

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-291/24

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-No se configuraron los defectos fáctico y sustantivo

(...) no se configuraron los defectos fáctico y sustantivo en los términos expuestos por el accionante, por cuanto (i) las acciones desplegadas por la señora Isabel no tenían como fundamento abusar de la custodia de su hijo, sino de proteger su derecho a vivir libre de violencias; y bajo ese entendido, (ii) no se configuró la retención ilegal de la que habla el artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO-Deber constitucional y legal de todos los jueces de administrar justicia con enfoque de género, siempre que se encuentren frente a un caso de violencia intrafamiliar o sexual

(...) los jueces tanto del proceso ordinario como de tutela, desconocieron u omitieron como parte central de su valoración que la (demandada) ha sido víctima de violencia de género de forma psicológica y económica por parte del (accionante)... esos fundamentos fácticos debieron ser tenidos en cuenta por las autoridades judiciales involucradas en el proceso, para entender que, de conformidad con lo narrado, se debía abordar el asunto con perspectiva de género. Incluso, por esta razón la (demandada) inició los procedimientos que el ordenamiento jurídico, en el ámbito penal, dispone para la investigación del delito de violencia intrafamiliar.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

DEFECTO FACTICO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

DEFECTO SUSTANTIVO-Reiteración de jurisprudencia

NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección y prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Deberes de las autoridades administrativas y judiciales

DECISION SOBRE CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO-Debe fundarse siempre en el interés superior del niño

TRAMITE DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Marco normativo

MENOR DE EDAD-Retención ilegal en el marco del Convenio de La Haya de 1980

CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS-Finalidad/CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS-Aplicación en Colombia

CONVENIO SOBRE ASPECTOS CIVILES DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE NIÑOS-ICBF como autoridad central para el trámite de restitución de menores

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Interés superior de los menores de edad

DISCRIMINACION Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Protección a través de mecanismos internacionales

DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA-Contenido y alcance

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Manifestaciones

VIOLENCIA PSICOLOGICA-Características

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Obligación del Estado de prevenir, investigar y sancionar con la diligencia debida

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO-Forma de combatir la violencia contra la mujer

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO-Su desconocimiento por parte de quienes ejercen funciones judiciales, puede convertirse en un nuevo acto de violencia en contra de la mujer denunciante

ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER-Funcionarios

judiciales deben adoptar un lenguaje libre de discriminación y estereotipos o prejuicios de género

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Quinta de Revisión

SENTENCIA T-291 DE 2024

Expediente: T-9.641.551

Acción de tutela instaurada por Pablo en representación de su hijo Luis en contra de la Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo

Magistrado Ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najjar

Bogotá D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera y los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Jorge Enrique Ibáñez Najjar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, y 33 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el trámite de revisión del fallo de tutela del 7 de junio de 2023, proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, a su vez, confirmó la decisión proferida el 27 de abril de 2023 por la Sala Civil-Agraria de esa misma Corporación, en la cual se concedió la acción de tutela promovida Pablo en representación de su hijo, en contra del fallo dictado por la Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo dentro del proceso de restitución internacional de niños, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales el debido proceso, a la vida, a la integridad personal, a la familia, a los derechos integrales y prevalentes de la primera infancia.

1. 1. El presente caso involucra datos sensibles del accionante, la señora Isabel y el niño Luis, por lo cual, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 1581 de 2012 y la Circular 10 de 2021 de la Corte Constitucional y en aras de proteger la intimidad, la privacidad y el ejercicio pleno de sus derechos, se eliminará de esta providencia el nombre de las personas y los datos e información que permitan su identificación. Para efectos de identificar a las personas se utilizarán nombres ficticios en cursiva. Por esto, la Sala proferirá dos copias de esta providencia y publicará en la página web la relativa a los nombres ficticios.

I. I. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

2. La Sala de Revisión conoció sobre una controversia relacionada con la restitución internacional de un niño. La familia vivía en España, después de un proceso de separación de cuerpos entre los padres, y de realizar un convenio regulador de medidas paternofiliales y económicas, la madre viajó con el niño a Colombia para, inicialmente, pasar un periodo de vacaciones. En territorio nacional, antes de que expirara el permiso de salida del país del niño, la madre inició el proceso para modificación de cuidado y custodia ante las autoridades correspondientes, que resultó en que el padre promoviera un proceso para el restablecimiento internacional de su hijo para que el niño regresara a España.

3. En este proceso de restablecimiento internacional, en primera instancia, el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo ordenó el restablecimiento internacional del niño, al considerar que se acreditaban los requisitos previstos en el artículo 12 del Convenio de la Haya para tal efecto. A su vez, advirtió que aunque la mujer aseguró ser víctima de violencia de género por parte de su ex pareja, no lo demostró de manera suficiente en el proceso. Por su parte, en segunda instancia, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo revocó esta decisión, y consideró que no se verificó la ilicitud de la retención por parte de la madre porque para el momento en que se presentó la solicitud de restitución, la madre aún estaba autorizada para permanecer con el niño en Colombia. A su vez, consideró que los dos padres tenían aún la custodia compartida del niño, por lo que tendrían que hacer acuerdos sobre las visitas del padre a su hijo pero en territorio colombiano que es donde está la madre. Sobre todo porque se verificó con informe del ICBF que el niño está bien con su madre, con quien tiene un buen apego.

4. La acción de tutela fue presentada por el padre en contra de la decisión de segunda

instancia que revocó la orden de restitución internacional. A juicio del accionante, se incurrió en defectos fáctico y sustantivo. El defecto fáctico en tanto que el Tribunal habría desconocido las pruebas aportadas que demostraban que la madre habría incumplido el convenio regulador firmado en España. El defecto sustantivo pues se analizó de manera errónea el alcance del Convenio de la Haya de 1980 al considerar que no había una retención ilegal por parte de la madre.

5. Las instancias del proceso de tutela accedieron a las pretensiones del accionante y, en consecuencia, ordenaron al Tribunal accionado proferir una nueva sentencia en la que se ordenara la restitución internacional del niño, la cual se concretó en sentencia de reemplazo del 15 de mayo de 2023. Por solicitud de la Defensoría del Pueblo, en Auto de 21 de noviembre de 2023, la Corte Constitucional declaró la suspensión provisional de esa medida adoptada hasta que se resuelva el trámite en sede revisión del expediente de la referencia.

6. De acuerdo con el material probatorio recogido en el marco de los procesos objeto de análisis, la Corte consideró fundamental el hecho que la madre advirtió haber sido víctima de violencia de género, lo cual estaría demostrado, por lo que se destacó que las autoridades judiciales tenían la obligación de estudiar la problemática en el marco del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias con una perspectiva de género.

7. Con base en este contexto, la Sala de Revisión concluyó que la sentencia proferida por el Tribunal Superior que fue demandada en esta oportunidad, no había incurrido en ninguno de los dos defectos alegados. Con fundamento en ello, negó las pretensiones presentadas por el padre, dejó sin efectos la sentencia de reemplazo proferida el 15 de mayo de 2023 en la que se ordenó la restitución internacional del niño y dejó en firme la Sentencia proferida el 1 de febrero de 2023 por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo que negó el restablecimiento internacional del niño. En todo caso, con fundamento en la obligación de todas las autoridades judiciales de administrar justicia con enfoque de género en los términos previstos por la Corte, se ordenó al Tribunal accionado anexar copia de la presente providencia al fallo del 1 de febrero de 2023.

8. A su vez, la Sala de Revisión adoptó otras medidas para garantizar el interés superior del niño. También se instó al Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo para que oriente sus decisiones al deber constitucional de aplicar perspectiva de género a las

decisiones que involucran los derechos de las mujeres víctimas de violencia. Finalmente se previno a la apoderada judicial del accionante para que oriente el ejercicio de su profesión a los deberes del abogado, dado que la estrategia de defensa en un proceso de familia no puede buscar revictimizar a la mujer víctima de violencia de género, ni reproducir estereotipos de género.

. ANTECEDENTES

9. El señor Pablo y la señora Isabel sostuvieron una relación sentimental entre los años 2017 y 2018 de la cual, el 11 de septiembre de 2018 nació Luis en la ciudad de Sincelejo. Para ese momento, la madre residía en Colombia y el padre en Oviedo – España.

10. En julio de 2020, establecieron una vida en común con domicilio en la ciudad de Oviedo-España.

11. El 7 de septiembre de 2021, la pareja se separó de cuerpos. Posteriormente, el 1° de diciembre de 2021, en un convenio regulador, acordaron cláusulas sobre: (i) la patria potestad, la cual estaría a cargo de ambos progenitores; (ii) la guarda y la custodia compartida del niño; (iii) el uso de la vivienda familiar, en la que se determinó que la señora Isabely su hijo habitarían en la vivienda de propiedad del accionante hasta el 31 de diciembre de 2022, mientras la madre del niño se incorporaba a la vida laboral; (iv) las estancias y las comunicaciones con programación de los diferentes periodos de vacaciones; (v) el deber de información del destino y dirección de estancia del niño; (vi) la pensión de alimentos que se estipuló en 200 euros a cargo del padre; entre otras situaciones. Este acuerdo sería efectivo desde el 6 de diciembre de 2021.

12. Posteriormente, el 30 de diciembre de 2021, los padres del niño iniciaron una demanda de medidas paternofiliales y económicas de mutuo acuerdo de un progenitor con el consentimiento del otro ante el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo – España, en la cual solicitaron aprobar las medidas acordadas en el convenio regulador. Así entonces, el 12 de enero de 2022 fueron citados para la ratificación del convenio firmado por las partes.

13. Por su parte, la madre del niño indicó que se vio forzada a firmar el convenio propuesto por el demandante, pues él había retenido el pasaporte de su hijo y, para ese momento, ella tenía programado un viaje a Colombia junto al niño. Por esta circunstancia, aceptó firmar

dicho convenio.

14. El 12 de enero de 2022, el Juzgado de Primera Instancia Número 7 de Oviedo-España profirió el acta de ratificación en la que indicó “que conoce el escrito de demanda en petición de guarda, custodia o alimentos, así como el convenio regulador que lo acompaña, mostrándose conforme con el contenido de dichos documentos, decisión que adopta libremente, sin que la misma haya sido condicionada por ninguna clase de violencia o coacción, por todo lo cual ratifica tanto la petición como el convenio que la acompaña de fecha uno de diciembre de dos mil veintiuno.” Aquella fue firmada en la misma fecha por la madre del niño. Finalmente, el 19 de enero de 2022, la autoridad judicial dictó la sentencia del proceso de guarda, custodia y alimentación del niño, en la cual aprobó el convenio regulador propuesto por las partes.

15. El 13 de enero de 2022, la señora Isabel y el niño viajaron desde Oviedo-España a Colombia, para pasar un periodo de vacaciones que se acordó hasta el 30 de marzo de 2022. Para tal efecto, el señor Pablo firmó el permiso de que habla el artículo 110 de la Ley 1098 de 2006, relativo a la salida del país de los niños, niñas y adolescentes.

16. El 10 de febrero de 2022, mientras se encontraba en la ciudad de Sincelejo – Sucre, la señora Isabel se vinculó laboralmente con un contrato a término indefinido. Por tal motivo, el 16 de febrero de 2022, radicó ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Seccional Sucre, una solicitud de cuidado y custodia de su hijo, con el fin de conciliar la custodia y cuidado personal del niño, así como el régimen de visitas de su padre.

17. A través de correo electrónico, la Defensora de Familia del Centro Zonal Sincelejo de la Regional Sucre del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar citó para el 25 de febrero de 2022 a todas las partes e intervinientes en el proceso a audiencia de conciliación para la revisión de la custodia y el cuidado del niño.

18. El 20 de febrero de 2022, el accionante inició el trámite de restitución internacional contenido en el artículo 12 del Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes, ante la Autoridad Central Española, quien comunicó la solicitud a la autoridad central en Colombia, esto es, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

19. La audiencia de conciliación en el proceso de revisión de custodia se celebró el día y la hora acordada sin la presencia del señor Pablo. En ella, se informó que la entidad había recibido un correo en el que se solicitaba la restitución internacional del niño. Ante ello, la apoderada judicial de la señora Isabel indicó que su poderdante no había retenido ilegalmente al niño, pues la fecha de retorno era el 30 de marzo de 2022. Sin embargo, manifestó que tampoco resultaba cierto que el domicilio del niño fuera España, en la medida en que había viajado por primera vez a ese país el 29 de julio de 2019 y retornó a Colombia el 17 de agosto de esa misma anualidad, posteriormente, viajó el 21 de agosto de 2020 hasta el 14 de enero de 2022 por lo cual, era determinable que la mayor parte de su vida la había vivido en Colombia. Así entonces, la audiencia se declaró fallida por la falta de comparecencia del padre del niño y por petición de la misma entidad. Además, se suspendió el trámite de solicitud de custodia iniciado por la madre del niño, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 173 de 1994.

20. El 3 de marzo de 2022, la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar asignada al Centro Zonal Sincelejo – Regional Sucre avocó conocimiento de la solicitud de restitución internacional e inició el trámite de atención extraprocesal. Como consecuencia de ello, fijó para el 30 de marzo de 2022 la diligencia de persuasión a retorno voluntario en favor del niño promovida por el señor Pablo ante el Ministerio de Justicia Servicios de Convenios de España. Dicha etapa se consideró fallida en la medida en que la madre del niño se opuso al retorno de su hijo a España.

21. El 22 de abril de 2022, la misma funcionaria inició la etapa judicial de la solicitud de restitución internacional del niño, en la cual se pretendió su retorno a España. El asunto correspondió por reparto al Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo.

22. Para oponerse a la restitución del niño, la apoderada judicial de la madre sostuvo, entre otras situaciones, que, durante su residencia en España, la señora Isabel había sido violentada psicológicamente por el accionante.

23. Durante los días 26 de agosto, 9 y 30 de septiembre y 24 de octubre de 2022, el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo adelantó audiencias en las que recibió testimonios y ampliación de los hechos constitutivos de la demanda de restitución internacional para, finalmente, el 31 de octubre de 2022 escuchar los alegatos de conclusión

y dictar sentencia.

24. Así entonces, en la fecha indicada, el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo indicó que, aun cuando la demandada aseguró que fue víctima de violencia de género, durante su convivencia con el demandante, ello no quedó suficientemente demostrado en el proceso. Además, consideró que se acreditaban los requisitos contenidos en el Artículo 12 del Convenio de la Haya para la restitución del niño a España.

25. En relación con la falta de elementos para conocer el caso, a partir de la perspectiva de género, sostuvo que (i) la falta de consentimiento o eventual constreñimiento de parte del demandante hacia la madre del niño para la firma del aludido documento quedaba descartada, por carencia de elementos de juicio fehacientes para su estudio. Asimismo, aseguró que (ii) no observó la existencia de coacción que pudiera determinar que la voluntad de la demandada hubiera sido motivada por la conducta dolosa o de infracción que pudiera tener Pablo para obtener la custodia compartida, sino que la demandada tuvo la oportunidad de corregir dicho acuerdo antes de firmarlo y dialogar con un abogado de Gijón y que, incluso, en el evento de no contar con una defensa técnica, en su condición de abogada, sabía que podía solicitar la prestación del servicio de un defensor de oficio.

26. De otra parte, en su criterio, (iii) no se estructuraba en el caso la posible desigualdad o falta de equidad de género por tratarse de una mujer que trabajaba y estudiaba o que intentaba trabajar en España y no lo conseguía, pues el accionante la respaldó económicamente para homologar su carrera. Además, (iv) los presuntos maltratos que la señora Isabel adujo haber recibido de la familia paterna de su hijo se debían a un choque cultural relacionado con que la madre del niño no realizaba labores domésticas, a pesar de que la prestación de esos servicios no es fácil de adquirir en España y su ejecución es “necesaria para las relaciones cotidianas”. Por último, consideró que (v) la conducta de la demandada estaba influenciada por su madre, quien le reiteraba que podía volver a Colombia, pues consideraba que estaba indefensa en España, “como si se tratara de una persona con discapacidad o no pudiera darse cuenta de lo que le podía pasar...no puede el juzgado percibir que una persona que esté enamorada pueda actuar de una forma y luego utilizar las circunstancias para sustraerse de cumplir un convenio”. A partir de lo expuesto, concluyó que no identificaba la violencia de género en el asunto y, por tanto, no había tensión de derechos con la restitución internacional del niño. Con base en esos argumentos,

ordenó la restitución internacional del niño Luis.

27. Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la madre del niño apeló lo resuelto. A su juicio, el juez (i) realizó una indebida valoración probatoria del informe pericial emitido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; (ii) no tuvo en cuenta las buenas condiciones del niño en el entorno que comparte con su madre; (iii) tampoco valoró su interés superior; (iv) obvió el decreto de pruebas de oficio para verificar su estado; y, (iv) excluyó de su valoración el contexto de violencia de género del caso, a pesar de que el demandante desplegó conductas violentas, de índole verbal, psicológica y económica, en contra de su representada, con fundamento en los estereotipos de género que existen con ocasión de las labores domésticas.

28. La segunda instancia le correspondió a la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Sincelejo, la cual profirió sentencia el 1° de febrero de 2023. Consideró que no se verificó la ilicitud de la retención, en la medida en que, para el 21 de febrero de 2022, cuando se presentó la solicitud de restitución, la madre aún estaba autorizada para permanecer con el niño en Colombia. Asimismo, indicó que el acuerdo firmado en España no contempló cual sería la residencia del niño después del 31 de diciembre de 2022, momento para el cual debían entregar el apartamento que el demandante había puesto a su disposición. Así entonces, no se configuraba la retención ilegal. Además, advirtió que el informe socio familiar del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar sostenía que el niño tiene buen apego y vínculo con la madre, ha estado la mayor parte de su vida bajo su cuidado y disfruta todos sus derechos. Por tanto, estableció que los padres continuaban con la custodia compartida del niño, con la excepción de que no residiría en Oviedo - España, sino en la ciudad de Sincelejo. En ese sentido, los padres debían volver a hacer acuerdos respecto de las visitas del padre al hijo en suelo colombiano. En consecuencia, resolvió revocar la sentencia proferida por la primera instancia y denegar la restitución internacional.

Solicitud de tutela

29. El 14 de marzo de 2023, el señor Pablo, a través de apoderada judicial y en representación de su hijo, inició acción de tutela en contra de la sentencia proferida por la Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, al considerar que se vulneraba su derecho fundamental al debido proceso, a la vida, a la

integridad personal, a la familia, a los derechos integrales y a la prevalencia del niño. A su juicio, el fallo ordinario incurrió en (i) un defecto fáctico, por cuanto no tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas aportadas al proceso que daban cuenta del incumplimiento el convenio firmado; así como (ii) un defecto sustantivo, comoquiera que se desestimó que la madre hubiese ejercido una retención ilegal, a pesar de que el no restituir al niño incumplía los lineamientos contenidos en el Convenio de la Haya de 1980.

30. En consecuencia, solicitó a la autoridad judicial que tutelara los derechos invocados y dejara sin efecto la providencia cuestionada, para en su lugar, ordenara la restitución internacional de su hijo y mantuviera incólume el acuerdo aprobado por el Juzgado de Primera Instancia Número Siete de Oviedo – España.

Trámite procesal de la acción de tutela

31. El 15 de marzo de 2023, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia admitió la acción constitucional y corrió traslado a la Sala Civil Familia Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, extensiva a las autoridades, partes e intervinientes para que se pronunciaran sobre los hechos y las pretensiones de la demanda. Al trámite procesal se allegaron las respuestas que se mencionan a continuación.

32. Contestación de la señora Isabel. A través de su apoderada judicial, la ciudadana respondió a los hechos y las pretensiones de la acción de tutela con los siguientes argumentos. Como cuestión preliminar, señaló que el niño nació en la ciudad de Sincelejo el 11 de septiembre de 2018 y, para el momento de su nacimiento, fue registrado como Luis hijo de Isabel, pues el señor Pablo lo reconoció, a través de escritura pública, el 27 de julio de 2019, cuando se registró con el nombre de Luis hijo de Pablo e Isabel. Luego, manifestó que, bajo la promesa realizada por el accionante de conformar una familia, viajó a España el 22 de agosto de 2020 y estableció su domicilio en la ciudad de Oviedo, puntualmente, en la vivienda de propiedad del padre del niño. Allí estuvo a cargo del cuidado personal del niño, pues el señor Pablo laboraba. Sin embargo, señaló que, durante una discusión, el accionante le manifestó que el viaje de ella y su hijo a España respondía a que quería tener cerca a su hijo, más no construir una familia con ella.

33. La señora Isabel indicó que firmó el convenio regulador para lograr que el señor Pablo le reintegrara el pasaporte del niño pues, para ese momento, era el único con el que contaba y

ya tenía un viaje programado a Colombia. Sostuvo que firmó el acuerdo sin mayores reparos, por cuanto no podía pensar en iniciar un proceso contencioso de familia para obtener mejor custodia del niño, pues no contaba con un trabajo y carecía de la capacidad económica suficiente para salvaguardar las necesidades su hijo con miras a siquiera considerar obtener la custodia.

34. Por tal razón, en vista de que el pasaporte estaba retenido por el padre y no tenía las herramientas para impugnar el acuerdo planteado, aceptó lo contenido en el convenio regulador que fue ratificado por el Juzgado de Primera Instancia No.7 de Oviedo. Aunado a ello, sostuvo que fue el accionante quien contrató al abogado que adelantó el trámite en el cual se estipuló que: (i) sin consideración de que el acuerdo fuera aprobado o no judicialmente, surtiría efectos a partir del 6 de diciembre de 2022; y, (ii) con posterioridad al 31 de diciembre de 2022, la señora Isabel y su hijo debían buscar una residencia, lo cual resultaba muy difícil para ella pues, al estar desempleada, no tenía ni los ingresos y la posibilidad de rentar un lugar.

