuenta con buena salud psicológica y una red de apoyo familiar que le permiten garantizar los derechos del niño, prefirió confirmar la custodia en favor de la familia paterna.

⁹⁷ Sentencia T-663 de 2017.

⁹⁸ Expediente digital. Acción de tutela, hecho noveno. Archivo “4_73449318400120220005300-(2022-03-24 12-07-03)-1648141623-3.pdf”. P. 6.

⁹⁹ “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”.

107. Lo anterior es más problemático si se tiene en cuenta que la decisión del juez fue avalar la custodia de *José* en favor del padre, pero bajo los cuidados de la abuela paterna. El uso de esta mixtura por parte del juzgado condujo a que, materialmente, el cuidado del niño le fuera otorgado a una persona distinta a los progenitores, sin que se explicara por qué estos últimos no son idóneos física o moralmente para tal fin. Dicha conclusión, en últimas, favoreció al demandante en detrimento de los derechos de la señora *Irene*, cuya idoneidad para criar a su hijo fue descartada sin ningún motivo y en un desconocimiento flagrante de las disposiciones que rigen el análisis que deben adelantar las autoridades judiciales en esta clase de procesos.

(iii) *Defecto sustantivo*

108. El defecto sustantivo se presenta cuando una providencia judicial acude a una motivación que contradice de manera manifiesta el régimen jurídico que debe aplicar. Este defecto se manifiesta, entre otros, en los casos en que, pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto no se encuentra *prima facie* dentro del margen de interpretación razonable o la aplicación final de la regla es claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes.

109. Según la accionante, el juez desconoció el párrafo 1° del artículo 281 del Código General del Proceso que faculta al juez en los asuntos de familia a fallar *extra y ultra petita*. Indicó que, según lo señalado por el juzgado accionado, si *Irene* pretendía la custodia de su hijo debió interponer una demanda de reconvención en el término de la contestación de la demanda. Sobre este punto, aclaró que la defensora pública se hizo parte en el proceso una vez se contaba con la fecha de audiencia inicial y, pese a que solicitó retrotraer la actuación teniendo en cuenta la violencia sufrida por *Irene*, el juez negó dicha solicitud “*pues dijo que era solo proceso de custodia del menor y que el proceso seguiría en el estado que se encontraba*”¹⁰⁰.

110. La Sala de Revisión considera que le asiste razón a la accionante, pues el *Juzgado de Bilbao*, de manera tajante aseguró que, en virtud del principio de congruencia previsto en el artículo 281 del Código General del Proceso, “*le está vedado al Juez definir pretensiones que no hayan sido expuestas en la demanda o en las demás oportunidades que el código contempla. En esas condiciones, debe indicarse que, si la demandada estaba interesada en obtener la custodia del menor, DEBIÓ HABER ELEVADO SU PRETENSIÓN, no a través de un escrito presentado por su defensora pública, sino a través de la demanda de reconvención prevista en el artículo 371 del Código General del Proceso*”¹⁰¹.

111. No obstante, olvidó que, conforme al párrafo 1° de esa disposición, “[e]n los asuntos de familia, el juez podrá fallar *ultrapetita* y *extrapetita*, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole”.

112. Esta corporación ha señalado que la facultad prevista en el párrafo 1° del artículo 281 del Código General del Proceso no implica que pueda aplicarse “*desconociendo el debido proceso que involucra a todos los actores del conflicto familiar puesto en conocimiento del fallador*”¹⁰². Lo anterior significa que si la sentencia se pronuncia sobre cuestiones no debatidas en el proceso y que carecen por completo de relación jurídico procesal con el asunto debatido, se vulnera el derecho al debido proceso. De ahí que la Corte sea enfática en señalar que las facultades *ultra* y *extra petita* de los jueces “*no son*

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Expediente digital, archivo “03EscritoTutela.pdf”, enlace de la audiencia de fallo. Ver también carpeta “4.4Respuestas”, subcarpeta “4.4.3Juzgado Promiscuo Municipal de Villarrica”, subcarpeta “738734089001-2021-00021-00 (CUSTODIA Y PERTENENCIA)”, archivo “39-SENTENCIA F- 365 A F 379.pdf”.

¹⁰² Sentencia T-051 de 2022. Esto, con fundamento en la Sentencia STC3849-2019 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

*absolutas y que en ciertos escenarios su aplicación irrazonable puede suponer el desconocimiento de los derechos fundamentales de alguna de las partes del proceso*¹⁰³.

113. La norma otorga la facultad de fallar *extra y ultra petita* únicamente cuando sea necesario proteger “*a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole*”. Conforme lo señalado, la Sala considera que en el caso estudiado, su ejercicio hubiera sido razonable con el fin de *i*) responder a las alegaciones de violencia intrafamiliar y de género conocidas por el juzgado accionado y *ii*) atender a la materialización del interés superior del niño por medio de la búsqueda de la persona mejor habilitada para ejercer su custodia. Así, las mencionadas facultades implicaban pronunciarse sobre cuestiones directamente relacionadas con el asunto del proceso, esto es, la protección de la madre y el niño como lo establece el referido párrafo 1°.

