

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-
Procedencia por defectos fáctico, sustantivo y por violación directa de la Constitución

(...) (defecto fáctico) omitió el deber probatorio para establecer que la orden de restitución garantizaba el interés superior del niño ..., no desplegó un ejercicio probatorio para tener en cuenta la voluntad de aquel ..., no ejerció sus facultades oficiosas para establecer el posible escenario de violencia contra la mujer y el impacto de aquella en el bienestar del menor de edad..., valoró indebidamente la conducta procesal de la actora, en un manifiesto acto que perpetúa la discriminación en contra de la mujer; (defecto sustantivo), al interpretar el Convenio de La Haya de 1980, la autoridad judicial desconoció el interés superior del niño y el enfoque de género ..., no verificó la excepción de peligro grave o situación intolerable para el menor de edad a pesar de los indicios de violencia de género en contra de su progenitora; (violación directa de la Constitución) ... la actuación del Tribunal accionado desconoció el principio constitucional de interés superior del niño y eludió el deber superior de aplicar la perspectiva de género ante los indicios de violencia contra la madre del menor de edad.

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS AL CUIDADO Y AMOR-Deber en el ejercicio de la responsabilidad paternal/PROTECCION DE LA MUJER FRENTE A TODO TIPO DE VIOLENCIA-Particularmente contra violencia intrafamiliar

(...) los menores de edad que están expuestos a situaciones de violencia entre sus progenitores pueden sufrir problemas de salud física y mental, y tienen mayor riesgo de ser violentos en sus relaciones futuras, pudiéndose perpetuar los patrones de discriminación en contra de la mujer... las situaciones de violencia en contra de la mujer pueden impactar de manera directa en el desarrollo del niño, niña y adolescente y generar un grave riesgo para su integridad.... los escenarios de violencia al interior de la familia atentan contra el interés superior de los niños porque los convierte en víctimas indirectas de la misma.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-
Inexistencia por cuanto la vulneración es actual y se mantiene en el tiempo

(...) el estado actual de la situación evidencia que se ha ejecutado una sentencia que, en principio, podría tener vicios de constitucionalidad por afectar los derechos de un sujeto de especial protección constitucional, en concreto, el hijo menor de edad de la actora.

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

DEFECTO SUSTANTIVO Y DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDENCIA DE LA ACCION DE

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-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 Y DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Jurisprudencia constitucional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA-Protección constitucional

DERECHOS DEL NIÑO AL CUIDADO Y AL AMOR-Alcance

DEBERES DE LOS PADRES DE FAMILIA-Derechos y obligaciones para con los hijos

DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADOS DE ELLA-Obligación de la familia, la sociedad y el Estado asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-Situaciones que justifican la separación de los niños de su entorno familiar

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

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES Y LAS EXCEPCIONES A LA RESTITUCION EN EL MARCO DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1980

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

INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN PROCESOS DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Protección integral bajo el principio pro infans

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Derechos de los menores de edad a ser escuchados/DERECHO DE LOS NIÑOS,

NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OÍDOS Y A QUE SUS OPINIONES SEAN TENIDAS EN CUENTA-En función de la edad y del grado de madurez

(...), los menores de edad que se encuentren involucrados en un proceso de restitución internacional tendrán derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten. Su opinión deberá ser tomada en cuenta en función de su grado de madurez, el cual está asociado al entorno familiar, social y cultural en el que los menores de edad se desenvuelven.

TRAMITE DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Marco normativo/**TRAMITE DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES**-Procedimiento en la legislación nacional

TRAMITE DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Procedimiento se surte a través de fase administrativa y fase judicial

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Definición/**DISCRIMINACION Y VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**-Agresiones dentro de la pareja comprende toda una gama de actos sexual, psicológica y físicamente coercitivos

PROTECCION A MUJERES VICTIMAS DE VIOLENCIA Y LA PERSPECTIVA DE GENERO-Protección constitucional e internacional

ADMINISTRACION DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GENERO-Obligación de investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer, a través de la Rama Judicial

ADMINISTRACION DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GENERO-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

DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA-Fundamental

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Deber de autoridades judiciales de dar prelación al interés superior del niño

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR-Los padres tienen la responsabilidad de proporcionar un ambiente adecuado para el desarrollo integral del niño

VIOLENCIA INSTITUCIONAL CONTRA LA MUJER-Se caracteriza por la posición de superioridad de quien representa al Estado frente a la víctima

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL Sala Segunda de Revisión

Sentencia T-275 de 2023

Referencia: Expediente T-9.126.916

Acción de tutela instaurada por *Emilce*, en nombre propio y en representación de su hijo *Salvador*, contra la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

Procedencia: Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

Asunto: Acción de tutela contra decisión judicial que resuelve sobre la restitución internacional de un menor de edad. Configuración de defectos fáctico, sustantivo y por violación directa de la Constitución por la falta de valoración del interés superior del niño y de la perspectiva de género, en el marco de un escenario de violencia contra la mujer

Magistrado sustanciador:
Juan Carlos Cortés González

Bogotá, D.C veintiuno (21) de julio de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Jorge Enrique Ibáñez

Najar y Juan Carlos Cortés González, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

1. En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia, proferido el 29 de junio de 2022 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el cual confirmó la decisión expedida el 18 de mayo de 2022 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En esta última providencia, la autoridad judicial negó la acción de tutela, por estimar que la sentencia contra la que se dirige está ajustada al ordenamiento jurídico.

2. El asunto llegó a la Corte en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. El 31 de marzo de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Tres de esta Corporación escogió el asunto para su revisión¹. El 21 de abril de 2023, la Secretaría General remitió el expediente al despacho del magistrado sustanciador, para lo de su competencia².

Aclaración previa

3. En este caso la Sala expondrá la situación de un menor de edad. Por lo tanto, como medida de protección de la intimidad e integridad del niño, se ordena suprimir de esta providencia y de toda reproducción que de ella se haga hacia terceros no vinculados al proceso, el nombre real de las personas involucradas en el caso objeto de revisión. Lo anterior, de conformidad con la Circular Interna No. 10 de 2022 de la Presidencia de esta Corporación³.

4. En consecuencia, solamente este documento contiene la verdadera identidad de las personas involucradas. Existe una versión de esta sentencia que será publicada, en la que, para efectos de identificar a las personas involucradas, se han cambiado sus nombres reales por unos ficticios.

I. ANTECEDENTES

5. La señora *Emilce*, en representación de su hijo menor de edad *Salvador*, interpuso acción de tutela contra la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Consideró que la accionada vulneró los derechos fundamentales “*del niño, el debido proceso y la mujer*”⁴, con ocasión de la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022 en la que ordenó la restitución internacional de su hijo a su padre, quien reside en España. Según la accionante, la providencia incurrió en “*omisión de aplicación de*

¹ Auto del 31 de marzo de 2023 proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Tres. El asunto fue insistido por el Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar. En aquella oportunidad, el magistrado expuso como criterios de selección el objetivo de: i) necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial y ii) asunto novedoso. Además, involucra el principio de interés superior del menor de edad y el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

² Constancia del 21 de marzo de 2023 suscrita por la Secretaría General de esta Corporación.

³ Dicho documento señala: “*Se deberán omitir de las providencias que se publican en la página web de la Corte Constitucional los nombres reales de las personas en los siguientes casos: || b) Cuando se trate de niñas, niños o adolescentes, salvo aquellos datos de naturaleza pública.*”.

⁴ Escrito de tutela. En expediente digital. Documento: “0002Escrito de tutela (4).pdf”, pág. 1.

normatividad legal, defecto fáctico y defecto sustancial”⁵. De igual manera, alegó la existencia de violencia de género en su contra por parte del padre del niño. Aquella, según la accionante, tuvo lugar mediante lanzamiento de objetos, mensajes de WhatsApp, entre otros. Por tal razón, solicitó al juez constitucional que ordene proferir una nueva decisión.

Hechos

6. El 26 de abril de 2018, *Manuel* y *Emilce* contrajeron matrimonio civil en la Notaría 11 del Círculo de Bogotá⁶. La pareja estableció su domicilio conyugal en España. El 14 de julio de 2019, nació su hijo *Salvador* en la ciudad de Ourense (España)⁷.

7. El 12 de diciembre de 2019, la familia viajó a Bogotá con varios propósitos⁸. Entre ellos, (i) que la familia materna conociera al menor de edad; (ii) que la señora *Emilce* adelantara algunos trámites referentes a su estudio y realizara un curso de conducción; (iii) vacacionar; y (iv) “*pensar las cosas antes de tomar una decisión contundente porque [la] relación de pareja estaba atravesando por un momento muy difícil*”⁹.

8. El 1° de enero de 2020, el señor *Manuel* regresó a España porque debía atender asuntos laborales. Sin embargo, la pareja acordó que la esposa y su hijo prolongarían sus vacaciones en Colombia. Inicialmente, hasta el 2° de febrero de 2020 y después hasta el 28 de marzo de 2020. Lo anterior, debido a que la señora *Emilce* realizaba algunos trámites relacionados con su maestría.

9. El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró la pandemia por COVID-19. A través del Decreto 457 de 2020, el Gobierno de Colombia impartió instrucciones para el cumplimiento del aislamiento preventivo obligatorio y ordenó el cierre de la actividad aeroportuaria¹⁰. Por tal razón, la señora *Emilce* y su hijo no pudieron viajar a España en la fecha prevista. De manera que los esposos acordaron que la madre y el niño continuarían en Colombia hasta que la restricción en los aeropuertos fuera levantada.

10. El Aeropuerto Internacional El Dorado de Bogotá fue abierto nuevamente en el mes de septiembre de 2020. En octubre de 2020, el señor *Manuel* viajó a Bogotá y permaneció cerca de un mes. En este lapso, la señora *Emilce* le

⁵ Ibid.

⁶ Registro civil de matrimonio. En expediente digital. Documento: “03 Anexos.pdf”, pág. 109.

⁷ El menor de edad cuenta con las nacionalidades colombiana y española porque tiene documento de identidad española y registro civil de nacimiento colombiano. En expediente digital. Documento: “03 Anexos.pdf”, p. 4 y 1, respectivamente.

⁸ Estos propósitos fueron recogidos de los escritos de demanda que presentó el ICBF ante el Juez de Familia y de tutela que presentó la accionante en el trámite de la referencia. En: expediente digital. Documentos: “0002Escrito de tutela (4).pdf” y “Rta. Juzgado 24 de Familia de Bogota.pdf”.

⁹ Escrito de tutela. En expediente digital. Documento: “0002Escrito de tutela (4).pdf”, pág. 2.

¹⁰ Decreto 457 de 2020. Artículo 5°. Suspensión de transporte doméstico por vía aérea. Suspender a partir de las de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, el transporte doméstico por vía aérea. || Sólo se permitirá el transporte doméstico por vía aérea, en los siguientes casos: || 1. Emergencia humanitaria. || 2. El transporte de carga y mercancía. || 3. Caso fortuito o fuerza mayor.

comunicó su intención de no regresar a España con su hijo. Al respecto, afirmó que era víctima de un trato agresivo por parte de su cónyuge¹¹. Sin embargo, el esposo manifestó no estar de acuerdo con dicha determinación.

11. El 10 de noviembre de 2020, el señor *Manuel* regresó a España sin su hijo. Ese mismo día, la señora *Emilce* denunció un episodio de violencia intrafamiliar entre ellos. Por tal razón, acudió ante la Comisaría de Familia de Engativá para pedir una medida de protección¹².

Proceso de restitución internacional del menor de edad

12. *Solicitud de restitución internacional*. El 27 de noviembre de 2020, el señor *Manuel* acudió al Departamento de Sustracción de Menores del Ministerio de Justicia de España para iniciar el trámite de restitución internacional¹³. El 4 de diciembre siguiente, la Autoridad Central Española puso en conocimiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) los hechos denunciados por el actor¹⁴.

13. *Procedimiento adelantado en España*. El progenitor pidió a las autoridades judiciales españolas que declararan la ilicitud de la retención internacional de su hijo por parte de su madre¹⁵. El 18 de enero de 2021, el Juzgado de Primera Instancia No. 5 de Pontevedra (España) concedió las pretensiones de la solicitud, tras encontrar que se reunían los presupuestos del Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980 (en adelante Convenio de La Haya). De igual forma, sostuvo que el 12 de enero de 2021, convocó a audiencia virtual para practicar pruebas. Sin embargo, la señora *Emilce* no compareció. Por tal razón, la declaró en “*rebeldía procesal*”¹⁶.

14. *Recurso de apelación*. A través de apoderada, la madre del niño interpuso recurso de apelación contra la decisión anterior. Explicó que previamente había solicitado reprogramar la diligencia porque debía acudir al centro médico con su hijo para completar su esquema de vacunación¹⁷. El 21 de enero de 2021, el juzgado inadmitió el recurso presentado debido a que la recurrente no lo subsanó dentro del plazo previsto en la Ley Española¹⁸.

15. *Trámite administrativo adelantado en Colombia*. Luego de que los hechos

¹¹ La actora expuso que una vez en Bogotá, manifestó a sus familiares la crisis que afrontaba con su pareja por los malos tratos que le proporcionaba. En concreto, sentía temor por estar a su lado porque era agresivo verbal, psicológica y físicamente. En escrito de tutela. En expediente digital. Documento: “0002Escrito de tutela (4).pdf”, pág. 2.

¹² Medida de Protección No. 1601/2020 del 18 de noviembre de 2020. En expediente digital. Documento “03 Anexos.pdf”, pp. 62 a 68. La medida fue otorgada provisionalmente pero no de manera definitiva porque no evidenció violencia verbal sino una mala comunicación entre los encartados. En concreto, evidenció que las discusiones en tono alto y agresivo es mutua.

¹³ En expediente digital. Documento “03 Anexos.pdf”, pp.9 a 17.

¹⁴ Solicitud de restitución a España por parte de la Autoridad Central de España. En expediente digital. Documento “h28_4804_expediente.pdf”.

¹⁵ Demanda presentada por *Manuel* en España. En expediente digital. Documento “03 Anexos.pdf”, pág. 21.

¹⁶ Auto del 18 de enero de 2021. En expediente digital. Documento “03 Anexos.pdf”, pág. 28.

¹⁷ Escrito de tutela. En expediente digital. Documento: “0002Escrito de tutela (4).pdf”, pág. 27.

¹⁸ Auto del 27 de enero de 2021. En expediente digital. Documento “03 Anexos.pdf”, pág. 33.

fueran puestos en conocimiento del ICBF por parte de la Autoridad Central de España, el 26 de febrero de 2021, la Defensora de Familia del Centro Zonal Engativá avocó conocimiento de la solicitud. Conforme al artículo 52 del Código de Infancia y Adolescencia¹⁹, ordenó al equipo técnico del ICBF verificar la garantía de los derechos del niño. Como resultado de estas diligencias, se evidenció que el menor de edad tenía sus derechos garantizados con la progenitora²⁰. Por tal razón, esa autoridad se abstuvo de tomar medidas de restablecimiento de derechos.

16. *Audiencia de persuasión.* El 12 de marzo de 2021, el ICBF adelantó la audiencia de persuasión para el retorno voluntario del menor de edad. A dicha diligencia concurrieron, en forma virtual, ambos progenitores de aquel. En este escenario, la madre del niño manifestó no tener intención de restituir su hijo a España. Al respecto, señaló que el señor *Manuel* era una persona violenta y que esto ponía en peligro la integridad personal del niño. Por su parte, el padre del menor de edad relató las actuaciones que había desplegado para el retorno de su hijo, negó las acusaciones de violencia en su contra y precisó lo siguiente: “esos temas puntuales en los que entiendo que una madre aunque por mucho problema que tenga con el padre, debe tener una deferencia con el padre de su hijo, pues no se me ha permitido verlo”. En consecuencia, debido a la imposibilidad de lograr un acuerdo, la diligencia concluyó²¹.

17. *Demanda de restitución internacional de menor de edad.* De conformidad con el Convenio de La Haya de 1980²², el 25 de marzo de 2021, la Defensora de Familia del Centro Zonal de Engativá presentó demanda de restitución internacional. Preciso que ese despacho había agotado el trámite administrativo y que lo que procedía era darle paso a la vía judicial en cumplimiento del artículo 137 de la Ley 1098 de 2006. En tal escenario, pidió: (i) declarar que la retención del niño por parte de su progenitora es ilegal; y (ii) ordenar el retorno del menor de edad a España, su país de residencia habitual.

18. *Sentencia de primera instancia.* El asunto le correspondió por reparto al Juzgado 24 de Familia de Bogotá²³. El 8 de octubre de 2021, dicha autoridad judicial negó las pretensiones de la demanda. Por un lado, dio por acreditado que: (i) el niño sobre quien se reclama la restitución internacional tiene menos de 16 años; (ii) los padres compartían su custodia en España; (iii) el menor de

¹⁹ Ley 1098 de 2006. Artículo 52. En todos los casos en donde se ponga en conocimiento la presunta vulneración o amenazada los derechos de un niño, niña y adolescente, la autoridad administrativa competente emitirá auto de trámite ordenando a su equipo técnico interdisciplinario la verificación de la garantía de los derechos consagrados en el Título I del Capítulo II del presente Código. Se deberán realizar: || 1. Valoración inicial psicológica y emocional. 2. Valoración de nutrición y revisión del esquema de vacunación. || 3. Valoración inicial del entorno familiar, redes vinculares e identificación de elementos protectores y de riesgo para la garantía de los derechos. || 4. Verificación de la inscripción en el registro civil de nacimiento. || 5. Verificación de la vinculación al sistema de salud y seguridad social. || 6. Verificación a la vinculación al sistema educativo.

²⁰ Informes de valoración del equipo interdisciplinario del ICBF. En expediente digital. Documento “03 Anexos.pdf”, pp. 144 a 166.

²¹ Audiencia de Conciliación dentro del Trámite Administrativo de Restitución Internacional de Menores de Edad. En expediente digital. Documento: “06 Memorial 26-03-2022. Defensor de familia.pdf”

²² Aprobado mediante la expedición de la Ley 173 de 1995. Declarado exequible mediante Sentencia C-402 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²³ Acta de reparto del 25 de marzo de 2021. En expediente digital. Documento “04 Acta de reparto.pdf”.

edad está en Colombia; y (iv) la solicitud de restitución internacional fue presentada dentro del año siguiente a la retención. Asimismo, encontró que no eran aplicables las excepciones previstas en el artículo 13 del mencionado Tratado Internacional²⁴. Al respecto, afirmó que el padre que realizó la solicitud no consintió en la retención del niño en Colombia y que no existe prueba de que su restitución genere un grave peligro para el menor de edad²⁵.

19. A pesar de lo anterior, la juez consideró que el traslado del niño a España podría ponerlo en una “*situación intolerable*”²⁶. Indicó que quedó demostrado el “*gran apego*” que el infante siente hacia su progenitora. En concreto, sostuvo que el tiempo que compartieron juntos por la pandemia de COVID-19 afianzó la relación materno-filial. De igual modo, recordó que la progenitora ha procurado sus derechos, por lo que el interés superior está garantizado en Colombia. De esta manera, aseguró que obligar al niño a retornar a España “*sería desarraigarlo tal y como ocurrió cuando salió de [dicho país]*”²⁷.

20. *Recurso de apelación.* El progenitor del niño interpuso recurso de apelación en contra de la decisión anterior. Por un lado, argumentó que el Convenio de la Haya no contempla considerar la situación de pandemia de COVID-19 como tiempo de arraigo del menor de edad en el país donde se encuentra. Por otro, aseveró que es esencial para el niño que su padre tenga una participación efectiva en su crianza, la cual no se puede dar si existe una retención arbitraria. Por último, advirtió que en España los derechos del menor de edad también están garantizados y que no se le dio la fuerza probatoria suficiente a las calidades de vida que el niño puede tener en dicho país²⁸.