35. De otra parte, manifestó que, durante su estadía en España, sufrió varios ataques de ansiedad con motivo de la violencia psicológica de la que considera fue víctima. En ese sentido, indicó que el accionante la increpaba con cuestionamientos sobre su capacidad de cuidar a su hijo. Sin embargo, aseguró que le fue muy difícil probar la violencia psicológica y que corría el riesgo de que archivaran su solicitud. Así entonces, citó lo sostenido en la audiencia surtida el 9 de septiembre del 2022, ante el Juzgado Primero de Familia de Sincelejo en la cual expresó:

“Era muy difícil de probar la violencia psicológica, que pasaba, que eso lo iban a archivar, eso no quita la violencia que él me hizo, pero no lo pude aportar, yo adjunte los audios de cómo es el comportamiento respecto de mí... yo he esperado todos los tiempos que él ha querido, yo tuve mi embarazo sola, yo críe a mi niño sola, durante dos años y fui a España a formar mi hogar y solamente se aprovecharon de mí y del paso del tiempo para hacerme firmar un convenio, ojalá ese Convenio no se hubiera firmado.... No lo voy a negar fue horrible, la circunstancia fue verdaderamente horrorosa, Yo pensé que yo iba a perder al niño entonces lo más apremiante era que mi país y el país que vio nacer a mi hijo y donde ha vivido la mayoría de su corta vida nos protegiera.”

36. Sostuvo que, en principio, el viaje que tenía programado hacia Colombia era de visita a su familia. Sin embargo, ante la mala relación que tuvo con el señor Pablo, a su desistimiento de la solicitud de prestación de mínimo vital realizada ante el Ministerio de Inclusión, Migraciones y Seguridad Social de España, la falta de acceso a empleo en España y a los problemas de salud que había desarrollado por lo que estaba viviendo, inició el trámite de custodia y cuidado del niño ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en Sincelejo. Sobre tal situación, indicó que para la fecha en la que puso en marcha dicho trámite no se encontraba en retención ilegal del niño, pues, a la fecha de presentación de la demanda de restitución internacional, no se había incumplido el permiso otorgado por el padre. En esta línea, manifestó que el trámite que inició ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar respondió a que encontró mejores condiciones de vida a las que tenía en España y que en nada correspondían con una retención ilegal del niño en Colombia. Esta situación le permitiría mejorar su calidad de vida y no depender económicamente de lo que el señor Pablo le pretendía proveer, como tampoco de su madre, que era quien la apoyaba económicamente durante su estadía en España.

37. En consecuencia, la apoderada judicial solicitó que se negara el amparo constitucional en la medida en que durante el trámite ordinario no se habían vulnerado los derechos fundamentales alegados y, por el contrario, se salvaguardaron los derechos prevalentes del niño. Por tal motivo, sostuvo que era necesario que se mantuviera incólume la sentencia proferida el 1° de febrero de 2023 por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Sincelejo que resolvió no restituir internacionalmente al niño.

38. Contestación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- Dirección de Protección – Subdirección. La Delegada de la Dirección General como Autoridad Central para la ejecución del Convenio de la Haya de 1980 “sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores” informó que la solicitud de restitución internacional del niño Luis se radicó ante la Autoridad Central de España de 21 de febrero de 2022 a petición del señor Pablo, la cual fue direccionada a la Regional Sucre del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, porque el niño reside en esa ciudad. La fase administrativa del procedimiento se agotó con la oposición de la madre del niño de hacer el retorno voluntario a España, por lo cual se inició la fase judicial, que culminó con el fallo de la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Sincelejo, que profirió fallo el 1 de febrero de 2023.

39. Finalmente, citó la información recibida por la Autoridad Central de España al conocer la decisión de última instancia dentro del proceso de restitución internacional, en la que se indicó:

“...Adjunto se remite voto particular (salvamento de voto) de la Magistrada D^a Claudia Patricia Pizarro Toledo, mostrando su disconformidad con el criterio de la mayoría (sus dos compañeras Magistradas del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo), sosteniendo que la retención ha sido ilícita, y que se han vulnerado tanto el convenio regulador judicialmente ratificado y aprobado en España por la sustractora y el Sr. Pablo, como el Convenio de la Haya de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores , así como las garantías del interés superior del menor, Luis . Rogamos recurran la resolución del TGonzRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE SINCELEJO de 01/02/2...” (correo de fecha 07 de febrero de 2023). Se remite correo de la abogada del solicitante. Suscribimos sus palabras, y comprobamos una vez más que Colombia no devuelve niños a España. El único argumento utilizado por el Tribunal, es que la solicitud de restitución se promovió ante el ICBF, el 21 de febrero de 2022, es decir, anterior a la fecha límite en que se había permitido el regreso del infante a su residencia habitual en aquel país (30/3/2022), acontecimiento que resulta relevante, porque permite inferir que para esa calenda la señora ISABEL aún no se encontraba en ‘retención ilícita’, por más que hubiera manifestado su intención de no volver a España, pues la ‘ilicitud’ se predica del hecho, no de la voluntad de contrariar la ley. Lo curioso es que cuando juzga el Tribunal Superior 01/02/23, la retención ilícita está más que consumada. Si se trata de ser puristas, también debería haberlo sido cuando la madre presenta el recurso extemporáneamente...”. (correo de fecha 15 de febrero de 2023).

40. Contestación Defensoría de Familia Centro Zonal Norte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Sucre. Coadyuvó todo el trámite procesal surtido dentro de la acción de restitución internacional en ejecución del Convenio de la Haya de 1980 Sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, el cual cursó en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo; solicitó al juez constitucional tener en cuenta las pruebas aportadas por el señor Pablo al proceso indicado para que procediera a ordenar el retorno de su hijo a España, con el fin de salvaguardar sus derechos fundamentales.

41. Sentencia de tutela en primera instancia. El 27 de abril de 2023, la Sala de Casación Civil

y Agraria de la Corte Suprema de Justicia tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, a la vida, a la integridad personal, a la familia, a los derechos integrales y a la prevalencia del niño invocados por el padre. Para ello, consideró que el Tribunal accionado desconoció los parámetros establecidos en el Convenio de la Haya de 1980 para determinar la ilicitud de la retención, aunado a que interpretó el instrumento internacional en desmedro de los intereses del niño. Asimismo, indicó que si se considerara razonable el argumento según el cual el padre del niño inició el trámite de restitución antes de que la retención fuera ilegal, se debía tener en cuenta que iniciado el proceso y cumplida la fecha última de regreso a España, el niño no viajó. En tal sentido, resaltó que el Tribunal no tuvo en cuenta, a la hora de determinar la ilicitud de la retención, que aun cuando para la época de la petición de restitución internacional, su hijo se encontraba en Colombia amparado por el permiso de salida del país firmado por su padre, la madre ejerció de manera arbitraria su derecho a la custodia al determinar de manera unilateral la nueva residencia.

42. Así entonces, la Corporación consideró que se debía dar prevalencia al derecho sustancial sobre el procesal y que la interpretación del Convenio de la Haya de 1980 debía desplegarse conforme la hermenéutica más favorable para los niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, resaltó que se reconoció como hecho cierto que el 17 de febrero de 2022 la señora Isabelle comunicó telefónicamente al señor Pablo que ella y su hijo no regresarían a España e, incluso, de los documentos aportados, se advirtió que matriculó al niño en un colegio en la ciudad de Sincelejo y que, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, realizó la diligencia de persuasión a retorno voluntario el 29 de marzo de 2022 en la cual se verificó la intención de la madre de permanecer en Colombia con su hijo. Por tanto, concluyó que el proceso judicial inició una vez cumplido dicho término, esto es, el 29 de abril de 2022.

43. Finalmente, recordó que los mecanismos judiciales se deben activar cuando sean exigibles, en tanto la demanda es el hito temporal con el que el juez resuelve sobre las pretensiones. No obstante, aun cuando esta regla es inviolable en cuanto a hechos privados, acorde con la constitución y los tratados internacionales la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es necesario flexibilizar esa máxima, como en este caso en el que se advirtió que la madre del niño no cumplió el término pactado para su regreso. En consecuencia, resolvió conceder la acción de tutela, dejar sin efectos la sentencia del 1° de febrero de 2023 a través de la cual la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo resolvió la apelación el proceso de restitución internacional en

favor del niño Luis para que, en su lugar y en el término de 10 días hábiles, resolviera nuevamente el litigio como en derecho correspondiera en atención a las consideraciones indicadas.

44. Impugnación. La apoderada judicial de la accionante y la Magistrada Ponente de la decisión proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo manifestaron su desacuerdo con la decisión proferida por el a quo en los siguientes términos. Por un lado, la Magistrada Mirraquel Rodelo Navarro sostuvo que (i) en la cláusula cuarta del acuerdo regulatorio se especificó que el regreso vacacional del niño sería hasta “el día anterior a la reanudación del curso escolar” de forma que si se pretendía demostrar la ilicitud de su permanencia en Colombia se debía resaltar la fecha en la que el niño debía volver a clases en España; (ii) la intención de la madre de no volver a España no se materializó en la medida en que no se esperó a la fecha del retorno; (iii) aunque la retención se prolongó más allá del 31 de marzo de 2022, existía una medida cautelar que impedía la salida del país del niño, lo cual implicaba un obstáculo, al menos temporal, para regresar a España. En suma, consideró que la decisión debía ser revocada, porque echó de menos reflexiones que se acogieron durante el proceso en sede ordinaria.

45. De otra parte, la apoderada judicial de la señora Isabel sostuvo que el fallo impugnado solo se centró en demostrar el cumplimiento de los requisitos formales acerca de la eventual ilegalidad o no del traslado del niño a España, pero omitió resaltar aspectos importantes respecto de su estancia en Colombia con su madre como lo es el tiempo de crianza, el entorno de desarrollo con su familia materna, las condiciones de educación, alimentación y demás que son necesarios para proferir una decisión. Además, consideró que el Tribunal hizo bien en identificar el contrato laboral firmado por la señora Isabel como el mejoramiento de sus circunstancias para cumplir con sus obligaciones como madre, las cuales no podía tener en España pues, para seguir en ese país, debía depender y someterse a otras personas. Lo expuesto, porque dentro del proceso de restitución se pudo determinar que, en España, ella no tenía la oportunidad de ejercer su carrera profesional para cumplir con las obligaciones contenidas en el convenio regulador. De manera que, regresó a Colombia por la fragilidad económica en la que se encontraba en la medida en que no contaba con un trabajo estable.

47. En esa misma línea, resaltó que el accionante le manifestó que “el convenio es entre ambos sino se va directamente al juzgado No me estás haciendo ningún favor encima que lo

estoy pagando yo sino tú tendrías que ir con tu abogado y procurador”, a efectos de resaltarle que ella no podría, al menos económicamente, oponerse a ello. La situación económica de Isabel en ese momento le impedía solventar los gastos de un abogado que defendiera sus intereses. Además, refirió que en el convenio regulador se estipuló, de un lado, que independientemente de la ratificación y aprobación por parte del juez, el acuerdo empezaría a regir desde el 6 de diciembre de 2022. Y, del otro, que la vivienda familiar podía ser ocupada hasta el 31 de diciembre de 2022 y, con posterioridad a ello, debería incorporarse a la vida laboral y solventar sus gastos.

48. De otra parte, advirtió que, si trataba de darle prevalencia a lo sustancial sobre las formas, debería tenerse en cuenta que Isabel es quien ha cuidado ininterrumpidamente del niño desde su nacimiento y quien ha velado en todo momento por su cuidado y bienestar, mientras que el padre del niño, en principio, procuró por el aborto del embarazo, lo reconoció hasta los 10 meses de nacido, con el sacrificio de la madre al dejar Colombia fue que empezó a tener una presencia constante en la vida de Luis y, a pesar de conocer su lugar de residencia, nunca lo ha visitado. Además, el juez de primera instancia no valoró que el dictamen del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar estableció que Colombia y, particularmente, Sincelejo es donde el niño ha vivido la mayor parte de su vida, incluidos, los últimos 18 meses y que el ambiente es ideal para su desarrollo que está garantizado por su madre. Por último, explicó que la señora Isabel promovió ante la Fiscalía General de la Nación una denuncia por considerar que fue víctima de trata de personas, con ocasión de que el señor Pablo, le confesó que su traslado a España solo respondía a que pretendía que Luis estuviera en ese país. En consecuencia, la apoderada judicial de la señora Isabel solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se negaran las pretensiones del accionante para que así se salvaguarden los derechos prevalentes del niño.

49. De otro lado, la Vicedefensoría del Pueblo, la Delegada para los Derechos de las Mujeres y Asuntos de Género, la Delegada para la Infancia, la Juventud, y la Vejez y la Defensoría Regional Sucre, remitieron un escrito en el que coadyuvaban la interposición del recurso de impugnación. Para ello, expusieron que han acompañado en las diferentes instancias nacionales y departamentales a la señora Isabel, en las que se han determinado posibles afectaciones a sus derechos y los derechos del niño Luis. De esa manera, pusieron de presente que han acompañado a la señora Isabel en el trámite de solicitar una sesión extraordinaria del Comité Interinstitucional de Lucha Contra la Trata de Personas – subcomité

de Asistencia y Protección. Finalmente solicitaron que se tuvieran en cuenta todas las pruebas y los hechos nuevos, de manera que el fallo tuviera en cuenta el interés superior del niño y la decisión se tomara bajo el principio de la prevalencia de sus derechos.

50. Sentencia de tutela de segunda instancia. En fallo del 7 de junio de 2023, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, confirmó la decisión del a quo bajo la consideración de que la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Sincelejo no debió simplemente desestimar lo pretendido bajo el argumento estrictamente formal de la fecha pactada para el retorno del menor. Por el contrario, debió hacer énfasis en que la retención violaba el acuerdo de custodia aprobado por la autoridad competente en España, así como el permiso otorgado por el padre. De igual forma, indicó que debió analizarse de fondo el asunto y no centrarse en lo meramente formalista que no se correspondía con la realidad procesal y que se agotaba con el hecho de que, v al momento de la etapa judicial del proceso de restitución, el niño ya debía haber retornado a España.

51. De otra parte, en el fallo proferido por el Tribunal accionado indicó que el juez ordinario de primera instancia omitió definir si la retención había sido ilegal y analizó de facto las excepciones previstas en el Convenio, lo cual no se corresponde con lo sostenido en la audiencia del 31 de octubre de 2022, en la cual el juez estudió fáctica y jurídicamente la configuración de la retención ilegal. Así entonces, concluyó el ad quem que si la Sala del Tribunal “hubiese tenido en cuenta que la fecha pactada para el retorno del menor se cumplió antes de que se promoviera la demanda, la resolución del problema jurídico abordado debía ser diferente, esto es, no limitarse a un argumento estrictamente formalista, sino a analizar en concreto el fondo del caso en el marco de los términos y parámetros establecidos en el Convenio de la Haya de 1980.”

52. Por último, indicó que, con respecto a las nuevas condiciones económicas, sociales y especialmente familiares del niño, así como de las circunstancias que expuso la Defensoría del Pueblo, estas debían ser puestas en conocimiento de los jueces competentes. A partir de ello, precisó que “dado que en el escrito en mención se advirtió la presunta comisión de conductas punibles que puedan afectar las garantías superiores del menor, se hace un llamado al Tribunal para que al momento de proferir la decisión de remplazo las tenga en cuenta y las califique en el marco de su autonomía al momento de realizar el estudio sobre la procedencia de la restitución deprecada”.

53. Actuaciones en sede de revisión. El 17 de noviembre de 2023, la señora Isabel remitió a la Corte Constitucional la siguiente documentación:

- * Denuncia interpuesta ante la Fiscalía General de la Nación el 27 de enero del 2023 por la señora Isabel en contra de Pablo por el delito de trata de personas

- * Denuncia interpuesta ante la Fiscalía General de la Nación el 1 de junio del 2023 por la señora Isabel en contra del señor Pablo por el delito violencia de género, violencia intrafamiliar.

- * Informe pericial de clínica forense del 2 de junio del 2023 emitido en el marco de la denuncia por matrimonio servil, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Unidad Básica de Sincelejo, mediante el cual dada las características del núcleo familiar estudiado solicitó que el asunto se manejara como un caso de maltrato intrafamiliar y violencia de género bajo los factores de riesgo de muerte inminente, autodestrucción y seguridad personal y mental.

- * Respuesta proferida a la señora Isabel por la Fiscalía General de la Nación el 2 de junio del 2023, frente a la denuncia de matrimonio servil.

- * Informe psicosocial del 4 de junio del 2023, en el que Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Unidad Básica de Sincelejo valora el riesgo de violencia mortal a mujeres por parte de la pareja/expareja, el cual tiene como objetivo contribuir a la toma de decisiones sobre las medidas de protección, en donde se determinan los siguientes factores:

“Factores de riesgo víctima: La usuaria se encuentra en riesgo debido a que el denunciado es un hombre se ofensivo, humillante, consume alcohol, droga y pone en riesgo su salud mental.

Factores de riesgo agresor: El denunciado presenta problemas para resolver conflicto de manera asertiva, consume droga y alcohol. Conductas de intolerancia, el machismo, autoritarismo dificultades para resolver los problemas y dificultad de autocontrol por parte del denunciado. Engaños, mentira, humillaciones, burlas infidelidades.”

Riesgo moderado teniendo en cuenta la cronicidad, la frecuencia y la intensidad de las agresiones físicas y verbales que han puesto a la señora Isabel en una situación en la que se

hace imperativo tomar medidas urgentes en aras de proteger su vida.”

– Oficio N° 116-23 del 9 de junio del 2023 en el que la Fiscalía General de la Nación remite el expediente de la señora Isabel y ordena iniciar indagación penal en contra del señor Pablo por el presunto delito de violencia intrafamiliar y violencia de género.

54. El 16 de noviembre de 2023, a través de correo electrónico, el Defensor del Pueblo solicitó a la Corte Constitucional adoptar medidas provisionales para suspender la restitución internacional del niño involucrado en esta controversia, a efectos de evitar una vulneración de sus derechos fundamentales. Al respecto, afirmó que:

“el retorno del niño a España, podría implicar necesariamente su afectación psicológica y un riesgo de sufrir violencia intrafamiliar por parte de su padre, como fue el caso de su progenitora por parte del señor [Pablo], teniendo en cuenta los hechos puestos en conocimiento por parte de [Isabel] sobre la denuncia de violencia intrafamiliar (...) y el informe de Medicina Legal (...), así como la comunicación de la Fiscal 17 Seccional de Sincelejo a la Directora de Asuntos Internacionales, poniendo en conocimiento dicha violencia de género que ocurrió durante la convivencia con [Pablo] en España (...), lo que finalmente le causa actualmente alteraciones en la salud mental de la víctima tal como consta informe de valoración de Psiquiatría en España.”

55. El 21 de noviembre de 2023, la Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación adoptó una medida provisional encaminada a suspender el cumplimiento de la orden judicial proferida por el juez constitucional, al considerarlo necesario para proteger el interés superior del niño Luis que, de acuerdo con el material probatorio allegado hasta ese momento, podría estar en peligro. Así entonces se ordenó:

“DECRETAR medida provisional en el expediente T-9.641.551 y, en consecuencia, SUSPENDER el cumplimiento de la Sentencia del 7 de junio de 2023 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que confirmó la dictada el 27 de abril de 2023 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en el marco del trámite de la acción de tutela iniciado por el señor Pablo, en representación de su hijo Juan. Lo anterior, mientras se adelanta el trámite, se profiere y notifica la sentencia en sede de revisión del expediente de tutela T-9.641.551.”

56. Posteriormente, con el propósito de contar con mayores elementos de juicio al momento de resolver la controversia constitucional, mediante Auto del 18 de diciembre de 2023, el Despacho estimó pertinente decretar la práctica de pruebas. En ese sentido, se ordenó (i) a la Defensora de Familia del Centro Zonal Sincelejo de la Regional Sucre del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la presentación de un informe a este proceso en el que relacionara el estado emocional del niño, su salud, escolaridad, quienes conforman su núcleo familiar, la situación económica de la familia, si está o no escolarizado y, en caso de estarlo, en qué institución, cuál es su desempeño académico y disciplinario; (ii) al accionante responde un cuestionario de preguntas personales, laborales y relacionadas con su vivienda y (iii) al Ministerio de Relaciones Exteriores que través del Cónsul de Colombia en Bilbao – España, adelante una inspección a los lugares de residencia y de trabajo del señor Pablo; y, recaude copia de los documentos que reposan en el expediente que dio lugar al acuerdo de custodia y cuidado personal del niño, aprobado por el Juzgado de Primera Instancia Número Siete de Oviedo-España.

57. A través del oficio OPTB-307 del 19 de diciembre de 2023, la Secretaría General de la Corporación comunicó el auto a las partes. Así pues, se recibieron las siguientes respuestas:

58. Señor Pablo. El 15 de enero de 2024, el accionante respondió los cuestionamientos planteados por la Sala y allegó una serie de documentos. En resumen se resaltan las siguientes respuestas:

“Desde que asumí la paternidad del niño los he venido solventando mes a mes.

La educación del niño la he seguido pagando mes a mes a la espera de su regreso a España. Trabajo de manera remota y circunstancialmente en revisión de obras.

No es un trabajo de riesgo ni afecta a mi salud ni a la de mi hijo.

Mi Jornada laboral es abierta sin horarios específicos. El tiempo que dispongo para el cuidado del niño serán las horas que sean necesarias dado que no tengo horario específico ni marcado al ser trabajador independiente. Ni mejor ni peor que la madre, sino el de un padre responsable que ama, protege y cuida diariamente de su hijo. Pues mi actividad profesional independiente me permite hacerme cargo del cuidado del niño mientras está en casa.

El contacto de Luis con mi familia es muy estrecho ya que somos una familia muy unida y con valores familiares.

La relación que teníamos con nuestro hijo siempre fue excelente, es la de unos padres habituales basada en la educación el respeto y cariño. Prueba de ello es la alegría, la capacidad de adaptación que ha tenido el niño en este cambio de condiciones inesperadas para él.