114. En esa línea, el despacho accionado ignoró la obligación constitucional de toda autoridad judicial de atender a la perspectiva de género en su decisión, lo cual pudo hacer en virtud de las facultades señaladas.

115. Como se puso de presente al abordar el defecto fáctico, la demandada en el proceso ordinario puso de presente en múltiples ocasiones que las circunstancias en las cuales se había llevado a cabo la conciliación extrajudicial que dio lugar a otorgar la custodia y cuidado personal de *José* a la familia paterna, estuvieron rodeadas de diferentes hechos de violencia física y psicológica por parte del padre del menor de edad. A pesar de tener conocimiento de estos eventos, el juzgado optó por no considerarlos en su sentencia y por señalar, erróneamente, que el caso debía circunscribirse a la definición de la custodia y del cuidado personal.

116. Para esta corporación es claro que tal conclusión es equivocada porque la exigencia de analizar un asunto, cualquiera sea este, con perspectiva de género cuando una mujer alega ser víctima de violencia, busca precisamente evitar la naturalización de la violencia contra la mujer y que los operadores judiciales no perpetúen estereotipos de género o discriminatorios. De ahí que sea obligación de los jueces incorporar criterios de género al solucionar los casos puestos a su consideración y, cuando menos, 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 diferencial¹⁰⁴.

117. Es preciso reiterar que en materia civil y de familia, la perspectiva de género también debe orientar las actuaciones de los operadores de justicia, en conjunto con los principios constitucionales y la especial protección otorgada a la mujer, cuando es víctima de cualquier tipo de violencia. Bajo ese entendido, cuando las autoridades competentes adopten decisiones y medidas relacionadas con el derecho a las visitas o custodia de los hijos e hijas, deberán tener en consideración la existencia de un contexto de violencia intrafamiliar, para que el ejercicio de esos derechos no ponga en peligro la seguridad y la vida de las víctimas, lo cual significa realizar un estudio detallado de las formas de la violencia, atender la voluntad del menor de edad involucrado e implementar un régimen de visitas y/o custodia gradual y progresivo.

118. Si bien en esta oportunidad la custodia y cuidado personal no surgió en el marco de una denuncia por violencia intrafamiliar, la controversia sí estaba directamente relacionada con hechos de esa naturaleza que hacían indispensable abordar el asunto de

¹⁰³ Sentencia T-055 de 2022.

¹⁰⁴ Sentencia T-012 de 2016.

manera amplia y bajo la perspectiva de género. El juzgado olvidó que “la perspectiva de género no es una cuestión accesoria o marginal, sino transversal e integral”¹⁰⁵.

119. Ahora bien, para la Sala es relevante destacar que la Organización de Naciones Unidas ha reconocido que las solicitudes de custodia o de visitas se han convertido en una forma de continuar el abuso o violencia contra la mujer¹⁰⁶. Por ello, dicha organización recomendó incluir en las legislaciones nacionales: “i) la presunción en contra de la concesión de la custodia al autor de los actos violentos; ii) la presunción en contra de visita por el autor de los actos violentos si no es supervisada; iii) la exigencia de que antes de la concesión de la visita supervisada hayan pasado tres meses desde el acto de violencia y que el autor de los actos violentos ha cesado de utilizar cualquier forma de violencia y está participando en un programa de tratamiento para ese tipo de delincuentes; y iv) La no concesión de derechos de visita en contra de la voluntad del menor”¹⁰⁷.

120. En la Recomendación General núm. 35 proferida por el Comité de la CEDAW, indicó que las medidas de protección deben evitar una excesiva carga financiera, burocrática o personal sobre las mujeres y que: “Los derechos o reclamaciones de los autores o presuntos autores durante y después de los procedimientos judiciales, en particular en lo que respecta a la propiedad, la privacidad, la custodia de los hijos, el acceso, los contactos y las visitas, deberían determinarse a la luz de los derechos humanos de las mujeres y los niños a la vida y la integridad física, sexual y psicológica y regirse por el principio del interés superior del niño”.

121. A juicio de la Sala, es indispensable que el análisis bajo la perspectiva de género que deben adelantar las autoridades judiciales en los asuntos de familia tenga en cuenta que existe un tipo de violencia que ocurre incluso después de la separación de la pareja y que es menos visible para el operador judicial, la cual se manifiesta, entre otras formas, al reclamar la tenencia de los hijos aun cuando no se esté interesado en cuidarlos¹⁰⁸. En consecuencia, el juzgado accionado está en la obligación de abordar cada posibilidad relacionada con la violencia ejercida contra la mujer, pues los hijos pueden ser utilizados como herramientas para perpetuar ese tipo de violencia¹⁰⁹.