21. *Sentencia de segunda instancia.* El 29 de marzo de 2022²⁹, la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó la sentencia de primera instancia. En su lugar, ordenó la restitución internacional del niño al Reino de España y fijó como fecha de entrega el 26 de abril de 2022 a las 10:00 am³⁰. Indicó que la sentencia de primera instancia interpretó de manera equívoca el artículo 12 del Convenio de La Haya,³¹

²⁴ Convenio de La Haya de 1980. Artículo 13. No obstante las disposiciones del artículo anterior, la autoridad judicial o administrativa no estará obligada a ordenar el regreso del niño cuando la persona, institución u organismo que se opusiere a su regreso probare: || a) Que la persona, institución u organismo que cuidaba de la persona del niño no ejercía efectivamente el derecho de guarda en el momento del traslado o no regreso o había consentido o asentido posteriormente a ese traslado o no regreso; || b) Que existe un grave riesgo que el regreso del niño no lo someta a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera no lo coloque en una situación intolerable. || La autoridad judicial o administrativa podrá también negarse a ordenar el regreso del niño si constatare que éste se opone a su regreso y que hubiere alcanzado una edad y madurez en donde mostrare que es conveniente tener en cuenta esta opinión. || En la apreciación de las circunstancias señaladas en el presente artículo, las autoridades judiciales o administrativas deberán tener en cuenta las informaciones suministradas por la Autoridad Central o cualquier otra autoridad competente del Estado donde el niño residiere habitualmente acerca de su situación social.

²⁵ Audiencia del 8 de octubre de 2021. En expediente digital. Documento: “63.2 Grabación audiencia 8 octubre 2021”.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Para este momento el niño tenía 2 años, 8 meses y 15 días.

³⁰ Sentencia de segunda instancia proferida el 21 de marzo de 2022. En expediente digital. Documento: “38DecisióndeSegundaInstanciaRevocatoria.pdf”.

³¹ Convenio de La Haya de 1980. Artículo 12. Cuando un niño hubiere sido ilícitamente trasladado o retenido en el sentido del artículo 3o. y que hubiere transcurrido un período de un año por lo menos a partir del traslado o no regreso antes de la iniciación de la demanda ante la autoridad administrativa o judicial del

porque para analizar el arraigo del menor de edad debía transcurrir al menos un año entre la retención ilícita y la solicitud de restitución. Sin embargo, debido a que dicha condición temporal no se cumplió, no era posible estudiar este tópico³².

22. Asimismo, el Tribunal manifestó que hubo una valoración indebida del interés superior del menor de edad. Al respecto, sostuvo que: (i) la separación del niño de su familia no puede ser considerada como una afectación a su interés superior. Lo anterior, debido a que la jurisprudencia vigente exige que debe acreditarse una circunstancia mayor al riesgo que puede ocasionar un simple cambio de lugar de residencia; (ii) no existe prueba sobre el riesgo de una situación intolerable para el menor de edad en España. En este punto, puso de presente que las valoraciones psicológicas efectuadas al señor *Manuel* demuestran que aquel tiene “una personalidad relativamente estable”³³; y (iii) la conducta procesal de la madre del niño ante las autoridades españolas demuestra “una actitud por lo menos irrespetuosa de las normas legales”³⁴.

Fundamentos de la acción de tutela

23. El 20 de abril de 2022³⁵, *Emilce*, en representación de su hijo menor de edad *Salvador*, interpuso acción de tutela en contra de la decisión adoptada el 29 de marzo de 2022 por el Tribunal Superior de Bogotá. Consideró que la providencia transgredió los derechos fundamentales al debido proceso y la familia, así como los derechos del niño y de la mujer. Por lo anterior, solicitó al juez constitucional: (i) ordenar a la autoridad judicial accionada proferir una nueva decisión; y (ii) como medida provisional, suspender la orden de entrega de su hijo hasta que se decida de fondo la solicitud de amparo constitucional.

24. La accionante argumentó que la referida decisión judicial incurrió en defecto fáctico y sustantivo, por las siguientes razones:

24.1. El Tribunal desconoció los informes presentados por el equipo interdisciplinario del ICBF, en los cuales se corrobora que el menor de edad sobre quien se reclama la restitución internacional tiene garantizados sus derechos fundamentales con la demandante.

24.2. No se acreditó que el progenitor tuviera la capacidad socioeconómica para garantizar los derechos del niño. Tampoco, (i) se verificó el entorno en el que el menor de edad viviría en España; (ii) se garantizó un acompañamiento para que el desarraigo no le genere un perjuicio; y (iii) no quedó claro si el

Estado Contractante (sic) donde se hallare el niño, la autoridad interesada ordenará su regreso inmediato. || La autoridad judicial o administrativa incluso si estuviere enterada después del vencimiento del período de un año previsto en el inciso anterior, deberá también ordenar el regreso del niño a menos que estuviere demostrado que el niño se ha integrado a su nuevo medio. || Cuando la autoridad administrativa o judicial del Estado requerido tuviere motivos para creer que el niño ha sido llevado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de regreso del niño.

³² El Tribunal citó la Sentencia T-202 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

³³ Sentencia de segunda instancia proferida el 21 de marzo de 2022. En expediente digital. Documento: “38DecisióndeSegundaInstanciaRevocatoria.pdf”, pág. 6.

³⁴ Ibid.

³⁵ Acta individual de reparto. En expediente digital. Documento: “0001Acta_de_reparto.pdf”.

derecho a la salud del infante está garantizado en España. En este punto, la accionante cuestionó que el padre pudiera brindar cuidado y afecto a su hijo. Al respecto, señaló que aquel *“no sabe que comida le gusta a Salvador, como calmarlo cuando en las madrugadas se despierta llorando, [ni] en que va su aprendizaje académico”*³⁶.

24.3. Conforme al artículo 12 del Convenio de La Haya, la autoridad judicial excepcionalmente podrá abstenerse de ordenar la restitución internacional, siempre que se logre acreditar que el menor de edad se integró de manera positiva a su nuevo medio social y familiar. En criterio de la actora, esta previsión normativa quedó demostrada porque su hijo: (i) está arraigado, integrado y adaptado a su estado social y familiar en Colombia; y (ii) ha permanecido en Colombia por un tiempo superior a un año. En concreto, señaló que aquel llegó al país el 12 de diciembre de 2019 y que, desde allí, ha generado lazos afectivos con su familia materna.

24.4. La sentencia no tuvo en cuenta que el niño y la actora han tenido un vínculo fuerte porque aquella lo ha acompañado en todas las etapas de su vida, desde su nacimiento. En esta perspectiva, citó el informe rendido por la trabajadora social del ICBF, el cual encontró: *“i. Que se trata de un niño muy pequeño [...] donde es evidente el vínculo fuerte que el niño maneja con la madre, por la cercanía que existe entre los dos, la respuesta afectiva y asertiva que el niño también tiene hacia la abuela: ii. Que se evidenciaron manifestaciones de apego del niño hacia la madre [...]”*³⁷. De esta suerte, la autoridad judicial no evaluó el grave perjuicio que le puede ocasionar a su hijo el tener que desprenderse de su madre y de su familia materna.

24.5. La actora afirmó que no puede regresar a España y estar al pendiente de su hijo porque fue víctima de malos tratos por parte del padre del niño. Sobre este particular, destacó que la decisión judicial debe garantizar sus derechos como mujer y que debe tenerse en cuenta los antecedentes de violencia psicológica que sufrió.

24.6. Consideró que la valoración de la conducta procesal por parte del Tribunal carece de razonabilidad. La demandante indicó que, en su momento, las autoridades españolas le negaron su derecho de defensa porque solicitó con anterioridad a la audiencia su suspensión por la ausencia de apoderado judicial que representara sus intereses y dicha petición no fue atendida.

Actuaciones procesales en sede de tutela

25. *Auto que avocó conocimiento.* El 21 de abril de 2022, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia admitió la acción de tutela. Vinculó a la Procuraduría Judicial de Bogotá, al ICBF, a la Defensoría de Familia del ICBF del Centro Zonal de Engativá, a la Defensoría del Pueblo y al señor *Manuel*. Les concedió el término de un día para que ejercieran sus derechos de defensa

³⁶ Ibid., pág. 8.

³⁷ Escrito de tutela. En expediente digital. Documento: *“0002Escrito de tutela (4).pdf”*, pág. 9.

y contradicción³⁸. De igual forma, negó la medida provisional solicitada porque la tutelante no acreditó “*la apariencia de buen derecho*”³⁹ que exige el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991⁴⁰.

26. *Reiteración de solicitud de medida provisional*. El 2 de mayo de 2022⁴¹, la accionante pidió nuevamente al juez constitucional que suspenda la orden judicial de entrega de su hijo al señor *Manuel*. Argumentó que el menor de edad ha enfrentado quebrantos de salud que le han ocasionado dos incapacidades de siete días. Por lo tanto, manifestó que aquel no está en condiciones de ser entregado a su progenitor.

27. *Decisión de medida provisional*. El 4 de mayo de 2022⁴², la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decretó como medida provisional suspender la orden dispuesta en la sentencia del 29 de marzo de 2022, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá. En tal sentido, el cumplimiento de aquella quedó condicionado a que se finiquite el trámite constitucional.

Respuesta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá⁴³

28. Señaló que, mediante Oficio No. BM-0170 del 8 de abril de 2022, devolvió al Juzgado 24 de Familia de Bogotá las actuaciones objeto de reproche. Lo expuesto, tras proferir la decisión de segunda instancia.

Respuesta del Juzgado 24 de Familia de Bogotá⁴⁴

29. Remitió el expediente digital del proceso de restitución internacional del menor de edad, el cual contiene los cuadernos de primera y segunda instancia. Afirmó que no ha vulnerado los derechos de la accionante ni de las partes y que ha cumplido con la decisión proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.

Respuesta de *Manuel*⁴⁵

30. De un lado, denunció que su hijo no le ha sido entregado debido a que la

³⁸ Auto que avoca la acción de tutela. En expediente digital. Documento: “0004Auto admisorio.pdf”.

³⁹ Ibid., pág. 2.

⁴⁰ Decreto 2591 de 1991. Artículo 7°. MEDIDAS PROVISIONALES PARA PROTEGER UN DERECHO. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. || Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante. || La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible. || El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso. || El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado.

⁴¹ Recibido el 2 de mayo de 2023. En expediente digital. Documento: “0060Informe_secretarial.pdf”.

⁴² Decisión sobre la medida cautelar. En expediente digital. Documento: “0084Asunto que continua en discusion.pdf”.

⁴³ Respuesta del Tribunal accionado. En expediente digital. Documento: “0012Memorial.pdf”.

⁴⁴ Respuesta del Juzgado accionado “0010Informe_secretarial.pdf”

⁴⁵ Respuesta del progenitor del menor de edad. En expediente digital. Documento: “0023Informe_secretarial.pdf”.

progenitora de aquel informó que estaba hospitalizado. De otro, pidió ordenar que, en el evento en que no le sea restituido el niño, se le permita visitarlo en el lugar en que se encuentre.

Respuesta del Defensor de Familia del ICBF⁴⁶

31. Coadyuvó las pretensiones de la demandante. Expuso que, a pesar de que están acreditados los presupuestos del Convenio de La Haya de 1980 para exigir la restitución internacional del menor de edad, también está demostrado que el niño ha *“adquirido un arraigo único con su madre, y el grupo familiar cercano que reside en Colombia”*⁴⁷. Por lo anterior, destacó que en este país el niño cuenta con las condiciones sociales necesarias para desarrollarse adecuadamente y que su traslado a España podría ocasionarle una situación gravosa, por tener que ser apartado de su madre.

Respuesta del Procurador 26 Judicial II de Familia⁴⁸

32. Expuso que la retención ilícita del menor de edad ocurrió el 2 de noviembre de 2020, fecha en la cual la demandante informó que no regresaría con su hijo a España. Por su parte, la solicitud de restitución internacional fue realizada el 27 del mismo mes y año. En consecuencia, debido a que no transcurrió un plazo superior a un año entre uno y otro evento, sostuvo que en este caso no era necesario estudiar el arraigo del niño. Por lo tanto, el Tribunal interpretó debidamente las normas aplicables al caso concreto.

33. Sin embargo, afirmó que la sentencia de segunda instancia no hizo una valoración completa del interés superior del menor de edad, porque no estudió el impacto que genera su separación respecto de su madre y de su familia materna. En este punto, resaltó que quedó acreditado el vínculo entre el menor de edad y su progenitora. De manera que su traslado podría generar una situación intolerable, pues un ambiente familiar, social y cultural completamente extraño podría traer afectaciones a su desarrollo emocional y psicológico.

Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia⁴⁹

34. El 18 de mayo de 2022, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo y levantó la medida provisional decretada. Consideró que la decisión del Tribunal accionado no incurrió en defecto fáctico ni sustancial. Lo anterior, porque aquel: (i) evaluó las pruebas relacionadas con la integración del niño y las condiciones en las que vivía. En concreto, tuvo en cuenta los distintos informes rendidos por el grupo interdisciplinar del ICBF; (ii) aplicó el marco normativo y jurisprudencial sobre la restitución

⁴⁶ Respuesta de la Defensora de Familia. En expediente digital. Documento: “0028Memorial.pdf”.

⁴⁷ Ibid., pág. 2.

⁴⁸ Respuesta de la Procuraduría General de la Nación. En expediente digital. “0041Memorial.pdf”.

⁴⁹ Sentencia de primera instancia. En expediente digital. Documento: “0129Fallo primera instancia.pdf”.

internacional de menores de edad; (iii) tuvo en cuenta el interés superior del niño porque concluyó que aquel tenía garantizados sus derechos con cualquiera de los dos progenitores; (iv) argumentó que la situación de violencia denunciada por la accionante fue definida por la Comisaría de Familia de Engativá; y (v) aplicó la regla contenida en el artículo 280 del Código General del Proceso, que exige valorar la conducta procesal de las partes.

35. *Aclaración de voto*⁵⁰. El magistrado Francisco Ternera Barrios acompañó la decisión mayoritaria de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, aclaró que en esta clase de asuntos debe prevalecer el interés superior del menor de edad. En tal sentido, la orden de restitución internacional del niño no debe privar el derecho del niño a tener relacionamiento con su progenitora.

Impugnación⁵¹

36. El 3 de junio de 2022, la accionante impugnó la decisión de primera instancia. Insistió en la configuración de un defecto fáctico por la indebida valoración del acervo probatorio y, en especial, de los informes de arraigo rendidos por el ICBF. Afirmó que está probado que el menor de edad se ha integrado de manera positiva a su entorno familiar en Colombia. Manifestó que tampoco se valoró el interés superior del niño por dos razones: (i) se dejó a un lado los testimonios con los cuales se acreditaron los lazos que el niño tiene con la familia materna; y (ii) no se constató que el lugar en el que reside el progenitor esté debidamente adecuado para el menor de edad. En particular, refirió que el progenitor no reside en el inmueble que mostró en el curso del proceso.

37. De otro lado, explicó que no se tuvieron en cuenta los hechos de violencia de género que fueron denunciados ante las autoridades de familia, ni el “*perfil agresivo*”⁵² del progenitor del niño. En tal sentido, sostuvo que el Tribunal accionado y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema desatendieron su deber de administrar justicia con enfoque de género. Por lo anterior, consideró que existe el riesgo de que el retorno del menor de edad lo exponga a un grave peligro o a una situación intolerable.

38. Por último, reiteró que la valoración de su conducta procesal fue inadecuada, porque el Tribunal no tuvo en cuenta sus razones para no comparecer a la diligencia programada por el Juzgado de Pontevedra No. 5 de España.

Sentencia de segunda instancia⁵³

39. El 29 de junio de 2022, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema

⁵⁰ Aclaración de voto. En expediente digital. Documento: “0131Aclaracion de voto Dr. Tenera.pdf”

⁵¹ Impugnación presentada por la actora.

⁵² Ibid., pág. 18.

⁵³ Sentencia de segunda instancia. En expediente digital. Documento: “STL8823-2022 (98223).pdf”.

de Justicia confirmó la decisión de primera instancia, que negó la acción de tutela y levantó la medida provisional decretada. Consideró que la sentencia acusada no fue arbitraria, caprichosa o carente de fundamento. Afirmó que los argumentos presentados por la demandante buscan controvertir el fondo de una decisión adoptada por su juez natural, fruto de un análisis completo de la situación y el material probatorio aportado al proceso.

Actuaciones en sede de revisión

Decreto oficioso de pruebas

40. El 11 de mayo de 2023, el magistrado sustanciador decretó pruebas de oficio. Al respecto, solicitó a: (i) la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá y al Juzgado 24 de Familia de la misma ciudad que remitieran copia íntegra del expediente del proceso de restitución internacional del menor de edad; y (ii) al ICBF que enviara copia íntegra del expediente administrativo y de todos los elementos relacionados con el proceso de restitución internacional promovido por *Manuel*. Adicionalmente, pidió la remisión de la totalidad del expediente objeto de revisión.

Respuesta de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá⁵⁴ y el Juzgado 24 de Familia de Bogotá⁵⁵

41. En correos separados, remitieron la totalidad del expediente del proceso de restitución internacional del menor de edad *Salvador*. Al respecto, se evidenció que, conforme al acta del 14 de junio de 2022, el niño fue entregado a su padre y restituido a España⁵⁶. En particular, la Sala recibió, entre otros, los siguientes documentos:

- Informe de Valoración Psicológica del ICBF del 2 de marzo de 2021.
- Informe de Valoración Sociofamiliar del ICBF del 2 de marzo de 2021.
- Informe de Verificación de Garantía de Derechos, Alimentación, Nutrición y Vacunación del ICBF del 15 de marzo de 2021.
- Registro Civil de Nacimiento del menor de edad *Salvador*.
- Registro Civil de Matrimonio entre *Emilce* y *Manuel*.
- Solicitud de restitución internacional del menor de edad ante las autoridades españolas.
- Demandas de custodia, divorcio y restitución internacional del menor de edad ante las autoridades judiciales de España y su consecuente trámite.
- Informe Psicológico de *Manuel* del 11 de diciembre de 2020, proferido por la profesional Verónica Barros Iglesias.
- Informe de Intervención Psicológica del 4 de marzo de 2021, proferido por la Cámara Colombiana de la Conciliación.
- Algunos videos del menor de edad en los cuales se observa que

⁵⁴ Respuesta del Tribunal accionado. En expediente digital. Documento: “Rta. Tribunal Superior de Bogota - Sala Familia.pdf”.

⁵⁵ Respuesta del Juzgado accionado. En expediente digital. Documento: “Rta. Juzgado 24 de Familia de Bogota.pdf”.

⁵⁶ Acta de entrega del niño *Salvador*. En expediente digital.

comparte con su familia materna y con su padre.

- Las actas de las diligencias procesales adelantadas ante el Juzgado 24 de Familia y su respectivo soporte audiovisual.

Respuesta del ICBF⁵⁷

42. Remitió las actuaciones administrativas realizadas en el marco de la restitución internacional del menor de edad *Salvador*. Por medio de aquellas, la Sala evidenció:

- La solicitud de restitución internacional del menor de edad por parte de la Autoridad Central Española del 4 de diciembre de 2020.
- El acta de conciliación fallida para verificación de derechos de *Salvador* del 4 de mayo de 2022.
- Informe de acompañamiento de visita entre el padre y el niño del 5 de mayo de 2022.
- El acta de la audiencia de conciliación del 17 de mayo de 2022.
- El acta de entrega de *Salvador* del 14 de junio de 2022.

Remisión del expediente completo⁵⁸

43. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia aportó las piezas procesales que no habían sido allegadas al expediente digital, en el marco del proceso de tutela objeto de revisión.