Mi relación con Luis siempre ha sido muy afectuosa pero también de respeto y de formación constante.

No nunca he sido investigado por ningún tipo de delito ni sanción. Ni tampoco he sido denunciado ni durante la convivencia con Isabel ni antes de nuestra relación. Pues no es mi forma de llevar la vida, ni menos de vincularme de manera violenta en las relaciones de pareja. De ello dan cuenta tanto el interrogatorio a Lina, como los testimonios recepcionados en los que se evidencia que jamás he tenido denuncias policivas o penales, menos de agresiones físicas o sexuales. Ni como víctima ni como victimario

Mi forma de contribuir y garantizar los derechos de Luis en tanto a convivencias y cuidado con su madre sería ofreciendo a Isabel como así lo hice en las pasadas audiencias que ella pueda venir a España y compartir con Luis. Sería en los periodos de vacaciones escolares.”

59. Consulado de Colombia en Bilbao. El 24 de enero del 2024, el Consulado de Colombia en Bilbao allegó una serie de documentos así como el informe de visita realizada al señor Pablo en Oviedo – España, el 22 de enero del 2024, por orden de la Corte Constitucional. En ella, destacó lo siguiente:

“El apartamento se encuentra ubicado en el centro de la ciudad de Oviedo Asturias, en la calle Rio San Pedro No. 6 -4, consta de 3 habitaciones, sala, comedor, cocina y baño. El apartamento fue comprado y remodelado en septiembre de 2023 en donde vivió Luis con su madre desde esa fecha hasta enero de 2022 cuando ambos viajaron a Colombia y no volvieron”

60. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El 29 de enero del 2024, por intermedio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, la entidad remitió las valoraciones

realizadas, así:

- Consentimiento informado para la realización de valoraciones psicológicas e intervenciones
- “En el medio familiar que se encuentra el niño tiene garantizados los derechos a la identidad, a salud y seguridad social, recreación y libre expresión, alimentación equilibrada y adecuada a su edad, educación, así como el desarrollo de su personalidad.”
- “Se logra evidenciar a una progenitora garante de derechos, que ha estado presente en el proceso de crianza del niño, velando por las necesidades básicas de su hijo, así como brindarle amor, afecto, atención, cuidado y protección, así mismo cuenta con una red de apoyo familiar línea materna, con relaciones familiares actualmente adecuadas y afectivas que aportan al proceso de crianza, formación y desarrollo integral del niño”.
- “Se considera que el medio familiar de la señora Isabel cumple con factores protectores y garantías de derechos que permiten el desarrollo integral del niño Luis.”
- “Se puede analizar que al separar a madre e hijo posiblemente pueda ocasionar afectaciones emocionales por el vínculo afectivo de apego seguro que se evidencia entre madre e hijo.”
- “Se allego certificado de matrícula del colegio Altair- Sincelejo”

61. La entidad anexó un informe con enfoque psicosocial por parte del colegio Altair-Sincelejo, donde actualmente estudia el niño Luis, en el que se indica:

“Dada la situación de maltrato psicológico reportada, es esencial continuar observando el comportamiento de Luis, especialmente en cuanto a posibles signos de angustia, ansiedad o cambios en su conducta. Facilitar espacios seguros para que Luis exprese sus emociones y preocupaciones, ya sea a través del juego, el arte u otras actividades que fomenten la expresión emocional. Se observó que Luis tiende a evitar conversaciones que generan malestar, prefiriendo desviar la atención mediante el juego. Al abordar la relación con el padre, se detectan emociones vinculadas al malestar, reflejando sentimientos de tristeza y enojo asociados a la dinámica sostenida con este progenitor.”

62. Igualmente, el ICBF remitió el resultado del informe de valoración psicológica de

verificación de derechos, del cual se resalta lo siguiente:

- Al indagar con el niño sobre la relación con su padre, muestra una conducta evasiva
- Luis reconoce y expresar emociones básicas sin embargo le cuesta manifestar emociones asociadas a la relación con su padre, evidenciando poco interés y conducta evasiva, al momento de evaluar la relación padre-e hijo, el niño reconoce a su padre como figura paterna, pero no lo identifica como alguien cercano, que haga parte de su cotidianidad, evidenciando un vínculo afectivo distante entre padre e hijo.
- Es importante precisar que en el medio familiar actual donde se desarrolla el niño, cuenta con una red de apoyo familiar línea materna, con relaciones familiares armoniosas y adecuadas entre los miembros del núcleo familiar y canales de comunicación asertiva, la progenitora ha ejercido su rol de madre garante y protectora en el desarrollo y crecimiento del niño, lo que ha favorecido la construcción de un vínculo afectivo de apego seguro entre madre e hijo.
- Luis, tiene garantizados los derechos a la identidad, a salud y seguridad social, recreación y libre expresión, alimentación equilibrada y adecuada a su edad, educación, así como el desarrollo de su personalidad.

63. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Sincelejo. La Magistrada ponente de la providencia accionada recorrió el traslado el 6 de febrero de 2024, sin exponer argumentos y ateniéndose a la decisión que tome esta Sala.

64. Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo. El 7 de febrero de 2024, el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo, respondió al traslado de las pruebas solicitadas, reiteró las razones que sirvieron de base para proferir la sentencia del 31 de octubre 2022, sin exponer argumentos adicionales.

65. Defensoría del Pueblo. El 8 de febrero de 2024, el Defensor del Pueblo remitió un documento en el cual hizo un recuento de los hechos constitutivos de la demanda, las valoraciones que adelantó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y jurisprudencia de esta Corte para determinar que la Sala debería fallar el caso a la luz del artículo 12 del Convenio de la Haya de 1980, en la medida en que el niño se encuentra

arraigado a su núcleo familiar materno.

66. Apoderada judicial del señor Pablo. El 8 de febrero de 2023, la apoderada judicial del accionante manifestó que su poderdante nunca fue denunciado por los hechos de violencia intrafamiliar que la señora Isabel aduce haber sido víctima y eso se refleja en que el accionante no tiene antecedentes judiciales por delitos violentos o de cualquier tipo. Sostuvo que las alegaciones sobre la presunta violencia aparecen en el tiempo en el que la madre ejerce la defensa de su decisión de radicarse en Colombia y que ningún informe psicosocial sustenta la violencia alegada, más allá de decir que fue víctima de maltrato psicológico. En ese sentido, expone que la literatura reconoce que en la relación de pareja no todos los conflictos son violencia. Asimismo, expone que “[d]e los resultados que aparecen en informes que obran en este expediente, tanto de las visitas domiciliarias como del Informe de la evaluación psicológica del niño y la madre no se encuentra ninguna afirmación o hallazgo que pueda inferir actos de violencia o maltrato por parte del progenitor”.

67. Respecto de las valoraciones realizadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la apoderada afirmó que llama la atención “que las hasta hace poco también vivía en la residencia familiar su otra hija con sus dos hijos menores de edad. No se visualiza en el panorama familiar al padre de los niños En esta afirmación que realiza la demandada deja inferir claramente que el rol del padre PABLO está llamado a desaparecer porque esta familia viene de unas tradiciones regionales donde los figuras están definidas como mamá, abuela...”. Adicionalmente, con relación a la entrevista que la misma entidad le hizo a la señora Isabel en la que expone las dinámicas con el padre del niño para concluir que es víctima de violencia de género, la apoderada resaltó que:

“Información en tiempo que no coincide con una sana lógica de madurez en la vida de una mujer que es abogada, que desde hace años ha laborado en la rama judicial y que a la edad en que ha quedado en embarazo (31 años), a la fecha del parto en Colombia (septiembre 11 de 2018) y la decisión de irse a conformar una familia en España con el señor DAA (Agosto de 2020) transcurrieron años suficientes para hacer el ejercicio personal de autocrítica y autocuidado en el que se tuvo el tiempo suficiente para que la demandada encendiera las alarmas sobre violencia de género o violencia contra su persona; hubiere existido al menos una denuncia por violencia, tuviera algún correo, alguna grabación de una llamada, algún Whatsapp o en alguna consulta médica durante el embarazo, que evidenciara estas

afirmaciones temerarias e infundadas que aparecen repentinamente en una valoración realizada no en SINCELEJO sino en BARRANQUILLA, remitida por su hermana que es médico para que se le practique una valoración psiquiátrica para luego proceder a instaurar una denuncia penal ante la Fiscalía con el único fin de llegar hasta el Defensor del Pueblo.”

68. De otra parte, la apoderada puso de presente que en el nuevo informe del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no se relaciona que en la vivienda también reside el hermano de la señora Isabel. Al respecto señaló que:

“Del señor [hermano de Isabel] no se habla en el informe de su condición de discapacidad intelectual y del consumo de alcohol. No existe ningún rechazo o discriminación a la condición de la persona del señor [hermano de Isabel], pero si hay inconveniente con la forma como la familia maneja la condición de adicción del tío. Segùn (sic) refiere mi representado él conoció lo difícil que es para la familia esta situación, de la cual no se hace mención por ninguna parte del informe y es parte del contexto familiar...Llama la atención que en este nuevo informe ordenado por la Corte ha sido omitida su condición de discapacidad y su rol familiar y el papel que juega en la vida del niño LUIS como figura masculina en el día a día de la vida de la familia.”

69. Finalmente, destacó de esa contestación que dicho informe:

“finaliza con el análisis de categorías de derechos entre los cuales enfatiza su informe en los derechos de supervivencia como son salud, alimentos, vivienda, educación (sic). Sin embargo da por sentado que el niño tiene satisfecho su derecho a tener una familia, pero desconoce que la familia del niño también está construida sobre la existencia de su padre. Lo cual ni siquiera se menciona en el contexto de la visita social. No indaga sobre el padre del niño, sobre la relación (sic) nutricia (sic) que debe protegerse en la vida del niño a tener su referente paterno.”

70. Con todo, sugiere como mecanismo de solución del conflicto, que se considere ordenar una coordinación parental o coordinación de parentalidad de manera que puedan renegociar los acuerdos de las necesidades del niño, en la medida en que sus padres residen en diferentes países.

71. Isabel. El 9 de febrero de 2024, la señora Isabel allegó a esta Corporación nueve archivos

de los cuales siete corresponden a carpetas de conversaciones de la red social WhatsApp que sostuvo con el señor Pablo y sus familiares; un documento de archivos fotográficos del niño Luis y un escrito en el que respondió a los estudios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y, posteriormente, preguntas elevadas por este despacho al señor Pablo, de las que se resalta lo siguiente:

“[A] pesar de que tiene la obligación de consignar los rubros necesarios para garantizar salud, vivienda, educación, recreación y demás, es importante señalar que desde el mes de mayo del año 2023 no ha realizado pagos por concepto de alimentos debidos al menor, esta información quedó consignada en el informe del ICBF.

[C]uenta con un trabajo que lo obliga diariamente a salir desde tempranas horas de la mañana y regresar a altas horas de la noche, así como tener que quedarse en distintos lugares a su vivienda cuando debe realizar verificación de obras en la comunidad autónoma de Asturias y sus alrededores,

[H]ace aproximadamente 6 meses que la red familiar paterna extensa, dígase tías, primas y abuela de Luis NO se comunican vía telefónica con el niño, y esta situación no se debe a que exista alguna barrera por parte de los familiares que conviven actualmente con el niño, sino a la desidia por parte de los primeros a quienes poco les interesa realmente consolidar una relación estrecha con el menor, es así como durante el tiempo que el menor lleva viviendo en Colombia no ha sido visitado ni una vez ni por el padre ni por la familia del mismo

[S]obre el mes de noviembre de 2023 específicamente el día 29, se tuvo que tomar la decisión que Luis no se comunicara telefónicamente con la familia extensa del señor [Pablo], y que dicha decisión fue comunicada al padre, ello dado que una vez se le indicó al niño en el mes de agosto del 2023 que probablemente regresaría a España sin mi compañía, para vivir con su progenitor y la familia paterna, el menor empezó a mostrarse ansioso frente a dicha posibilidad y empezó a desarrollar conductas asociadas con angustia por separación y problemas de concentración en el colegio, situación que también quedó documentada en el acta de informe del ICBF

[N]o existe ninguna relación cercana y afectuosa entre Luis y su padre, siendo que si bien Luis entiende y tiene pleno conocimiento que [Pablo] es su papá, no lo considera como una figura de protección, amor y/o cuidado, por el contrario como quedó demostrado en la

entrevista psicológica, el menor se muestra distante ante la figura de [Pablo].

[D]esde el primer momento que inicié la convivencia con [Pablo] fui víctima de abuso psicológico y maltrato, especialmente por la posición económica, social y profesional en la que yo me encontraba en España, era una posición de indefensión ante [Pablo], siendo que no podía validar mi título profesional de la manera expedita como lo intentaba y no tenía los medios para aportar lo suficiente para el sostenimiento de mi hijo y para sostenerme yo económicamente en ese país, teniendo que soportar todos los días las expresiones ofensivas y hasta xenofóbicas por mi condición de mujer y mi procedencia, estando siempre en desventaja, debiendo estar en mi papel de madre, siendo la cuidadora, protectora, pero además proveedora con la imperante amenaza de no poder subsistir por mi propia cuenta”.

72. A través de un auto proferido el 4 de marzo del 2024, se corrió el trasado de las pruebas allegadas. Así entonces se recibieron los siguientes documentos:

73. Apoderada judicial del señor Pablo. El 8 de marzo de 2023 la apoderada propuso algunas líneas en relación a las pruebas allegadas, así: (i) lo relacionado con la denuncia penal instaurada por una amenaza recibida en mensaje de texto; el informe pericial de clínica forense que deriva de esta denuncia; la valoración del riesgo encontrado en la valoración de medicina legal; la historia clínica particular de la psiquiatra Chafit Chain Gómez y el informe del Defensor del Pueblo debe ser analizado objetivamente pues responde a la estrategia planteada por la demandada quien tiene como objetivo dilatar el tiempo de retención ilegal del niño Luis para así alegar el arraigo al entorno colombiano; (ii) Ninguna de las pruebas que soportan los hechos de violencia intrafamiliar ha sido debatida, así como su contenido no ha sido sustentado en evidencias científicas o documentales. Sostiene que tampoco han sido sometido a debate judicial, derecho de contradicción ni derecho de defensa por parte del supuesto denunciado; (iii) para la apoderada, el interés de la Defensoría del Pueblo da total credibilidad y amparo aun proceso penal que no ha tenido ningún pronunciamiento de fondo y, bajo su consideración, es un abuso de poder que se permita llamar al señor Pablo como agresor o maltratador y lo inculpe como victimario en la demanda.

74. Con todo, llama la atención respecto de los que la señora Isabel pusiera de presente los hechos que presuntamente constituyen violencia de género con posterioridad a la orden de restitución internacional del niño Luis, e insiste en que el retorno a Colombia no se debía a

alguna situación derivada de violencia de género o intrafamiliar, sino a que había conseguido trabajo en la ciudad de Barranquilla.

75. Finalmente, la apoderada plantea nuevamente la posibilidad de utilizar como mecanismo alternativo a la solución de conflictos entre los padres del niño Luis, la coordinación parental.

76. Isabel. En documento remitido el 8 de marzo a este despacho, la señora Isabel allegó un documento en el cual se pronunció sobre las apreciaciones de la apoderada judicial del señor Pablo, en el cual reiteró que ha sido víctima de violencias basadas en género y que de ello se da cuenta con los diferentes dictámenes médicos psiquiátricos de tanto en Colombia como en España y la denuncia por el delito de trata de personas que inició en contra del accionante, de lo cual realizó un recuento.

De otra parte, relacionó la manera en la que se contrajo el convenio regulador. Allí sostuvo que el documento lo redactó el abogado del señor Pablo y que, el 18 de noviembre tuvo una discusión con el accionante, durante la cual le manifestó el hecho de que el traslado a España de ella y su hijo respondía a la necesidad de tener cerca al niño Luis y no al deseo de conformar una familia. Sostiene que desde ese momento evidenció la violencia de la que era víctima y entendió que debía salir del país, por lo cual accedió a firmar el convenio. En ese sentido sostuvo: “Desde ese día pasaron casi dos meses para nuestro arribo a Colombia, el desgaste emocional al haber sido tan ultrajada, deja huellas que hoy en día siguen latentes en mi salud mental, -pues ninguna madre en el mundo debería tener que decidir entre su hijo y su libertad y dignidad”.

78. Puso de presente que:

“de los cinco años de vida que tiene Luis, solo un (1) año y tres (3) meses es lo que su padre ha estado con él, sobre todo en los últimos tres meses y con eso se dio por sentado que él podía seguir cuidándolo y darle todas las posibilidades de crecimiento en España. Nunca se tuvo en cuenta que esto, podía dar como desenlace un desarraigo del menor a la vida que él conoce, pues sin importar el lugar donde nos encontráramos, fue su MAMA la que siempre lo acompañó, la que le brinda amor, la que cubre sus necesidades, con la persona que ha desarrollado un fuerte vínculo de apego tal y como quedo consignado en los distintos dictámenes practicados a lo largo del proceso de restitución y de esta acción constitucional.”

79. Finalmente, sostuvo que lo que se asume como el rechazo del niño hacia su padre responde que Luis solo ha convivido con su padre ininterrumpidamente por espacio de tres meses pues, con anterioridad a eso se repartían completamente las tareas de cuidado. Considera que Pablo poco se ha esforzado para contribuir a la relación paternofilial pues en los casi dos años de estadía en Colombia no lo ha visitado y, que ella no ha puesto trabas para que el niño tenga una adecuada relación con su padre pues ha garantizado que puedan establecer comunicación constante.

II. II. CONSIDERACIONES

A. A. Competencia

80. La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar y decidir sobre la acción de tutela de la referencia con arreglo a lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento de lo resuelto por la Sala de Selección de Tutelas Número Once, según consta en Auto de 29 de noviembre de 2022, notificado el día 15 de diciembre de 2022.

B. Examen de procedencia de la acción de tutela

81. De manera previa, se examinará si el caso sub examine cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela. Así pues, para este caso debe tenerse en cuenta que la Corte ha sostenido que la acción de tutela solo procede contra providencias judiciales en casos excepcionales en la medida en que deben respetarse los principios de independencia y autonomía judicial. También al hecho de que la cosa juzgada recae sobre las sentencias que profieren las autoridades judiciales en el marco de sus competencias, con miras a garantizar el principio de la seguridad jurídica.

82. Así pues, la Sala Quinta de Revisión expondrá y analizará cada uno de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial y en el evento en que se verifique su acreditación, formulará el problema jurídico y se pronunciará de fondo sobre la controversia.

83. Legitimación en la causa por activa. Para ello, el juez de tutela debe verificar la

titularidad de los derechos fundamentales de la persona que acude a la acción de tutela. En el presente caso, se tiene que el señor Pablo, a través de apoderada judicial, interpuso la acción constitucional en representación de su hijo, quien es un niño. El poder se presentó debidamente en el trámite. En tal sentido, se entiende cumplido el requisito.

84. Legitimación en la causa por pasiva. La acción de tutela se presentó únicamente en contra del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Sincelejo y se vinculó a la causa a la señora Isabel, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a su Defensoría de Familia adscrita y al Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo.

85. En primer lugar, esta Sala puede determinar que la autoridad judicial contra la cual se inició la acción de tutela se encuentra legitimada en la causa por pasiva por cuanto fue quien profirió la sentencia de segunda instancia el 1° de febrero de 2023 dentro del proceso de restitución internacional que inició el accionante y fue tramitada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Así entonces, en relación con la entidad accionada, se supera el requisito de legitimación.

86. En segundo lugar, la señora Isabel, que fue vinculada en el trámite de admisión de la acción de tutela, se encuentra legitimada en la causa por pasiva, por cuánto, si bien la acción de tutela se dirige contra la providencia judicial que revocó la decisión de restituir internacionalmente a Luis, es ella quien, presuntamente, ejerció la alegada retención ilegal del niño en Colombia y tiene en la actualidad la custodia material de niño. Por tanto, en virtud del inciso 2 del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, se puede determinar que tiene un interés legítimo en el resultado del proceso, en esa medida, se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

87. En tercer lugar, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es la entidad que se encarga de adelantar tanto la parte administrativa como iniciar la judicial del proceso de restitución internacional, así como de realizar el seguimiento a la solicitud internacional, de conformidad con el numeral 11 del artículo 82 y 137 del Código de la Infancia y la Adolescencia y el artículo 11 de la Ley 173 de 1994. En ese sentido, se encuentra legitimado para continuar en la causa por pasiva. Por su parte, la Defensoría de Familia adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Sucre es una de las partes procesales que tiene como función acompañar el proceso de restitución internacional velando por los

intereses de niño, niña o adolescente en favor de quien se activa el proceso.

88. Finalmente, el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo está legitimado en la causa por pasiva por cuanto es la autoridad que profirió el fallo de instancia ordinaria que ordenó la restitución internacional de niño Luis. En consecuencia, habida cuenta que las entidades y la persona natural vinculadas están directamente relacionadas con la situación fáctica expuesta, se supera el requisito de legitimación por pasiva.

89. Inmediatez. En el caso bajo estudio, se tiene que la acción de tutela se instauró el 14 de marzo de 2023 mientras que el fallo de restitución internacional atacado fue proferido por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Sincelejo el 1° de febrero de 2023. En consecuencia, el término de menos de dos meses para la interposición de la acción de tutela es razonable, y se supera esta exigencia.

90. Subsidiariedad. La decisión que se pretende controvertir a través de esta acción constitucional es la proferida por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Sincelejo en el marco del proceso verbal sumario de doble instancia por medio del cual se definía la restitución internacional del niño Luis. Este proceso no es susceptible de recurso extraordinario de casación en los términos del artículo 334 del Código General del Proceso, en la medida en que la finalidad de este procedimiento, aun cuando es declarativo, no es económico y se agota con la decisión de retornar o no a un niño, niña o adolescente a su lugar de residencia habitual. Así entonces, se entiende que, surtida la segunda instancia de dicho proceso, no existía ningún recurso que pudiera ser invocado a efectos de elevar las pretensiones que se invocaron en esta acción de tutela, por tanto, se supera el requisito.