122. Así mismo, para esta corporación quedó en evidencia que *Manuel* ha ejercido un sinnúmero de violencias contra *Irene*, según consta en las diferentes denuncias que esta última ha interpuesto, en las medidas de protección que han sido otorgadas y en lo manifestado por ella bajo la gravedad de juramento en el marco de este trámite de revisión. Incluso, el mismo señor *Manuel* en su intervención ante la Corte, en respuesta al Auto del 26 de agosto de 2022, aseguró que *Irene* es “una mujer cabeza de hogar, quien no labora, no ejerce ninguna actividad económica, quien solo depende de la cuota que le envié (sic) a mi menor hija, no tiene capacidad económica, emocional y psicológica, quien carece de recursos económicos, debido a la zona social donde reside”¹¹⁰.

123. Es pertinente recordar que la violencia psicológica se refiere a conductas que producen desvaloración o sufrimiento moral, que minan la autoestima de la víctima y le generan desconcierto e inseguridad¹¹¹. Con estas afirmaciones, el señor *Manuel* minimiza y desprecia la capacidad de cuidado de la señora *Irene* por no tener comodidades

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia STC5347-2021 del 13 de mayo de 2021. Radicación núm. 11001-22-10-000-2020-00781-01.

¹⁰⁶ Organización de Naciones Unidas, División para el Adelanto de la Mujer del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer. 2010. Recuperado de: [http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-(Spanish).pdf). Cfr. Sentencia T-462 de 2018.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Claudia Hasanbegovic. Violencia basada en el género y el rol del Poder Judicial. *Rev. Fac. Der.* [online]. 2016, n.40, pp.119-158. Recuperado de: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652016000100006&lng=es&nrm=iso. Cfr. Sentencia T-462 de 2018.

¹⁰⁹ Existe un tipo de violencia aún no reconocido en Colombia, pero que se ha identificado como “violencia vicaria” “concepto acuñado y definido desde el año 2012 por Sonia Vaccaro, Psicóloga clínica y perita judicial. Experta en victimología y violencia contra las mujeres, sus hijas e hijos. Y se define como aquella violencia contra la madre que se ejerce sobre las hijas e hijos con la intención de dañarla por interpósita persona”. Sonia E. Vaccaro. Estudio sobre el análisis de datos de casos de violencia vicaria extrema. Violencia Vicaria: un golpe irreversible a las madres. España, 2021. Ver en <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=7853&tipo=documento>

¹¹⁰ Respuesta allegada el 7 de septiembre de 2022. Cfr. Expediente digital, carpeta “4.4Respuestas”.

¹¹¹ Ver sentencias SU-080 de 2020 y 344 de 2020.

económicas. Por lo tanto, estos elementos son de obligatorio análisis por parte del juez accionado, pues en ellos se enmarca un contexto de violencia contra la mujer que, como se ha dicho en repetidas oportunidades, deben ser valorados por los operadores judiciales bajo la perspectiva de género.

124. En definitiva, la Sala encuentra que el *Juzgado de Bilbao i)* adoptó una decisión sin motivación, porque no desplegó sustento argumentativo que le permitiera concluir que la custodia provisional de *José* debía continuar en su familia paterna; *ii)* incurrió en un defecto fáctico, porque si bien decretó algunas pruebas, estas no fueron mencionadas ni valoradas para adoptar la decisión; además, omitió decretar otros medios de convicción para dilucidar los diferentes hechos planteados por demandada, principalmente aquellos relacionados con la violencia intrafamiliar de la que presuntamente fue víctima y del constreñimiento para ceder la custodia de su hijo; *iii)* incurrió en un defecto procedimental absoluto, pues no tuvo en cuenta que, en virtud de los artículos 243 y 254 del Código Civil y 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la custodia está encomendada a los progenitores, y solo en caso de inhabilidad física o moral de estos, el juez podrá otorgar la custodia a una persona distinta; y *iv)* en un defecto sustantivo, pues ignoró las facultades *extra y ultra petita* otorgadas por el legislador para fallar los asuntos de familia, e ignoró la obligación constitucional de toda autoridad judicial de atender a la perspectiva de género en su decisión, lo cual pudo hacer en virtud de las facultades señaladas.

125. Por lo tanto, será necesario que el juzgado accionado reinicie el proceso desde la etapa probatoria en aras de subsanar las múltiples deficiencias identificadas, particularmente, decretar y analizar las pruebas pertinentes y que permitan efectuar un abordaje multinivel de la problemática a partir de la perspectiva de género y del interés superior del menor *José*, de acuerdo con las consideraciones expuestas en esta providencia.

Análisis sobre la vulneración del derecho a la integridad personal de Irene

126. Como se anunció en un principio, en sede de revisión se pusieron de presente diferentes situaciones que, si bien escapan del debate inicialmente propuesto por la accionante, podrían ameritar un pronunciamiento por parte de esta Corporación dada la connotación y la gravedad de estas.