Intervención de *Emilce*⁵⁹

44. Remitió la sentencia proferida el 18 de mayo de 2023 por el Juzgado 14 de Familia de Bogotá que confirmó la decisión dictada por la Comisaría Décima de Familia de la Localidad de Engativá, del 16 de diciembre de 2022. A través de aquella, se impuso una medida de protección en favor de la demandante y se le ordenó al señor *Manuel* abstenerse de realizar “cualquier acto de violencia verbal o psicológica, efectuar actos de amenaza, degradación, ofensa o humillación” y asistir a “psicoterapia reeducativa encaminada a lograr el manejo y control de la ira, la mejora de las relaciones interpersonales, solución pacífica de conflictos y respeto por las personas”⁶⁰. En esa decisión, el juez indicó que “Conforme con los antecedentes del proceso, de entrada, debe advertirse que el Juzgado comparte la apreciación del fallador de instancia al determinar que, en el presente caso, existe riesgo de que la señora *Emilce* pueda ser víctima de cualquier forma de maltrato por parte de su expareja, el señor *Manuel*, con quien, además, tiene un hijo en común; lo que justifica la necesidad de imponer una medida de protección en su favor para garantizar oportuna y eficazmente sus derechos”.

⁵⁷ Respuesta del ICBF. En expediente digital. Documento: “*Rta. ICBF.pdf*”.

⁵⁸ Respuesta de la Corte Suprema de Justicia. En expediente digital. Documento: “*Rta. Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral I.pdf*”.

⁵⁹ Intervención de la accionante.

⁶⁰ *Ibid.*, pág. 4.

Traslado de pruebas

45. Con ocasión del traslado de pruebas efectuado por la Secretaría de esta Corporación, el día 2 de junio de 2023, la accionante presentó una nueva intervención.

Intervención de *Emilce*⁶¹

46. Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de impugnación. Insistió en que no se valoró el interés superior del niño porque las autoridades judiciales no han tenido en cuenta que aquella ha garantizado los derechos de su hijo. Refirió que la separación del niño podría traer consecuencias adversas para aquel, debido a la dependencia afectiva que siente hacia su madre. Recordó que la justicia debe administrarse con un enfoque de género, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. También, refirió episodios de malos tratos de forma presencial⁶² y a través de mensajes de WhatsApp⁶³.

Intervención de la Defensoría del Pueblo

47. El 22 de junio de 2023, el Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales y Legales presentó intervención en la que manifestó “Al corroborar cuál es el entorno en el que se desarrolla la vida de *Salvador* y de su progenitora, se hace visible que la protección constitucional invocada encuentra pertinencia, toda vez que pretende el señor *Manuel* poner por encima del interés superior de *Salvador*, su propio deseo de mantenerlo en España, lo que claramente implicaría someterlo a un cambio de entorno y desarraigo afectivo que amenazaría su cabal desenvolvimiento.” Luego, expresó “(...) en procura de elevar la voz en favor de los derechos de *Salvador*, la Defensoría del Pueblo acude al artículo 13 en comentario, para sostener que la autoridad judicial o administrativa podrá negarse a ordenar la restitución del menor (i) si comprueba que el propio menor se opone (lo que implica tener en cuenta sus opiniones); o también, (ii) si al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor. Si bien la Convención regula los alcances y consecuencia del instrumento jurídico, en modo alguno puede entenderse que los derechos superiores del menor, cedan o puedan resultar desconocidos por dar prevalencia a una visión eminentemente legalista (...) A la par de los elementos de prueba acopiados debe defenderse la enfática solicitud que el menor permanezca al lado de su madre y dentro del territorio que hoy figura como su nuevo hogar.”

48. De igual forma, indicó que “Resulta evidente que la determinación que

⁶¹ Respuesta de la actora. En expediente digital. Documento: “*Rta. Lina Consuegra Apoderada Accionante (después de traslado).pdf*”

⁶² En concreto, expresa que el padre del niño le tiró las llaves del carro en la cara, se tiraba al suelo y golpeaba las paredes.

⁶³ Entre otras, la actora citó las Sentencias T-027 de 2017, M.P. Aquiles Arrieta y 735 de 2017, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

está pendiente en cabeza de la Corte Constitucional implica una valoración de alta sensibilidad, que trae consigo incluso, el deber de evaluar como ese desarrollo integral del menor, puede compaginarse con las expectativas e intereses de los progenitores respecto de su necesidad o deseo de tenerlo consigo, habida cuenta que, al parecer, en este caso, aun no se ha resuelto conforme a la ley lo atinente a la custodia del menor.”

II. CONSIDERACIONES

Competencia

49. La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del proceso de la referencia. Ello, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de análisis

50. En esta oportunidad, la Sala estudia la sentencia proferida por la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., la cual ordenó la restitución internacional del niño *Salvador* al Reino de España. Lo anterior, tras acreditar que el menor de edad estaba retenido ilícitamente en Colombia por parte de su madre.

51. La accionante cuestionó dicha decisión judicial. Al respecto, sostuvo que la autoridad judicial: (i) no valoró los informes del ICBF en los cuales se concluye que ha garantizado los derechos del niño; (ii) inaplicó la excepción de arraigo prevista en el artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980; (iii) no tuvo en cuenta el lazo afectivo entre el niño y la madre ni (iv) los hechos de violencia intrafamiliar de los que ha sido víctima; (v) no analizó la capacidad del progenitor para tener a su cargo al menor de edad; y (vi) valoró indebidamente su conducta procesal.

52. El amparo busca la protección de los derechos fundamentales “*del niño, el debido proceso y la mujer*”⁶⁴. En consecuencia, pide que el juez de tutela ordene al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá proferir una nueva decisión por medio de la cual se subsanen las irregularidades alegadas.

53. Durante el trámite, la Sala tuvo conocimiento de que el niño fue entregado al padre el 14 de junio de 2022, según el acta que obra en el expediente de la misma fecha.

54. Con el fin de resolver este asunto, en primer lugar, debe analizarse si se presenta un daño consumado en el expediente de la referencia. De verificarse la ausencia de este fenómeno, en segundo lugar, establecerá si se cumplen los requisitos generales de procedencia de la tutela contra decisiones judiciales. En caso de que aquellos estén cumplidos, en tercer lugar, planteará el

⁶⁴ Escrito de tutela. En expediente digital. Documento: “0002Escrito de tutela (4).pdf”, pág. 1.

problema jurídico de fondo.

Cuestión previa: ausencia de carencia actual de objeto por daño consumado

55. En reiterada jurisprudencia⁶⁵, esta Corporación ha expresado que existen tres hipótesis en las que se configura el fenómeno de la carencia actual de objeto: (i) cuando se presenta un daño consumado; (ii) cuando existe un hecho superado; y (iii) cuando ocurre un hecho sobreviniente que hace inocuo el objetivo de la sentencia⁶⁶. En particular, el daño consumado se presenta cuando se ejecuta el daño o la afectación que se pretendía evitar con la acción de tutela. De esta manera, el juez constitucional no puede dar una orden al respecto con el fin de hacer que cese la vulneración o impedir que se materialice el peligro.

56. En relación con los hechos que se estudian en esta oportunidad, la accionante pidió al juez constitucional (i) ordenar a la autoridad judicial accionada proferir una nueva decisión; y (ii) como medida provisional, suspender la orden de entrega de su hijo hasta que se decida de fondo la solicitud de amparo constitucional⁶⁷. Sin embargo, debido a que la sentencia de segunda instancia confirmó la decisión de negar el amparo solicitado, esta Corporación pudo comprobar que el niño fue entregado a su padre y restituido a España, según consta en acta del 14 de junio de 2022⁶⁸.

57. Para la Sala, esta situación en modo alguno configura el fenómeno de la carencia actual de objeto por daño consumado. Por el contrario, la presunta vulneración que relata la accionante es actual y se mantiene en el tiempo. Esto, porque el estado actual de la situación evidencia que se ha ejecutado una sentencia que, en principio, podría tener vicios de constitucionalidad por afectar los derechos de un sujeto de especial protección constitucional, en concreto, el hijo menor de edad de la actora. De ser constatado lo anterior, la Sala advierte que podría proferir órdenes dirigidas a garantizar los derechos del niño que presuntamente fueron desconocidos⁶⁹. De este modo, no se encuentra acreditado que se haya producido el daño consumado con la materialización de la orden de entrega del niño a su padre, que reside en España, pues la vulneración de los derechos fundamentales se mantendría en la actualidad.

Procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales

58. El artículo 86 de la Constitución establece que la tutela procede contra la “*acción o la omisión de cualquier autoridad pública*”. Esta categoría también cobija a las autoridades judiciales porque, en ejercicio de la función de administrar justicia, tienen la obligación de ajustarse a la Constitución y a la

⁶⁵ Sentencia T-970 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y Sentencia T-218 de 2022, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶⁶ Sentencia T-120 de 2022 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶⁷ Escrito de tutela. En expediente digital. Documento: “0002Escrito de tutela (4).pdf”.

⁶⁸ Acta de entrega del niño Salvador. En expediente digital.

⁶⁹ Así lo ha hecho esta Corte. Por ejemplo, en la Sentencia T-088 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

ley. De manera que aquellas están llamadas a garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos reconocidos en la Constitución⁷⁰.

59. Por lo anterior, la Corte ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales que quebranten los derechos fundamentales de las personas y se aparten de los mandatos constitucionales. Sin embargo, su carácter es excepcional porque en principio no puede desconocerse los principios de la cosa juzgada, la autonomía judicial, la seguridad jurídica y la naturaleza subsidiaria que caracteriza a la acción de tutela⁷¹.

60. De conformidad con la Sentencia C-590 de 2005⁷² y el precedente pacífico de esta Corporación⁷³, los requisitos excepcionales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) la legitimación en la causa, por activa y por pasiva; (ii) que el asunto tenga *relevancia constitucional*; (iii) que se haya agotado el requisito de *subsidiariedad*; (iv) que se cumpla el requisito de *inmediatez*; (v) cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que aquella tuvo un *efecto determinante* en la sentencia que se impugna; (vi) que la parte actora identifique los hechos que generaron la violación y los derechos vulnerados; y (vii) que no se trate de sentencias de tutela.

Examen de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales en el caso que se analiza

61. En este caso se cumplen todos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales previstos en la jurisprudencia de la Corte. A continuación, la Sala se referirá a cada uno de ellos.

Legitimación en la causa

62. De una parte, la legitimación por activa encuentra sustento en el artículo 86 de la Constitución. Aquel establece que cualquier persona puede interponer la acción de tutela “*por sí misma o por quien actúe en su nombre*”, con el fin de reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad o por el actuar de particulares con algunas condiciones. En el caso objeto de estudio, la acción de tutela fue formulada por la actora en nombre propio y de su hijo menor de edad⁷⁴, con el fin de proteger los derechos fundamentales del niño, de la familia, de la mujer y del debido proceso.

⁷⁰ Cfr. Sentencia T-167 de 2022, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y SU-061 de 2023, M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁷¹ Ver Sentencia T-283 de 2013; M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Tomado de Sentencia T-167 de 2022, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

⁷² M.P. Manuel José Cepeda. Este precedente ha sido reiterado entre otros en las Sentencias: SU-116 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuatras; SU-333 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-113 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷³ Ver Sentencia SU-061 de 2023, M.P. Diana Fajardo Rivera; T-033 de 2023, M.P. Natalia Ángel Cabo; entre muchas otras.

⁷⁴ Conforme al registro civil de nacimiento, los padres del niño Salvador son Emilce y Manuel. En registro civil de nacimiento del menor de edad. En expediente digital. Documento: “03 Anexos.pdf”, pág. 1.

Conforme al artículo 10 del Decreto 2591 de 1991⁷⁵, es claro quien presenta la acción de tutela está legitimada para solicitar la protección de sus derechos y los de su hijo menor de edad. Conforme a lo expuesto, la legitimación por activa está comprobada⁷⁶.

63. De otra parte, la legitimación por pasiva hace referencia a la capacidad legal de quien está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental⁷⁷. Conforme a los artículos 86⁷⁸ de la Constitución y 1º⁷⁹ del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad y frente a particulares. En este caso, la solicitud de amparo se dirigió contra la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Aquella autoridad profirió la sentencia del 29 de marzo de 2022, reprochada en esta oportunidad. Por lo anterior, el presupuesto de legitimación por pasiva está acreditado.

Relevancia constitucional

64. La jurisprudencia de este Tribunal ha señalado que esta exigencia persigue tres finalidades: (i) preservar la competencia y la independencia de los jueces de las jurisdicciones diferentes a la constitucional, con el propósito de evitar que la tutela se utilice para discutir asuntos de mera legalidad; (ii) restringir el ejercicio de la acción de tutela a cuestiones con impacto y alcance constitucional; y, finalmente, (iii) impedir que esta se convierta en un recurso o instancia adicional para controvertir las decisiones de los jueces o para reabrir debates jurídicos zanjados⁸⁰.

65. La Sala considera que el debate en el proceso de tutela tiene una evidente relevancia constitucional. Por un lado, a juicio de la demandante, las modalidades de defecto sustantivo y defecto fáctico en que incurrió el Tribunal accionado repercuten en la satisfacción de los derechos fundamentales del niño y de su interés superior, el cual goza de una especial

⁷⁵ Decreto 2591 de 1991. Artículo 10. *“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.*

⁷⁶ Adicionalmente, el artículo 306 del Código Civil señala que: *“la representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres”.* En tal sentido, la interposición de la acción de tutela se adecúa a este precepto normativo.

⁷⁷ Ver Sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-373 de 2015 y T-098 de 2016 ambas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

⁷⁸ Artículo 86 de la Carta. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

⁷⁹ Artículo 1º del Decreto 2591 de 1991. Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

⁸⁰ Sentencia SU-128 de 2021, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

protección constitucional⁸¹. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que los asuntos son de relevancia constitucional cuando involucran los derechos fundamentales de los niños, los cuales son prevalentes en el ordenamiento jurídico⁸².

66. Por otro, la actora adujo que la decisión judicial impacta de manera negativa en la efectividad del derecho que tiene como mujer a vivir una vida libre de violencias⁸³ y su efecto en el desarrollo integral del niño. Por lo anterior, la relevancia constitucional de este caso radica, adicionalmente, en la necesidad de analizar si la autoridad judicial tuvo en cuenta una perspectiva de género al momento de proferir la decisión censurada mediante acción de tutela⁸⁴.

Subsidiariedad

67. Conforme al artículo 86 de la Constitución, el principio de subsidiariedad implica que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. También es procedente el amparo cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección. No obstante, el presupuesto de subsidiariedad debe analizarse en cada caso concreto, por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, este Tribunal ha determinado que hay dos excepciones que justifican su procedibilidad⁸⁵:

(i) Cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo ni eficaz, procede el amparo como mecanismo definitivo. Lo anterior, conforme a las circunstancias especiales del caso que se estudia; y,

(ii) Cuando, a pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En estos eventos, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

68. Cuando se trata de acciones de tutela contra providencias judiciales, la Corte ha advertido que es necesario que el accionante haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial para que la acción de tutela sea procedente. De tal manera que la acción constitucional no es procedente cuando se pretende reabrir etapas procesales que se encuentran agotadas porque no se presentaron los recursos respectivos⁸⁶.

69. Para el caso objeto de estudio, la Sala observa que la decisión atacada fue

⁸¹ Ver, entre otras, Sentencias T-881 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería y T-200 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁸² Sentencia T-033 de 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁸³ Convención Interamericana de Belém do Pará. Artículo 3. Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

⁸⁴ Cfr. Sentencia SU-021 de 2021, M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁸⁵ Sentencia T-662 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁸⁶ Sentencia T-103 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

dictada en un proceso de doble instancia que no admite la interposición de recurso extraordinario alguno. En efecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que las sentencias proferidas en el marco de restitución internacional de menores de edad no son susceptibles de ser impugnadas a través del recurso extraordinario de casación⁸⁷. Puntualmente, ha dicho que:

“[D]entro de los fallos que en forma expresa determina el artículo 334 [CGP] no se encuentra el dictado en los asuntos de restitución internacional de menores, así se trate de procesos declarativos, por cuanto, se itera, con excepción de los pronunciados en las acciones de grupo o los que versen sobre el estado civil, presupuesto ineludible para la procedencia del recurso de casación es que los pedimentos sean esencialmente económicos y que el valor actual de la resolución desfavorable al acusador sea superior a los preindicados 1.000 salarios; requisitoria que no se satisface en las contiendas de restitución internacional de menores de edad, por la sencilla razón de que, atendida su naturaleza jurídica, ellas solo proponen obtener la decisión a través de la cual se ordene la reincorporación del menor al lugar de su residencia habitual”⁸⁸

70. Por lo anterior, la Sala observa que está acreditado el requisito de subsidiariedad en el asunto de la referencia, por cuanto no existe recurso que hubiese podido ejercer la ahora accionante para hacer valer los derechos constitucionales alegados.

Inmediatez

71. El requisito de inmediatez implica que la acción de tutela se debe formular en un término razonable y proporcionado, contado a partir del hecho generador de la vulneración. La jurisprudencia constitucional ha señalado que esta exigencia es más estricta cuando se interpone en contra de una providencia judicial, pues en estos casos está involucrado el respeto a los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada⁸⁹.

72. En este caso, la sentencia de segunda instancia de la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá fue proferida el 29 de marzo de 2022. Por su parte, la acción de tutela fue interpuesta el 20 de abril del mismo año. La Sala concluye que el transcurso de veintidós días para la interposición del amparo constitucional es un plazo razonable y oportuno. Por tal razón, el requisito de inmediatez está acreditado.

Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo en la providencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto No. AC3940-2021 del 8 de septiembre de 2021, M.P. Hilda González Neira.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Auto No. AC4366-2017 del 11 de julio de 2017, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

⁸⁹ Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, reiterada en la Sentencia SU-108 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

73. En el caso concreto no se alega una irregularidad en el procedimiento seguido, por cuanto las presuntas anomalías que se cuestionan son de carácter sustancial y referidos a la sentencia censurada, concretamente, en relación con la valoración probatoria y la aplicación e interpretación de la normativa que regula el asunto resuelto por la autoridad judicial accionada. Por tal razón, dicho requisito no será valorado para efectos de determinar la procedencia de la presente acción.

Identificación razonable de los hechos y de las razones que fundamentan la solicitud de amparo

74. La Sala verifica que se satisface este requisito. En efecto, la accionante expuso la situación fáctica que dio origen al proceso de restitución internacional de su hijo menor de edad. Asimismo, explicó con claridad los defectos que atribuyó a la sentencia que se cuestiona. En concreto, argumentó que la autoridad judicial: (i) no valoró los informes del ICBF en los cuales se concluye que aquella garantiza los derechos del niño; (ii) inaplicó la excepción de arraigo prevista en el artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980; (iii) desconoció el lazo afectivo entre el niño y la madre; (iv) no tuvo en cuenta los hechos de violencia intrafamiliar de los que ha sido víctima; (v) no analizó la capacidad socioeconómica del progenitor para tener a su cargo al menor de edad; y (vi) valoró indebidamente su conducta procesal.

La acción de tutela no se dirige contra un fallo de tutela ni una sentencia de constitucionalidad

75. La demandante cuestionó la sentencia del 29 de marzo de 2022 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el marco de un proceso de restitución internacional de un menor de edad. De manera que la acción de tutela no se dirige contra un fallo de tutela, una sentencia de constitucionalidad de esta Corporación, ni una decisión judicial sobre el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, en los términos de la jurisprudencia constitucional⁹⁰.

76. Así las cosas, la Sala encuentra acreditados todos los requisitos generales de procedencia de la tutela contra sentencias. Por lo tanto, a continuación, procede a formular los problemas jurídicos y a estudiar el asunto de fondo que plantea el caso *sub júdice*.

Problema jurídico y metodología de decisión

77. Con base en lo anterior, la Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

77.1. ¿Se configura un defecto fáctico cuando, en el marco de un proceso de restitución internacional de un menor de edad, la autoridad judicial no valora las pruebas allegadas al proceso con fundamento en el interés superior del niño y la perspectiva de género, ante un posible escenario de violencia contra

⁹⁰ Sentencia SU-355 de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

la mujer?