91. Relevancia constitucional. Esta Sala considera que este requisito se encuentra superado en la medida en que en esencia supone el análisis de la garantía de los derechos fundamentales de un niño y su interés superior, quien se puede ver afectado por las decisiones que sobre su custodia se han adoptado. En efecto, porque en el sentir del accionante, el Tribunal accionado incurrió en defectos fáctico y sustantivo, y ello tiene afectación directa en la satisfacción de los intereses del niño Luis, un sujeto de especial protección constitucional en razón de su edad, en tanto tienen la entidad para alterar las regulares relaciones de convivencia que tenía en su aparente lugar de residencia.

92. De otra parte, la relevancia constitucional de presente asunto, también se puede predicar

de las declaraciones de la señora Isabel, en tanto ha sido enfática en sostener que es víctima de violencia de género por parte del señor Pablo. Así entonces, lo que aquí se discute exigiría analizar la necesidad de aplicar una perspectiva de género a las decisiones que toman las autoridades judiciales con relación a las violencias basadas en género, lo cual, a su vez, redundaría en las obligaciones propias del Estado Social de Derecho de generar un ambiente propicio para que las mujeres encuentren protección a su derecho a vivir libre de violencia. Por tanto, para la Sala, el requisito está acreditado.

94. El fallo atacado no es una decisión de tutela. La providencia que se busca controvertir es la proferida el 1° de febrero de 2023 por medio de la cual la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Sincelejo resolvió la segunda instancia del proceso de restitución internacional del niño Luis, esto es, no fue proferida por la jurisdicción constitucional, por tanto, el requisito se supera.

C. Problema jurídico y esquema de la decisión

95. La acción de tutela presentada por el señor Pablo tiene como finalidad que se tutelen los derechos fundamentales de su hijo al debido proceso, a la vida, a la integridad personal, a la familia y a los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes, los cuales considera vulnerados por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Sincelejo, la cual, a través del fallo del 1° de febrero de 2022, revocó la decisión de restituir internacionalmente al niño Luis que había sido adoptada el 31 de octubre de 2022 por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo.

96. Bajo su consideración, con la decisión de revocar la restitución internacional, el ad quem incurrió en (i) un defecto fáctico en la medida en que no valoró los diferentes indicios que daban cuenta de que la señora Isabel vulneró el convenio regulador firmado en España, y (ii) un defecto sustantivo pues interpretó, según alegó, de maneja antojadiza el artículo 3 de la Convención de la Haya de 1980 en lo que concierne a la configuración de la retención ilegal en el proceso de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes.

97. Para la Sala Quinta de Revisión los derechos fundamentales que podrían resultar afectados en esta oportunidad se corresponden con el debido proceso, al acceso a la administración de justicia, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y que su análisis debe atender al deber constitucional que tienen las autoridades judiciales de aplicar

perspectiva de género en sus decisiones.

98. Bajo este panorama, se formulan los siguientes problemas jurídicos que deberán ser abordados:

a. a. ¿La sentencia del 1º de febrero de 2023 proferida por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Sincelejo incurrió en un defecto fáctico al revocar la sentencia que ordenó la restitución internacional del niño Luis por presuntamente no valorar medios probatorios que demostraban, de acuerdo con el accionante, que la señora Isabel realizó acciones para incumplir con el convenio regulador firmado en España?

b. ¿La sentencia del 1º de febrero de 2023 por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo incurrió en un defecto sustantivo por el alcance otorgado al artículo 3 de la Convención de la Haya de 1980, que llevó a la conclusión que la madre no retuvo ilegalmente al niño?

99. Para resolver los problemas jurídicos, la Sala Quinta de Revisión (i) reiterará la jurisprudencia en torno a las causales específicas de procedencia de la acción de tutela por los defectos fáctico y sustantivo. Agotado lo anterior, se referirá a: (ii) el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, el marco de protección y garantía de sus derechos fundamentales y el deber de custodia y cuidado; (iii) la naturaleza jurídica de los procesos de restitución internacional de los niños, niñas y adolescentes; y (iv) el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias, el deber constitucional de aplicar la perspectiva de género en las decisiones que involucren violencia contra la mujer y la violencia institucional. Finalmente, (v) procederá con el estudio del caso concreto.

D. Causales específicas de procedencia de la acción de tutela

100. Ahora, verificado el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra una decisión judicial, también se requiere que la misma haya incurrido en al menos una de las causales específicas, asunto que la Sala resolverá al decidir sobre el problema jurídico materia de esta Sentencia.

Breve caracterización del defecto fáctico

101. Este defecto se configura cuando “un juez emite una sentencia (providencia judicial) sin

que se halle probado el supuesto de la norma, cuando quiera que: (i) se haya producido una omisión en el decreto o valoración de una prueba, (ii) haya existido una apreciación irrazonable de las mismas, (iii) se haya supuesto algún medio probatorio, y/o (iv) se haya otorgado a una prueba un alcance material y jurídico que no tiene”.

102. En la Sentencia SU-172 de 2015, esta Corporación sostuvo que el defecto fáctico comprende dos dimensiones, a saber: (i) una positiva que se presenta cuándo el juez realiza una valoración equivocada, basa su decisión en una prueba no conducente para ello o cuando cuándo da por ciertos hechos de los cuales no existe sustento probatorio que apoyen el fallo y; (ii) otra negativa que ocurre cuando la autoridad judicial ignora u omite la valoración de una prueba que resulta determinante para resolver el caso concreto o cuando no decreta la práctica de alguna prueba sin que medie justificación. En general, cuando omite la valoración de pruebas que puedan confirmar la veracidad de la situación fáctica del caso.

103. Ahora, la ocurrencia de este defecto en la valoración probatoria es de carácter excepcional pues, en los términos de esta Corporación, dicho error debe ser “ostensible, flagrante y manifiesto”, esto es, “que tal yerro tenga una trascendencia fundamental en el sentido del fallo, de manera que si no se hubiera incurrido en él, el funcionario judicial hubiera adoptado una decisión completamente opuesta”. Dicha excepcionalidad radica en que el juez de tutela no se constituye como una instancia que deba evaluar la sana crítica del fallador ordinario, por tanto, se debe respetar la autonomía judicial, la presunción de buena fe y la imparcialidad con la que obra el juez natural.

104. Así entonces, la intervención del juez constitucional debe ceñirse a verificar que la decisión judicial adoptada sea coherente con el acervo probatorio allegado al proceso. Esta coherencia se evalúa en términos de la racionalidad de la valoración probatoria, más no en la preferencia entre determinadas conclusiones sobre otras, puesto que ese nivel de decisión corresponde exclusivamente al juez que conoce del respectivo proceso.

Breve caracterización del defecto sustantivo

“(i) la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable porque: a) no es pertinente, b) ha sido derogada y por tanto perdió vigencia, c) es inexistente, d) ha sido declarada contraria a la Constitución, o e) a pesar de que la norma cuestionada está vigente

y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó. Esto último ocurre, por ejemplo, porque a la norma utilizada se le dan efectos distintos a los señalados expresamente por el Legislador.

(ii) a pesar de 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 inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes” o cuando se aplica una norma jurídica de forma manifiestamente errada, de modo que la decisión judicial está fuera de los parámetros de la juridicidad y de la interpretación jurídica aceptable.

(iii) en la aplicación de una norma se exige la interpretación sistemática con otras que no son tenidas en cuenta y que resultan necesarias para la decisión adoptada.

(iv) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto.

(v) el fallo incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión, al acreditarse que la resolución del juez se aparta de las motivaciones expuestas en la providencia.

(vi) la aplicación de una norma desconoce una sentencia con efectos erga omnes. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.

(vii) cuando la disposición aplicada se torna injustificadamente regresiva o contraria a la Constitución.

(viii) se adopta una decisión con fundamento en normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual, aun cuando el contenido normativo del precepto utilizado no haya sido declarado inexecutable, se constata que el mismo es contrario a la Constitución.

(ix) cuando el juez no aplica la excepción de inconstitucionalidad ante una manifiesta violación de la Constitución.

(x) la autoridad judicial se aparta del precedente judicial -horizontal o vertical- sin

justificación suficiente, irregularidad que se distingue de la causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales categorizada como desconocimiento del precedente judicial, el cual se circunscribe al fijado directamente por la Corte Constitucional.

(xi) un poder concedido al juez por el ordenamiento jurídico se utiliza “para un fin no previsto en la disposición”.”

E. El interés superior de los niños, niñas y adolescentes, el marco de protección y garantía de sus derechos fundamentales y el deber de custodia y cuidado. Reiteración de jurisprudencia

106. La connotación de sujetos de especial protección constitucional de los niños, niñas y adolescentes tiene sustento, principalmente, en (i) el artículo 44 de la Constitución Política que consagra sus derechos fundamentales y la obligación por parte del Estado de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como la plena materialización de sus garantías fundamentales; (ii) el marco internacional por virtud del bloque de constitucionalidad que reconoce el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes y; (iii) el Código de Infancia y Adolescencia que reúne las disposiciones normativas en favor de ese interés superior.

107. En primer lugar, el artículo 44 Superior consagra los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, los riesgos prohibidos contra los que deben ser protegidos y la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de garantizar sus desarrollo armónico e integral. Asimismo, privilegió el tratamiento especial de esta población en la medida en que elevó sus derechos a una instancia superior de protección al reconocer que los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás. Puntualmente, este reconocimiento tiene fundamento en tanto se presume que no han alcanzado su desarrollo físico, mental y emocional y requieren el mayor grado de protección por parte de las diferentes esferas de la sociedad.

108. En segundo lugar, en el ámbito internacional, la Declaración de los Derechos Niño de 1959 señaló que los niños, niñas y adolescentes gozan de una protección especial y que, a través de las leyes y otros medios, se debe disponer lo necesario para que se desarrollen física, mental, moral, espiritual y socialmente, así como en condiciones de libertad y dignidad. También contempló que, al promulgar leyes, la consideración principal a la que se debe atender será el interés superior. Esto se acordó igualmente en la Convención sobre los

Derechos del niño de 1989, en el artículo 3.1, en el cual se estableció que, en todas las medidas tomadas en relación con niños, niñas y adolescentes, la “consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Seguidamente, el artículo 3.2 de ese mismo instrumento internacional establece la obligación de los Estados parte de comprometerse a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, prescribe que deberán adoptarse por el Estado las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

109. De otra parte, el Comité de los Derechos del Niño, en una interpretación de ese artículo 3.1, contenida en la Observación General No.14, indicó que el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes comprende tres dimensiones, a saber: (i) es un derecho sustantivo, del que se desprende que el interés superior es una consideración y garantía primordial y se debe tener en cuenta para la toma de decisiones que los afecten; (ii) es un principio jurídico interpretativo fundamental, en la medida en que si una disposición normativa admite diferentes interpretaciones, se deberá optar por aquella que satisfaga en mayor medida el interés superior y, (iii) es una norma de procedimiento, pues cuando se deba tomar una decisión que afecte los intereses de un niño, niña o adolescente, se debe incluir una estimación de las posibles repercusiones de la misma, bien positivas o negativas.

110. En esa misma Observación General, el Comité indicó que el concepto del interés superior de los niños, niñas y adolescentes debe determinarse en relación con la situación particular y concreta de uno de ellos. En igual sentido, esta Corporación ha sostenido que el contenido específico de este principio no es abstracto, debe atender a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada niño, niña o adolescente, como sujeto digno de derechos, y ser valoradas por la familia, la sociedad y el Estado con el rigor que demanda la Constitución.

111. Ahora, en relación con la determinación que las autoridades deban tomar, y que puedan afectar los derechos o intereses de un niño, niña o adolescente, esta Corte sostuvo que, aun cuando se deben evaluar las particulares necesidades de cada uno de ellos, existen unas medidas generales llamadas a tener en cuenta como criterios orientadores cuales son, (i) las consideraciones fácticas, que se definen como las condiciones específicas del caso en su generalidad que no atienden a aspectos aislados y (ii) las consideraciones jurídicas, que

refieren a los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para proteger su bienestar, así: a) la garantía del desarrollo integral del menor; b) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; c) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; d) el equilibrio con los derechos de los padres; e) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor; y f) la necesidad de razones suficientes que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales.

112. Finalmente, este interés superior del niño, niña y adolescente se recogió en el artículo 8° de la Ley 1098 de 2006 – Código de Infancia y Adolescencia y se definió como: “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.” Por su parte, el artículo 9° del mismo compilado normativo, estableció que “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”.

113. En esa misma línea, esta Corte ha resaltado la participación determinante que tienen las autoridades judiciales en la satisfacción de las garantías fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, ha fijado algunas reglas por medio de las cuales se asegure que durante los procesos judiciales que tengan la virtualidad de modificar la situación de esta población, se procure la salvaguarda de su bienestar en atención a su condición de sujetos de especial protección constitucional. Así se expuso:

“i) se deben contrastar sus ‘circunstancias individuales, únicas e irrepetibles’ con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil; ii) los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor en determinado proceso; iii) las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el curso del proceso, considerando las valoraciones de los profesionales y aplicando los conocimientos técnicos y científicos del caso, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para el menor; iv) tal requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia

constitucional (supra núm. 13); v) los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo cual implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad; y vi) las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.”

114. Entonces, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes debe ser el principio rector de todas las actuaciones administrativas o judiciales que se adelanten, conforme a los parámetros constitucionales, internacionales y legales que reconocen la prevalencia de sus derechos fundamentales y las obligaciones que tiene el Estado frente a la materialización de estos.

115. De otra parte, el artículo 44 Superior establece dentro de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, el de tener una familia y no ser separados de ella. En ese mismo sentido, el artículo 23 del Código de Infancia y Adolescencia establece que “[l]os 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”.

116. Sobre el deber de custodia y cuidado de los padres sobre los hijos, la jurisprudencia constitucional ha indicado que esta se relaciona con la obligación de criar, educar, orientar, conducir y formar hábitos y costumbres. En específico, el artículo 253 del Código Civil, expone que “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”, es decir, que corresponde a los padres el ejercicio de la custodia y el deber de cuidado de los hijos. Ahora, por regla general, se entiende que ambos padres deben ejercer el cuidado personal de los hijos para que en cabeza de ellos se rija (i) la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente excluyendo de la reprensión cualquier clase de violencia física o moral; (ii) la dirección de la educación de los hijos y su formación moral e intelectual, según estimen más conveniente para estos; y, (iii) el deber de colaborar conjuntamente en la crianza, el sustento y el establecimiento de los hijos menores e impedidos.

117. Esta Corte ha sostenido que, solo de manera excepcional el cuidado de los hijos estará a cargo de uno de los padres o será ejercido por terceras personas, entre las cuales se prefiere a los abuelos o familiares más próximos, en la medida en que, en aras de proteger su interés superior, sus cuidadores deberán crear las mejores condiciones para su crecimiento, desarrollo y crianza. En todo caso, lo que resulta relevante es “rodear a los niños, las niñas y los adolescentes de las mejores condiciones para que su crecimiento, desarrollo y crianza sean armónicos e integrales”, de tal suerte que se procure por la completa protección ante los eventuales riesgos que puedan sufrir en su integridad física y mental.

118. Comoquiera que el cuidado y la custodia de los niños, niñas y adolescentes, reviste especial importancia por ser el entorno de desarrollo armónico e integral, el artículo 23 de la ley 1098 de 2006 – Código de Infancia y Adolescencia, contempla la posibilidad de que la custodia sea conciliada o bien compartida. Sin embargo, si no pudiera conciliarse entre los padres, esta debe ser definida por las autoridades administrativas o judiciales, las cuales deberán orientar sus decisiones en garantía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Por tal razón, “los funcionarios administrativos y los jueces deben aplicar un especial grado de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones cuando el asunto sometido a su conocimiento comprometa los derechos de los menores, en especial, cuando se trate de temas asociados a la custodia y el cuidado personal de los mismos.”

119. Así pues, todos los asuntos, judiciales o administrativos, que involucren los derechos de niños, niñas o adolescentes deben ser estudiados tratando de anteponer a cualquier situación su interés superior de manera que siempre se actúe en garantía de salvaguardar su desarrollo armónico e integral.

F. La naturaleza jurídica de los procesos de restitución internacional de los niños, niñas y adolescentes

120. La Convención Internacional de los Derechos del Niño, en su artículo 11, expone que es obligación de los Estados adoptar las medidas que sean necesarias para luchar contra los traslados y las retenciones ilícitas de niños, niñas y adolescentes y, de conformidad con ello, buscar que se realicen acuerdos que materialice esa búsqueda. En la actualidad, Colombia ha ratificado dos tratados relacionados con la retención ilícita de menores de edad, cuales son: (i) el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de menores, suscrito en La

Haya el 25 de octubre de 1980, adoptado en Colombia a través de la Ley 173 de 1995, y (ii) la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional del Menores, que fue suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989 y aprobado a través de la Ley 880 de 2004 y aplica para el ámbito continental americano. Estos dos tratados regulan algunos aspectos civiles del traslado o retención ilícita de niños, niñas y adolescentes -de hasta 16 años- establecen las condiciones para su restitución y cuáles son las autoridades encargadas de dar cumplimiento a las obligaciones que allí se contienen.

121. En el caso que ocupa a esta Sala, el Convenio con base en el cual se activó la restitución internacional es el que se encuentra ratificado por los dos países involucrados en el asunto, esto es Colombia y España. Así pues, se expondrán los contenidos de dicho procedimiento, (i) su finalidad y alcance, (ii) las excepciones para no ordenar la restitución internacional de un niño, niña o adolescente y (iii) las etapas administrativa y judicial de este procedimiento.

122. Finalidad y alcance del Convenio de La Haya de 1980. De conformidad con el artículo 1° la finalidad del Convenio es asegurar que los niños, niñas o adolescentes que hayan sido trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquiera de los Estados parte puedan retornar a su país de residencia habitual, así como garantizar el cumplimiento de los derechos de guarda y visita.

123. Por su parte, la Sentencia C-402 de 1995 por medio de la cual se declaró la exequibilidad de la Ley 173 de 1994 -Por medio de la cual se aprueba el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños- sostuvo que este Convenio se constituía como una herramienta eficaz para el fortalecimiento del respeto a la dignidad humanos, cual es un valor fundamental del Estado Colombiano, a la vez que promovería la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política Colombiana, especialmente en la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

124. El Convenio sostiene que para que se configure la retención ilegal de un niño, niña o adolescente en alguno de los Estados contratantes, se deben acreditar ciertas características, a saber, (i) que se impida el ejercicio de su derecho de custodia; (ii) que este no cuente con más de 16 años de edad; (iii) que su residencia habitual sea la del país requirente y; (iv) que la retención se esté efectuando en el país en el que efectivamente se

está requiriendo.

125. El artículo 3 del este Convenio establece cuales son las causales que han de tenerse en cuenta para considerar un traslado o retención como ilícitos, estos son (i) que se vulnere o se impida el ejercicio del derecho de custodia que le ha sido asignado a cualquier persona en uno de los Estados contratantes; o (ii) que una de las personas que tiene a su cargo o comparte la custodia de un niño, niña o adolescente, lo mantiene en otro país más allá de un periodo acordado.

126. Ahora, en la Sentencia T-275 de 2023, esta Corporación determinó que los procesos de restitución no tienen como finalidad (i) argumentar cuál de los padres que tiene la custodia del niño, niña o adolescente puede ofrecerle mejores condiciones; (ii) analizar el estado actual del niño, niña o adolescente, (iii) definir el derecho de custodia; o (iv) demostrar cuál de los padres tiene un adecuado comportamiento moral de manera que pueda ejercer el derecho de custodia. Por el contrario, la decisión que se toma en el proceso de restitución internacional no altera los acuerdos de custodia que se haya decidido el cual, en todo caso, puede ser acordado nuevamente a través de los mecanismos dispuestos para tal efecto.

127. Este tipo de trámites al impactar directamente los derechos de sujetos de especial protección constitucional, deben adelantarse de manera que respondan al interés superior del niño o niña, bajo las particularidades de cada caso. En otras palabras, el análisis probatorio que adelanten los jueces de familia deberán buscar materializar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Así las cosas, corresponderá al juez determinar si se configura algunas de las excepciones a la restitución internacional, en los términos en que pasa a exponerse.

128. Excepciones a la restitución internacional contenidas en los artículos 12 y 13 del Convenio de la Haya. Así como se establecen las situaciones que deben cumplirse para que se decrete la restitución internacional, el Convenio también contempla tres escenarios que, de comprobarse, facultan al juez a abstenerse de decretar la restitución.

129. La primera de ellas es (i) la integración al nuevo medio social y familiar. En el artículo 12 se indica que, si la solicitud de restitución internacional de un niño, niña o adolescente se activa con posterioridad al año desde que se produjo la retención ilícita, la autoridad encargada deberá ordenar su regreso a menos que se demuestre que este se ha integrado a

su nuevo medio. El término que se dispone para iniciar el trámite de restitución no se erige como una prescripción o una caducidad, pero sí resulta ser una de las maneras que impiden que esta excepción se aplique. Así pues, si no ha transcurrido un año entre la retención ilegal y la solicitud, no se podrá solicitar el análisis de esta excepción.