127. En respuesta al Auto del 26 de agosto de 2022, la defensora regional del pueblo precisó que la señora *Irene* denunció los hechos de violencia intrafamiliar ante las siguientes autoridades, las cuales, de acuerdo con lo informado a esta corporación, adelantaron las actuaciones según se explica a continuación:

Autoridades ante las que acudió Irene	Actuaciones adelantadas
Ministerio de Defensa Nacional, el 26 de marzo de 2021, mediante formato “Remisión Redes de Apoyo Externa DIFAB” hace solicitud a la Defensoría del Pueblo, informando que la señora <i>Irene</i> fue víctima de violencia física, psicológica y económica por parte del soldado profesional <i>Manuel</i> .	Manifestó que al realizar una búsqueda en el Sistema de Gestión Documental (ORFEO) que maneja el Comando del Ejército Nacional para la radicación de los documentos que son generados por sus dependencias y unidades, encontró a nombre de la señora <i>Irene</i> un proceso de divorcio. Indicó que lo relacionado con los asuntos psicológicos es manejado por la Dirección de Familia y Bienestar del Ejército, por lo que remitió las actuaciones a esa dependencia. Esta última señaló que no existe registro alguno de las atenciones y/o actuaciones acerca de hechos de violencia intrafamiliar y violencia de género puestos en conocimiento por la señora <i>Irene</i> .
<i>Comisaria de Familia de Rosales</i> , conoce del caso y emite medida de protección el 10 de diciembre de 2020	Informó que el 10 de diciembre de 2020 se hizo presente en las instalaciones de la Comisaría la señora <i>Irene</i> y manifestó que su esposo <i>Manuel</i> la había agredido en presencia de su hijo. Indicó que el profesional en trabajo social diligenció el instructivo de valoración del riesgo para la vida y la integridad personal por violencias de género al interior de la familia, que arrojó “RIESGO MEDIO”, razón por la cual se emitió medida de protección núm. 306/2020. Aclaró que la señora <i>Irene</i> se encontraba de paso por esa municipalidad

Denuncia del 25 de febrero de 2021, ante la Fiscalía General de la Nación, por el delito de violencia intrafamiliar	El 25 de febrero de 2021, la Dirección de Investigación Criminal e Interpol, Seccional Cundinamarca (URI Soacha) solicitó a la Comisaría de Soacha “ordene a quien corresponda el acompañamiento y suministrar una medida de protección a la víctima, señora Irene”.
Denuncia por violencia intrafamiliar ante la Personería de Bogotá, de fecha 01 de marzo de 2021.	La Personería delegada para la Familia y Sujetos de Especial Protección Constitucional señaló que el 1° de marzo de 2021 la señora Irene se acercó a la Personería y puso de presente diferentes hechos de violencia intrafamiliar. Al respecto, la entidad le indicó que carecía de competencia por el factor territorial, ya que las medidas de protección que estaba solicitando eran en el municipio de Soacha. Por ese motivo, direccionó el asunto a la personería municipal. En consecuencia, alegó la falta de legitimación en la causa por
Denuncia a Bienestar Familiar de Soacha, Cundinamarca, fechada el 12 de marzo de 2021, por el hecho de violencia intrafamiliar	<p>La Comisaría Primera de Familia de Soacha informó que, revisadas las bases de datos, “no se encuentra que se haya remitido ninguna solicitud de trámite para la víctima de la referencia. Por lo tanto, no cursa ni medida de protección ni proceso administrativo de restablecimiento de derechos”.</p> <p>La Comisaría Tercera de Familia de Soacha manifestó que revisados los archivos tanto físicos como digitales y el correo electrónico de la Comisaría, “no reposa oficio remitido ni por la Fiscalía General de la Nación, ni por otra entidad gubernamental, así como actuación alguna por parte del Despacho a nombre de la señora Irene o de su menor hijo.</p> <p>El ICBF Centro Zonal Soacha adujo que después de hacer una búsqueda en el Sistema de Información Misional SIM del ICBF a nivel nacional, se evidencia que las diligencias administrativas en favor del niño José fueron realizadas en los centros zonales de Cúcuta y Puerto Rico, Norte de Santander.</p> <p>La Policía Metropolitana de Soacha informó que luego de realizar una búsqueda en el archivo documental y bases de datos, “no se logra apreciar que alguna autoridad administrativa o judicial, haya allegado algún documento en el cual se ordene la implementación de medidas de protección a la vida e integridad de la accionante Irene o su núcleo familiar”.</p> <p>La Unidad Metropolitana de Soacha indicó que el Grupo de Protección a la Infancia y Adolescencia “toma contacto con la señora Irene, quien manifiesta que actualmente se encuentra residiendo en Flores, pero que la denuncia ella la interpone en el municipio de Soacha donde la Fiscalía le otorga una medida de protección pero ella no la radica ante ninguna estación de policía, debido a que solo residió por un mes en el municipio. Es de anotar, que Irene indica que no brindará más datos de ley debido a que teme por su seguridad e integridad”.</p>
Ante el Juzgado de Bilbao se pusieron en conocimiento los hechos de violencia intrafamiliar.	Trámite adelantado en el curso del proceso de custodia y cuidado personal instaurado por Manuel contra Irene.