77.2. ¿La falta de consideración de la excepción de grave riesgo consagrada en el Convenio de la Haya de 1980, en el marco de un proceso de restitución internacional de un menor de edad, ante la existencia de indicios de violencia de género en contra de su progenitora, supone un defecto sustantivo por desconocimiento del interés superior del niño y de la perspectiva de género?

78. Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala abordará los siguientes asuntos: (i) los defectos fáctico y sustantivo, como requisitos específicos de la acción de tutela contra providencia judicial; (ii) el interés superior del niño y el derecho que tienen los menores de edad a tener una familia y no ser separados de ella; (iii) la naturaleza jurídica de los procesos de restitución internacional de los menores de edad; (iv) el enfoque de género que debe tenerse en cuenta en las decisiones judiciales relativas a los procesos de restitución internacional de menores de edad; y (v) resolverá el caso concreto.

Causales específicas de procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia

79. Además de los requisitos generales verificados previamente, conforme la jurisprudencia constitucional, es necesario que se acredite al menos una de las siguientes causales específicas para que la acción de tutela proceda contra una sentencia judicial⁹¹:

79.1. Defecto orgánico: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia.

79.2. Defecto procedimental absoluto: surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley.

79.3. Defecto fáctico: se presenta cuando la decisión impugnada no cuenta con el apoyo probatorio, que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión o en el evento en que se desconocen pruebas que tienen influencia directa en el sentido del fallo.

79.4. Defecto material o sustantivo: tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales⁹²; existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión; se deja de aplicar una norma exigible en el caso o se otorga a la norma jurídica un sentido que no tiene.

79.5. El error inducido: acontece en el caso en que la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales.

79.6. Decisión sin motivación: se presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de

⁹¹ Sentencia C-590 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁹² Sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan.

79.7. Desconocimiento del precedente⁹³: se configura en el evento en que por vía judicial se ha fijado el alcance sobre determinado asunto y el funcionario judicial desconoce la regla jurisprudencial establecida. En estas circunstancias, la acción de tutela busca garantizar la eficacia jurídica del derecho fundamental a la igualdad.

79.8. Violación directa de la Constitución: que se deriva del principio de supremacía constitucional, el cual reconoce a la Carta Política como un supuesto plenamente vinculante y con fuerza normativa.

80. Debido a la relevancia que tienen los defectos fáctico y sustantivo para la resolución del caso concreto, la Sala caracterizará cada uno de ellos.

Caracterización del defecto fáctico

81. Esta figura se configura a partir de una doble dimensión: (i) *positiva*, cuando el juez admite pruebas que no ha debido valorar. Lo anterior, bien sea porque aquellas son ilícitas o porque se dan por probados supuestos de hecho, sin que exista prueba de ellos⁹⁴; y (ii) *negativa*, cuando la autoridad niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional, caprichosa u omite por completo su valoración⁹⁵.

82. Por lo anterior, el defecto fáctico parte de la existencia de deficiencias probatorias para tomar la decisión judicial. Puntualmente, aquel se materializa cuando un juez, al tomar una decisión: (i) valoró una prueba que no se encontraba adecuadamente recaudada; (ii) llegó a una conclusión equivocada; (iii) se abstuvo de darle valor a elementos probatorios determinantes que eran parte del litigio; o (iv) se negó a practicar ciertas pruebas sin justificación⁹⁶. En tal sentido, la acción de tutela busca evitar que los jueces se separen de los hechos que están probados o tomen una determinación que carezca de sustento fáctico⁹⁷.

83. Esta Corporación ha sostenido que los jueces cuentan con un amplio margen de autonomía para valorar los elementos de juicio que sean puestos en su conocimiento y formarse libremente en su convencimiento. Sin embargo, el límite de dicha facultad radica en el respeto de los postulados de la razonabilidad al que deben circunscribir sus actuaciones, así como en los principios de la sana crítica. Por consiguiente, deben evitar valoraciones caprichosas o arbitrarias que vayan en contra de los fines de la administración

⁹³ Sentencias T-462 de 2003; SU-1184 de 2001; T-1031 de 2001 todas con ponencia del Dr. Eduardo Montealegre Lynnett; T-1625 de 2000 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

⁹⁴ Sentencia SU-244 de 2021, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

⁹⁵ Sentencia T-233 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹⁶ Sentencias T-102 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; SU-448 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T-459 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos. Tomado de la Sentencia SU-272 de 2021, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

⁹⁷ Sentencia T-459 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

de justicia⁹⁸.

84. En consecuencia, el juez de tutela debe respetar la autonomía del juez natural y reconocer que algunas diferencias que puedan surgir en la valoración de las pruebas no pueden ser calificadas como defectos específicos para la procedencia de tutela. Por lo tanto, la configuración del mencionado defecto exige la ocurrencia de un error (i) ostensible; (ii) flagrante; (iii) manifiesto; y (iv) que tenga una incidencia directa y determinante en la decisión⁹⁹.

Caracterización del defecto sustantivo

85. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el defecto sustantivo se presenta cuando: *“la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”*¹⁰⁰.

86. En concreto, los supuestos que permiten identificar su configuración ocurren cuando: (i) la decisión judicial se basa en una norma que no es aplicable. Esto puede ocurrir cuando aquella no es pertinente, perdió vigencia, es inexistente, ha sido declarada contraria a la Constitución o no se adecúa a la situación fáctica concreta; (ii) la interpretación o aplicación de la norma que efectúa el juez ordinario, no es razonable, o es una interpretación perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes, de manera que se aplica una norma de forma manifiestamente errada; (iii) en los casos en los que la decisión no tiene en cuenta las sentencias con efectos *erga omnes* que han definido el alcance de las normas; (iv) la norma se utiliza para un fin no previsto; (v) la decisión omite analizar otras normas que regulan el caso, y (vi) se desconoce la norma constitucional o legal aplicable al caso concreto¹⁰¹.

87. Adicionalmente, la jurisprudencia ha precisado que el análisis del defecto sustantivo es restringido, porque aquel no se basa en un escrutinio del alcance legal de la disposición inaplicada o indebidamente interpretada. Por el contrario, su estudio debe concentrarse en verificar si la providencia objeto de censura desconoció los principios y valores constitucionales, en clave de la protección de los derechos fundamentales involucrados. De tal forma que, cuando se trata de una tutela contra sentencia judicial, la Corte adelanta un control de constitucionalidad de la decisión con el objetivo de verificar si se vulneró un derecho fundamental¹⁰².

88. De esta forma, para que una decisión judicial constituya un *defecto sustantivo*, se requiere que, en la interpretación o aplicación de una norma, el

⁹⁸ Sentencia T-459 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos. Tomado de la Sentencia SU-272 de 2021, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

⁹⁹ Sentencias T-309 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-311 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁰⁰ Sentencia SU-453 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁰¹ Cfr. Sentencia SU-448 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo; T-468 de 2022, M.P. Alejandro Linares Cantillo; y T-033 de 2023, M.P. Natalia Ángel Cabo.

¹⁰² Sentencia SU-115 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

funcionario judicial desconozca o se aparte abierta y arbitrariamente de los lineamientos constitucionales y legales¹⁰³.

Prevalencia del interés superior del niño. Reiteración de jurisprudencia¹⁰⁴

89. El artículo 44 de la Constitución consagra los derechos de los menores de edad y señala que su materialización es deber de la familia, la sociedad y del Estado. Estos tienen el objetivo específico de lograr *“su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”*¹⁰⁵. Lo expuesto, como expresión de *“(…) un derecho subjetivo fundamental a recibir protección”*¹⁰⁶. Este precepto normativo advierte que en el ordenamiento jurídico colombiano, estos derechos prevalecen sobre los de los demás. Esta máxima implica que *“los menores de edad reciban un trato preferente, de forma que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembros de la sociedad”*¹⁰⁷.

90. El interés superior del menor de edad deviene del reconocimiento de la condición de indefensión, por causa de *“su desarrollo físico, mental y emocional [que] está en proceso de alcanzar la madurez requerida para la toma de decisiones y participación autónoma dentro de la sociedad”*¹⁰⁸. Por tal razón, los niños y niñas demandan una protección reforzada¹⁰⁹ que, en últimas, *“significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad”*¹¹⁰ en las decisiones y en las actuaciones que los afecten.

91. En varias oportunidades, esta Corporación ha explicado la naturaleza de este postulado, derivada de la Observación General N° 14 del 29 de mayo de 2013 proferida por el Comité de los Derechos del Niño¹¹¹. En concreto, ha determinado que el interés superior del niño es: (i) un derecho sustantivo, pues debe ser una consideración primordial al momento de sopesar los distintos intereses en juego en la toma de una decisión en cualquier ámbito. La garantía de este derecho deberá ponerse en práctica siempre que deba adoptarse una decisión que afecte a un niño o a un grupo de niños en concreto; (ii) una obligación intrínseca de los Estados, de aplicabilidad inmediata y reclamable ante los jueces¹¹²; (iii) un principio jurídico interpretativo fundamental, en la medida en que *“si una disposición jurídica admite más de una interpretación,*

¹⁰³ Sentencia T-468 de 2022, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

¹⁰⁴ Consideraciones parcialmente retomadas de la sentencia T-194 de 2022, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰⁵ Sentencia T-170 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁰⁶ Sentencia C-507 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰⁷ Sentencia T-767 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰⁸ Sentencia T-844 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰⁹ Sentencias T-503 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y T-397 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

¹¹⁰ Organización de Naciones Unidas. Observación general conjunta N° 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017), del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños.

¹¹¹ Sobre este aspecto, la Sala precisa que la Convención sobre los Derechos del Niño fue incorporada en el ordenamiento jurídico colombiano a través de la Ley 12 de 1991 y aquella ha sido integrada al bloque de constitucionalidad tal y como se observa en las Sentencias T-468 de 2018 (M.P. Diana Fajardo Rivera) y C-058 de 2018 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) entre otras. Adicionalmente, el Comité de los Derechos del Niño es el intérprete autorizado de la Convención. De esta manera, las observaciones que emite constituyen criterios orientadores del instrumento internacional.

¹¹² Sentencia T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”¹¹³; y (iv) una norma de procedimiento. Particularmente, la toma de decisiones que involucre un niño debe tener una carga argumentativa que estime las repercusiones positivas y negativas en los derechos del menor de edad¹¹⁴.

92. En tal sentido, todas las autoridades tienen el deber de concretar las disposiciones del ordenamiento jurídico en las particularidades que presente cada niño, niña o adolescente. En concreto, la jurisprudencia constitucional ha destacado el rol que juegan estas autoridades en la satisfacción de los derechos fundamentales de los niños. Por lo anterior:

(i) Deben contrastar las “*circunstancias individuales, únicas e irrepetibles*” con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil¹¹⁵.

(ii) Cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor de edad en determinado proceso¹¹⁶.

(iii) Las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado, considerar las valoraciones de los profesionales y aplicar los conocimientos técnicos y científicos del caso. Esto, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para el niño, la niña o el adolescente¹¹⁷. El requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia constitucional¹¹⁸.

(iv) 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. Lo expuesto, en atención al impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad¹¹⁹.

(v) Las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse

¹¹³ Comité de los Derechos del Niño. Observación General número 14. Fund. 6.

¹¹⁴ Cfr. Sentencia T-194 de 2022, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹¹⁵ Tal tarea exige identificar las especificidades fácticas del medio en el que se desenvuelve el menor y las actuaciones que, en ese contexto, se esperan de su familia, de la sociedad y del Estado para asegurar su integridad. Sentencia T-510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Reiterada en la sentencia T-261 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹⁶ Tal discrecionalidad, en todo caso, tiene como límite los deberes constitucionales y legales de estas autoridades en relación con la preservación del bienestar de los menores que requieren su protección. Sentencia T-302 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Reiterada en la Sentencia T-261 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹⁷ Sentencia T-397 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Reiterada en la Sentencia T-261 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹⁸ Esto, dentro del ámbito de la discrecionalidad reconocida a las autoridades judiciales, siempre que su decisión se encuentre debidamente sustentada en las circunstancias fácticas probadas en el proceso. Sentencia T-261 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹⁹ Ibid.

a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad¹²⁰.

93. Estos criterios giran en torno al principio *pro infans*. Este postulado consiste en la aplicación de las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico, en consonancia con la protección del interés superior del niño. De esta manera, se torna en una *“herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad”*¹²¹.

94. En virtud de lo anterior, el artículo 6° del Código de la Infancia y la Adolescencia consagra que *“las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”* (negrilla fuera del texto).

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella. Reiteración de jurisprudencia¹²²

95. El artículo 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que los estados *“se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar [...] las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”*. En el mismo sentido, el artículo 44 de la Carta consagra el derecho fundamental de los niños a tener una familia, en la que se salvaguarde su cuidado y se les provea amor. También, la garantía de no ser separados de ella. Además, el artículo 42 *ejusdem* determina que la familia es un derecho de todas las personas y reitera la obligación del Estado de protegerla.

96. De igual forma, el artículo 22 de la Ley 1098 de 2006 señala que *“[l]os niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. || Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”*.

97. Por lo anterior, esta Corporación ha evidenciado que el derecho de los niños a tener una familia (i) es de carácter fundamental y (ii) requiere de la existencia de otras garantías fundamentales, como los derechos a no ser

¹²⁰ Con base en “(...) (i) la existencia de una lógica de ponderación entre cada una de ellas [las medidas de protección a adoptar]; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente” Ibidem.

¹²¹ Sentencia T-1227 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹²² Consideraciones parcialmente retomadas de la Sentencia T-663 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

separado de ella y de recibir cuidado y amor¹²³. Adicionalmente, se trata de una garantía de doble vía que supone, de un lado *“claros e importantes deberes, especialmente frente a los menores de edad que forman parte del mismo núcleo familiar, y con más razón cuando se trata de los padres”*¹²⁴ y, de otro lado, *“el deber correlativo y mutuo que tienen ambos padres en el sentido de no obstaculizar el uno al otro el ejercicio de su correspondiente derecho”*¹²⁵

98. A pesar de lo anterior, la jurisprudencia constitucional también ha establecido que esa protección no es absoluta, puesto que el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella *“(…) no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad) sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos”*¹²⁶.

99. De esta manera, el derecho de los niños a la familia y a no ser separados de ella supone que, como regla general, debe garantizarse su estabilidad. Así, cualquier determinación de las autoridades en relación con este tema debe tomar en consideración la necesidad de que los niños permanezcan en un hogar, para que su desarrollo sea estable y no se interrumpa el ejercicio de otros derechos. No obstante, esta regla admite como excepción que los menores de edad puedan ser separados de sus padres cuando así lo imponga su interés superior¹²⁷. En la Sentencia T-510 de 2003¹²⁸, la Corte identificó algunos parámetros para tener en cuenta al respecto, a saber:

100. Primero, que existan hechos que puedan llegar a determinar que un menor de edad deba ser ubicado en un lugar distinto al de su familia. Esto puede ocurrir en eventos en los cuales: (i) existen riesgos ciertos para la vida, la integridad o la salud del niño; (ii) existen antecedentes de abuso en la familia; o (iii) se está frente a circunstancias en las cuales el artículo 44 de la Constitución ordena protección, como el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, entre otros.

101. Segundo, las circunstancias que pueden constituir motivos de peso para separar a un niño de su familia son *“aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: por ejemplo, el hecho de haber entregado al niño en adopción o de haber delegado el cuidado*

¹²³ Sentencia T-767 de 2013; M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Retomado de Sentencia T-663 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹²⁴ Sentencia 510 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Retomado de Sentencia T-181 de 2023, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

¹²⁵ Sentencia T-290 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Retomado de Sentencia T-181 de 2023, M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

¹²⁶ Sentencia C-997 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹²⁷ Sentencia T-663 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹²⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

diario de un menor de edad en personas distintas de sus padres”¹²⁹

102. Tercero, existen circunstancias que son insuficientes para motivar la separación de un niño de su familia biológica: (i) que la familia viva en condiciones de escasez económica; (ii) que los miembros de la familia no cuenten con educación básica; (iii) que alguno de los integrantes de la familia biológica haya mentido ante las autoridades con el fin de recuperar al niño o niña; y (iv) que alguno de los padres o familiares tenga mal carácter (siempre que no haya incurrido en abuso o en violencia intrafamiliar).

103. Los anteriores criterios están relacionados con el concepto de responsabilidad parental. Según el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia, *“la responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”*.

104. En suma, los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separados de ella. En tal sentido, el respeto por el interés superior de los menores de edad supone que se realice un análisis minucioso de las circunstancias particulares de los niños para determinar si, excepcionalmente, procede la separación de los padres. Por regla general, opera el derecho de los niños a no ser separados de sus familias y a que no haya intervenciones arbitrarias por parte de las autoridades estatales en sus hogares. Estas intervenciones operan de forma excepcional, siempre para salvaguardar sus derechos.

La restitución internacional de menores de edad

105. El artículo 11¹³⁰ de la Convención Internacional de los Derechos del Niño¹³¹ dispone que es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para luchar contra los traslados y las retenciones ilícitas de niños en el extranjero. Por tal razón, recomienda la concertación de acuerdos internacionales. En Colombia actualmente existen dos tratados multilaterales concernientes a la retención ilícita de menores de edad: (i) el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980. Aquel fue aprobado mediante la Ley 173 de 1995¹³²; y (ii) la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989. Este instrumento fue aprobado

¹²⁹ Sentencia T-510 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³⁰ Convención Internacional de los Derechos del Niño. Artículo 11. 1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.

¹³¹ Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, aprobada por el Congreso de la República de Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

¹³² Ley declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-402 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

por la Ley 880 de 2004¹³³.

106. En términos generales, ambos tratados internacionales regulan los aspectos civiles del traslado o retención ilícitos de los niños menores de dieciséis años, establecen las condiciones para su restitución y contemplan la designación de una autoridad encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por cada convenio¹³⁴.

107. En el caso de la referencia, el instrumento internacional suscrito por los dos países involucrados (esto es, Colombia y España) es el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya en 1980¹³⁵. Por tal razón, la Sala se concentrará en exponer sus principales características. Para tal efecto, se referirá a: (i) su finalidad y alcance; (ii) las excepciones contempladas en el instrumento internacional para no ordenar la restitución internacional de un menor de edad; y (iii) el procedimiento administrativo y judicial que debe adelantarse.

Finalidad y alcance del Convenio de La Haya de 1980

108. De acuerdo con su artículo 1°, el Convenio de La Haya busca asegurar el regreso de los niños que han sido trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquiera de los Estados que hagan parte del instrumento internacional y hacer respetar los derechos de guarda y de visita de quienes ostentan su titularidad¹³⁶. La Sentencia C-402 de 1995¹³⁷ explicó que ese tratado se encamina a que los menores de edad reciban de sus padres la protección y el amor necesario para un desarrollo armónico, así los intereses particulares de los padres queden relegados ante el interés superior y prevalente de los menores. En concreto, la Corte explicó:

“El aumento en Colombia de matrimonios de parejas de distintas nacionalidades y los frecuentes conflictos familiares que se presentan en la actualidad, aunados a las facilidades modernas para desplazarse de un país a otro, han aumentado el número de casos en los que un padre sustrae ilícitamente a su hijo de la protección que el otro legalmente le brindaba, hecho que precisamente el Convenio que se revisa pretende acabar. De ahí la importancia que este tratado internacional tiene”.

109. En concreto, para que se configure la retención ilegal de un menor de edad al interior de la jurisdicción de alguno de los Estados contratantes, las autoridades deben acreditar los siguientes presupuestos: (i) que se impida el

¹³³ Ley declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-912 de 2004, M.P. Humberto Sierra Porto.