130. Ahora, en la Sentencia T-202 de 2018, la Corte explicó lo que debe entenderse por “integración al nuevo medio social y familiar”. Así entonces, sostuvo que ocurre cuando el niño, niña o adolescente:

“ha dejado de ver el Estado requirente como el lugar donde se encuentra su centro de vida.[y] Si bien es cierto que esta situación se ha logrado mediante un obrar ilícito, puesto que el menor se ha integrado en un Estado al cual ha sido ingresado o retenido ilícitamente, el Convenio, a través de la excepción prevista en el artículo 12, persigue la materialización del interés superior del niño, al entender que, ordenar la restitución de un menor que se ha integrado a un nuevo centro de vida y que ha constituido una nueva residencia habitual, vulnera este principio”

131. De esta manera, no puede entenderse la integración como los lazos familiares normales, pues estos, en principio, siempre deben crearse. Lo que específicamente se debe comprender de la integración es el “enraizamiento profundo” que se define como “la configuración de dos elementos, el primero, uno material o físico, el establecimiento en una comunidad, en un Estado, en una nueva cultura; el segundo, uno psicológico o emocional, la seguridad y estabilidad del lugar donde el menor se encuentra”.

132. La segunda de las situaciones exceptuadas es (ii) el grave riesgo de que la restitución exponga al niño, niña o adolescente a un peligro grave o a una situación intolerable. La autoridad encargada de decidir sobre la restitución internacional puede negarla si se logra demostrar que existiría un grave riesgo que exponga al niño, niña o adolescente a un peligro físico, psíquico o a una situación intolerable. Esta excepción está directamente relacionada con su interés superior el cual debe prevalecer durante el trámite. Si bien la garantía de respetar el interés superior el niño, niña o adolescente se materializa en restablecerlo internacionalmente a su residencia habitual, el grave riesgo al que pueda exponerse merece ser valorado para procurar por su protección. Así pues, el peligro físico o psíquico, o la situación intolerable debe ser cuestionado con mayor reparo que al que se debería someter

la retención o sustracción ilícita.

133. Ahora, de la Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado elaborada en 2017 se puede identificar que una de las situaciones de las que se puede presumir la exposición de los niños a grave riesgo de daño, es la violencia doméstica por parte de los padres hacia los niños o entre ellos. Esta situación los expone a la crianza de un medio violento que no se corresponde con la obligación de los padres de crear un ambiente sano de custodia. Así entonces, para la aplicación de la excepción se debe tener en cuenta que la exposición de los niños, niñas o adolescentes se puede constituir como daño en la medida en que la violencia contra un padre puede tener un efecto traumático en los niños que la presencian. Esto no solo se constituiría como un riesgo cierto inmediato, sino futuro por la crianza en el medio dañino.

134. Por ejemplo, la Organización Mundial de la Salud, en el Estudio multipaís sobre salud de la mujer y violencia doméstica, sostuvo que “la violencia ejercida contra la mujer tiene unas repercusiones mucho mayores que el daño inmediato causado a la víctima. Tiene consecuencias devastadoras para las mujeres que la experimentan y un efecto traumático para los que la presencian, en particular los niños”

135. En la Sentencia T-006 de 2018, esta Corporación conoció el caso de una madre quien en representación de su hija formuló acción de tutela contra el fallo de segunda instancia proferido por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, dentro del proceso de restitución internacional de una niña, en el que ordenó el reintegro inmediato de su hija a su país de origen, cual era Argentina. Las pretensiones en aquella oportunidad estaban encaminadas a que se suspendiera la directriz impartida por ese estrado judicial, teniendo en cuenta que se presentó un defecto fáctico en la decisión, al no valorar el acervo probatorio en debida forma. A juicio de la accionante, no se tuvo en cuenta, además del arraigo de la niña a su nuevo entorno, el peligro al que se podía someter en atención a los malos tratos ejercidos en su contra por el padre de la niña.

136. En esa oportunidad, la Sala Novena de Revisión consideró que, con base en el literal b del artículo 13 de ese Convenio, la niña no debía regresar a su lugar de residencia habitual por cuanto “se vería altamente expuesta a que allí hagan mella en ella las consecuencias negativas de la notoria animadversión entre sus padres y a la prolongación de los pleitos en

torno a la presunta violencia que se han propinado recíprocamente”.

137. Finalmente, el Convenio también sostiene que se debe (iii) considerar las opiniones de los niños, niñas y adolescentes. El artículo 13 de este instrumento, indica que la autoridad judicial puede negarse a restituir internacionalmente al niño, niña o adolescentes si logra determinar que este se opone a regresar a su residencia habitual. En ese sentido, esta Corporación ha reiterado que los niños, niñas y adolescentes tiene voz propia, deben ser escuchados y sus intereses visibilizados. Esto, no solo en el plano procesal sino en el ámbito familiar y social pues son los padres quienes toman decisiones que tienen consecuencias directas en sus opciones vitales. Así entonces en la Sentencia T-202 de 2018, se citó la Consideración 21 de la Observación General No. 12 del Comité de Derechos del Niño en la que se indicó:

“la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.

“En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.

“En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones.

138. En relación con ello, esta Corporación también ha sostenido que:

“la madurez y la autonomía de este grupo de especial protección no están asociadas a la edad, sino a su entorno familiar, social, cultural en el que se han desenvuelto. En este contexto, la opinión del niño, niña y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y su madurez debe analizarse para cada caso concreto, es decir, a partir de la capacidad que demuestre el niño, niña o adolescente involucrado para entender lo que está sucediendo”.

139. Esto se corresponde y relaciona con el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia en el cual se establece que, en todas las acciones administrativas, judiciales o de cualquier naturaleza que involucren los derechos de los niños, niñas o adolescentes, estos tendrán derecho a ser escuchados, así como que sus opiniones deben ser tenidas en cuenta. Esta prerrogativa no desconoce el procedimiento de restitución internacional, en el cual también deberán ser escuchados por tratarse de asuntos que involucren sus derechos.

141. En la fase administrativa se enuncia a cargo de la Autoridad Central que tiene como función la coordinación local e internacional de hacer seguimiento durante todo el proceso. Por disposición del artículo 112 de la Ley 1098 de 2006 – Código de Infancia y Adolescencia, la autoridad central es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través del Defensor de Familia quien deberá adelantar las actuaciones tendientes a la restitución internacional e iniciar las medidas de restablecimiento de derechos que considere necesarias.

142. Así entonces, dentro de sus funciones, en esta etapa debe (i) recibir la solicitud e impulsar su trámite; (ii) localizar al niño, niña o adolescente; (iii) prevenir que sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptará o hará que se adopten medidas provisionales necesarias; (iv) garantizar su restitución voluntaria o facilitar una solución amigable a través de las medidas que considere para posibilitar una entrega voluntaria que, de fracasar, la obliga a iniciar la etapa judicial ante el juez de familia; (v) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado; (vi) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del niño, niña o adolescente sin peligro; y (vii) mantenerse informada con las Autoridades Centrales de otros países sobre la aplicación del Convenio y eliminar los obstáculos que puedan oponerse a ella.

143. De otra parte, en la fase judicial se le encarga a la autoridad judicial de familia quien deberá decidir si se restituye internacionalmente a un niño, niña o adolescente, tal como lo establece el numeral 3 del artículo 119 del Código de Infancia y Adolescencia y el numeral 22 del artículo 23 de la Ley 1564 del 2012 – Código General del Proceso.

144. Si bien en el numeral 3 del artículo 119 del Código de Infancia y Adolescencia establece la competencia de los jueces de familia en única instancia los procesos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, de conformidad con el artículo 1° de la Ley

1008 de 2006 “las controversias judiciales a que se refiere esta ley, que se resuelven en el marco de Tratados y Convenios Internacionales, se garantizará el principio de la doble instancia, la cual se tramitará de acuerdo con las disposiciones que la regulan para el proceso verbal de mayor y menor cuantía”. En ese sentido, el proceso por medio del cual se resuelve judicialmente una solicitud de restitución internacional de niño, niña o adolescente, será un proceso verbal sumario de doble instancia.

145. En el desarrollo procedimental, los jueces cuentan con facultades probatorias que permitan el mayor grado de certeza a la hora de proveer un fallo. Ello encuentra fundamento en el artículo 281 del Código General del Proceso que dispone que: “[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”.

146. Finalmente, de conformidad con el principio de urgencia que contiene el artículo 11 del Convenio, se les exige a las autoridades judiciales que este mecanismo se tramite de forma preferente, solo antecedido por las acciones de tutela y los habeas corpus. En ese sentido, el artículo 119 del Código de Infancia y Adolescencia establece que estos procesos no deberían superar los dos meses de trámite.

G. El derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias, el deber constitucional de aplicar la perspectiva de género en las decisiones que involucren violencia contra la mujer y la violencia institucional

147. La Constitución Política de 1991 consagró en el artículo 13 el derecho y principio de igualdad. Estableció que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y deben recibir, por igual, protección y trato de parte de las autoridades; así como que gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin que pueda existir discriminación por razones relacionadas con sexo, raza, origen nacional o familiar, entre otras. A su turno, el artículo 43 Superior expone la mujer no puede ser sometida a ningún tipo de discriminación.

148. Sobre este último particular, el ordenamiento jurídico nacional ha ido avanzando en la búsqueda de materializar dicho postulado. Esto tiene como base el reconocimiento de que el contexto social, históricamente, ha posicionado a la mujer en escenarios de desigualdad

respecto de su relación con el entorno y, mayormente, en su relación de “inferioridad” respecto de los hombres. Por tal motivo, en la búsqueda y la ratificación de la igualdad de derechos y oportunidades, fue que la Constitución Política otorgó especial relevancia a los derechos fundamentales de las mujeres y concedió una serie de garantías a través de las cuales se pudiera materializar su protección efectiva y reforzada. Así pues, se proscribieron todas las formas de violencia a las que histórica y reiterativamente había sido sometida, en el entendido que cualquier forma de discriminación contra la mujer debe ser considerada como una forma de violencia.

149. La discriminación, y por ende violencia, de las que han sido víctimas las mujeres, responden a patrones basados en estereotipos de género atados a una preconcepción de lo que significa -y espera- de ser mujer. Para el caso de las mujeres, se ahonda en su concepción de sujeto sobre el cual se puede ejercer poder y, en ese sentido, generar sobre ella actos de agresión física o psicológica para lograr su sometimiento. Sobre ello esta Corporación sostuvo 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, y que afecta los derechos de un número gravemente significativo de seres humanos. Así, se ha identificado que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales ..., que conduce a perpetuar la discriminación contra ésta y a obstaculizar su pleno desarrollo.”

150. Por su parte, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer del 10 de diciembre de 1993, definió la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.”

151. Así entonces, en aras de garantizar el principio de igualdad y de no discriminación contra la mujer, tanto en el plano nacional como en el internacional, se han generado una serie de normas e instrumentos que velan por la materialización de los derechos de las mujeres.

152. Entre ellos, la Convención de Belém do Pará establece que la violencia en contra de la mujer es “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Así mismo, dispuso en el artículo 3º que toda mujer tiene derecho a vivir una vida libre de violencia, bien desde el ámbito público como en el privado, mientras que, en su artículo 6º indicó que ello encierra el “a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.”

153. En ese mismo sentido, esta Corporación, fundada en consideraciones doctrinales, indicó que la violencia de género contra la mujer se define 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.”

154. A su turno, el ordenamiento nacional también ha desarrollado tanto normatividad como jurisprudencia que se encamina a la afirmación de la existencia de violencia de género, en aras de contrarrestar su ocurrencia y brindar protección a las mujeres víctimas. En ese sentido, esta Corte, en atención a los postulados constitucionales, ha señalado que las mujeres víctimas de violencia son sujetos de especial protección.

155. Al hilo con lo anterior, a través de la Sentencia T-967 de 2014 esta Corporación señaló que por violencia se deben entender las “acciones u omisiones dirigidas intencionalmente a producir en una persona sentimientos de desvalorización e inferioridad sobre sí misma, que le generan baja de autoestima” y que a su vez afectan la “integridad moral y psicológica, su autonomía y desarrollo personal y se materializa a partir de constantes y sistemáticas conductas de intimidación, desprecio, chantaje, humillación, insultos y/o amenazas de todo tipo”. En ese mismo sentido, la violencia también se puede identificar cuando existen “pautas sistemáticas, sutiles y, en algunas ocasiones, imperceptibles para terceros, que amenazan la madurez psicológica de una persona y su capacidad de autogestión y desarrollo personal” reflejadas en “humillación, culpa, ira, ansiedad, depresión, aislamiento familiar y social, baja autoestima, pérdida de la concentración, alteraciones en el sueño, disfunción sexual, limitación para la toma decisiones, entre otros”

156. A su turno, el ordenamiento nacional también ha desarrollado tanto normatividad como jurisprudencia que se encamina a la afirmación de la existencia de violencia de género, en aras de contrarrestar su ocurrencia y brindar protección a las mujeres víctimas. En ese sentido, esta Corte, en atención a los postulados constitucionales, ha destacado que las mujeres víctimas de violencia son sujetos de especial protección. Así entonces, se sostuvo que “la mujer es sujeto constitucional de especial protección y en esa medida no sólo sus derechos generales sino igualmente los específicos, requieren de atención fija por parte de todo el poder público.”

157. Posteriormente, se sancionó la Ley 1257 de 2008, por medio de la cual se dictan normas para la sensibilización, prevención y sanción de todas las formas de violencia y discriminación contra las mujeres, la cual contiene dentro de sus objetivos principales la adopción de medidas que garanticen a las mujeres una vida libre de violencias, bien en el ámbito público como en el privado. Igualmente, brinda garantías para la protección de sus derechos. Específicamente, la ley expone que las mujeres tienen derecho a una:

“vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, a una vida digna, a la integridad física, sexual y psicológica, a la intimidad, a no ser sometidas a tortura o a tratos crueles y degradantes, a la igualdad real y efectiva, a no ser sometidas a forma alguna de discriminación, a la libertad y autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la salud sexual y reproductiva y a la seguridad personal.”

158. Dentro del reconocimiento de la violencia contra la mujer, se han identificado algunas maneras de ejercer este tipo de maltrato, estas son:

“(i) la violencia física, que es toda acción voluntariamente realizada que provoca o puede provocar daño o lesiones físicas. Al constituir una forma de humillación, también configura un maltrato psicológico; (ii) la violencia psicológica, que se refiere a conductas que producen desvaloración o sufrimiento moral. Puede comprender insultos, amenazas, gritos, humillaciones en público, privaciones de la libertad, etc., que minan la autoestima de la víctima y le generan desconcierto e inseguridad; (iii) la violencia sexual, que consiste en cualquier actividad sexual no deseada y forzada en contra de la voluntad de la mujer,

mediante fuerza física o bajo amenaza directa o indirecta, ante el temor a represalias. Su repercusión incluye tanto daños físicos como psicológicos de gravedad variable; y (iv) la violencia económica, que se vincula al uso del poder económico del hombre para controlar las decisiones y el proyecto de vida de la mujer, y se presenta bajo una apariencia de colaboración en la que aquel se muestra como proveedor por excelencia. Bajo esta apariencia, el hombre le impide a la mujer participar de las decisiones económicas del hogar y le impone la obligación de rendirle cuentas de todo tipo de gasto. Igualmente, le prohíbe estudiar o trabajar para evitar que la mujer logre su independencia económica y, de esa manera, se sienta en necesidad de mantenerse en la relación. Por otra parte, cuando ocurre la ruptura de la pareja, la violencia económica se manifiesta en mayores beneficios económicos para el hombre, mientras que la mujer termina “comprando su libertad” para evitar pleitos dispendiosos”.

159. De otro lado, respecto de la violencia psicológica, en la Sentencia T-967 de 2014, esta Corte expuso una serie de conclusiones, así:

“- Se trata de una realidad mucho más extensa y silenciosa, incluso, que la violencia física y puede considerarse como un antecedente de esta / Se ejerce a partir de pautas sistemáticas, sutiles y, en algunas ocasiones, imperceptibles para terceros, que amenazan la madurez psicológica de una persona y su capacidad de autogestión y desarrollo personal./Los patrones culturales e históricos que promueven una idea de superioridad del hombre (machismo - cultura patriarcal), hacen que la violencia psicológica sea invisibilizada y aceptada por las mujeres como algo “normal”/ Los indicadores de presencia de violencia psicológica en una víctima son: humillación, culpa, ira, ansiedad, depresión, aislamiento familiar y social, baja autoestima, pérdida de la concentración, alteraciones en el sueño, disfunción sexual, limitación para la toma de decisiones, entre otros./ La violencia psicológica a menudo se produce al interior del hogar o en espacios íntimos, por lo cual, en la mayoría de los casos no existen más pruebas que la declaración de la propia víctima.”

160. Sobre este mismo tipo de violencia, la Organización Mundial de la Salud, indicó que las siguientes conductas son constitutivos de ella:

- Cuando es humillada delante de los demás;
- Cuando es intimidada o asustada a propósito (por ejemplo, por una pareja que grita y tira

cosas);

- Cuando es amenazada con daños físicos (de forma directa o indirecta, mediante la amenaza de herir a alguien importante para ella.”

161. En conclusión, la violencia contra la mujer está cimentada en patrones impuestos por estereotipos que culturalmente fueron aceptados y que sirven de base para perpetuar formas de discriminación. A través de ellos se pretende la sumisión de la mujer y la conservación de los estereotipos que sobre ella se han impuesto, en abierta contradicción con el mandato constitucional de igualdad de género. En todo caso, tanto a través de diferentes instrumentos internacionales y el ordenamiento nacional se ha reconocido la igualdad entre hombre y mujeres, así como que la discriminación sobre la mujer es una forma de violencia. En ese mismo sentido, se ha reprochado este tipo de violencia en el ámbito de las relaciones de pareja, precisamente por la normalidad que ello supone en este tipo de relaciones.

162. El deber constitucional de aplicar la perspectiva de género en las decisiones que involucren violencia contra la mujer. La aplicación de la perspectiva de género en los distintos procesos que involucren temas de violencia contra la mujer tiene como objetivo que se la proteja de las consecuencias jurídicas que pudieran afectar sus derechos fundamentales como sujeto de especial protección constitucional. De ahí que “se convierta en un ‘deber constitucional’ no dejar sin contenido el artículo 13 Superior y, en consecuencia, [se deban] interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género”.

163. En ese sentido, se debe resaltar que la toma de decisiones relativa a los casos de violencia de género no ha sido ajena a la especial relevancia que deben tener los derechos fundamentales de las mujeres víctimas de violencias en el desarrollo de los procesos judiciales.

164. Entre los mandatos contenidos en la Constitución Política de 1991 y en los instrumentos internacionales sobre protección a la mujer, explicados en apartado anterior de esta decisión, se consolida una obligación a cargo del Estado respecto de la eliminación de cualquier tipo de discriminación y violencia ejercida contra una persona por el hecho de ser mujer y en relación con los estereotipos que a ella se le imponen. En ese sentido, el Estado debe: “a) garantizar a todos y todas, una vida libre de violencia y discriminación por razón del sexo; b)

prevenir y proteger a las mujeres y las niñas de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida en su contra; c) investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer, entre muchas otras”.

165. Todo esto encuentra fundamento en los diferentes instrumentos internacionales aprobados por Colombia dentro de los cuales se resalta la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer – Convención de Belém do Pará, ratificada a través de la Ley 248 de 1995, la cual, en su artículo 7º estableció como obligaciones de los Estados parte:

“Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

“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;

“c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

“d. adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

“e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

“f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

“g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

“h. Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.”

166. En lo de su competencia, los órganos que imparten justicia tienen gran incidencia en estas obligaciones, en atención a su rol determinante de resolución de los casos de violencia de género. Así pues, resulta necesario que las decisiones que se impartan estén revestidas de perspectiva de género y se enmarquen en los mandatos constitucionales que proscriben la discriminación por razones de género y procuran por la igualdad y la protección de las personas en situación de debilidad manifiesta. Esto, también se corresponde con la necesidad de contrarrestar los patrones de desigualdad que entre hombre y mujeres ha permanecido.

167. Por tal motivo, se pretende que a través de la administración de justicia existan líneas interpretativas que permitan entender visiones que se aparten de los patrones culturales discriminatorios en garantía de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas de violencia.

168. El artículo 6º de la Ley 1257 de 2008 enuncia diferentes medidas de sensibilización y prevención que están llamadas a ser aplicadas. Estas consagran criterios de interpretación y los principios que deben regir las actuaciones de las autoridades que tengan a su cargo la resolución de casos de violencia contra la mujer. Estos son:

“- Igualdad real y efectiva. Corresponde al Estado diseñar, implementar y evaluar políticas públicas para lograr el acceso de las mujeres a los servicios y el cumplimiento real de sus derechos.

“- Derechos humanos. Los derechos de las mujeres son Derechos Humanos.

“- Principio de Corresponsabilidad. La sociedad y la Familia son responsables de respetar los derechos de las mujeres y de contribuir a la eliminación de la violencia contra ellas. El Estado es responsable de prevenir, investigar y sancionar toda forma de violencia contra las

mujeres.

“- Integralidad. La atención a las mujeres víctimas de violencia comprenderá información, prevención, orientación, protección, sanción, reparación y estabilización.

“- Autonomía. El Estado reconoce y protege la independencia de las mujeres para tomar sus propias decisiones sin interferencias indebidas.

“- Coordinación. Todas las entidades que tengan dentro de sus funciones la atención a las mujeres víctimas de violencia deberán ejercer acciones coordinadas y articuladas con el fin de brindarles atención integral.

“- No Discriminación. Todas las mujeres con independencia de sus circunstancias personales, sociales o económicas tales como edad, etnia, orientación sexual, procedencia rural o urbana, religión entre otras, tendrán garantizados los derechos establecidos en esta ley a través una previsión de estándares mínimos en todo el territorio nacional.

“- Atención Diferenciada. El Estado garantizará la atención a las necesidades y circunstancias específicas de colectivos de mujeres especialmente vulnerables o en riesgo, de tal manera que se asegure su acceso efectivo a los derechos consagrados en la presente ley.”