128. La Sala observa que la Comisaria de Familia de Los Patios, Norte de Santander, adelantó las actuaciones pertinentes ante los hechos denunciados por Irene, en tanto diligenció el instructivo de valoración del riesgo para la vida y la integridad personal por violencias de género al interior de la familia, que arrojó “RIESGO MEDIO”, y emitió medida de protección núm. 306/2020.

129. Lo mismo sucede con los hechos denunciados ante la Personería de Bogotá el 1° de marzo de 2021, por cuanto la entidad explicó las razones por las cuales carecía de competencia y direccionó el asunto a la personería municipal de Soacha. De igual modo, en uno de los anexos a la respuesta allegada por la Defensoría del Pueblo al Auto del 26 de agosto de 2022 se advierte que el 21 de marzo de 2021 la Dirección de Familia y Bienestar del Ejército Nacional solicitó la atención e intervención de la Defensoría, Regional Cundinamarca ante la petición de la señora Irene “de obtener representación de un abogado que la asista para responder demanda por Custodia y Cuidado personal que fue entablada en su contra en la ciudad de Villarrica – Tolima”. Por lo tanto, la citada dependencia remitió las actuaciones a la entidad que podría ejercer la representación judicial de la señora Irene.

130. No pasa lo mismo con las actuaciones adelantadas en el municipio de Soacha. En efecto, la Dirección de Investigación Criminal e Interpol, Seccional Cundinamarca solicitó a la Comisaría de Soacha “ordene a quien corresponda el acompañamiento y suministrar una medida de protección a la víctima, señora Irene”. Sin embargo, al indagar sobre las

actuaciones adelantadas, las Comisarías Primera y Tercera de Soacha indicaron que en sus dependencias no se tramitó ninguna medida de protección en favor de *Irene*.

131. Es de anotar que, según lo informado por la señora *Irene* ella solo residió en el municipio de Soacha durante un mes, razón por la cual no existe una circunstancia actual que amerite adelantar actuaciones por parte de las autoridades de dicho municipio. Ello no obsta para que la Sala de Revisión llame la atención sobre la falta de coordinación institucional que, en otras circunstancias, podría afectar a las presuntas víctimas de violencia intrafamiliar que acuden a sus dependencias y no reciben una respuesta concreta y alineada de las autoridades competentes para conocer esta clase de asuntos.

132. Por último, para esta corporación es relevante, por un lado, lo informado por la señora *Irene* en respuesta al Auto del 26 de agosto de 2022 cuando expuso, entre otros asuntos, que actualmente solo se comunica por WhatsApp con *Manuel*, “*pero siguen los hechos de violencia psicológica ya que el señor por medio de vía WhatsApp me dice que soy una loca que soy una desmentizada que no sirvo para nada comienza a decirme todo eso yo iba nexar estás conversaciones de WhatsApp a los pantallazos pero mi celular se me dañó se me había explotado la batería por tal motivo tuve que cambiar de otro nuevo teléfono y todos mis datos y los que tenía seme borrarón (sic)*”; y por el otro, lo indicado por la Unidad Metropolitana de Soacha en respuesta al Auto del 31 de octubre de 2022, donde señaló que se contactó con la señora *Irene* quien indicó, entre otras cosas, que “*no brindará más datos de ley debido a que teme por su seguridad e integridad*”.

133. Visto lo anterior, se estima pertinente poner en conocimiento de la *Policía de Flores* y de la Comisaría de Familia de dicho municipio, la presente providencia para que adelanten las actuaciones que estimen pertinentes en aras de garantizar los derechos de la señora *Irene*.

Acotación final

134. En respuesta al Auto del 26 de agosto de 2022, la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” explicó que los Planes de Formación de la Rama Judicial incluyen, de manera permanente y progresiva, el Subprograma de Formación en Incorporación de la Perspectiva de Género, el cual contempla actividades académicas diseñadas para que, por parte de los servidores y servidoras judiciales, se preste un servicio de administración de justicia con calidad y enfoque diferencial de género¹¹².

135. Adujo que el Plan de Formación 2020 incorpora dos cursos que se ofertan de manera virtual¹¹³ y que el Plan de Formación 2021 se encuentra en proceso de virtualización e incorpora dos cursos: “Perspectiva de género en casos de violencia intrafamiliar” e “Incorporación de la perspectiva de género para Relatores”. Adicionalmente, se realizaron 4 actividades presenciales entre septiembre y diciembre de 2021: Conversatorio Principio de igualdad y discriminación con enfoque diferencial y de género, Conversatorio Nacional, Taller de diagnóstico y prospectiva del Ciclo de Formación de Género y Conversatorio de Género Principio de igualdad y discriminación con enfoque diferencia y de género.