¹³⁴ Cfr. Sentencia T-202 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

¹³⁵ En efecto, el 16 de junio de 1987, España ratificó el Convenio de la Referencia. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>

¹³⁶ Convenio de la Haya de 1980. Artículo 1°. El presente Convenio tiene por objeto: || a) De asegurar el regreso inmediato de niños ilícitamente trasladados o retenidos en cualquier Estado Contractante (sic); || b) De hacer respetar efectivamente en los otros Estados Contractantes (sic) los derechos de guarda y de visita existentes en un Estado Contractante (sic).

¹³⁷ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

ejercicio del derecho de custodia sobre un menor de edad (artículo 3^o¹³⁸); (ii) que el niño, niña o adolescente retenido tenga menos de dieciséis años de edad (artículo 4^o¹³⁹); (iii) que la residencia habitual del niño, niña o adolescente retenido sea la del país requirente (artículo 4^o¹⁴⁰); y (iv) que el menor de edad retenido esté efectivamente en el país requerido (artículo 1^o¹⁴¹).

110. En relación con la infracción al derecho de custodia, el artículo 3^o del Convenio señala que un traslado o retención son considerados ilícitos cuando: (i) se ha violado o se impide ejercer de manera efectiva el “*derecho de custodia*”¹⁴² que le ha sido asignado a cualquier persona en uno de los Estados parte del Convenio; o (ii) una de las personas que tiene a su cargo o comparte el derecho de custodia sobre un menor de edad, lo mantiene en otro país más allá de un período acordado¹⁴³. Esto último implica que el traslado a través de una frontera internacional estuvo precedido de una autorización temporal otorgada para ese propósito, por solicitud de quien también ejercía el derecho de custodia.

111. Con todo, la jurisprudencia ha aclarado que los procesos de restitución internacional no tienen como objetivo primordial: (i) argumentar cuál de los padres que tienen la custodia del menor de edad puede ofrecerle mejores condiciones¹⁴⁴; (ii) analizar el estado actual en el que se encuentran los niños¹⁴⁵; (iii) definir el derecho de custodia¹⁴⁶; o (iv) demostrar el comportamiento moral adecuado de los padres¹⁴⁷. El artículo 19¹⁴⁸ del Convenio señala que una decisión acerca de la restitución internacional no afecta el derecho de custodia, el cual posteriormente puede ser debatido en el escenario dispuesto para el efecto.

Excepciones previstas en el Convenio

112. La ocurrencia de los anteriores presupuestos exige que las autoridades encargadas de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 decreten la

¹³⁸ Convenio de La Haya de 1980. Artículo 3°. El traslado o no regreso de un niño será considerado como ilícito: || a) Cuando ha habido una violación del derecho de guarda asignado ya sea a una persona, una institución o cualquier otro organismo, ya sea solo o conjuntamente, por la legislación del Estado en el cual el niño residía habitualmente antes de su traslado o no regreso; || b) Que este derecho era ejercido de manera efectiva sólo o conjuntamente en el momento del traslado o no regreso o lo habrían sido si tales hechos no se hubieran producido. || El derecho de guarda señalado en el inciso a) podrá resultar en especial por ministerio de la ley de pleno derecho o de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo en vigor en virtud de la legislación de dicho Estado.

¹³⁹ Convenio de La Haya de 1980. Artículo 4°. La aplicación del Convenio cesará cuando el niño llegue a los 16 años de edad.

¹⁴⁰ Convenio de La Haya de 1980. Artículo 4°. El Convenio se aplicará a todo niño que residía habitualmente en un Estado Contractante(sic) inmediatamente antes de la violación de cualquier derecho de visita.

¹⁴¹ Convenio de La Haya de 1980. Artículo 1°. El presente Convenio tiene por objeto: || a) De asegurar el regreso inmediato de niños ilícitamente trasladados o retenidos en cualquier Estado Contractante(sic);

¹⁴² El Convenio define el derecho de custodia como “*“el derecho relativo a los cuidados de la persona del niño y en particular el de decidir su lugar de residencia”*”. Literal a) del artículo 5 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños.

¹⁴³ Sentencia T-202 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

¹⁴⁴ Sentencia T-891 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴⁵ Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, sentencia de tutela T-2007-01306.

¹⁴⁶ Sentencia T-412 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz-

¹⁴⁷ Sentencia T-1021 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Portelo.

¹⁴⁸ Convenio de La Haya de 1980. Artículo 19. Una decisión acerca del regreso del niño dada en el marco del Convenio no afectará el derecho de guarda en cuanto al fondo.

restitución internacional del menor de edad y ordenen su traslado al lugar de residencia habitual. Sin embargo, los artículos 12¹⁴⁹ y 13¹⁵⁰ del Convenio contemplan varias situaciones de excepción, que una vez han sido verificadas o su potencialidad, determinan que las autoridades puedan no ordenar la restitución internacional de un menor de edad. A continuación, la Sala las explicará.

(i) La integración al nuevo medio social y familiar

113. El artículo 12 del Convenio prevé que si la solicitud de restitución internacional de un menor de edad fue efectuada después de transcurrido un año desde que se produjo la retención ilícita, la autoridad deberá ordenar su regreso *“a menos que estuviere demostrado que el niño se ha integrado a su nuevo medio”*.

114. Esta Corporación ha sostenido que el análisis de dicha cláusula normativa no debe ser entendida como un plazo de prescripción o caducidad, respecto del tiempo con que cuenta el accionante para iniciar la solicitud de restitución. Por el contrario, su aplicación está constreñida al cumplimiento de una condición de orden temporal. En efecto, en caso de que no haya transcurrido el plazo de un año estipulado en la norma, quien pretenda invocar dicha excepción no podrá hacerlo. Por consiguiente, en estos eventos, la autoridad competente no está llamada a analizar la posible integración del menor de edad a su nuevo entorno¹⁵¹.

115. Respecto a lo que debe entenderse por *“integración al nuevo medio”*, la Sentencia T-202 de 2018¹⁵² aclaró que *“esto implica un cambio en el lugar de residencia habitual, con lo cual se entiende que el menor [de edad] ha dejado de ver el Estado requirente como el lugar donde se encuentra su centro de vida”*. De manera que las pruebas deben ser de tal relevancia que despeje de

¹⁴⁹ Convenio de La Haya de 1980. Artículo 12 || Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. || La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente. || Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.

¹⁵⁰ Convenio de La Haya de 1980. Artículo 13 || No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: || a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o || b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. || La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones. || Al examinar las circunstancias a que se hace referencia en el presente artículo, las autoridades judiciales y administrativas tendrán en cuenta la información que sobre la situación social del menor proporcione la Autoridad Central u otra autoridad competente del lugar de residencia habitual del menor.

¹⁵¹ Sentencia T-202 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido y T-689 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

¹⁵² M.P. Carlos Bernal Pulido.

cualquier tipo de dudas sobre la integración del niño a su nuevo centro de vida. En tal sentido, aunque haya quedado debidamente probado que el niño, niña o adolescente ha establecido lazos con familiares y que su retorno puede generar un daño, esto no genera integración porque esta relación siempre pudo o debió haber existido de manera cercana y cariñosa. En tal sentido, esta excepción requiere de “*un enraizamiento más profundo*”. Al respecto, la Corte ha sostenido:

“El entendimiento sobre lo que significa la configuración de un nuevo centro de vida -integración-, debe girar en torno a razones más poderosas que el hecho de estar a gusto, seguro y cómodo dentro de las circunstancias que rodean al menor [de edad]. Este requisito necesita de 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 [de edad] se encuentra. Conviene señalar, que el hecho de que un niño haya vivido en un país durante más de un año no conlleva en sí mismo la presunción de que se haya establecido en su nuevo ambiente”.

116. En suma, la excepción de arraigo debe ser valorada solamente si entre la retención ilícita de un niño, niña o adolescente y la solicitud de restitución internacional ha transcurrido un plazo mayor a un año. En estos eventos, debe demostrarse que el menor de edad ha dejado de ver su lugar de residencia habitual como el lugar donde se encuentra su centro de vida.

(ii) El grave riesgo de que la restitución exponga al menor de edad a un peligro grave o una situación intolerable

117. El artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 dispone que la autoridad judicial no está obligada a ordenar la restitución internacional del niño si se demuestra que, de ser ordenada, existiría un grave riesgo hacia el niño que lo exponga a un peligro físico o psíquico o que, de cualquier otra manera, sea expuesto a una situación intolerable.

118. Esta excepción encuentra fundamento en el principio del interés superior del niño, el cual ha de ser protegido en las actuaciones administrativas y judiciales relativas a este¹⁵³. En efecto, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del niño dispone que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

119. En los procesos de restitución internacional de menores de edad, el interés del menor de edad se protege, en principio, cuando se restituye al menor de edad a su residencia habitual¹⁵⁴. Sin embargo, cuando existe un grave riesgo para aquel, es imperativo proteger al menor de edad. Particularmente, el Convenio señala que esto obedece a “*un peligro físico o*

¹⁵³ Sentencia T-202 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

¹⁵⁴ BARRUETABEÑA MARTÍNEZ, Jone. El grave riesgo como excepción a la restitución del menor en caso de sustracción internacional: Criterios y dificultades de implementación. 2021.

psíquico, o una situación intolerable”¹⁵⁵. Por lo tanto, la exposición de un niño a un peligro merece mayor reproche jurídico que la sustracción ilícita de su residencia habitual.

(iii) *La consideración de las opiniones de los menores de edad*

120. Adicionalmente, el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 señala que la autoridad judicial podrá negarse a ordenar la restitución del menor de edad si se comprueba que aquel se opone a la misma, por lo que deberá tenerse en cuenta su opinión.

121. Este Tribunal ha señalado reiteradamente que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser escuchados y a participar en las decisiones que los involucran, de conformidad con sus capacidades evolutivas¹⁵⁶. Puntualmente, ha señalado:

*“Los niños tiene voz propia y como tal, deben ser escuchados y sus intereses visibilizados. El derecho de un niño a ser escuchado, además del plano procesal, tiene una especial connotación en el ámbito familiar y social, dado que la mayoría de las decisiones que, representándolos, toman los padres, tienen consecuencias directas en sus opciones vitales, y resulta apenas acertado que, atendiendo al nivel de sus habilidades comunicativas y su desarrollo, los progenitores tomen en serio la opinión, las necesidades, la rutina y el interés de sus menores hijos para decidir sobre sus vidas, desde luego aclarando que se tratan de referentes significativos, que no unívocos”*¹⁵⁷.

122. La Sentencia T-202 de 2018¹⁵⁸ indicó lo siguiente: “El Comité hizo hincapié en que el artículo 12 de la Convención no impone ningún límite de edad al derecho de los menores a expresar su opinión y advirtió a los Estados partes sobre la inconveniencia de establecer por ley o en la práctica restricciones en este sentido. Sobre el particular, indicó lo siguiente:

“El concepto del niño como portador de derechos está "firmemente asentado en la vida diaria del niño" desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, 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

¹⁵⁵ PÉREZ VERA, Elisa, Informe explicativo del Convenio de la Haya de 1980, disponible en: <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>. Consultado el 19 de junio de 2023.

¹⁵⁶ Sentencia T-663 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁵⁷ Sentencia T-115 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁵⁸ M.P. Carlos Bernal Pulido.

tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario.

Por último, los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño”.¹⁵⁹

123. De igual manera, en la Sentencia T-276 de 2012, que reiteró la Sentencia T-844 de 2011, la Corte expresó:

“Siguiendo las recomendaciones que emitió el Comité sobre los Derechos del Niño acerca de esta importante garantía, la Corte considera relevante señalar que la opinión del menor de dieciocho años debe siempre tenerse en cuenta en donde la razonabilidad o no de su dicho, dependerá de la madurez con que exprese sus juicios acerca de los hechos que los afectan, razón por la que en cada caso se impone su análisis independientemente de la edad del niño, niña o adolescente.

“Se ha indicado 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”.

124. Por su parte, en la legislación colombiana, el artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia reconoce el derecho a que *“en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”.*

125. A pesar de lo anterior, el derecho de los niños a ser escuchado no es absoluto. Tal prerrogativa tiene límites en su ejercicio, lo cual está marcada por las capacidades evolutivas de los menores de edad. Por consiguiente, deben valorarse los procesos cognitivos, intelectuales, psicológicos y/o físicos, entre otros, los cuales varían de individuo a individuo, y están generalmente asociados a su entorno familiar, social y/o cultural¹⁶⁰.

126. Por lo anterior, de acuerdo con las garantías iusfundamentales de los niños reconocidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, en la jurisprudencia y en el Código de la Infancia y la Adolescencia, los menores

¹⁵⁹ Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, consideración 21.

¹⁶⁰ “Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso”. Sentencia T-844 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Retomado de Sentencia T-663 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

de edad que se encuentren involucrados en un proceso de restitución internacional tendrán derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten. Su opinión deberá ser tenida en cuenta en función de su grado de madurez, el cual está asociado al entorno familiar, social y cultural en el que los menores de edad se desenvuelven¹⁶¹.

Procedimiento interno para adelantar la restitución internacional de menores de edad

127. En el procedimiento contemplado en el instrumento internacional bajo análisis, intervienen tanto las autoridades administrativas como las judiciales que, conforme a la legislación de cada Estado, tengan la competencia para decidir sobre la restitución. En Colombia, la decisión definitiva sobre la restitución internacional de un menor de edad solamente puede adoptarse por el juez, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional¹⁶².

128. *Fase administrativa.* Esta inicia cuando una persona, directamente o, a través de la Autoridad Central de un Estado parte, dirige una solicitud de restitución a la Autoridad Central de otro Estado parte. Para el caso colombiano, la autoridad central es el ICBF¹⁶³.

129. En concreto, a la Autoridad Central le corresponde¹⁶⁴: (i) recibir la solicitud e impulsar su trámite¹⁶⁵; (ii) localizar al menor de edad; (iii) prevenir que el menor de edad sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptará o hará que se adopten medidas provisionales necesarias; (iv) garantizar la restitución voluntaria del niño o facilitar una solución amigable. En este punto, la Autoridad Central debe tomar las medidas apropiadas para asegurar la entrega voluntaria. Sin embargo, en caso de fracasar esta solución, la Autoridad queda obligada a dar

¹⁶¹ Sentencia T-202 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

¹⁶² Sentencia T-357 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁶³ El inciso segundo del artículo 112 de la Ley 1098 de 2006 prescribe que, en materia de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes, “*actuará como autoridad central el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. La Autoridad Central por intermedio del Defensor de familia adelantará las actuaciones tendientes a la restitución voluntaria del niño, niña o adolescente y decretará las medidas de restablecimiento de derechos a que haya lugar*”.

¹⁶⁴ Convenio de La Haya de 1980. Artículo 7°. Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio. Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan: a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita; b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales; c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable; d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente; e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio; f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita; g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado; h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

¹⁶⁵ Convenio de La Haya de 1980. Artículo 9°. Cuando la Autoridad Central que conociere de una solicitud en virtud del artículo 80, tuviere motivos para creer que el niño se halla en otro Estado Contractante, transmitirá la solicitud directamente a la Autoridad Central de ese Estado Contractante e informará a la Autoridad Central requirente o al solicitante, según sea el caso.

curso a la etapa judicial ante el juez competente; (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 menor de edad sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado; 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.

130. *Fase judicial.* En la actualidad, el proceso de restitución internacional de menores debe adelantarse a través del proceso verbal sumario, de conformidad con el artículo 1° de la Ley 1098 de 2006¹⁶⁶. Sin embargo, aquel será de doble instancia, de acuerdo con lo regulado por el numeral 23 del artículo 22 del Código General del Proceso¹⁶⁷.

131. Adicionalmente, en estos casos el juez cuenta con facultades probatorias adicionales para brindar una protección adecuada al menor de edad. En efecto, el parágrafo del artículo 281 del Código General del Proceso 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”.

132. Por último, la Sala resalta el principio de urgencia contenido en el artículo 11 del Convenio¹⁶⁸. Este Tribunal ha sostenido que lo anterior exige que las autoridades judiciales encargadas tramiten de forma célere las solicitudes de restitución de menores de edad¹⁶⁹. En concreto, el parágrafo del artículo 119 del Código de Infancia y Adolescencia exige que tales procesos

¹⁶⁶ Ley 1098 de 2006. Artículo 1°. Competencia, prevalencia normativa y procedimiento. El conocimiento y trámite de los asuntos que sean materia de Tratados y Convenios Internacionales vigentes en Colombia en los que se reconozcan principios, derechos, garantías y libertades de los niños y de las familias, será de competencia de los Defensores de Familia en su fase administrativa y de los Jueces de Familia y Jueces Promiscuos de Familia en su fase judicial. En los municipios donde no haya Juez de Familia o Promiscuo de Familia, el trámite será de competencia de los Jueces Civiles y Promiscuos Municipales. || El principio de celeridad será de rigurosa aplicación en la ejecución de estos Tratados y Convenios Internacionales y las disposiciones contenidas en ellos tendrán prevalencia sobre las contenidas en otras leyes. || En concordancia con las previsiones de los numerales 3, 5 y 10 del parágrafo 1 del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, las autoridades judiciales señaladas en el inciso primero del presente artículo, según el caso, tramitarán los asuntos a que se refiere este artículo, mediante las reglas del proceso verbal sumario salvo en lo referente a la única instancia. En 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. || Cuando la legislación interna haya establecido competencias expresas o procedimientos específicos que permitan resolver los asuntos a que se refiere esta ley y que se ajusten a los Tratados y Convenios Internacionales vigentes, el conocimiento y trámite de tales asuntos se ajustará a lo previsto en la legislación específica de cada materia.

¹⁶⁷ Ley 1564 de 2012. Artículo 22. Competencia de los jueces de familia en primera instancia. Los jueces de familia conocen, en primera instancia, de los siguientes asuntos: || (...) 23. De la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y de la restitución de menores en el país.

¹⁶⁸ Convenio de La Haya. Artículo 11. Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores. || Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requerente tendrán derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora. || Si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del estado requerente o, en su caso, al solicitante.

¹⁶⁹ Sentencias T-689 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa y T-202 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

sean fallados en un término no superior a dos meses¹⁷⁰.

El enfoque de género en las decisiones judiciales

Fundamentos jurídicos de la violencia contra la mujer

133. Esta Corporación ha indicado que la violencia contra la mujer 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]”*¹⁷¹, 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 entre mujeres y hombres”*¹⁷². En concreto, este fenómeno conduce a perpetuar la discriminación contra la mujer y a obstaculizar su pleno desarrollo¹⁷³.

134. Una de las formas de discriminación contra la mujer más gravemente representativa es aquella causada a través de actos de violencia al interior de la familia¹⁷⁴. Al respecto, la Corte ha resaltado que este tipo de violencia encuentra un escenario favorable para su ocurrencia, como consecuencia del manto de reserva que socialmente cobija a las relaciones familiares¹⁷⁵.

135. La violencia contra la mujer se puede manifestar a través de distintos actos. Por ejemplo, de manera física cuando se pretende la sumisión de aquella a través de la imposición de la mayor fuerza o capacidad corporal como elemento coercitivo¹⁷⁶. O, a través de actos psicológicos que implican *“control, aislamiento, celos patológicos, acoso, denigración, humillaciones, intimidación, indiferencia ante las demandas afectivas y amenazas”*¹⁷⁷

136. Existen diferentes instrumentos internacionales encaminados a sancionar y eliminar toda forma de discriminación y violencia contra la mujer. Por ejemplo, la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967)¹⁷⁸; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de

¹⁷⁰ Ley 1098 de 2006. Artículo 119. COMPETENCIA DEL JUEZ DE FAMILIA EN UNICA INSTANCIA. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia: || 1. La homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes. || 2. La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el comisario de familia, en los casos previstos en esta ley. || 3. De la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. || 4. Resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el defensor o el Comisario de Familia haya perdido competencia. || PARÁGRAFO. Los asuntos regulados en este código deberían ser tramitados con prelación sobre los demás, excepto los de tutela y habeas corpus, y en todo caso el fallo deberá proferirse dentro de los dos meses siguientes al recibo de la demanda, del informe o del expediente, según el caso. El incumplimiento de dicho término constituye causal de mala conducta.