169. Ahora, esta Corte ha resaltado la especial importancia que tiene la función judicial en la erradicación de la violencia contra la mujer y la persistencia de los estereotipos de género en la resolución de conflictos que involucren violencia de género. De esa manera, estableció unas condiciones para garantizar que la administración de justicia se revista de perspectiva de género y que, de incumplirse, no solo desconocerían la obligación de poner a disposición de la mujer recursos judiciales efectivos y actuar con la debida diligencia, sino que pueden generar nuevos actos de violencia contra la denunciante. En ese sentido, expuso que se debe:

“(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv)

evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres”

170. En ese mismo sentido, esta Corporación ha destacado que es necesario que el Estado fortalezca su intervención en los casos que contienen asuntos de violencia contra la mujer o daños psicológicos no solo en el ámbito penal. Se requiere entonces que los asuntos en los cuales las mujeres son víctimas de violencia trasciendan de la esfera de lo privado para convertirse en una preocupación de ámbito público.

171. En desarrollo de ello, la Sentencia T-016 de 2022 cuestionó que solo los asuntos que tienen una marcada gravedad de violencia contra la mujer sean los que tienen respuestas estatales, ello es reprochable en la medida en que “existen diversos tipos y grados de violencia, ante las cuales el Estado debe proporcionar múltiples y coordinadas soluciones” y que, por tal razón, se debe fortalecer la intervención estatal en los casos de violencia doméstica o psicológica. Así entonces, la Corte exaltó que “en ningún caso los derechos del agresor pueden ser valorados judicialmente con mayor peso que los derechos humanos de la mujer a su integridad física y mental y a vivir libre de cualquier tipo de violencia”, por lo que es necesario que el operador judicial no actúe desde la aplicación de formas estereotipadas de ver a la familia o a la mujer, pues ello contribuye a normalizar e invisibilizar la violencia.

172. Ahora, en relación con la igualdad que debe haber durante el desarrollo de un proceso del que se presume la existencia de violencia de género, se ha sostenido que la aplicación de la perspectiva de género no es, en sí misma, una decisión parcializada. Por el contrario, es garantía del derecho a la igualdad de las mujeres. En ese sentido expuso:

“[la perspectiva de género] 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 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 fémina, 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.”

173. Sobre el primero de los puntos del aparte citado, ha sostenido la jurisprudencia constitucional que, decidir casos con perspectiva de género también se ajusta a que los funcionarios administrativos y judiciales resuelvan los procesos de violencia contra la mujer en imparcialidad. En este escenario, la parcialidad del funcionario puede entenderse como aquellas nociones preconcebidas o estereotipos de género, esto es, que “su fallo este influenciado por sesgos o prejuicios personales, [con] ideas preconcebidas en cuanto al asunto sometido a su estudio, ni actuar de manera que indebidamente promueva los intereses de una de las partes en detrimento de los de la otra”.

174. En ese sentido, esta Corporación ha sentado una línea jurisprudencial respecto de la violación a la Constitución en la que incurren los operadores judiciales cuando no estudian los asuntos que son puestos en su conocimiento, en el deber constitucional de aplicar perspectiva de género. Por ejemplo, en la Sentencia T-338 de 2018, esta Corte analizó la acción de tutela interpuesta contra por una mujer quien adujo ser víctima de violencia física intrafamiliar y que inició una solicitud de medida de protección ante la Comisaria de Familia de su domicilio. En esa providencia, se consideró que tanto la accionante como su compañero permanente habían cometido actos de violencia uno contra el otro y, por tal motivo, la medida de protección definitiva se dictaría a favor de los compañeros y su hija. Posteriormente, la accionante inició un trámite de incumplimiento de medida de protección por cuanto el agresor la amenazó de muerte; allí se le declaró responsable y se le impuso una multa convertible en arresto. Para ello, la Comisaría de Familia tuvo en cuenta que, de las pruebas recaudadas, se evidenciaba que el padre de la niña era el generador de los actos de violencia en el núcleo familiar y quien la involucraba en los conflictos de pareja. Durante el grado jurisdiccional de consulta, el Juzgado accionado confirmó la decisión y adicionó un numeral en el que declaró el incumplimiento de la medida de protección por parte de la

accionante, en consideración a un evento ocurrido con el padre de la niña en la puerta de su colegio. Así entonces, le impuso multa convertible en arresto.

175. Así las cosas, esta Corte consideró que el Juzgado accionado había incurrido en un defecto fáctico, por cuanto no valoró las múltiples cargas de violencia que sufrió la accionante, así como un defecto por violación directa de la Constitución, en la medida en que omitió conocer el asunto con perspectiva de género y, en esa medida, se contribuye “a perpetuar la violencia y la discriminación contra la mujer y a invisibilizar la violencia doméstica y psicológica”.

177. Más adelante, en la Sentencia T-016 de 2022, conoció la acción de tutela interpuesta por un hombre, quien consideró vulnerados su derecho fundamental al debido proceso, por cuanto fue condenado penalmente por el delito de violencia intrafamiliar contra su pareja. A su juicio, no se valoraron debidamente las pruebas practicadas en el juicio oral, así como que no gozó de una adecuada defensa técnica durante el proceso. Durante la instancia del proceso constitucional, el juez protegió el derecho fundamental del accionante y, de manera oficiosa y contraria a la jurisprudencia de la Corte, revisó y dejó sin efectos la sentencia que condenó al actor a una pena privativa de la libertad por cuanto, en su sentir, no había prueba directa de la comisión del delito de violencia intrafamiliar. Asimismo, otorgó mayor valor probatorio a los hechos narrados por el accionante y, aun cuando no vinculó a la víctima del proceso penal al trámite de tutela, compulsó copias a la Fiscalía local del municipio de residencia para que investigara algunos hechos punibles que presuntamente cometió la víctima en contra del accionante. En ese sentido, esta Corporación consideró que el juez constitucional “reprodujo las asimetrías de poder que persisten en la cultura actual, al no brindar a la víctima las herramientas necesarias para oponerse a los alegatos expuestos por su pareja”.

178. Con todo, puede concluirse que la perspectiva de género debe orientar las decisiones de los funcionarios que tengan a su cargo cualquier solicitud de una mujer víctima de violencia en concordancia con los principios constitucionales. Deben ser especialmente atentos a la situación de la mujer víctima de violencia en la sociedad y de su reconocimiento como sujeto de especial protección constitucional. Solo de esa manera se puede garantizar el acceso equitativo a la administración de justicia y que de ella se desprenda la materialización del

derecho a la igualdad.

179. La violencia institucional. En la Sentencia T-772 de 2015, esta Corte, con fundamento en los instrumentos internacionales, estableció que el trato judicial hacia las mujeres víctimas de violencia comprendía dos esferas: (i) el derecho a un recurso judicial efectivo; y (ii) la garantía de las víctimas a la no repetición y el deber del Estado de evitar su revictimización.

180. Respecto del derecho al recurso judicial efectivo, ese mismo proveído sostuvo que “se entenderá que un recurso es ilusorio, cuando en la práctica se haya demostrado su inutilidad, ya sea porque falten los medios para ejecutar las decisiones o por cualquier situación que en sí misma configure un cuadro de denegación de justicia”. Sobre la segunda, indicó que: “está conformada por las acciones orientadas a impedir que se vuelvan a realizar las conductas que afectaron los derechos de las víctimas, las cuales se deben adecuar a la magnitud y naturaleza de la ofensa”.

181. Así pues, como se anotó anteriormente, es necesario que los funcionarios administrativos y judiciales que tienen a su cargo asuntos de violencia contra la mujer sean imparciales en sus decisiones. Esa imparcialidad que es entendida como el despojo de nociones preconcebidas o estereotipos de género, cobra mayor relevancia si lo que se pretende es impedir que el Estado se convierta en un segundo agresor. En estas situaciones, el Estado debe ser garante de los derechos fundamentales de las mujeres que han sido víctimas de violencia y acuden a sus instituciones en búsqueda de un recurso judicial efectivo, así como de la protección y restitución de los derechos fundamentales que considera se le han vulnerado.

182. En ese mismo sentido, las autoridades administrativas y judiciales deben tener especial cuidado en evitar la revictimización de las mujeres que han sido víctimas de violencia, toda vez que de ellos se espera la garantía de amparo a sus derechos fundamentales y no la continuación de patrones de desigualdad, discriminación y, por ende, violencia. A través de la Sentencia T-012 de 2016, esta Corte sostuvo que “tales circunstancias [la desigualdad, la discriminación y la violencia] 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”.

183. A través de la función judicial, el uso de estereotipos se da cuando se reprochan los

actos de la persona “por desviación del comportamiento esperado”. La Sentencia T-462 de 2018 proferida por la Corte Constitucional, hizo un recuento de los eventos en los que podría entenderse que existe revictimización por parte de los funcionarios del Estado, así:

* “Se desestima la violencia intrafamiliar por considerar que se dieron agresiones mutuas, sin examinar si ellas respondían a una defensa.

□ Se exige que la víctima del delito de acceso carnal violento demuestre que resistió significativamente el acto para que pueda ser considerado como tal.

□ Se desconoce la violencia psicológica denunciada, al estimar que los testigos de los actos no eran presenciales o que el vínculo matrimonial debe prevalecer para mantener la unidad familiar.

□ Se entiende que la violencia intrafamiliar es un asunto doméstico que está exento de la intervención del Estado.

□ Se le da prevalencia a la relación familiar, ordenando el mantenimiento de las visitas del padre a sus hijos, sin importar que este cometió actos violentos en contra de la madre.

□ Se descalifica la credibilidad de la víctima por su forma de vestir, su ocupación laboral, su conducta sexual o su relación con el agresor.

□ No se tiene en cuenta el dictamen forense sobre el nivel de riesgo de violencia, al considerar que este se fundamenta en la versión de la denunciante y que no fue contrastado con un dictamen realizado al agresor.

□ No se tiene en cuenta la condena penal por violencia intrafamiliar a efectos de decidir sobre la condena en alimentos a cargo del cónyuge culpable, porque se estima que la defensa de las agresiones configura una concurrencia de culpas.

□ Se analiza la versión de la mujer bajo el prejuicio de que la denuncia tiene como objetivo resultar vencedora en el juicio de divorcio u obtener venganza, o que ha deformado los hechos, exagerando su magnitud.

□ Se desestima la gravedad de la violencia por inexistencia de secuelas significativas físicas o

psicológicas, o porque la mujer no asume la actitud de inseguridad, angustia o depresión que se cree debe demostrar.”

184. Ahora, en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de las mujeres víctimas de violencia y, en ese orden, impedir la revictimización por parte del Estado, las autoridades judiciales también deben tener especial cuidado en el lenguaje que utilizan a la hora de proferir juicios respecto de las situaciones que han sido llevadas a su competencia. Ello se corresponde con la necesidad de frenar la utilización de las expectativas que se tiene de los géneros para constituirlos como hechos ciertos o fundamentos y, sobre ellos, construir argumentos que vayan en detrimento de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas.

185. Esta Corte estudió un caso relacionado con esa materia en la Sentencia T-126 de 2018 en la cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito de Cundinamarca, al estudiar un proceso penal que tenía como víctima sexual a una mujer, además, víctima del conflicto armado, hizo suyas varias declaraciones de testigos basadas en prejuicios sociales relacionados con estereotipos de género, así como de contenido irrespetuoso respecto de su aspecto físico. En esa oportunidad, esta Corte expuso que, dentro de las obligaciones especiales de los funcionarios del Estado, se encuentran las de no emitir conclusiones basadas en el comportamiento de las víctimas. Con ello, “se permite garantizar a la víctima (a) su derecho a ser tratada con respeto y consideración en espacios de confianza para evitar una segunda victimización y (b) su derecho a que se valore el contexto en el que ocurrieron los hechos independientemente de prejuicios sociales contra la mujer.”

186. Basándose argumentos semejantes a los contenidos en este acápite, esta Corte profirió la Sentencia T-735 de 2017, en la cual una mujer solicitó a una Comisaría de Familia que se impusiera una medida de protección a su favor y en contra de su expareja por cuanto esta venía realizando acciones de violencia psicológica a través de mensajes de texto, correos electrónicos y publicaciones en una red social, en las cuales la humillaba y descalificaba como madre. De una parte, el trámite en la Comisaría de familia tardó dos años en resolverse y, de otra, se profirió fallo que negó la solicitud de la medida por cuanto, a criterio del comisario, resultaba extraño que la víctima, aun cuando era psicóloga, hubiera mantenido la comunicación con su agresor y no hubiera buscado ayuda profesional para superar el trastorno de ansiedad y depresión que manifestó le generaba el conflicto con su expareja.

Esa decisión fue revocada por el juez de familia y, en su lugar, ordenó el cese de cualquier acto de violencia en contra de la accionante y de sus hijos y conminó al agresor a la asistencia a tratamiento terapéutico y reeducativo. La violencia en contra de la mujer continuó y, en esa medida, inició un trámite de incumplimiento que diera con la sanción al agresor. A lo largo de este trámite, la accionante también encontró multiplicidad de trabas como, por ejemplo, el aplazamiento de la audiencia en seis oportunidades, la negativa a la corrección del expediente en el que la nombraron como agresora y el desconocimiento de su solicitud de no confrontación con su agresor.

187. En esa oportunidad, la Corte consideró que las irregularidades cometidas por la Comisaría de Familia durante el proceso se constituyeron en actos de violencia institucional en contra de una mujer víctima de violencia intrafamiliar, quien buscó protección en dicha autoridad y, como consecuencia, obtuvo una respuesta ineficiente. Así, la Corte indicó que las autoridades encargadas de la atención de las víctimas de violencia de género incurren en violencia institucional cuando con su acción u omisión causan o amenazan con causar daños psicológicos a quien busca protección. También argumentó que este tipo de violencia es el resultado de actos de discriminación que le impiden a la mujer víctima acceder a una protección efectiva, con lo cual se envía a las víctimas, su familia y la sociedad, el mensaje errado de que la autoridad estatal tolera la agresión contra las mujeres. En resumen, la Corte consideró que para evitar que el Estado se convierta en un segundo agresor de las mujeres víctimas de violencia, se deben cumplir, entre otras, algunas reglas al momento de resolver casos de violencia de género, así:

“i) el proceso de medidas de protección y el trámite de cumplimiento deben darse dentro de un término razonable para evitar nuevos hechos de violencia; ii) se le debe permitir a las mujeres el acceso a la información sobre el estado de la investigación para que ejerzan su derecho a la defensa; iii) los funcionarios encargados de la ruta de atención deben ser imparciales, asegurando que sus decisiones no se basen en preconcepciones sobre la forma en que debe actuar una víctima de violencia o la gravedad de los hechos para que se reconozcan como una agresión; iv) los derechos reconocidos en la Ley 1257 de 2008, como elegir no ser confrontada a su agresor, deben ser garantizados en todos los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención; v) las medidas de protección deben ser idóneas para eliminar la violencia o la amenaza denunciada, atendiendo la modalidad del daño y recurriendo a cualquier tipo de medidas para conjurar la situación de

violencia o su riesgo.”

188. En jurisprudencia reciente, la Sala Plena de esta Corporación profirió la Sentencia SU-349 de 2022, que tuvo como fundamentos fácticos que en el marco de un proceso de exoneración de cuota alimentos en el que el juez ordinario incurrió en violencia institucional, por cuanto “se desconoció esta obligación cuando no se escuchó a la víctima en la determinación del conflicto, se la cuestionó por su actuar en una audiencia virtual como - mujer de 70 años- y tras justificar la ausencia de defecto específico en el proceso cuestionado, al considerar que la accionante no realizaba labor alguna, pese a que, a su juicio podía hacerlo”. En igual sentido, se resaltó que no se valoró adecuadamente que la demandante ejercía labores de cuidado lo cual debía tenerse como aporte a la sociedad conyugal. Así entonces, la Corte consideró que el escenario fue revictimizante y reprodujo estereotipos de género, por lo que se incurrió en violencia institucional. En efecto, se sostuvo que la decisión cuestionada:

“Incurrió en un defecto de violación directa de la Constitución Política, al crear un escenario de violencia institucional contra la accionante, desconociendo así lo dispuesto en los artículos 13 y 43 del Texto Superior, relacionados con el derecho a la igualdad y no discriminación contra la mujer, así como lo dispuesto en instrumentos internacionales. Manifestó que se configuró un escenario de violencia institucional en contra de quien ya había sido víctima de violencia por razón de género en contra de la mujer. Por último, indicó este tribunal que la actuación del juez de instancia, en consideración de la Sala Plena, reprodujo estereotipos sobre la ausencia de valoración de las labores de cuidado como aporte a la sociedad conyugal.”

189. En similar sentido, la Sentencia T-379 de 2023 esta Corte conoció la acción de tutela interpuesta por una mujer víctima de violencias basadas en género por parte de su compañero permanente, que debió abandonar la residencia que compartían por cuanto la había violentado físicamente. En ese asunto, la accionante inició una medida de protección ante la Comisaría de Familia de su domicilio para que cesaran los actos de violencia por parte de su compañero permanente, así como para que se le desalojara de la vivienda y ella pudiera permanecer allí. En esa oportunidad, la Corte encontró que el Comisario de Familia que resolvió el asunto había incurrido en violencia institucional en la medida en que, en diferentes pronunciamientos, había sugerido que la accionante provocaba a su agresor y

como respuesta a ello era violentada físicamente. Así entonces, se consideró que el funcionario replicaba estereotipos de género y normalizaba e invisibilizaba la violencia contra la mujer.

191. De lo expuesto se puede colegir, que la discriminación en razón del género como base para tramitar solicitudes de mujeres que buscan protección sus derechos fundamentales como víctimas de violencia limita el acceso efectivo de ellas al sistema de justicia. Esto por cuanto, con las decisiones administrativas o judiciales que se tomen, pueden ser nuevamente víctimas de prejuicios y estereotipos. En ese sentido, se debe resaltar que “los jueces, además de reconocer derechos, también pueden confirmar patrones de desigualdad y discriminación”, lo cual no se corresponde con el mandato de erradicación de todas las formas de violencia en contra de la mujer y puede incidir en el censurable escenario de la revictimización.

H. Análisis del caso concreto

192. Sobre la obligación de las autoridades judiciales de administrar justicia con perspectiva y enfoque de género y la prevención de la violencia institucional en el caso concreto. Para analizar los problemas jurídicos planteados es necesario aclarar de manera previa que los hechos del caso y las pruebas allegadas al expediente muestran un escenario de violencia contra la mujer respecto del cual los jueces constitucionales tienen la obligación de pronunciarse, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial que fue relatado en las consideraciones generales de este fallo. Este deber resultaba extensivo a los jueces del proceso ordinario que resolvieron sobre la pretensión de restablecimiento internacional del niño, los cuales debieron abordar la problemática con enfoque y perspectiva de género. A continuación se expone cómo se justifica esta afirmación.

193. A lo largo del proceso ordinario, la señora Isabel manifestó que fue víctima de violencia de género por parte del señor Pablo. La madre del niño sostuvo que durante su residencia en España sufrió maltrato por parte del padre. Como prueba allegó al expediente ordinario las imágenes de las conversaciones sostenidas a través de la red social Whatsapp, en las que el señor Pablo utiliza insultos en su contra. Como hechos constitutivos de violencia, la señora Isabel ha relatado que:

“Fue tanta la cosificación realizada a mi persona, que tuve que acudir en dos oportunidades

al servicio de urgencias en la ciudad de Oviedo para que me suministraran medicamentos para las crisis de ansiedad que en ese momento manejaba, con síntomas relacionados con dificultad para respirar, hipertensión, cefalea, insomnio, taquicardia, llanto, autolesiones (sin poner en riesgo mi vida), ganas de correr, mareos. La cosificación se dio respecto de que él en todo momento descalificaba mis capacidades, virtudes, por mi condición de latina, de que él era el proveedor económico de la vivienda, pues yo no contaba con trabajo, poniendo en duda incluso mi capacidad para asumir mis labores como madre del menor LUIS, decidiendo por mí el lugar en el que yo debía estar, donde pudiese desarrollarme personal, profesional y económicamente. Fue insistente siempre el abuso de él porque según él y su familia yo no sabía realizar en su totalidad las labores domésticas del hogar, siempre tratándome de floja, inútil, buena para nada y que lo único bueno que tenía y que también era del él, era el menor LUIS”

194. Para los mismos efectos, la señora Isabel allegó un documento contentivo de una nota de guardia por urgencias telefónicas del Hospital Universitario Central de Asturias del 22 de diciembre de 2021, en el que se refiere que “a raíz de un disgusto de hace una semana ha sufrido una crisis de ansiedad, refiere encontrarse muy nerviosa, con temblor de piernas y autolesiones” y otra anotación de urgencias del 29 de diciembre de 2021 en el que se indica “acude por ataque ansiedad en casa a las 7pm ... refiere miedo a que el padre de su hijo se quede con la custodia. Se encuentra muy nerviosa, con temblor y autolesiones (se ha mordido el antebrazo derecho). Tendente al llanto.” Adicionalmente, anexó una valoración psiquiátrica del 22 de junio de 2022 en el que se refiere que el motivo de la consulta es:

“Lleva varios meses de presentar insomnio, angustia, temores, miedo, tristeza, desengaño...que tiene bajón, llora mucho reexperimenta miedos por las escenas vividas de esos meses en los cuales viajó a España con su hijo...paciente con llanto fácil, con fascie (sic) de aflicción, de temor y de tristeza...pensamiento: lógico coherente, presenta reexperimentación de escenas traumáticas de su estancia en España, sentimientos de culpa por haber confiado en alguien que ya le había fallado. Diagnóstico: 1. Trastorno de estrés postraumático, 2. Trastorno de pánico (ansiedad paroxística episódica), 3. Episodio depresivo moderado. Tratamiento: 1. Zolof / 2. Xanas”

195. Además, fue enfática en mencionar que el convenio regulador de acuerdo de custodia que firmó se derivó de que el señor Pablo le retuvo el pasaporte su hijo y la presionó para

que firmara el documento so pena de no retornar la identificación del niño e impedir que realizaran el viaje a Colombia que previamente tenían acordado.