136. Comentó que desde 2020 ha desarrollado ciclos de videoconferencias virtuales, relacionadas con las distintas áreas disciplinares del derecho, que se encuentran alojadas en el canal de YouTube y pueden ser consultadas dentro de un horario. Mencionó que la

¹¹² Indicó que las estrategias utilizadas para que los jueces accedan al subprograma consisten en ofrecer formación mediante la utilización intensiva de medios digitales y entornos virtuales de aprendizaje: ampliación de la cobertura de la capacitación, flexibilización de horarios para la formación, cursos virtuales, acceso permanente a contenidos académicos.

¹¹³ “Formación en la Incorporación de la Perspectiva de Género en la Rama Judicial” y “Formación en la Incorporación de la Perspectiva de Género para el cumplimiento de la Sentencia T-338 de 2018 y el Auto 737 de 2017”

Escuela también diseña y produce textos jurídicos denominados Módulos de Autoaprendizaje Autodirigido (MAA) y, recientemente, construyó 2 relacionados con la incorporación de la perspectiva de género¹¹⁴.

137. Finalmente, puso de presente que revisadas las bases de datos del Sistema de Registro Académico no se encontró participación de los servidores judiciales adscritos al *Juzgado de Bilbao* en actividades académicas relacionadas con la incorporación de la perspectiva de género en la decisión judicial.

138. Esta Sala de Revisión considera necesario que el *Juzgado de Bilbao* asista a los diferentes cursos sobre perspectiva de género en la administración de justicia ofrecidos por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Primero, por las graves deficiencias evidenciadas en la sentencia proferida dentro del proceso de custodia y cuidado personal instaurado por *Manuel*, y segundo, por las afirmaciones realizadas en la contestación de la acción de tutela.

139. Sobre esto último, el juzgado cuestionó que “*la persona que presentó la demanda fue el padre de la menor (sic), no la progenitora, quien fue la demandada, quien, si estaba interesada en la custodia, no se entiende por qué nunca ha presentado demanda para ello*”¹¹⁵. Al respecto, aseguró que “*la señora Irene, si está interesada en la custodia de su hijo, en lugar de estar iniciando acciones de tutela, debe acudir a las autoridades administrativas y judiciales, para solicitar la custodia para ella del menor, siempre y cuando acredite que las condiciones del infante, serán iguales o mejores para su bienestar*”¹¹⁶.

140. La desidia del juez accionado al referirse a la problemática planteada por la accionante es un indicativo adicional de la problemática evidenciada en esta providencia y que refuerza la necesidad de forzar la asistencia de las autoridades judiciales, en particular, de los jueces de familia, a los cursos y capacitaciones que brinda el Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” para fortalecer la creación de nuevos marcos interpretativos en perspectiva de género¹¹⁷.

141. En la Sentencia C-111 de 2022, esta corporación reiteró que los esfuerzos en pro de la eliminación de la violencia y la discriminación contra las mujeres, en este caso, desde la administración de justicia, no han sido suficientes. De allí la necesidad de construir marcos interpretativos que ofrezcan a los operadores jurídicos visiones más amplias y estructurales del problema. En esa decisión se indicó que, para responder a esta necesidad, la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial ha ofrecido una serie de criterios para ser utilizados por el juez en los casos que involucran una presunta discriminación o violencia contra la mujer¹¹⁸, que al ser aplicados por los jueces permitirían “*materializar los derechos a la igualdad y a la no discriminación, al analizar las posibles situaciones asimétricas de poder y solucionarlas*”.

¹¹⁴ Publicados en la biblioteca virtual <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/biblioteca>, que pueden ser consultados de manera permanente: Perspectiva de género en el acceso a la justicia y Herramientas para la aplicación del enfoque de género en la Administración de Justicia.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Expediente digital. Contestación. P. 3.

¹¹⁷ Sentencia T-388 de 2018. Reiterada en las Sentencias T-016 de 2022 y C-111 de 2022.