¹⁷¹ Sentencia C-776 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁷² Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995), párrafo 118.

¹⁷³ Sentencia T-388 de 2021, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Retomado de Sentencia T-425 de 2022, M.P. Hernán Correa Cardozo.

¹⁷⁴ Sentencia T-878 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁷⁵ Sentencia T-028 de 2023, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁷⁶ Sentencia SU-080 de 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ Algunos sostienen que esta Declaración no forma parte del bloque de constitucionalidad ya que no es un convenio internacional. Sin embargo, sus principios y definiciones constituyen elementos trascendentes para

Discriminación contra la Mujer (1981)¹⁷⁹; la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993); y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). Todos estos emanados de diversas dependencias de la Organización de Naciones Unidas, ONU. Asimismo, a nivel regional, la Organización de Estados Americanos, OEA, en las Convenciones Americana sobre Derechos Humanos¹⁸⁰ e Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” (1995)¹⁸¹, proscribe este tipo de discriminación.

137. El artículo 7° de la Convención de Belém do Pará establece las obligaciones de los Estados para erradicar este tipo de violencias. Entre estas, se destaca: “*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 (...)*”. De igual forma, el artículo 8° establece que los Estados deben adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para “*(...) c. fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer*”. Por su parte, la CEDAW recoge las principales obligaciones que los Estados miembros de la ONU deben cumplir, “*evitando la reproducción de distintos tipos de discriminación en contra de la mujer. Es a partir de ahí que organizaciones y tribunales internacionales han establecido los estándares de protección de las mujeres en el ámbito público y privado*”¹⁸².

138. A nivel interno, la Constitución reconoció expresamente los derechos de la mujer y la necesidad de protegerlos de manera reforzada. En efecto, los artículos 13 y 43 de la Carta¹⁸³ establecen que aquella no podrá ser discriminada por ninguna razón. Por su parte, el artículo 40 superior dispuso que las autoridades deben garantizar la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública. Por consiguiente, la Corte ha reconocido que aquella es un sujeto de especial protección constitucional y que, en esa medida, sus derechos requieren de atención permanente por parte de todo el poder público¹⁸⁴.

139. En la Sentencia T-338 de 2018¹⁸⁵, la Corte estableció que el Estado tiene el deber de investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la

la interpretación de los derechos de la mujer, con fundamento en la forma expansiva los derechos fundamentales.

¹⁷⁹ Ratificada por Colombia mediante la Ley 51 de 1981.

¹⁸⁰ Ratificada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972.

¹⁸¹ Ratificada por Colombia mediante la Ley 248 de 1995.

¹⁸² Sentencia T-012 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸³ Constitución Política. Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. || El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

¹⁸⁴ Sentencia C-667 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁸⁵ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

mujer. Al respecto, sostuvo que los jueces del país son los encargados de velar por su cumplimiento. A pesar de que ha habido un importante avance en materia penal, no puede dejarse de lado la protección desde el ámbito civil y de familia. Por lo anterior, *“debe ampliarse la aplicación de criterios de interpretación diferenciados, cuando, por ejemplo, colisionen los derechos de un agresor y una víctima de violencia doméstica o psicológica, en un proceso de naturaleza civil o de familia, por parte de estos jueces y de las comisarías de familia”*¹⁸⁶. En este punto, la Sala precisa que si bien la violencia de género puede tener lugar en lo doméstico, este es solo una parte del ámbito espacial en el que se produce la violencia contra la mujer. En tal sentido, aquella no puede ser invisibilizada o normalizada bajo la noción de relaciones y conflictos domésticos.

140. En tal sentido, es imperativo que los jueces analicen con perspectiva de género los casos que les son asignados. Lo anterior, se acentúa cuando una mujer alega ser víctima de violencia o existen indicios de que aquella pudo ser víctima de esta situación. Por lo tanto, no es tolerable, desde ningún punto de vista, perpetuar estereotipos de género o discriminatorios. Por eso, los jueces tienen la obligación constitucional de analizar los hechos, las pruebas y las normas en escenarios en los que adviertan manifestaciones de violencia contra la mujer, 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 diferencial¹⁸⁷. Lo expuesto, busca evitar que en la administración de justicia se presente un fenómeno de revictimización de la mujer¹⁸⁸ o no se atiendan oportuna y adecuadamente las manifestaciones de violencia contra aquella.

Perspectiva de género en los procesos de restitución internacional de menores de edad

141. La aplicación de una perspectiva de género en los procesos de restitución internacional de menores de edad es posible, a pesar de que la competencia del juez en estos casos está limitada a la necesidad de arribar de forma urgente a una decisión sobre la restitución, para que luego sea discutido el derecho de custodia de los menores de edad. En efecto, las consecuencias nocivas de la violencia en estos casos no solo implican la afectación directa de la mujer, sino que trascienden e impactan en el interés superior del niño, como una víctima indirecta de aquella situación.

142. La Sala considera que la obligación de emplear una perspectiva de género en la resolución de casos judiciales genera la obligación para la autoridad judicial de realizar una interpretación sistemática del mencionado Convenio y que aquella sea conforme con la Constitución, en especial, con las disposiciones relativas a la garantía de los derechos de los niños y de la mujer. En tal sentido, la Sala advierte que pueden existir contextos en los cuales las circunstancias que dan lugar al inicio del trámite de restitución internacional

¹⁸⁶ Sentencia T-023 de 2023, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Sentencia T-012 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

resulten mediados por escenarios de violencia intrafamiliar y de género en contra de las madres. En aquellos eventos, la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 y en concreto el artículo 13.1.b que establece que *“la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenarla restitución del menor si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: b) existe 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.”*, en el marco del ordenamiento superior, debe garantizar el derecho que tienen las mujeres a vivir una vida libre de violencias y el derecho de los niños a estar en un ambiente que garantice su bienestar.

143. De este modo, la Guía de Buenas Prácticas del artículo 12.1.b de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado elaborada en 2019¹⁸⁹ explica que, en estos casos, es posible alegar la existencia de un grave riesgo de daño, el cual se deriva de la exposición de un niño a una situación de violencia doméstica por parte de uno de los progenitores, que se agrava cuando aquella es ejercida en contra de la mujer. De acuerdo con esta previsión normativa, las autoridades de un Estado pueden rechazar la solicitud de restitución cuando quien se opone demuestra un grave riesgo de que la restitución expone al menor de edad a un *“peligro psíquico o físico”* o *“una situación intolerable”*. Esto puede suceder cuando un niño, niña y adolescente es expuesto a una situación de violencia por parte de uno de sus progenitores, en especial cuando se trata de violencia en contra de la mujer. De hecho, el grave riesgo para el niño puede estar basado en el daño que puede llegar a sufrir en el marco de un espiral de violencia contra la mujer, en cualquiera de sus manifestaciones.

144. Sobre este particular, es claro que los menores de edad que están expuestos a situaciones de violencia entre sus progenitores pueden sufrir problemas de salud física y mental, y tienen mayor riesgo de ser violentos en sus relaciones futuras¹⁹⁰, pudiéndose perpetuar los patrones de discriminación en contra de la mujer. Al respecto, la Organización Mundial de la Salud ha resaltado 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”*¹⁹¹. De manera que las situaciones de violencia en contra de la mujer pueden impactar de manera directa en el desarrollo del niño, niña y adolescente y generar un grave riesgo para su integridad.

¹⁸⁹ Colombia ha solicitado convertirse en miembro de esta organización y ha sido admitido por medio de votación. Sin embargo, aún debe aceptar el Estatuto para que la admisión sea efectiva. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/462f19b8-3ff8-41e9-b886-0f64d77553c3.pdf>. Consultado el 19 de junio de 2023.

¹⁹⁰ Gilbert, L.K., Breiding, M.J., Merrick, M.T., Parks, S.E., Thompson, W.W., Dhingra, S.S., Ford, D.C. (2015). Adversidad en la Infancia y Enfermedades Crónicas en Adultos: una actualización de diez estados y el Distrito de Columbia, 2010 (versión en inglés). American Journal of Preventive Medicine; 48(3): 345-349.

¹⁹¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION, et al. Estudio multipaís de la OMS sobre salud de la mujer y la violencia doméstica: primeros resultados sobre prevalencia, eventos relativos a la salud y respuestas de las mujeres a dicha violencia: resumen del informe. 2005. Disponible en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43390/924359351X_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Consultado el 19 de junio de 2023.

145. En la Sentencia T-006 de 2018¹⁹², la Corte consideró que los escenarios de violencia al interior de la familia atentan contra el interés superior de los niños porque los convierte en víctimas indirectas de la misma. En particular, en los procesos de restitución internacional, sostuvo que el regreso de un menor de edad a su país de origen podría no ser lo más adecuado, porque a su retorno podría verse afectado negativamente debido a *“la notoria animadversión entre sus padres y a la prolongación de los pleitos en torno a la presunta violencia que se han propinado recíprocamente”*.

146. Con todo, la autoridad judicial debe verificar el efecto que la violencia produce en el niño tras su restitución a su Estado de residencia habitual y si tal efecto alcanza el umbral de *“grave riesgo”*. Para ello, debe evaluarse la naturaleza, la frecuencia y la intensidad de la violencia, así como las circunstancias en que aquella puede manifestarse. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que:

“En el “Manual de Desarrollo Psicosocial de los Niños y Niñas” de Unicef¹⁹³ se resalta la importancia de un ambiente sano para el desarrollo de los menores, afirma que un “un ambiente de irritación y violencia familiar es perjudicial para el desarrollo psicosocial infantil”. Aclara que “Las peleas, las discusiones, los gritos y las tensiones de los adultos son percibidas incluso por el bebé. El miedo, la inseguridad y la tensión, que estos hechos causan alteran el desarrollo psicosocial del niño o niña”. Y que, “Las discusiones violentas y agresivas entre adultos hacen que los niños se sientan culpables de ellas y experimenten una sensación de angustia. Los niños imaginan que sus padres se pelean por lo que ellos han hecho”.

147. En concreto, la violencia que presencian los niños al interior de su familia puede ser manifestada en cuatro tipos de cambios:

“1. Emocional: puede presentar dificultades en el control de expresiones de agresión hacia otros y hacia sí mismo. Dificultades al entender y comprender emociones. Facilita el desarrollo de sentimientos de indefensión, impotencia, miedo de que ocurra de nuevo la experiencia traumática y sienten frustración porque ellos tienden a considerar que los cambios con respecto a su vida son poco probables, debido a lo cual pueden mostrarse como retraídos.

2. Social: Es probable que haya dificultad para comunicarse y establecer vínculos más estrechos, expresando miedo y desconfianza y de esta forma evitar reexperimentar algún sentimiento asociado al evento violento.

3. Cognitivo: Las dificultades en la atención y concentración pueden obstruir el desarrollo del potencial en el desempeño de actividades escolares; también se presenta que los niños centran su atención en cosas diferentes mientras ocurre el evento traumático, olvidando los episodios traumáticos (amnesia) y/o manteniendo a los agresores en un concepto favorable (disociación).

4. Concepto negativo de sí mismo: Se pueden desarrollar sentimientos de culpa y de vergüenza en los que los niños tienden a creer que son merecedores de maltrato, en donde no perciben peligro o lo normalizan, disminuyendo

¹⁹² M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁹³ <https://www.unicef.org/colombia/pdf/ManualDP.pdf>. Fecha de consulta, diciembre 01 de 2017.

respuestas de defensa y auto conservación como efecto de la ausencia de un sentimiento de vulnerabilidad (Sepúlveda, 2006) ”¹⁹⁴.

148. En consecuencia, cuando las autoridades competentes adopten decisiones y medidas relacionadas con la restitución internacional de menores de edad deberán tener en consideración el interés superior del infante, en el marco de violencia contra la mujer. En tal sentido, la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 no se reduce a una simple verificación silogística de cumplimiento formal de sus previsiones, cuando median manifestaciones e indicios de violencia contra la mujer. En estos escenarios, existe una imperiosa e ineludible obligación de realizar un análisis ponderado, proporcionado y razonable que maximice la garantía de los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional que están involucrados en la situación¹⁹⁵, particularmente, para hacer efectiva la protección reforzada del interés superior del niño.

149. Al respecto, no debe perderse de vista que, como fue expuesto *ad supra*, a partir de la progenitura responsable se garantiza el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, a la vez que se hace efectivo su interés superior y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella¹⁹⁶. En tal sentido, las decisiones sobre la restitución internacional de los menores de edad deben tener en cuenta el contexto de violencia doméstica en contra de la mujer y la necesidad de salvaguardar la integridad, el cuidado, el amor y la felicidad de los niños.

150. Por lo anterior, la Sala considera que la existencia de una situación de violencia en contra de la mujer puede poner en grave riesgo la integridad de un menor de edad. En estos casos, resulta claro que procede la excepción de que trata el artículo 13.1.b del Convenio de La Haya de 1980. Al respecto, la Sala destaca que es obligación del Estado adoptar decisiones judiciales o administrativas a partir de un enfoque de género, como una forma de proteger a las mujeres víctimas de la violencia¹⁹⁷ y a los niños que presencian y viven la cotidianidad sometidos a dicha situación.

Solución al caso concreto

151. A continuación, la Sala realizará el estudio del caso concreto. Para tal efecto, en primer lugar, verificará los hechos que están debidamente probados. Posteriormente, establecerá si el Tribunal Superior de Bogotá incurrió en los defectos fáctico y sustantivo al expedir la providencia del 29 de marzo de 2022 y si con ello afectó los derechos fundamentales de la actora y del menor

¹⁹⁴ Camacho Rojas, Claudia Janneth. http://www.humanas.unal.edu.co/sap/files/1213/2915/6753/El_Nio_Como_Testigo_De_Violencia_Intrafamiliar.pdf, fecha de consulta, noviembre 28 de 2017. Citado en la Sentencia T-006 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁹⁵ Cfr. Sentencias T-468 de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera; T-731 de 2017, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-425 de 2022, M.P. Hernán Correa Cardozo; y T-028 de 2023, M.P. José Fernando Reyes Cuartas. De igual forma, sobre la protección de la mujer, ver las Leyes 825 de 1993 y 1232 de 2008, por medio de las cuales se protege a la Mujer Cabeza de Familia, entre otras.

¹⁹⁶ Sentencia T-384 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁹⁷ Sentencia T-028 de 2023, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

de edad. En el presente caso, están probados los siguientes hechos:

151.1. El 26 de abril de 2018, *Emilce* y *Manuel* contrajeron matrimonio civil¹⁹⁸. La pareja estableció su domicilio conyugal en España. El 14 de julio de 2019 nació el niño *Salvador*¹⁹⁹.

151.2. El 12 de diciembre de 2019, la familia viajó a Colombia con múltiples propósitos. Entre ellos, que la familia materna del menor de edad lo conociera, adelantar unos trámites de estudio, pasar el periodo vacacional y “*pensar las cosas antes de tomar una decisión contundente porque [la] relación de pareja estaba atravesando por un momento muy difícil*”²⁰⁰. En concreto, la accionante adujo que fue víctima de malos tratos por parte de su esposo.

151.3. El 1° de enero de 2020, el señor *Manuel* regresó a España debido a que tenía que asumir sus compromisos laborales. Por tal razón, la señora *Emilce* y su hijo continuaron en territorio colombiano. Lo anterior, bajo la autorización del primero²⁰¹.

151.4. La estadía de la accionante y su hijo coincidió con la declaratoria de pandemia por COVID-19²⁰². Por lo anterior, no pudieron regresar a España. La actora afirmó que “*no iba a exponer la vida de [su] hijo ni la [suya] para regresar a España, por el peligro de estar en un avión por más de 10 horas, con la sola ventilación que proporcionaba el avión*”²⁰³.

151.5. En octubre de 2020, el señor *Manuel* regresó a Bogotá. En esa oportunidad, la accionante le comunicó su deseo de no continuar con la vida conyugal que llevaba con aquel y de permanecer en territorio colombiano junto a su hijo. Lo anterior, debido a los malos tratos que recibía por parte de aquel²⁰⁴.

151.6. El 10 de noviembre de 2020, el señor *Manuel* viajó a España. Ese mismo día, tuvo un altercado con la demandante, que finalizó con la presentación por parte de esta, de una solicitud de medida de protección ante la Comisaría de Familia de Engativá²⁰⁵.

151.7. El 27 de noviembre de 2020, el señor *Manuel* solicitó a la autoridad central española el trámite de restitución internacional de su hijo menor de

¹⁹⁸ Registro civil de matrimonio. En expediente digital. Documento: “03 Anexos.pdf”, pág. 109.

¹⁹⁹ Registro civil de nacimiento del menor de edad. En expediente digital. Documento: “03 Anexos.pdf”, pág. 1.

²⁰⁰ Escrito de tutela. En expediente digital. Documento: “0002Escrito de tutela (4).pdf”, pág. 2.

²⁰¹ Memorial presentado por el progenitor, mediante el cual coadyuvó la demanda presentada. En expediente digital. Documento: “18 Memorial 27-04-2021- coadyuva demanda y aporta nuevas pruebas.pdf”.

²⁰² Así lo refieren tanto la demanda de restitución internacional como la acción de tutela. En expediente digital. Documentos: En: expediente digital. Documentos: “0002Escrito de tutela (4).pdf” y “Rta. Juzgado 24 de Familia de Bogota.pdf”.

²⁰³ Escrito de tutela. En expediente digital. Documento: “0002Escrito de tutela (4).pdf”, pág. 2.

²⁰⁴ En: expediente digital. Documentos: “0002Escrito de tutela (4).pdf” y “Rta. Juzgado 24 de Familia de Bogota.pdf”.

²⁰⁵ Medida de protección No. 1601/2020. En expediente digital. Documento: “03 Anexos.pdf”, pág. 105.

edad²⁰⁶. El 4 de diciembre siguiente, fueron puestos en conocimiento del ICBF los hechos denunciados por el progenitor²⁰⁷.

151.8. El 2 de marzo de 2021, el equipo interdisciplinario del ICBF valoró al menor de edad en su lugar de residencia en Bogotá D.C. Como resultado de dicha visita, los funcionarios concluyeron que el niño tenía los derechos garantizados con su madre²⁰⁸. De manera que, la Defensora de Familia se abstuvo de decretar medidas de restablecimiento de derechos.

151.9. El 25 de marzo de 2021, la Defensora de Familia instauró demanda de restitución internacional del menor de edad en contra de la ciudadana que interpuso la acción de tutela²⁰⁹. Argumentó que el niño estaba retenido de manera ilegal en Colombia. Por su parte, la madre del menor de edad alegó que fue víctima de violencia intrafamiliar por parte de su esposo y que alejar al niño de su lado podría traer graves perjuicios para su crecimiento y desarrollo. Además, señaló que aquel está integrado y adaptado en su nuevo medio social y familiar²¹⁰.

151.10. El 8 de octubre de 2021, el Juzgado 24 de Familia de Bogotá negó las pretensiones de la demanda. Fundó su decisión en que el niño está en el país desde antes de iniciar la pandemia por COVID-19. En tal sentido, aquel ha afianzado sus vínculos con su familia materna y su progenitora. De manera que, si se ordena su restitución internacional, podría ponerse al menor de edad en una “*situación intolerable*”²¹¹.

151.11. Dicha decisión fue impugnada por el progenitor del niño. Mediante sentencia del 29 de marzo de 2022²¹², el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó la decisión de primera instancia. En su lugar, ordenó la restitución internacional de *Salvador* al Reino de España.

151.12. El 14 de junio de 2022, el niño fue entregado a su padre y restituido internacionalmente a España²¹³.

151.13. El 13 de diciembre de 2022, la Comisaría de Familia de Engativá ordenó medida de protección a favor de la accionante. Al respecto, señaló que el señor *Manuel* debía abstenerse de realizar cualquier acto de violencia verbal o psicológica, efectuar actos de amenaza, degradación, ofensa o humillación en contra de la actora y determinó que aquel debía asistir a psicoterapia, con el

²⁰⁶ Solicitud efectuada por el progenitor a la Autoridad Central Española. En expediente digital. Documento: “03 Anexos.pdf”, pp. 9 a 16.