196. Con base en múltiples situaciones, ha iniciado dos denuncias penales en contra del señor Pablo, la primera del 27 de enero de 2023 por el delito de matrimonio servil, comoquiera que aduce que trasladó su residencia hacia España bajo la promesa de conformar una familia pero el padre del su hijo le indicó que el único móvil que tuvo con su ofrecimiento fue tener cercanía con el niño; y la segunda, el 9 de junio de 2023, por el delito de violencia intrafamiliar y violencia de género.

197. En el marco de la primera de esas denuncias, el 4 de junio de 2023, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Unidad Básica de Sincelejo realizó una valoración en la cual se determinó como factores de riesgo para la víctima que “el denunciado es un hombre se ofensivo, humillante...que pone en riesgo su salud mental”, así como “conductas de intolerancia, el machismo, autoritarismo dificultades para resolver los problemas y dificultad de autocontrol por parte del denunciado”.

199. Con la descripción de los elementos que se ha desarrollado hasta este punto, para la Sala es claro que en la relación entre el padre y la madre del niño se ejerció violencia psicológica y económica en contra de la última. Por esto, las autoridades judiciales tendrían que haber valorado el asunto con perspectiva y enfoque de género.

200. Con base en este panorama, la Sala deberá resolver el primero de los problemas jurídicos formulados en el marco de la acción de tutela promovida por el señor Pablo, a saber, si ¿la sentencia del 1º de febrero de 2023 proferida por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Sincelejo incurrió en un defecto fáctico y vulneró el derecho al debido proceso del señor Pablo en representación de su hijo Luis por presuntamente no valorar que, a juicio del accionante, la señora Isabel realizó acciones tendientes a domiciliarse en Colombia aun habiendo firmado el convenio regulador que compartía la custodia en España y con ello infringió el derecho de custodia?

201. Con fundamento en lo que se precisó sobre los hechos y la necesidad de abordarlos con base en el enfoque y la perspectiva de género, la Sala debe recordar que, en repetidas oportunidades durante el proceso ordinario y la acción de tutela, la señora Isabel ha sostenido que el convenio regulador que firmó para compartir la custodia del niño Luis con el

señor Pablo, estuvo mediado por la presión que sintió de parte de este último pues, como ya se expuso, había retenido el pasaporte de su hijo bajo el conocimiento de que realizarían un viaje a Colombia. Así pues, manifestó que, para lograr el retorno de los documentos, el señor Pablo le exigió la firma del convenio regulador. De otra parte, el accionante ha indicado que el convenio se firmó de mutuo acuerdo y que, incluso, la señora Isabel pudo hacer las modificaciones que consideró necesarias para, posteriormente, firmar lo acordado ante el juzgado competente.

202. Por su parte, en la sentencia proferida el 1° de febrero de 2023 la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Sincelejo sostuvo que no evidenció el supuesto poder dominante sobre la señora Isabel para acceder a firmar el convenio. Por el contrario, consideró que las partes repartieron principios básicos de la custodia, por cuanto se pudo evidenciar que compartieron el documento, e incluso la señora Isabel le realizó modificaciones y que, por tal motivo, el acuerdo debía presumirse válido. Sin embargo, con base en otros argumentos, que serán estudiados por esta Sala más adelante, revocó la decisión de restituir internacionalmente al niño.

203. Como fundamento para instaurar la acción de tutela, la apoderada judicial del señor Pablo expuso que la autoridad accionada incurrió en un defecto fáctico al no valorar dos situaciones. Primero que el 16 de febrero de 2022 la señora Isabel inició la solicitud de cuidado y custodia ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar debido a que había firmado un contrato laboral en la ciudad de Sincelejo, la situación en Colombia había cambiado y, por esto, no podía regresar a España. Aunado a ello, la apoderada expuso con detalle que, durante el trámite de la audiencia de primera instancia de restitución internacional, adelantado el 31 de octubre de 2022, la señora Isabel indicó que su intención, incluso antes de llegar a su país, era no retornar a España. En esa medida, la solicitud de cuidado y custodia que inició en Colombia era la ejecución de la intención que tuvo desde que abandonó Oviedo, cual era, no regresar a esa ciudad en la que había acordado una custodia compartida.

204. Segundo, la apoderada del accionante sostiene que, la madre del niño inició dicho trámite de custodia el 25 de febrero de 2022, esto es, antes de que finalizara el periodo acordado de vacaciones en Colombia que iría hasta el 30 de marzo de ese mismo año. Posteriormente, el siguiente 29 de marzo, se realizó la audiencia de persuasión de retorno

voluntario -como primera etapa del trámite de restitución internacional- durante la cual la señora Isabel se ratificó en que su hijo no regresaría a España. Así entonces, sostiene que la valoración integral de lo que la madre del niño había expresado en las diferentes diligencias, podía dar claridad al juez ordinario de segunda instancia que su intención, antes o después de que se venciera el término vacacional acordado, era no cumplir el convenio regulador.

205. En la parte general de esta providencia, se sostuvo que el defecto fáctico se configura cuando el operador judicial carece del apoyo probatorio para aplicar la norma en la que pretende fundamentar su decisión. En ese sentido, se puede producir cuando haya apreciado irrazonablemente las pruebas que se allegan al proceso, o les den un alcance material o jurídico del cual carecen. Así entonces, se incurre en este defecto en alguna de sus dos dimensiones; una positiva, cuando basa su decisión en una valoración equivocada o no conducente; o una negativa, cuando omite la valoración de una prueba determinante para resolver la controversia. Finalmente, se sostuvo sobre este particular que el yerro del juez debe ser fundamental para el fallo, es decir que, si no hubiera incurrido en él, la decisión adoptada sería completamente opuesta.

206. Más allá de la posible oponibilidad que tendría el convenio en el marco de competencia del ordenamiento jurídico español, lo cierto es que, en consideración del escenario de violencia en el que vivía la señora Isabel, se podría cuestionar la exigibilidad en el cumplimiento de un convenio que resultaba lesivo para ella, en relación con su derecho a vivir una vida libre de violencias. En ese sentido, esta Sala no le haya razón al accionante en relación con el planteamiento del defecto fáctico, en la medida en que, las acciones desplegadas por la señora Isabel no tenían como fundamento abusar de la custodia de su hijo y, en ese sentido, ejercer la retención ilegal, sino de proteger su derecho a vivir libre de violencias.

207. En este sentido, exigirle a Isabel , una mujer víctima de violencia de género y, por ende, sujeto de especial protección constitucional, el cumplimiento de un convenio que mantiene las condiciones de violencia psicológica y económica que padeció, resulta desproporcionado, más aún si se tiene en cuenta que en la actualidad, tiene estabilidad emocional y económica, pues se encuentra ejerciendo su profesión bajo un contrato laboral, así como que cuenta con el apoyo de su familia, lo cual repercute directamente en la protección del interés superior del niño Luis, quien, bajo el análisis del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se

encuentra a gusto en su nueva residencia, así como en su colegio y entorno familiar.

208. Asimismo, con todo lo descrito, no se configuró un defecto como lo alegó el actor en la medida en que el traslado a Colombia no parecería haber tenido como finalidad trasgredir los derechos parentales del señor Pablo sobre su hijo. Como prueba de ello, se tiene que el 16 de febrero de 2022, una vez la señora Isabel firmó el contrato laboral e ingresó a su hijo al colegio, se dirigió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para realizar el procedimiento administrativo para la modificación de la custodia del niño. Esta situación denota su voluntad de mantener la relación paternofilial y los acuerdos de custodia, al tiempo de salvaguardar su derecho a vivir una vida libre de violencias lejos del entorno violento que decidió abandonar.

209. Aun cuando esta Sala sostiene que no es posible cuestionar la validez del convenio regulador firmado por los padres del niño Luis, sí puede determinar que la señora Isabel, en atención a las particulares condiciones de violencia de las que estaba siendo víctima y a la lectura en perspectiva de género que merece este caso particular, no se veía obligada a permanecer bajo las circunstancias que allí se establecieron, en la medida en que ello significaba el detrimento de sus derechos fundamentales. En esa medida, esta Sala considera que, la decisión de cambiar su domicilio y el de su hijo de Oviedo-España a Sincelejo en Colombia no tiene como fundamento el abuso del derecho de custodia que compartía con el señor Pablo, sino, la necesidad de abandonar el entorno violento del cual estaba siendo víctima.

210. Por esa razón, esta Sala considera que la providencia del 1° de febrero del 2023 proferida por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Sincelejo no incurrió un defecto fáctico, pues no omitió valorar las pruebas relacionadas con la supuesta retención ilegal del niño, sino que, contrario a lo planteado el Tribunal valoró adecuadamente los medios probatorios y encontró que para el momento de la presentación de la solicitud la retención ilícita no se había configurado. En efecto las acciones desplegadas por la señora Isabel al salir de España y establecer su domicilio y el de su hijo en la ciudad de Sincelejo, no tenían como fundamento incumplir el convenio regulador firmado, ni abusar del derecho de custodia o ejercer una retención ilegal. Por el contrario, tenían como vocación poner a salvo su integridad y salvaguardar su derecho a vivir una vida libre de violencias, así como proteger el interés superior del niño Luis, quien, aun cuando no ha sido víctima directa de violencia intrafamiliar por parte de su padre, sí puede ver afectada su salud psíquica como

consecuencia de los traumatismos en salud mental a los que ha sido sometida su madre, como su principal cuidadora.

211. Agotado lo anterior, el segundo problema jurídico a resolver es el siguiente: ¿la sentencia del 1º de febrero de 2023 proferida por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo incurrió en un defecto sustantivo por el alcance otorgado al artículo 3 de la Convención de la Haya de 1980, que llevó a la conclusión que la madre no retuvo ilegalmente al niño?

212. Para resolver este problema jurídico, en principio, se debe citar el contenido del artículo 3 del Convenio de la Haya el 1980, a saber:

“El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a. a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b. b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado”

213. De conformidad con el literal a) del citado artículo, la infracción al derecho de custodia atribuido a uno de los padres y la acción de generar la imposibilidad de cumplir de forma efectiva ese derecho, deviene en la configuración de la retención ilegal.

214. Para analizar esta cuestión, primero, se deben recordar aspectos del convenio regulador suscrito en España por los padres del niño Luis que fueron tenidos en cuenta por el juez ordinario de segunda instancia para proferir su sentencia. El 1º de diciembre de 2021 entre el señor Pablo y la señora Isabel, se firmó el acuerdo en el cual se estableció que la patria potestad del niño estaría en cabeza de los dos padres; que ambos ejercerían la guarda y

custodia de forma compartida por periodos semanales; que, hasta el 31 de diciembre de 2022, la madre y el niño residirían en la vivienda de propiedad del señor Pablo en la ciudad de Oviedo-España y que, con posterioridad a ello, la señora Isabel debía incorporarse a la vida laboral y abandonar esa residencia; la división de los periodos vacacionales, del que se resalta que las vacaciones de navidad se entenderían como el tiempo comprendido entre el último día lectivo de finalización del colegio y hasta el día anterior de retorno al mismo. En ese punto, también se contempló que si el niño requiriera viajar al exterior se debería avisar al padre con al menos dos meses de anticipación y se enunció que próximamente realizarían un viaje a Colombia; entre otros asuntos de pensión de alimentos, gastos extraordinarios o comunicaciones con el niño.

215. Con base en ello, la providencia del 1° febrero de 2023 proferida por el Tribunal accionado sostuvo que la solicitud de restitución internacional inició su parte administrativa el 21 de febrero de 2022 en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF y comoquiera que el acuerdo de permanencia del niño Luis en Colombia era hasta el 30 de marzo, no se podía considerar que la señora Isabel estuviera ejerciendo la retención ilícita. Bajo la consideración del juez ordinario de segunda instancia, aun cuando la madre del niño hubiese manifestado su intención de no regresar a España, la ilicitud se configura con el hecho de retener y no con la sola voluntad de hacerlo. En ese mismo sentido, insistió en que no había prueba que demostrara la fecha de retorno a clases del niño, pues de ahí se debía desprender cual era ciertamente el periodo de vacaciones que debía tenerse en cuenta por cuanto el acuerdo indicaba que dicho lapso iría hasta un día anterior del retorno a clases. Continuó con el argumento según el cual, de conformidad con el procedimiento de restitución internacional, se dictó una medida cautelar para impedir la salida del país del niño, por lo cual, según la consideración de la autoridad judicial, se impedía la salida del país de la señora Isabel y su hijo.

216. Resaltó que el niño Luis desde su nacimiento ha residido en Colombia en compañía de su madre y que, para el momento de su nacimiento, el señor Pablo correspondía con los gastos de manutención. Por tanto, que si bien era cierto la residencia habitual del niño era Oviedo y que la custodia era compartida, nada se dijo de su permanencia en España con posterioridad al 31 de diciembre de 2022 cuando debía abandonar la residencia de su padre. Adicionalmente, realizó un recuento de las circunstancias de vivienda, servicios de salud, ingresos de la señora Isabel, el apego y vínculo con la familia materna, en las que se

encontraba actualmente el niño para determinar que tenía todos sus derechos garantizados. Finalmente, llegó a la conclusión de que Luis había estado la mayor parte de su vida en custodia y al cuidado de su madre y si bien en el convenio regulador se acordó que la custodia estaría compartida, la señora Isabel sostuvo que era ella la encargada de atenderlo, mientras que, por el contrario, su padre se encargaba de él por espacios limitados debido a sus ocupaciones laborales.

218. Con base en lo expuesto por la autoridad judicial accionada, la apoderada judicial del accionante planteó que al revocar la decisión adoptada el 31 de octubre de 2022 por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo, no se valoró adecuadamente que la señora Isabel se encontraba en ejercicio de la retención legal del niño Luis.

219. Por su parte, los jueces de instancia constitucional desestimaron las razones expuestas en la providencia accionada y sostuvieron que se había configurado un defecto sustantivo, por cuanto la interpretación del Convenio debe leerse a la luz del interés superior del niño, quien seguía estando separado de su residencia habitual y que, en ese sentido, “no debió simplemente desestimar lo pretendido bajo un argumento estrictamente formal concerniente a que no había fenecido el plazo pactado para el retorno del menor al momento de activar el canal administrativo, sino que ha debido ahondar en si aquella realidad materializaba el desconocimiento del bien jurídico protegido por el Convenio de La Haya de 1980, esto es, el acuerdo de custodia aprobado por una autoridad judicial de aquel país”.

220. En la parte general de esta providencia de tutela, se expuso que una de las maneras en que los jueces vulneran el derecho al debido proceso resulta ser la comisión de, entre otros, un defecto sustantivo, el cual puede identificarse cuando los operadores judiciales omiten realizar una interpretación sistemática de la norma que está llamada a aplicarse al caso concreto.

221. En esta línea, y siguiendo el argumento según el cual a la señora Isabel no le era exigible el cumplimiento de un convenio que tenía la virtualidad de preservar la vulneración de su derecho fundamental a vivir una vida libre de violencias, el fallador accionado no incurrió en el defecto alegado, en la medida en que, de la lectura de este asunto en perspectiva de género, el traslado de la señora Isabel a Colombia y el del niño Luis a Colombia no correspondía al abuso del derecho de custodia y a una retención ilegal, sino a la

salvaguarda de dicho derecho fundamental, así como al interés superior del niño, quien podía verse afectado por el detrimento de la salud mental de su madre. De manera que esa situación no podría derivar en una aplicación del artículo 3 del Convenio de la Haya que desconozca los parámetros constitucionales, sino que, al menos en lo que corresponde al sentido de la decisión adoptada en el sentido de no ordenar la restitución del niño, resulta acorde con la finalidad de proteger el interés superior del niño y la vida de la madre a vivir una vida libre de violencias.

222. El argumento del accionante se deriva de la lectura simple del artículo 3 de la Convención de la Haya, pero desconoce que sobre ello debe realizarse una interpretación sistemática y revestida de perspectiva de género. Por tal motivo, esta Sala considera que la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Sincelejo no incurrió en un defecto sustantivo en los términos planteados por el accionante, pues lo cierto es que el traslado de la señora Isabel no podría ser entendido como una retención ilegal sino interpretado en relación con el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias.

223. Con esto, la Sala concluye en el caso concreto, no se configuraron los defectos fáctico y sustantivo en los términos expuestos por el accionante, por cuanto (i) las acciones desplegadas por la señora Isabel no tenían como fundamento abusar de la custodia de su hijo, sino de proteger su derecho a vivir libre de violencias; y bajo ese entendido, (ii) no se configuró la retención ilegal de la que habla el artículo 3 del Convenio de la Haya de 1980.

224. Conforme a lo expuesto, la Sala procederá a revocar el fallo proferido el 7 de junio de 2023 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, a su vez, confirmó la decisión dictada el 27 de abril de 2023 por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia para, en su lugar, negar las pretensiones de la acción de tutela iniciada por el señor Pablo en contra de la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, por las razones expuestas en esta providencia.

225. En consecuencia, en línea con la decisión de medida provisional adoptada en el trámite de revisión de la tutela, se dejará sin efectos la sentencia de reemplazo proferida el 15 de mayo de 2023 por la Sala Civil- Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, la cual se realizó en cumplimiento de la orden proferida por los jueces de instancia constitucional. En línea con lo anterior, se dejará en firme la sentencia dictada el 1° de

febrero del 2023 por la Sala Civil- Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo que negó la restitución internacional del niño Luis.

Sobre la exigencia de aplicar la perspectiva y el enfoque de género para resolver el caso concreto y el incumplimiento que de esta obligación ocurrió en el marco del proceso ordinario de restitución internacional

226. Como se anunció de manera previa al iniciar el análisis del caso concreto, en este caso las autoridades judiciales tenían la obligación de valorar el asunto con base en una perspectiva y enfoque de género.

227. Como se expuso en la parte general de esta providencia, las mujeres tienen derecho a vivir una vida libre de violencias. Esta obligación se desprende del derecho a la igualdad y no discriminación contenidos en el artículo 13 constitucional. Allí también se sostuvo que, de conformidad con la Convención de Belém do Pará se entiende como violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en género que, entre otras, cause daño o sufrimiento psicológico a la mujer, tanto en el escenario público como en el privado. A su turno, la jurisprudencia constitucional la ha definido como las acciones u omisiones dirigidas a producir sentimientos de desvalorización e inferioridad que generan bajas en la autoestima, que afectan su integridad moral y psicológica, autonomía, desarrollo personal y que desprenden de conductas de intimidación, desprecio, chantaje, humillación insultos o amenazas de todo tipo.

228. Además, la jurisprudencia constitucional ha identificado a las mujeres víctimas de violencia de género como sujetos de especial protección constitucional y con base en ello se han establecido unas condiciones para que la administración de justicia valore con mejor óptica los casos en los que se exponen situaciones de violencia de género. En ese sentido, se expuso que a la luz de estos asuntos se debe valorar de manera menos rigurosa la carga probatoria, de manera que se privilegien los indicios sobre las pruebas directas cuando estas últimas sean insuficientes.

229. En los procesos que se han adelantado para resolver esta problemática familiar, se demostró a través de distintos elementos probatorios que la señora Isabel fue víctima de violencia psicológica y económica, por lo que este escenario no podía haber sido dejado de lado al valorar de manera integral la situación en aras de procurar el interés superior del niño

y el derecho de su madre a vivir una vida libre de violencias. De ahí que, más allá de que en el caso no se configuraron los defectos fáctico y sustantivo alegados por el accionante, la Corte Constitucional debe destacar el desconocimiento de esta obligación de las autoridades de administrar justicia con perspectiva y enfoque de género.

230. Para tal efecto, cabe recordar que la sentencia adoptada el 31 de octubre de 2022 el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo consideró expresamente que en este caso no correspondía abordar la problemática con esa perspectiva y enfoque.

231. La apoderada judicial de la señora Isabel impugnó la decisión bajo la consideración, entre otras situaciones, que la decisión tomada por el juez replicó estereotipos de género. Sostuvo que el juez no consideró que fue influenciada por factores externos para firmar el convenio regulador, que se encontraba sola, en imposibilidad de ejercer su profesión y que el único medio económico a su disposición era el que le proveía el señor Pablo. Fue este último quien tramitó dicho convenio y le recriminó que era él quien lo había costado, que le insinuó que si el convenio no se firmaba, probablemente no la dejaría ver al niño, lo cual la hubiera obligado a iniciar un trámite que no hubiera podido sufragar, en la medida en que sus condiciones económicas no eran óptimas para contratar un abogado que defendiera sus intereses, ni contaba con lo requerido legalmente para los cuidados de su hijo.

232. En la sentencia proferida el 1° de febrero de 2023, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Sincelejo sostuvo que no evidenció el supuesto poder dominante sobre la señora Isabel para acceder a firmar el convenio. Por el contrario, consideró que las partes repartieron principios básicos de la custodia, por cuanto se pudo evidenciar que compartieron el documento e incluso la señora Isabelle realizó modificaciones. Más allá de esto, con base en otros argumentos que ya fueron mencionados y estudiados, revocó acertadamente la decisión de restituir internacionalmente al niño.

233. Durante el trámite constitucional, la primera instancia accedió a las pretensiones de la acción de tutela. La segunda instancia confirmó la decisión del a quo, y agregó que en relación con los planteamientos contenidos en la coadyuvancia de Defensoría del Pueblo, esto es, la exposición de las situaciones que podrían ser constitutivas de violencia de género, debían ser puestas en conocimiento de las autoridades competentes.