¹¹⁸ Estos criterios son: *i)* Analizar los hechos y los derechos en disputa, el entorno social y cultural en el que se desarrollan y la vulneración de los derechos de las mujeres de grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad. *ii)* Identificar categorías sospechosas asociadas a la raza, etnia, lengua, religión, opinión política o filosófica, sexo, género y/o preferencia/orientación sexual, condiciones de pobreza, situación de calle, migración, discapacidad y privación de la libertad. *iii)* Identificar si existe una relación desequilibrada de poder. *iv)* Revisar si se presentan situaciones de estereotipos o manifestaciones de sexismo en el caso. *v)* Ubicar los hechos en el entorno social que corresponde, sin estereotipos discriminatorios y prejuicios sociales. *vi)* Privilegiar la prueba indiciaria, dado que en muchos casos la prueba directa no se logra recaudar. *vii)* Cuestionar cuando amerite, la pretendida neutralidad de las normas, si se hace necesario, a fin de evaluar los impactos diferenciados en su aplicación. *viii)* Trabajar la argumentación de la sentencia con hermenéutica de género sin presencia de estereotipos y sexismos en los hechos acontecidos, en la valoración de las pruebas, en los alegatos y en las conclusiones de las partes. *ix)* Permitir la participación de la presunta víctima. *x)* Visibilizar con claridad en las decisiones la situación específica de las mujeres y/o población en situación de vulnerabilidad, al proteger el derecho a la igualdad y a la no discriminación. *xi)* Visibilizar la existencia de estereotipos, manifestaciones de sexismo, relación desequilibrada de poder y riesgos de género en el caso. *xii)* Controlar la revictimización y estereotipación de la víctima(s) tanto en los argumentos como en la parte resolutoria de las decisiones judiciales.

Órdenes por impartir

142. En atención a las consideraciones expuestas, la revocará la decisión de instancia proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Melgar, Tolima. En su lugar, concederá el amparo del derecho fundamental al debido proceso de *Irene* y de su hijo *José* a tener una familia y no ser separado de ella.

143. Por consiguiente, dejará sin efectos las actuaciones adelantadas a partir del Auto del 7 de mayo de 2021 proferido en el marco del proceso de custodia y cuidado personal mediante el cual decretó las pruebas para fallar dicho asunto. Así mismo, ordenará al accionado para que rehaga las actuaciones a partir de la referida etapa procesal y garantice el derecho al debido proceso en cada una de las actuaciones que adelante para dar por culminada la controversia, particularmente, decretar las pruebas pertinentes y que permitan efectuar un abordaje multinivel de la problemática a partir de la perspectiva de género y del interés superior del menor *José* de acuerdo con las consideraciones expuestas en esta providencia.

144. De igual forma, se pondrá en conocimiento de la *Policía de Flores* y de la Comisaría de Familia de dicho municipio, la presente providencia para que adelanten las actuaciones que estimen pertinentes en virtud de sus competencias, en aras de garantizar los derechos de la señora *Irene*.

145. Por otra parte, la Sala reiterará la orden impartida en la Sentencia T-388 de 2018, en virtud de la cual el Consejo Superior de la Judicatura debe exigir la asistencia obligatoria de todos los jueces del país de la jurisdicción de familia, a las capacitaciones sobre género que ofrece la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y la Comisión de Género de la Rama Judicial, con el fin de fortalecer la creación de nuevos marcos interpretativos en perspectiva de género, que permitan la real y efectiva reconfiguración de patrones culturales y estereotipos de género discriminatorios. En particular, el *Juzgado de Bilbao* deberá acreditar la asistencia a las capacitaciones o cursos ofertados sobre la materia. Del cumplimiento de esta orden y de la efectiva realización del Juez de las mencionadas capacitaciones deberá remitirse un informe máximo dentro de los tres meses siguientes a la notificación de esta decisión.

146. Finalmente, le ordenará al juzgado accionado que una vez se surta el trámite ordenado por la Corte, remita un informe de cumplimiento al Juzgado Promiscuo de Familia de Melgar, Tolima para que este ejerza las competencias previstas en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, relacionadas con la supervisión del cumplimiento de la sentencia.

Síntesis de la decisión

147. La Defensoría del Pueblo instauró acción de tutela contra el *Juzgado de Bilbao*, al considerar que vulneró el derecho al debido proceso de *Irene* y su hijo *José* en la sentencia mediante la cual dispuso conservar la custodia provisional del menor de edad en la familia paterna.

148. La Sala Revisión revocó la decisión de instancia que había declarado improcedente el amparo y, en su lugar, concedió la protección del derecho fundamental al debido proceso de *Irene* y su hijo, tras constatar que el juzgado accionado incurrió en múltiples deficiencias en su decisión: *i)* no desplegó sustento argumentativo que le permitiera concluir que la custodia provisional de *José* debía continuar en su familia paterna; *ii)* aunque decretó algunas pruebas, estas no fueron mencionadas ni valoradas para adoptar la decisión; además, omitió decretar otros medios de convicción para dilucidar los diferentes hechos planteados por demandada, principalmente aquellos relacionados con

la violencia intrafamiliar de la que presuntamente fue víctima y del constreñimiento para ceder la custodia de su hijo; *iii*) incurrió en un defecto procedimental absoluto pues no tuvo en cuenta que la custodia está encomendada a los progenitores, y solo en caso de inhabilidad física o moral de estos, el juez podrá otorgar la custodia a una persona distinta y *iv*) ignoró las facultades *extra* y *ultra petita* otorgadas por el legislador para fallar los asuntos de familia, e ignoró la obligación constitucional de toda autoridad judicial de atender a la perspectiva de género en su decisión.