²⁰⁷ Solicitud de restitución a España por parte de la Autoridad Central de España. En expediente digital. Documento “h28_4804 expediente.pdf”.

²⁰⁸ Informes de valoración del equipo interdisciplinario del ICBF. En expediente digital. Documento “03 Anexos.pdf”, pp. 144 a 166.

²⁰⁹ Demanda interpuesta por el ICBF. En expediente digital. Documento: “02 Demanda.pdf”.

²¹⁰ Contestación a la demanda por parte de la tutelante. En expediente digital. Documento: “16 Memorial 23-04-2021 Contestación demanda.pdf”.

²¹¹ Audiencia del 8 de octubre de 2021. En expediente digital. Documento: “63.2 Grabación audiencia 8 octubre 2021”.

²¹² Sentencia de segunda instancia proferida el 21 de marzo de 2022. En expediente digital. Documento: “38DecisióndeSegundaInstanciaRevocatoria.pdf”.

²¹³ Acta de entrega del niño *Salvador*. En expediente digital.

fin de manejar y controlar su ira. Dicha decisión fue confirmada por el Juzgado 14 de Familia de Bogotá²¹⁴.

152. Para la Sala, la decisión proferida el 29 de marzo de 2022 por el Tribunal Superior de Bogotá D.C incurrió en *defecto fáctico* porque omitió el deber probatorio en cuanto a garantizar que la orden de restitución respetase el interés superior del niño, en el marco de un escenario de violencia en contra de la mujer. En concreto, no hubo un ejercicio de análisis adecuado del acervo probatorio para tener en cuenta la voluntad de aquel. De igual forma, la autoridad judicial no ejerció sus facultades oficiosas para establecer el escenario de violencia contra la mujer ni el impacto de este en el bienestar del menor de edad.

153. Asimismo, existe *defecto sustantivo* porque al interpretar el Convenio de La Haya de 1980 la autoridad judicial desconoció el interés superior del niño y el enfoque de género. En especial, porque no verificó la excepción de peligro grave o situación intolerable para el menor de edad, a pesar de la manifestación expresa de ello y los indicios de violencia de género en contra de su progenitora.

154. La Sala advierte que la consideración sobre la violencia de género y el necesario enfoque de género en este caso, se proyectan hacia la garantía del interés superior del niño. A continuación, la Sala expondrá las razones que sustentan su posición.

La decisión judicial reprochada incurrió en defecto fáctico porque no se garantizó el derecho del menor de edad a ser escuchado

155. De igual forma, la Sala encuentra que durante el proceso de restitución internacional no se consultó la voluntad del menor de edad, ni se hizo un esfuerzo probatorio por determinar si, a pesar de su edad, pues para el momento en que fue expedida la sentencia tenía 2 años, 8 meses y 15 días, el niño contaba con la posibilidad de expresar su opinión. Al respecto, el Tribunal Superior de Bogotá se limitó a señalar que debido a su edad “*en este caso no es posible obtener la opinión del niño*”²¹⁵, sin justificar tal argumento. Lo anterior queda reforzado por el hecho de que el ICBF a través de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación mediante el Procurador 36 Judicial II de Familia advirtieron que el niño llegó a Colombia de 5 meses y al momento del trámite judicial de restitución contaba con 3 años. Tal situación indica que la mayor parte de su vida ha permanecido con su madre y abuelos maternos y con su residencia en nuestro país. Tal aspecto debió ser valorado por el Tribunal mediante la posibilidad de escuchar la opinión del niño, en la medida de su madurez, acorde a su edad, para expresar sus sentimientos y preferencias.

156. Lo anterior, refleja que la autoridad judicial vulneró el derecho del menor

²¹⁴ Sentencia del 18 de mayo de 2023. En expediente digital.

²¹⁵ Sentencia de segunda instancia proferida el 21 de marzo de 2022. En expediente digital. Documento: “38DecisióndeSegundaInstanciaRevocatoria.pdf”, pág. 5.

de edad a ser escuchado dentro del trámite judicial. En efecto, no tuvo en cuenta los pronunciamientos de esta Corporación en los cuales se ha indicado que, en todo caso, debe valorarse los procesos cognitivos, intelectuales, psicológicos y/o físicos de los menores de edad. Lo expuesto, porque tales procesos están generalmente asociados al entorno familiar, social y/o cultural de cada uno de ellos y varían en cada individuo²¹⁶. En tal sentido, la ausencia de dicho análisis no permite concluir que el niño no tiene la madurez suficiente para expresar su opinión, como lo sostuvo el Tribunal.

157. Por lo anterior, la Sala considera que la autoridad judicial accionada incurrió en defecto fáctico porque omitió ejercer sus facultades oficiosas en materia probatoria, para valorar si el menor de edad cuenta con un grado de madurez suficiente para que su opinión sea tenida en cuenta dentro del trámite adelantado. De esta manera, desconoció el mandato ineludible de garantía del interés superior del niño y su decisión inobservó el principio *pro infans*.

El Tribunal accionado incurrió en defecto fáctico porque no hizo ejercicio de sus facultades oficiosas para establecer la situación de violencia alegada por la accionante

158. La actora adujo que el Tribunal Superior de Bogotá vulneró sus derechos como mujer. Al respecto, indicó que la restitución del menor de edad a su progenitor la conllevaría a abandonar a su hijo, porque no se puede exponer a los malos tratos por parte de su pareja en territorio español. Lo anterior, en tanto la decisión judicial omitió valorar los antecedentes de violencia psicológica que vivió al lado de aquel y de los que fue víctima²¹⁷.

159. Adicionalmente, en sede de revisión informó sobre mensajes de WhatsApp en los que el presunto agresor descalificó algunos de sus comportamientos y sus capacidades mentales. De igual forma, puso de presente la declaración bajo juramento del 14 de mayo de 2022 en la cual asegura que el señor *Manuel* le arrojó a la accionante las llaves del carro en la cara en presencia del niño²¹⁸ y que algunas amenazas por parte de aquel “*iban acompañadas de escenas problemáticas como tirarse al piso, golpear la pared*”²¹⁹.

160. Por último, aportó copia de la sentencia del 18 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado 14 de Familia del Circuito de Bogotá que confirmó la medida de protección No. 615 de 2022, que ordenó al señor *Manuel* abstenerse de realizar cualquier acto de violencia verbal o psicológica, efectuar actos de amenaza, degradación, ofensa o humillación en contra de la

²¹⁶ “Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso”. Sentencia T-844 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Retomado de Sentencia T-663 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²¹⁷ Escrito de tutela. En expediente digital. Documento: “0002Escrito de tutela (4).pdf”, pág. 10.

²¹⁸ Declaración extra-juicio con fines extraprocesales del 14 de mayo de 2022. En expediente digital. Documento: “PRUEBAS IMPUGNACION (2).pdf”, pág. 29.

²¹⁹ Intervención de la actora después del traslado de pruebas. En expediente digital. Documento: “Rta. Lina Consuegra Apoderada Accionante (después de traslado).pdf”, pág. 11.

accionante y que le ordenó asistir a “*psicoterapia reeducativa en entidad pública o privada, encaminada a lograr el manejo y control de la ira, la mejora de las relaciones interpersonales, solución pacífica de conflictos y respeto por las personas*”²²⁰. La Sala advierte que esta decisión judicial es posterior a la sentencia censurada, sin embargo, es un elemento que contribuye a la comprensión del posible contexto de violencia contra la mujer que enfrenta la madre del niño.

161. Por su parte, el Tribunal desestimó los argumentos presentados por la progenitora del niño. Puntualmente, indicó que la actora no probó los hechos constitutivos de violencia y que de ello quedó constancia en la Comisaría de Familia de Engativá. Adicionalmente, señaló que los comportamientos del padre del niño obedecieron a “*la natural reacción por la frustración que le producía [al padre del niño] tener que regresar sin su hijo*”²²¹. Lo anterior, sin contar con pruebas que establecieran la condición del señor y, en especial, la garantía de los derechos de la mujer y el impacto de dichas conductas en el bienestar del niño.

162. Para la Sala, el Tribunal Superior de Bogotá desatendió su obligación constitucional de atender el caso con perspectiva de género. Al respecto, advierte que, durante el desarrollo del proceso de restitución internacional del menor de edad, la actora alegó ser víctima de violencia verbal y psicológica por parte del progenitor del niño. Sin embargo, la autoridad judicial no valoró los hechos puestos en conocimiento por parte de la actora. En concreto, no realizó ningún esfuerzo institucional para ejercer sus facultades probatorias oficiosas, con el fin de valorar las acusaciones de la madre del niño dentro del contexto familiar en el que vivía y su impacto en el interés superior del menor de edad²²². Por el contrario, indicó que aquella no probó los hechos constitutivos de violencia y que, en todo caso, esos comportamientos resultaban naturales debido a la reacción que le producía al padre estar sin su hijo.

La decisión judicial incurrió en defecto fáctico porque no valoró los elementos probatorios que daban cuenta de la situación de violencia de género que enfrentó la actora

163. En contraste a lo señalado por el Tribunal, la Sala resalta que, conforme a las declaraciones de la accionante, es posible advertir un posible escenario de violencia en contra suya. Por un lado, el acta de declaración juramentada ante la Notaría 70 del Círculo de Bogotá D.C del 14 de mayo de 2022, por parte de la señora María Adela Ripe, madre de la demandante, da cuenta de que “*en el mes de julio del año 2019 en España el señor Manuel le arrojó a la cara de [la accionante] las llaves del carro estando en período de posparto, situación*

²²⁰ En expediente digital. Documento: “T-9126916 Intervención Lina Consuegra 25-05-23.pdf”, pág. 4.

²²¹ Sentencia de segunda instancia proferida el 29 de marzo de 2022. En expediente digital. Documento: “38DecisióndeSegundaInstanciaRevocatoria.pdf”, pág. 5.

²²² Como fue expuesto en el capítulo general, el parágrafo del artículo 281 del Código General del Proceso 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”.

en la que estábamos presente [el menor de edad] y yo’’²²³.

164. Por otro, la Sala resalta que entre los motivos que la determinaron para cambiar su domicilio conyugal están los relacionados con los maltratos verbales y psicológicos que le daba su esposo²²⁴. En este punto, es necesario tener en cuenta que este tipo de violencia se produjo al interior del hogar y que por eso es altamente probable que no existan pruebas diferentes a la declaración de la propia víctima²²⁵. De hecho, sin que se trate de una decisión judicial proferida antes de la sentencia censurada pero que da cuenta del supuesto contexto de violencia en contra de la madre del niño, el 18 de mayo de 2023, el Juzgado 14 de Familia de Bogotá confirmó la medida de protección impuesta a favor de la demandante por parte de la Comisaría de Familia de Engativá²²⁶. Esto evidencia que existe un riesgo de que la accionante sea víctima de violencia de género por parte del señor *Manuel*. Por lo anterior, resultaba imperativo para el Tribunal accionado adoptar medidas de prevención y protección a favor de la mujer presuntamente agredida²²⁷ y que impactaran en el bienestar del niño. De manera que no se desencadenen otros actos que puedan atentar contra su integridad, como puede suceder en este tipo de eventos²²⁸.

165. Asimismo, el Informe de Intervención Psicológica de la Cámara Colombiana de la Conciliación del 4 de marzo de 2021²²⁹ evidencia que tanto la accionante como el padre del menor de edad enfrentan un “*duelo encubierto*”, el cual han experimentado debido al mal manejo que se ha generado en torno a su separación. Así, en buena parte, tal situación obedece a los “*recurrentes problemas que tienen con respecto al ejercicio de los derechos parentales frente a su [hijo]*’’²³⁰. Lo anterior, dificulta el manejo de la comunicación entre aquellos y les ha impedido llegar a acuerdos. Prueba de ello son los mensajes a través de WhatsApp entre ellos, los cuales reflejan su constante enojo y sus ataques personales. Particularmente, del padre hacia la demandante²³¹.

166. En tal sentido, el Tribunal Superior de Bogotá no valoró las pruebas allegadas a lo largo del proceso en las cuales se daba cuenta de

²²³ Declaración extra-juicio con fines extraprocesales del 14 de mayo de 2022. En expediente digital. Documento: “*PRUEBAS IMPUGNACION (2).pdf*”, pág. 29.

²²⁴ Contestación a la demanda por parte de la tutelante. En expediente digital. Documento: “*16 Memorial 23-04-2021 Contestación demanda.pdf*”.

²²⁵ Sentencia T-967 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²²⁶ Intervención de la accionante en sede de revisión En expediente digital. Documento: “*T-9126916 Intervención Lina Consuegra 25-05-23.pdf*”.

²²⁷ Cfr. Sentencia T-126 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

²²⁸ Al respecto, la Relatoría sobre los Derechos de la Mujer de la CIDH ha expuesto las deficiencias en la respuesta judicial en casos de violencia contra las mujeres. Al respecto, ha constatado que en muchos casos las mujeres sufren agresiones mortales luego de haber acudido a reclamar la protección cautelar del Estado. RELATORÍA SOBRE LOS DERECHOS DE LA MUJER. Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las américas. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap2.htm> consultado el 22 de junio de 2023.

²²⁹ Informe de intervención psicológica del 4 de marzo de 2021. En expediente digital. Documento: “*03 Anexos.pdf*”, pp.117 y ss.

²³⁰ Ibid., pág. 9.

²³¹ Capturas de pantalla de whatsapp allegados por la accionante. En expediente digital. Documento: “*“PRUEBAS IMPUGNACION (2).pdf*”, p. 33 a 43.

manifestaciones e indicios sobre el contexto de violencia contra la mujer que alegó la actora. Dicha omisión resulta reprochable desde el punto de vista constitucional. En efecto, en este tipo de escenarios, previo a la agresión física, es *“donde se le debe dar credibilidad a las declaraciones de las mujeres y se deben tomar medidas de protección oportunas, efectivas y permanentes que garanticen la vida e integridad de ellas y que precisamente eviten la ocurrencia de un hecho aún más gravoso e incluso, lamentable como la muerte”*²³².

167. Tal situación, como se ha advertido en esta providencia, perpetúa escenarios de discriminación institucional contra la mujer, puesto que la somete a cargas procesales y probatorias manifiestamente desproporcionadas, mientras que su integridad y la de hijo se encuentran en riesgo. La prueba directa de la violencia contra la mujer, en el marco de la discriminación por razón del género y el contexto doméstico, es especialmente difícil de acopiar por parte de la víctima. Es en estas circunstancias en las que se activa la especial protección de la mujer y del interés superior del niño y frente a las cuales la autoridad judicial tiene el deber de guiar su actuación con plena observancia del enfoque de género y el principio *pro infans*. Lo anterior, le imponía la obligación al Tribunal de hacer uso de sus facultades oficiosas y probatorias para establecer el impacto de la violencia contra la mujer en el bienestar del menor de edad.

168. De igual manera, la ausencia de consideración de la situación de violencia de género implicó que el Tribunal accionado valoró la conducta procesal de la accionante sin considerar enfoque diferencial. En efecto, al aplicar el artículo 280 del Código General del Proceso, que exige valorar la conducta procesal de las partes, no tuvo en cuenta la situación de violencia de género de la accionante.

169. Concretamente, el Tribunal Superior de Bogotá señaló que: *“cuando inició el trámite de la restitución ante las autoridades españolas, doña Emilce fue citada por la funcionaria judicial a quien correspondió conocer del asunto y, pese a que se le enteró adecuadamente no compareció, y no obstante haberse adoptado las medidas oportunas para que se pudiera conectar “vía CISCO” para que pudiera justificar su conducta, su actitud fue la de decidir unilateralmente no conectarse, sin aducir causa razonable que la justificara”*²³³. Sin embargo, la demandante señaló que la autoridad judicial omitió que previamente había solicitado suspender la audiencia y que el Juzgado 5° de Pontevedra (España) no tuvo en cuenta su petición, ni tampoco la orientó sobre la forma en la que podría obtener un abogado *“de oficio”*²³⁴.

170. Conforme al artículo 280 del Código General del Proceso²³⁵, el juez

²³² Sentencia T-172 de 2023, M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

²³³ Sentencia de segunda instancia proferida el 21 de marzo de 2022. En expediente digital. Documento: *“38DecisióndeSegundaInstanciaRevocatoria.pdf”*, pág. 6.

²³⁴ Escrito de tutela. En expediente digital. Documento: *“0002Escrito de tutela (4).pdf”*, pág. 10.

²³⁵ Ley 1564 de 2012. Artículo 280. CONTENIDO DE LA SENTENCIA. La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para

siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y deducir indicios de ella. De un lado, la Sala observa que, en este caso, la ausencia de la actora a la diligencia efectuada por el Juzgado 5° de Pontevedra (España) obedeció a la responsabilidad de cuidar a su hijo. En concreto, manifestó que debía acudir al centro médico con su hijo para completar su esquema de vacunación²³⁶. Esta razón es justificada y no representa irrespeto a la administración de justicia, ni a las normas legales. En cambio, evidencia que el Tribunal no aplicó perspectiva de género. Lo anterior, porque desconoció las obligaciones ejercidas por la demandante como madre y cuidadora de su hijo. De este modo, es natural que en algunas situaciones la madre no pueda asistir a determinadas diligencias judiciales. Sumado a lo anterior, el escenario de violencia contra la mujer también debió valorarse por parte de la autoridad judicial en este análisis, lo que no hizo.

171. De otro, la accionante adujo que no pudo asistir a la citada diligencia debido a que no contaba con abogado calificado que pudiera atender las particularidades del proceso en España y tampoco fue orientada sobre el trámite que debía hacer para obtener uno que la representara ante las autoridades judiciales de ese país. Para la Sala, esta justificación debió ser considerada en el marco del derecho al debido proceso y en especial, frente a la garantía del derecho a la defensa y de contradicción. En este caso, la accionante no tuvo la oportunidad de contar con un abogado, lo que puede haber afectado su capacidad para presentar adecuadamente sus argumentos y ejercer sus derechos.

172. En contraste, la Sala evidencia que en el transcurso del proceso judicial en Colombia, la actora fue diligente y participó en las diferentes etapas procesales del trámite de restitución internacional del menor de edad. En efecto, aquella: (i) contestó oportunamente la demanda a través de su abogado; (ii) estuvo presente en las audiencias practicadas por el Juzgado 24 de Familia de Bogotá²³⁷; (iii) contestó los requerimientos del despacho²³⁸; y (iv) no solicitó aplazamiento de ninguna de las diligencias programadas.

173. Estas consideraciones no fueron valoradas por el Tribunal. Su razonamiento estuvo guiado en reprochar injustificadamente la conducta procesal de la actora en otro proceso surtido ante el Juzgado 5° de Pontevedra (España). De allí, concluyó que aquella no tenía una actitud colaborativa e irrespetaba las normas legales, a pesar de que su solicitud fue hecha con

fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella. ||La parte resolutive se proferirá bajo la fórmula “administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”; deberá contener decisión expresa y clara sobre cada una de las pretensiones de la demanda, las excepciones, cuando proceda resolver sobre ellas, las costas y perjuicios a cargo de las partes y sus apoderados, y demás asuntos que corresponda decidir con arreglo a lo dispuesto en este código. ||Cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación.

²³⁶ Escrito de tutela. En expediente digital. Documento: “0002Escrito de tutela (4).pdf”, pág. 27.