234. Estas aproximaciones realizadas por los jueces tanto del proceso ordinario como de

tutela, desconocieron u omitieron como parte central de su valoración que la señora Isabel ha sido víctima de violencia de género de forma psicológica y económica por parte del señor Pablo, comoquiera que en múltiples oportunidades el accionante la descalificaba considerándola inútil, floja o buena para nada por su origen latinoamericano; le recalca su falta de empleo en España por lo cual, incluso, cuestionaba su capacidad de cuidar a su hijo. Le insistía en que era el proveedor económico y, con base en ello, decidía acerca de su desarrollo personal y profesional. Sobre estas acusaciones, la apoderada judicial del accionante se ha limitado a decir que esas situaciones no tienen sustento fáctico ni legal. Además, la señora Isabel ha sido violentada pues el accionante ha recriminado que no realiza labores domésticas, situación que pretende reforzar los estereotipos de género respecto de los cuales se califica y valora a una mujer por las conductas de cuidado que se espera que sepa desarrollar, con el único fundamento de ser mujer. Así entonces, todos esos fundamentos fácticos debieron ser tenidos en cuenta por las autoridades judiciales involucradas en el proceso, para entender que, de conformidad con lo narrado, se debía abordar el asunto con perspectiva de género. Incluso, por esta razón la señora Isabel inició los procedimientos que el ordenamiento jurídico, en el ámbito penal, dispone para la investigación del delito de violencia intrafamiliar.

235. Todas estas situaciones se deben contrastar con las diferentes valoraciones y atenciones psicológicas que se le han realizado, esto es, los reportes de asistencia a urgencias médicas en España, en los días 22 y 29 de diciembre de 2021, fecha cercana a la de la firma del convenio regulador por medio del cual se distribuyó la custodia del niño Luis y se determinó que debía abandonar la vivienda en la que residía e incorporarse a la vida laboral. Ello presta sentido pues, en la atención de final de diciembre, manifestó que se encontraba en ese estado por cuando tenía miedo de que el señor Pablo se quedara con la custodia del niño. Posteriormente, las valoraciones psiquiátricas de las que se desprende que padece “1. Trastorno de estrés postraumático, 2. Trastorno de pánico, 3. Episodio depresivo moderado”, diagnósticos que derivaron en una medicación para su tratamiento. Finalmente, en las valoraciones que se realizaron en el marco de la denuncia penal por violencia intrafamiliar, se sostuvo que el aquí accionante era una persona ofensiva y humillante que ponía en riesgo su salud mental.

236. Además, se ha resaltado también que la señora Isabel es abogada de profesión y que, por tal razón, se le dificultó acceder al mercado laboral en España. En consecuencia,

dependía económicamente del señor Pablo quien también se valía de su vulnerabilidad económica para violentar sus derechos. Precisamente por la incapacidad material de ejercer su profesión y proveerse sus propios medios económicos, fue maltratada y humillada.

237. Todas las situaciones que aquí se expusieron debían ser objeto de análisis por los jueces de instancia en la medida en que existe una obligación supranacional que reviste a toda autoridad judicial de aplicar perspectiva de género en los asuntos que involucren violencia contra una mujer. En ese sentido, como se sostuvo en la parte general de esta providencia, la función judicial tiene un papel determinante en la erradicación de la violencia contra las mujeres, pues le corresponde al operador judicial analizar los hechos de manera que se entienda que, de conformidad con lo narrado, la situación de la señora Isabel requería un trato diferencial. De esa manera, tanto los jueces de instancia del proceso de restablecimiento, de instancia de tutela (sobre todo el de primera instancia), deberían haber reprochado las acciones constitutivas de violencia de género, como en este caso la violencia psicológica y económica; no invisibilizarlas. Es una de las obligaciones del Estado, extraer las diferentes formas de violencia del ámbito privado para que, de esa manera, se pueda ejercer una protección en la esfera pública.

238. Bajo este panorama, para esta Sala resulta de especial importancia hacer algunas apreciaciones respecto del manejo dado por los operadores judiciales a lo largo del proceso ordinario.

239. Sobre la perspectiva y enfoque de género en la sentencia proferida el 31 de octubre de 2022 por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo y la configuración de violencia institucional contra la señora Isabel. Como se indicó, durante el trámite de restitución internacional, una vez se escuchó a los intervinientes en el trámite de primera instancia y se agotaron las etapas del proceso, el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo dictó sentencia en audiencia del 31 de octubre de 2022. En esa providencia se hicieron algunas apreciaciones que esta Sala no puede pasar por alto pues, aun cuando no están relacionadas con el asunto de la retención ilícita o la custodia del niño Luis, sí pudieran ser valoraciones que replican los estereotipos de género proscritos por la Constitución Política. Así entonces, en esa providencia el juez sostuvo:

[para efectos de dictar sentencia el juez expuso las siguientes consideraciones] Se tiene

conocimiento por las mismas declaraciones que los acuerdos fueron conocidos por la señora Isabel que dialogó con abogados para analizar el convenio. No obstante, indica que no contó con asesoría técnica. La señora Isabel en su condición de abogada podía asistir a defensoría pública para solicitar un abogado de oficio. Así entonces no se avizora que el convenio hubiera estado mediado por el constreñimiento.

Podría pensarse el caso a la luz de la equidad de género por tratarse de una mujer que trabaja y estudiaba o lo intentaba y no podía. Tampoco es menos cierto que tenía el respaldo económico del padre de su hijo quien en la gran mayoría de los momentos transfería dinero. El juzgado no ve que en esta condición de mujer un eventual maltrato o violencia económica, lo que se observa es que el padre ofrecía apoyo económico a la madre para que ella pudiera estudiar y culminar con la carrera. Violencia económica no hubo pues no la uso en su favor o para obtener beneficios.

La discriminación de la madre por parte de la familia paterna del niño no tiene la suficiente fuerza para considerar que está siendo sometida a conductas agresivas por los parientes del niño porque lo que existía era una cordialidad permanente en las relaciones. Todo parece indicar, sin ahondar en ello por la subjetividad de quien se siente agredida, lo que sucedió fue un choque de culturas por la idiosincrasia colombiana en la que se depende de la actividad económica de los padres y esto chocó con un Estado español en donde no existen estas facilidades para realizar las actividades domesticas necesarias para las relaciones cotidianas. Se consideraría como una víctima porque tenía un entorno diferente al cual fue criada, pero no deja de ser cierto que como dijo la apoderada del demandante, que Isabel en cierta forma podía ser influenciada por su madre para que regresara a Colombia. Que aquí la defendían porque ella estaba indefensa como si ella fuera una persona con discapacidad o que no pudiera darse cuenta de lo que le podía pasar. El juzgado no puede percibir cómo una persona que esté enamorada pueda actuar de una forma y luego después utilizar las circunstancias para sustraerse de cumplir un convenio que tiene el carácter (ininteligible) nos encontramos en una tensión de derechos fundamentales en el que se esgrime como argumento que existe una violación al derecho a la igualdad del niño y de la madre por cuanto el padre la sometía por su violencia económica.

El juzgado no lo ve así porque el padre siempre estuvo presto a pagar y se ofreció económicamente varias veces para la que la madre pudiera obtener trabajo. El argumento

que esgrime la señora abogada es que puede existir estereotipos de violencia, es decir, pensar que la joven Isabel está sometida por violencia doméstica y económica por el padre y su familia al ser una persona que no podía tener acceso al trabajo o al trabajo acorde a su posición de abogada y esto la convierte en víctima de violencia de género o de violencia económica por su debilidad manifiesta en su calidad de extranjera.

El derecho interno no impide que tengamos unos conceptos mínimos de lo que es la justicia para poder acudir a los entes correspondientes en orden a restablecer nuestros derechos (inaudible) como si ella fuera una persona mentalmente con minusvalía en cuanto al razonamiento de determinar que ella bien podía defenderse y así como la madre (inaudible) la acogió económicamente para que lo hiciera (inaudible) que ciertamente estuvo asesorada por abogados... El juzgado no configura la violencia de género que entra en tensión con el interés superior del niño que en la legislación global e interna debe prevalecer sobre los derechos. El constreñimiento de la demandad no se verifica de las pruebas o testimonios ni de ningún documento simplemente se entienden (como pareja) y han tenido discusiones”.

240. Con base en estas consideraciones, el juez de instancia ordinario ordenó la restitución internacional niño y advirtió que lo narrado por la señora Isabel no tenía relevancia suficiente para que el asunto fuera decidido con perspectiva de género.

241. Como se anunció previamente, la apoderada judicial de la señora Isabel impugnó bajo la consideración de que, entre otras situaciones, la decisión adoptada por el juez replicó estereotipos de género. A su juicio, la autoridad judicial no valoró que ella fue influenciada por factores externos para firmar el convenio regulador, que se encontraba sola, en imposibilidad de ejercer su profesión y que el único medio económico a su disposición era el que le proveía el señor Pablo. De igual modo, que fue este último quien tramitó dicho convenio y le recriminó que era él quien lo había costado, que le insinuó que si el convenio no se firmaba probablemente no la dejaría ver al niño, lo cual la hubiera obligado a iniciar un trámite que no hubiera podido sufragar, en la medida en que sus condiciones económicas no eran óptimas para contratar un abogado que defendiera sus intereses, ni contaba con lo requerido legalmente para los cuidados de su hijo.

242. De la información que reposa en el expediente, la Sala advierte que en la sentencia proferida el 31 de octubre de 2022, el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo

pretermitió la obligación de administrar justicia con perspectiva y enfoque de género, y por el contrario, incurrió en violencia de género. En efecto, replicó estereotipos de género, humillaciones y apreciaciones que no se corresponden con el artículo 13 de la Constitución que impone la obligación de eliminar todo tipo de discriminación y violencia ejercida contra una mujer por el hecho de ser mujer y en relación con los estereotipos que a ella se le imponen.

243. Dentro de las consideraciones que elucubró el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo, insistió en principio en que, si la señora Isabel hubiese sido presionada para firmar el convenio regulador, podía haber utilizado los medios de defensa que dispone el ordenamiento jurídico español y que, si con lo que no contaba era con capacidad económica para hacerlo, en su calidad de abogada, podía optar por asistir a un defensor público para que la asesorara. Sobre este particular, es reprochable que el juez anteponga la profesión de abogada a la condición de víctima de violencia de la señora Isabel, pues recrimina a quien es sujeto de especial protección constitucional no haber desplegado las herramientas sin ahondar en las circunstancias específicas de violencia, lo cual podría ir en detrimento de la salud mental de la mujer que ya se mostraba lastimada. En ese mismo sentido, reprobó que no hubiera denunciado los hechos de violencia que adujo haber sufrido por parte del aquí accionante.

244. Seguidamente, consideró que el asunto no debía entenderse desde la perspectiva de género pues, en su sentir, no estaba demostrada la violencia económica. Como fundamento para ello, sostuvo que lo que se podía apreciar era que el padre del niño había ofrecido su apoyo económico para que pudiera estudiar y culminar su carrera en España, y que de esa manera no se podía valorar que el factor económico fuera utilizado en su favor. Lo que desconoce el juez es que una de las maneras de ejercer violencia económica en contra de las mujeres es utilizar el poderío económico para controlar las decisiones o el proyecto de vida de la mujer; y que frecuentemente se utiliza bajo la apariencia de la colaboración para, de esa manera, lograr mayores beneficios. Esto se corresponde con lo expuesto por Isabel, quien sostuvo que él fungía como proveedor económico para determinar el lugar en el que debía estar o donde pudiera desarrollarse personal o profesionalmente. En ese sentido, resulta errado considerar que el apoyo económico se constituía como garantía del buen trato entre el accionante y la madre de su hijo.

245. De otro lado, cuando la señora Isabel sostuvo que el maltrato también provenía de la familia paterna de su hijo, el juez consideró que lo que se presentaba era un choque cultural. En principio, sostuvo que Isabel tenía una visión subjetiva por ser quien se sentía agredida y que lo que se podía determinar era que ella no realizaba actividades domésticas por pertenecer a un entorno diferente al que se encontraba. Lo que aquí se evidencia es que el juez tomó como consideraciones para proveer el fallo ordinario, las declaraciones de los testigos del demandante, quien sugirió lo que el juez replicó. Esta apreciación tampoco se ciñe a la protección de los derechos fundamentales de las mujeres víctimas de violencia, pues las autoridades judiciales deben tener especial cuidado en el lenguaje que utilizan ya que con ello reproducen estereotipos de género que, finalmente, se traducen en la vulneración del derecho – principio de igualdad. Además, es una de las obligaciones de los funcionarios del Estado no emitir conclusiones basadas en prejuicios sociales.

246. Finalmente, el último argumento esbozado por el juez para tomar la decisión de no aplicar perspectiva de género al caso concreto estaba relacionado con que la madre de la señora Isabel ejercía mucha influencia sobre ella y fue quien la persuadió para que regresara a Colombia. Para ello, sugirió que su madre le daba trato de una persona con discapacidad, como si ella fuera una persona mentalmente con minusvalía. La consideración aquí citada se traduce en un trato irrespetuoso con la señora Isabel, más cuando correspondía con una apreciación sobre un asunto que no reviste relevancia alguna para la solución del caso que se pretendía abordar. Se recuerda entonces que los argumentos de los operadores de justicia, como los de todos los funcionarios del Estado, no deben ir en detrimento de los derechos fundamentales de las víctimas, pues estas acuden a tales instancias en busca de una tutela judicial efectiva y no, obviamente, para enfrentar escenarios de revictimización.

247. En suma, estas apreciaciones realizadas por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo constituyen de violencia institucional, pues la fundamentación jurídica en la que basó su decisión replicó y normalizó estereotipos de género en contra de la señora Isabel lo cual tiene la virtualidad de vulnerar el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencias.

248. En esa medida, esta Sala instará a dicho funcionario para que, en lo sucesivo, oriente sus decisiones al deber constitucional de aplicar perspectiva de género a los asuntos que involucran los derechos de las mujeres víctimas de violencia, y a que se abstenga de utilizar

lenguaje que reproduzca estereotipos de género o genere espacios de revictimización en quienes buscan garantizarse su derecho al acceso a la administración de justicia.

249. Sobre la perspectiva y enfoque de género en la sentencia proferida el 1 de febrero de 2023 por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo. Ahora, en lo relativo al Tribunal Superior de Distrito Judicial accionado en esta oportunidad, la Sala destaca que aun cuando no se configuraron los defectos alegados por el padre del niño, y que esta autoridad judicial acertó la revocar la decisión de restituir internacionalmente al hijo de la señora Isabel, lo cierto es que parte de las consideraciones que justificaron esta decisión desconocieron también una aproximación sistemática e integral de las normas que respaldan esta decisión, con base en una perspectiva y enfoque de género, tal como pasa a exponerse.

250. Así las cosas, además de lo indicado en torno a la lectura realizada sobre el artículo 3 del Convenio de la Haya cuando se desacreditó la configuración del defecto sustantivo alegado por el padre del niño, en otra lectura de la decisión también podría haberse aplicado el artículo 13 del precitado Convenio en el cual se establecen algunas circunstancias que deben ser evaluadas por las autoridades a efectos de determinar si se debe ordenar la restitución internacional de un niño, niña o adolescente. Entre esas el que “exist[a] un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”.

251. El proceso contenido en el Convenio de la Haya de 1980 vela por la protección del interés superior del niño, niña o adolescente y busca que este sea retornado a su lugar de residencia habitual. Sin embargo, la protección integral de un niño también se desprende de que su núcleo familiar tenga las condiciones necesarias para garantizar su desarrollo integral y armónico. Así entonces, lo que se pretende con las excepciones a la restitución internacional de un niño, niña o adolescente es que no se genere una situación de daño, peligro físico o psíquico que sea aún más gravosa que la posible retención ilegal de la que fue sujeto.

252. Una lectura en ese sentido se relaciona, nuevamente, con el deber constitucional que tienen los operadores de la justicia de aplicar perspectiva de género a los casos en los que se evidencia que existió violencia contra la mujer, pues someter a los niños, niñas o

adolescentes a ambientes de violencia, no solo afecta su derecho a crecer en un ambiente armónico e integral, sino que puede influir de manera indirecta y negativa, pues si quienes ejercen su custodia no se encuentran en condiciones físicas o psicológicas de hacerlo, se interrumpe la garantía de sus derechos.

253. Así entonces, como se determinó anteriormente, la señora Isabel fue víctima de violencia de género psicológica y económica por parte del padre del niño, quien ahora reclama la custodia en suelo español. En esa medida, debían haber considerado la excepción contenida en el literal b) del artículo 13 del Convenio de restitución internacional a la luz de la perspectiva de género para analizar el daño al que se podía someter al niño si se retornaba a su residencia habitual sin su madre, con quien se encuentra suficientemente probado que tiene apego.

254. Si bien es cierto no existe indicio de que el señor Pablo haya ejercido violencia en contra de su hijo, la madre del niño si demostró que la cercanía con el padre de su hijo le generó a ella problemas de salud mental que la llevaron a asistir a urgencias médicas en dos oportunidades mientras estaba en España, lo cual, posteriormente, derivó en el diagnóstico psiquiátrico que ahora padece.

255. De otra parte, es claro que la restitución internacional del niño Luis no necesariamente obliga a la señora Isabel a regresar con su hijo a España, empero un eventual acuerdo de visitas que la obligue a regresar al entorno que significó para ella la vulneración de su derecho a vivir una vida libre de violencias, no resulta acorde a las obligaciones nacionales y supranacionales de proteger a las mujeres víctimas e impedir su revictimización.

256. En todo caso, se debe resaltar que si bien el proceso de restitución internacional tiene como objetivo proteger el interés superior de un niño, niña y adolescente que haya sido retenido ilegalmente por fuera de su país de residencia habitual, y no resulta ser un acuerdo de custodia entre los padres porque los requisitos para que este trámite sea procedente se encuentran en los artículos 3, 4 y 5 del Convenio de la Haya de 1980, las autoridades judiciales deben revisar cada uno de los aspectos que se relacionan en el caso a efectos de que, realmente, lo que se logre con el proceso sea proteger el interés superior del niño. En esa medida se debe analizar si se cumplen los requisitos que permiten al juez decretar la restitución internacional, como también estudiar las excepciones que trae el mismo

convenio, a efectos de saber cuándo le es posible abstenerse de ordenar la restitución.

257. En ese mismo orden, debe ponerse de presente que el artículo 20 del mismo convenio, establece que: “[l]a restitución del menor conforme a lo dispuesto en el Artículo 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.” Así entonces, de conformidad con lo que se expuso en la parte general de esta providencia, la Constitución Política en su artículo 13 proscribe la discriminación por razones de sexo; así como los instrumentos internacionales adheridos al ordenamiento a través del bloque de constitucional, imponen la obligación del Estado de garantizar que las mujeres vivan una vida libre de violencias, así como la erradicación de todas las formas de violencia que contra ellas se cometan. De esta manera, lo aquí planteado, es el cumplimiento de la obligación adquirida por el Estado colombiano en favor de los derechos de las mujeres víctimas de violencia, como sujetos de especial protección constitucional.

258. De allí que, en relación con la contestación que remitió la autoridad central española a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en que se sostiene que “Colombia no devuelve niños a España” se debe resaltar que en el caso concreto, en atención al artículo 20 precitado, se pudo evidenciar la necesidad de aplicar perspectiva de género en beneficio no sólo del interés superior del niño Luis , si no en garantía de los derechos de las mujeres a vivir una vida libre de violencias.

259. Con fundamento en lo indicado hasta este punto, en reconocimiento de que la decisión adoptada el 1° de febrero del 2023 por la Sala Civil- Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo fue acertada en su parte resolutive al negar el restablecimiento internacional del niño Luis, esta Corporación anunció que se dejaría en firme tal decisión. No obstante, en cumplimiento del deber de las autoridades judiciales de administrar justicia con enfoque y perspectiva de género en los términos previstos, se considera imperativo ordenar a esa misma autoridad judicial que anexe una copia de esta providencia al fallo proferido el 1° de febrero del 2023, de manera que resalte que la motivación para revocar la sentencia de primera instancia del Juzgado Primero de Familia del Circuito de Sincelejo, son las contenidas en esta providencia.

260. Finalmente, en aras de garantizar el interés superior del niño Luis y en atención a que

se deberá llegar nuevamente a un acuerdo de custodia y cuidado, esta Sala ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que, en ejercicio de sus competencias, adelante las labores a las que haya lugar para que garantice que el niño siga teniendo contacto con su padre, mientras que la señora Isabel y el señor Pablo, convienen lo relacionado con los asuntos de custodia y cuidado.

261. Sobre la protección de la mujer a vivir una vida libre de violencias en el marco de la tutela judicial efectiva. De otra parte, revisados todos los elementos constitutivos de la violencia de género ejercida contra la señora Isabel, la Sala de Revisión llamará la atención de la apoderada judicial del señor Pablo, quien a través de las contestaciones del proceso ordinario y lo allegado en esta sede, ha orientado sus argumentos a replicar la violencia contra la mujer y los estereotipos de género. En el memorial que remitió a la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Sincelejo durante la apelación del fallo de primera instancia, la apoderada sostuvo para la señora Isabel “prevaleció la comodidad de vivir en la casa materna, prevaleció el interés a no tener que luchar para ganarse su propio sustento; prevaleció la opinión de su familia y la exigencia de devolverse a Colombia para no tener que realizar labores propias de una madre en su hogar”. Mientras que, para responder al traslado de las pruebas recaudadas en esta sede, la abogada también sugirió que la señora Isabel no realizó ninguna denuncia en contra del señor Pablo y que por su edad, su condición de madre y su profesión de abogada debía hacer un ejercicio de autocrítica y autocuidado para impedir ser víctima de violencia de género.

262. Para ello se recuerda que el artículo 13 de la Constitución protege especialmente a las personas que por su condición se encuentren en debilidad manifiesta, al tiempo que proscribe la discriminación en su contra. Si bien es cierto los asuntos de derecho de familia per se deben resaltar las situaciones que componen los núcleos familiares, ello no es óbice para que las partes del proceso se valgan de argumentos discriminatorios e irrespetuosos que repliquen estereotipos de género y revictimicen a una mujer víctima de violencia de género.

263. Esta Corporación ha definido el derecho de defensa como una de las principales garantías del debido proceso, en esa medida, ha considerado que:

“Es la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación

judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de