149. La Corte reiteró que analizar un asunto con perspectiva de género cuando una mujer alega ser víctima de violencia, busca precisamente evitar la naturalización de la violencia contra la mujer y que los operadores judiciales no perpetúen estereotipos de género o discriminatorios. Por eso los jueces deben incorporar criterios de género y, cuando menos, 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. De ahí que estimara necesario, además, que el juez accionado tuviera en cuenta que existe un tipo de violencia que ocurre incluso después de la separación de la pareja y que es menos visible para el operador judicial, la cual se manifiesta, entre otras formas, al reclamar la tenencia de los hijos aun cuando no se esté interesado en cuidarlos.

150. En consecuencia, la Sala ordenó al juzgado rehacer las actuaciones a partir del decreto probatorio y garantizar el derecho al debido proceso en cada una de las actuaciones, lo cual deberá ser acreditado ante el juez que conoció la acción de tutela en primera instancia. También dispuso poner en conocimiento de las autoridades competentes la presente providencia para que adelanten las actuaciones que estimen pertinentes en aras de garantizar los derechos de la señora *Irene*; y reiteró la orden en virtud de la cual el Consejo Superior de la Judicatura debe exigir la asistencia obligatoria de todos los jueces del país de la jurisdicción de familia, a las capacitaciones sobre género que ofrecen la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y la Comisión de Género de la Rama Judicial, asistencia que deberá ser acreditada por el juzgado accionado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia de instancia proferida el 2 de marzo de 2022 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Melgar, Tolima, mediante la cual declaró improcedente la acción de tutela instaurada por *Tatiana* actuando en representación de la señora *Irene* y del menor de edad *José*, contra el *Juzgado de Bilbao*. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso de *Irene* y de su hijo *José* a tener una familia y no ser separado de ella.

Segundo. DEJAR SIN EFECTOS las actuaciones adelantadas a partir del Auto del 7 de mayo de 2021 proferido en el marco del proceso de custodia y cuidado personal instaurado por *Manuel* contra *Irene*, mediante el cual el *Juzgado de Bilbao* decretó las pruebas para fallar dicho asunto, por las razones expuestas en esta sentencia.

Tercero. ORDENAR al *Juzgado de Bilbao* que en el término de cuatro (4) meses rehaga las actuaciones a partir de la etapa procesal referida en el numeral anterior. En dicho lapso, deberán surtirse la totalidad de las actuaciones del trámite. Para ello, la autoridad judicial deberá garantizar el derecho fundamental al debido proceso en cada una de las actuaciones que adelante para dar por culminada la controversia, particularmente, decretar las pruebas

que estime pertinentes y que permitan efectuar un abordaje multinivel de la problemática a partir de la perspectiva de género y del interés superior del menor *José*, dados los hechos narrados por la parte demandada. Lo anterior, de conformidad con lo evidenciado en la presente providencia.

Cuarto. PONER EN CONOCIMIENTO de la *Policía de Flores* y de la Comisaría de Familia de dicho municipio, la presente decisión para que adelanten las actuaciones que estimen pertinentes en virtud de sus competencias, en aras de garantizar los derechos de la señora *Irene*, con ocasión de lo narrado según las pruebas allegadas en sede de revisión. Lo anterior, conforme lo dispuesto en los numerales 164 y 165 de esta sentencia.

Quinto. REITERAR la orden impartida en la Sentencia T-388 de 2018, en virtud de la cual el Consejo Superior de la Judicatura debe exigir la asistencia obligatoria de todos los jueces del país de la jurisdicción de familia, a las capacitaciones sobre género que ofrece la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y la Comisión de Género de la Rama Judicial, con el fin de fortalecer la creación de nuevos marcos interpretativos en perspectiva de género, que permitan la real y efectiva reconfiguración de patrones culturales y estereotipos de género discriminatorios. En particular, el *Juzgado de Bilbao* deberá **ACREDITAR** ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Melgar, Tolima, autoridad que conoció este asunto en primera instancia, la asistencia a las capacitaciones o cursos ofertados sobre la materia. Así mismo, de ello deberá remitir un informe que demuestre el cumplimiento de lo aquí ordenado máximo dentro de los tres meses siguientes a la notificación de esta decisión.

Sexto. ORDENAR al *Juzgado de Bilbao* que una vez se surta el trámite ordenado por la Corte, remita un informe de cumplimiento al Juzgado Promiscuo de Familia de Melgar, Tolima para que este ejerza las competencias previstas en los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, relacionadas con la supervisión del cumplimiento de la sentencia.

Séptimo. Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Así mismo, **ORDENAR** a la Secretaría General de este tribunal, al juez de instancia, a las partes y vinculados al proceso que deberán adoptar todas las medidas pertinentes para guardar la estricta reserva de la identidad del niño, de sus padres y de cualquier dato que permita la identificación

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

NATALIA ÁNGEL CABO
Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General