²³⁷ Actas de celebración de audiencias ante el juzgado 24 de Familia de Bogotá. En expediente digital. Documentos: “30. Acta aud 08-07-2022 (ampb).pdf”, “31 Acta Audiencia 16 julio 202.pdf”, “40 Acta Audiencia 28-07-2021 (ampb).pdf” y “63 Acta audiencia 08-10-2021 (ampb).pdf”

²³⁸ Auto del 31 de agosto de 2021 del Juzgado 24 de Familia de Bogotá. En expediente digital. Documento: “53 Auto 31-08-2021 Señala fecha de audiencia.pdf”.

antelación y debidamente sustentada²³⁹. Lo anterior, no obstante conocer su condición de madre y garante de los cuidados de su hijo y la imposibilidad de contar con un abogado y que dichos aspectos no fueron cuestionados ni controvertidos por su pareja. Tal situación implicó una forma de violencia institucional de género que también afectó el derecho de acceso a la administración de justicia, porque cercenó la posibilidad reconocida a la demandante de obtener la debida protección de sus derechos, con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y la ley²⁴⁰.

174. Por lo anterior, el Tribunal Superior de Bogotá incurrió en defecto fáctico porque no valoró la situación de violencia de la accionante. Sin duda, esto afectó el derecho que tiene ella a vivir una vida libre de violencias²⁴¹. Particularmente, porque es desproporcionado que deba someterse a escenarios de maltrato por parte del señor *Manuel*, con el fin de estar cerca de su hijo y en el territorio de otro Estado.

El Tribunal incurrió en defecto fáctico porque no hubo un ejercicio probatorio para establecer el impacto de la violencia de género sobre el niño

175. Para la Sala, la situación descrita por la actora afecta el interés superior del niño. La accionante señaló que fue víctima de violencia psicológica por parte del progenitor del niño mientras vivían en España. Esta situación cesó una vez se desplazó a territorio colombiano y se reanudó en el marco de la disputa por la tenencia de su hijo.

176. Esta Corporación ha resaltado la importancia de un ambiente sano para el desarrollo de los menores de edad²⁴². Al respecto, ha sostenido que, “*un ambiente de irritación y violencia familiar es perjudicial para el desarrollo psicosocial infantil*”. Por lo tanto, las peleas, discusiones, gritos o tensiones entre adultos pueden ser percibidas por un niño y alterar su desarrollo psicosocial²⁴³.

177. En este caso, la Sala no evidencia que el Tribunal haya ejercido sus facultades probatorias para descartar que el escenario de violencia no haya impactado en el niño. De este modo, su decisión estuvo cimentada sobre el desconocimiento de una situación que debió ser valorada con pruebas de oficio, porque *prima facie* pone en riesgo el interés superior del menor de edad. En efecto, su estadía en España podría repercutir gravemente en su desarrollo debido a la prolongación de los pleitos entre los padres del niño, en los cuales la madre ha sido afectada. Así, la decisión reprochada impide que el menor de edad esté cerca de quien al parecer garantizaba de mejor modo su interés superior.

²³⁹ Escrito de tutela. En expediente digital. Documento: “0002Escrito de tutela (4).pdf”, pág. 27.

²⁴⁰ Cfr. Sentencia T-799 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁴¹ Convención Interamericana de Belém do Pará. Artículo 3.

²⁴² Sentencia T-006 de 2018, M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁴³ Ibid.

178. En efecto, la posible situación de violencia contra la mujer podría agravar la situación del niño por el contexto de la relación que se consolidaba su madre y desarrollada en el marco de la pandemia generada por la Covid 19. Bajo ese entendido, era inevitable el impacto de la decisión judicial en el interés superior del menor de edad. En tal sentido, el Tribunal debió tener en cuenta, probatoriamente, si la restitución internacional del menor de edad y el consecuente desprendimiento de su madre, ponían en peligro la garantía de sus derechos, de cara a la situación de violencia que alegó su progenitora, particularmente, por la relación que se consolidaba entre ambos.

179. En efecto, el Informe de Psicología²⁴⁴ y de Trabajo Social²⁴⁵ del ICBF demuestran el especial vínculo que existe entre el niño y su madre. De otro, el Informe Psicológico proferido por un profesional particular señala que el menor de edad tiene conductas asociadas al apego inseguro y de ansiedad por separación con su madre²⁴⁶. Adicionalmente, el Informe de Intervención Psicológica de la Cámara Colombiana de la Conciliación del 4 de marzo de 2021²⁴⁷ sugiere que, por la edad que tenía para ese momento el menor de edad, aquel no debía ser alejado de su madre porque *“según la teoría del apego de John Bowlby, es justamente ella el ‘apego seguro del niño’”*.

180. Dichos documentos no fueron tenidos en cuenta por el Tribunal. En cambio, adujo que el mero cambio de residencia no podía ser interpretado como una afectación al interés superior del niño, debido a que ese hecho por sí solo no configura ninguna excepción para negar la restitución internacional del menor de edad, con fundamento en el Convenio de La Haya de 1980. Además, sostuvo que, en la contestación de la demanda, la actora no hizo alusión al riesgo de una situación intolerable a la que podría estar sometido el niño en caso de ser restituido.

181. En este evento, los informes psicológicos allegados en el transcurso del proceso demuestran la relación que el niño tenía con su madre y recomendaron no ser alejado de ella, ya que podría afectar su desarrollo psicosocial. Para la Sala, estas valoraciones evidencian la posibilidad de que exista una perturbación emocional en el niño, derivado de la ruptura de la relación entre la madre y el niño²⁴⁸. De manera que no se trata de una simple afectación natural, como lo sostuvo el Tribunal. Por tal razón, la Sala considera que dicha autoridad incurrió en defecto fáctico porque omitió valorar tales aspectos.

El Tribunal incurrió en defecto sustantivo porque no verificó la excepción de peligro grave o situación intolerable del niño a pesar de los indicios de violencia de género

²⁴⁴ Informe de valoración psicológica del 2 de marzo de 2021. En expediente digital. Documento: “03 Anexos.pdf”, pp. 144 y ss.

²⁴⁵ Informe de valoración socio familiar de verificación de derechos del 2 de marzo de 2021. En expediente digital. Documento: “03 Anexos.pdf”, pp. 151 y ss.

²⁴⁶ Informe de psicología practicado al menor de edad Salvador. En expediente digital. pp. 7 y 8.

²⁴⁷ Informe de intervención psicológica del 4 de marzo de 2021. En expediente digital. Documento: “03 Anexos.pdf”, pp.117 y ss.

²⁴⁸ Sentencia T-202 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

182. La Sala considera que, debido a la situación de violencia de género de la que fue víctima la accionante, la decisión de restituir internacionalmente al menor de edad puso en grave peligro el interés superior del niño, en especial, por la exposición a situaciones de violencia contra su progenitora por parte de su padre.

183. La Sala insiste que, de conformidad con el Convenio de la Haya de 1980, en los procesos de restitución internacional de menor de edad, el interés superior de este, en principio, se protege cuando se restituye al menor de edad a su residencia habitual. Sin embargo, ello no obsta para que el juez haga una valoración de las circunstancias particulares que rodean al niño, con el fin de establecer si en efecto el interés superior del menor de edad se protege con su restitución internacional y se aparta de una aplicación formal del instrumento para, en su lugar, garantizar la resolución del caso con plenas garantías del interés superior del niño y los derechos de la mujer. En ese sentido, en caso de existir razones que justifiquen una excepción a la restitución de un niño, aquella debe reconocerse, máxime si están fundadas en un “grave peligro” o en una “situación intolerable”, que ponga en riesgo el principio *pro infans*, de conformidad con los lineamientos establecidos en el Convenio de La Haya de 1980.

184. En este orden de ideas, la Sala considera que la interpretación del mencionado instrumento internacional por parte del Tribunal estuvo alejada del respeto por la garantía del interés superior del menor de edad, porque hizo un estudio formalista de las normas a aplicar. En concreto, sustentó la decisión de restituir al menor de edad a España, porque evidenció que se cumplían los presupuestos para ello. Sin valorar si en este caso aplicaba una excepción a la restitución por el grave riesgo que representaba para el infante haber sido restituido y situado en un ambiente lejano con presencia de violencia de género, que impacta en sus garantías iusfundamentales. Lo anterior, sin valorar en este caso si habían indicios sobre violencia de género intensa tal y como lo consignaron: i) el acta de declaración juramentada, ante la Notaria 70 del Círculo de Bogotá del 14 de mayo de 2022, de la madre de la accionante que expone que “*en el mes de julio de del año 2019 en España el señor Manuel le arrojó a la cara [de la accionante] las llaves del carro estando en periodo de posparto, situación en la que estábamos presente [el menor de edad] y yo*”; ii) la medida de protección impuesta por la Comisaría de Familia de Engativá y confirmada por el Juzgado 14 de Familia de Bogotá; y, iii) el informe de Intervención Psicológica de la Cámara Colombiana de la Conciliación del 4 de marzo de 2021, que evidencia el constante enojo y ataques personales entre los progenitores del menor de edad.

185. En consecuencia, la Sala considera que el Tribunal Superior de Bogotá incurrió en defecto sustantivo porque al aplicar la norma que exige valorar la conducta procesal de las partes, no tuvo en cuenta el interés superior del niño y no aplicó un enfoque de género para resolver la situación en garantía del principio *pro infans*. En efecto, la autoridad judicial accionada no valoró las afirmaciones efectuadas por la madre del niño, en las que aseguró ser víctima

de violencia psicológica por parte de su esposo, lo que podría haber configurado la excepción de la restitución por tratarse de un grave riesgo o situación intolerable.

186. Finalmente, la Sala resalta que estas circunstancias tampoco fueron consideradas por las Salas de Casación Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes conocieron de la presente acción de tutela en primera y segunda instancia, respectivamente. De allí que, también omitieron la obligación de resolver el amparo propuesto aplicando una perspectiva de género. En este punto, la Sala reitera la Sentencia T-016 de 2022²⁴⁹ en sentido de que:

“(…) por años, las mujeres han luchado por tener los mismos derechos que los hombres. En relación con este asunto, la Corte ha sido clara en determinar que ha perdurado una violencia estructural que exige el trato desigual entre hombres y mujeres en distintos ámbitos, en favor de la mujer. En particular, la violencia de género está profundamente arraigada en los sistemas de parentesco, religión, guerra y nacionalismo. Por consiguiente, su prevención y corrección requiere importantes cambios sociales en las comunidades, familias y naciones.

Esta transformación debe comenzar por las autoridades cuya función es proteger los derechos de las mujeres. En ese sentido, los jueces de la República son las primeras autoridades llamadas a corregir las desigualdades de trato. También, mediante sus decisiones, deben advertirle a la sociedad sobre aquellas prácticas o tradiciones que, aunque han sido reproducidas por años, es necesario eliminar en aras de proteger a las mujeres. Entonces, los jueces del país están obligados a aplicar el enfoque de género en sus providencias. Este deber está reforzado y es ineludible para los jueces de tutela. Su compromiso con la protección de los derechos fundamentales de las mujeres les impone la responsabilidad de hacerlos efectivos con mayor grado, y no, como ocurrió en este caso, generar un déficit de protección constitucional para una víctima de violencia de género. Bajo ese entendido, este Tribunal rechaza y reprocha el fallo de tutela revisado.”

El Tribunal incurrió en defecto por violación directa de la Constitución

187. Adicionalmente, la Sala, en ejercicio de sus facultades *ultra y extra petita* propias del trámite de amparo constitucional²⁵⁰, evidencia que de las circunstancias fácticas y jurídicas expuestas previamente, la providencia censurada también configura un defecto por violación directa de la Constitución. En efecto, la sentencia de segunda instancia proferida en el proceso verbal sumario que ordenó la restitución internacional del niño trasgredió flagrantemente la Carta Política. Tal y como quedó expuesto, la actuación desplegada por el Tribunal accionado desconoció el principio de interés superior del menor de edad y la necesaria perspectiva de género ante los indicios de violencia desplegada por el padre del niño en contra de su progenitora.

188. La Sala reitera que en casos relacionados particularmente con la

²⁴⁹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁵⁰ Al respecto, ver la Sentencia T-104 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, entre otras.

violencia de género, la Corte Constitucional ha manifestado la contrariedad con el texto superior cuando en los trámites judiciales no se aplica el enfoque y perspectiva de género. En ese sentido, la Sentencia SU-201 de 2021 estudió los defectos sustantivos y fácticos. Sin embargo, la Sala consideró que en el asunto también fueron desconocidos los artículos 13 y 43 de la Carta relacionados con el derecho a la igualdad y a la no discriminación.

189. En este caso, se evidencia que el Tribunal accionado validó y justificó la violencia de género ejercida sobre la accionante. En concreto, la Sala reprocha que haya expresado que se tratara simplemente de “la natural reacción por la frustración que le producía [al padre del niño] tener que regresar sin su hijo”. De esta manera, el juez natural del presente asunto incumplió las obligaciones impuestas a los funcionarios judiciales en materia de perspectiva de género y desarrolladas en las Sentencias T-187 de 2017²⁵¹, T-027 de 2017²⁵² y T-344 de 2020²⁵³. De igual forma, los compromisos supranacionales contenidos en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer-CEDAW.

190. Según lo expuesto, la Sala insiste en la especial importancia que tiene la función judicial en la erradicación de la violencia contra la mujer. En estos casos, debe garantizarse la puesta a disposición de la mujer de recursos judiciales efectivos y actuar con la debida diligencia y urgencia para evitar nuevos actos de violencia contra la mujer. En concreto, reitera las siguientes obligaciones de la administración de justicia:

*“(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”*²⁵⁴

191. Así entonces, en asuntos que involucren violencias contra la mujer, los funcionarios judiciales deben tener en cuenta que “(...) una de las mayores limitaciones que las mujeres encuentran para denunciar la violencia, en especial la doméstica y la psicológica, es la tolerancia social a estos fenómenos, que implica a su vez la ineficacia de estos procesos y las dificultades probatorias a las que se enfrenta la administración de justicia

²⁵¹ M.P. María Victoria Calle Correa.

²⁵² M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

²⁵³ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

²⁵⁴ Sentencias T-187 de 2017 y T-027 de 2017.

frente a estos casos”²⁵⁵. De esta manera, tienen la obligación de:

“(i) comprender adecuadamente el fenómeno de la violencia contra la mujer; (ii) analizar el contexto generalizado de violencia contra la mujer; (iii) identificar las relaciones de poder desiguales entre géneros; (iv) identificar factores adicionales de discriminación en la vida de las mujeres – interseccionalidad–, (v) utilizar un lenguaje no sexista; (vi) despojarse de prejuicios y estereotipos de género; (vii) conocer y aplicar, junto con la Constitución, la ley y la jurisprudencia, los estándares internacionales relacionados con la protección de los derechos de la mujer que integran el bloque de constitucionalidad”²⁵⁶

192. En suma, la Sala enfatiza la existencia de un precedente constitucional claro y pacífico que desarrolla los preceptos superiores del interés superior del niño y la protección de la mujer ante la violencia de género. Bajo tal perspectiva, las decisiones con perspectiva de género no son facultativas de los jueces, sino que responden a obligaciones de ineludible cumplimiento en los procesos judiciales. Tal aspecto fue inobservado por el Tribunal accionado por lo que configuró un defecto por desconocimiento de la Constitución.

Órdenes por proferir

193. En virtud de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión adoptará las siguientes medidas. En primer lugar, revocará la sentencia proferida el 29 de junio de 2022 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó el fallo del 18 de mayo de 2022 de la Sala de Casación Civil de esa Corporación, que negó la tutela solicitada. En su lugar, amparará los derechos fundamentales a la familia, al acceso a la administración de justicia y a vivir una vida libre de violencias de la señora *Emilce*, así como los derechos fundamentales de *Salvador* a tener una familia y no ser separado de ella y al respeto por su interés superior.

194. En segundo lugar, dejará sin efecto la sentencia del 29 de marzo de 2022 proferida por la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Bogotá. Sin embargo, tal decisión no tendrá efectos inmediatos puesto que tal situación generaría inseguridad jurídica y podría poner en grave riesgo los derechos del niño. Particularmente, porque la restitución internacional se hizo efectiva y ha transcurrido un tiempo considerable de aproximadamente un año de residencia en España del menor. Tales aspectos hacen que la situación del niño y su familia haya podido modificarse y deba ser valorada por las autoridades administrativas y judiciales que resuelvan sobre la solicitud de restitución internacional, con fundamento en lo dispuesto en esta providencia.

195. Por tal razón, la Sala encuentra necesario establecer un tiempo razonable y prudencial que permita a las autoridades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar tomar las medidas que se requieran para establecer la situación actual del niño y que garantice que la nueva decisión judicial maximice en el mayor grado posible el interés superior del menor de edad y la perspectiva de género.

²⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-967 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁵⁶ Sentencia T-344 de 2020.

En tal sentido, con el fin de adoptar un fallo que consulte la situación fáctica y jurídica actual del niño, que sea coherente y no genere distorsiones intolerables en términos constitucionales con procesos administrativos o judiciales en curso o decisiones de la misma naturaleza, por ejemplo sobre la custodia, en suma, que salvaguarde en mejor medida los derechos fundamentales del niño y de su progenitora, sin afectar gravemente otros valores constitucionales que se podrían ver en juego, la Sala diferirá los efectos de esta orden hasta tanto el Tribunal profiera una nueva decisión, con las base en las siguientes reglas:

196. La actuación previa e inmediata del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF y en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores²⁵⁷, que en el marco del Convenio de la Haya de 1980, directamente y mediante la colaboración con la Autoridad Central Española, en un término no superior a un mes contado a partir de la notificación de esta providencia, localice al menor de edad *Salvador* y le brinde el acompañamiento psicológico y de trabajo social que aquel pueda requerir, con el fin de garantizar su interés superior. Además, deberá establecer lo siguiente:

(i) Las condiciones económicas, sociales, familiares, psicológicas y jurídicas en que el niño está actualmente y si aquel está inmerso en escenarios de violencia intrafamiliar, como expresión de violencia de género. Sobre este último aspecto, deberá precisar el impacto de la violencia que pudo ejercerse en contra de su mamá, para su desarrollo integral y la garantía de sus derechos.

(ii) Las circunstancias de adaptabilidad del menor de edad en su residencia en España, con su padre y núcleo familiar.

(iii) Examinar el impacto del posible retorno del niño a Colombia en términos del principio del interés superior del menor de edad.

(iv) Determinar si el niño tiene la capacidad personal para ser escuchado dentro del proceso de la referencia para expresar sus opiniones sobre el asunto debatido. En caso afirmativo, deberá adelantar las gestiones para que el niño manifieste su voluntad sobre el trámite de restitución y posible retorno a Colombia junto a su madre.

(v) Realizar las demás actuaciones que considere pertinentes con el fin de salvaguardar el interés superior del menor de edad.

197. Adicionalmente, deberá prestar colaboración a los requerimientos que efectúe la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior de

²⁵⁷ El artículo 3 del Decreto 3355 de 2009 establece lo siguiente: “El Ministerio de Relaciones Exteriores tendrá, además de las funciones que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes: 6. Ejercer como interlocutor, coordinador y enlace para todas las gestiones oficiales que se adelanten entre las entidades gubernamentales y los gobiernos de otros países, así como con los organismos y mecanismos internacionales. 20. Formular y ejecutar actividades de protección de los derechos de los colombianos en el exterior y ejercer las acciones pertinentes ante las autoridades del país donde se encuentren, de conformidad con los principios y normas del Derecho Internacional.

Bogotá, con el propósito de garantizar los derechos fundamentales del niño.

198. Consolidada la anterior información en el término otorgado, el ICBF deberá remitir un informe y todos los documentos de soporte a la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Bogotá. Adicionalmente, en esa misma oportunidad, deberá presentar un informe sobre el cumplimiento de esta orden a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en su condición de juez de tutela de primera instancia.

199. A partir de ese momento, la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Bogotá contará con un término improrrogable de un mes para proferir una nueva decisión sobre la restitución internacional del menor de edad. La nueva sentencia deberá garantizar la aplicación del derecho fundamental al debido proceso en cada una de las actuaciones que adelante para dar por culminada la controversia de restitución. Particularmente, respecto a las pruebas que recaude a partir del informe que deberá realizar el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y las demás que decrete. En todo caso, la autoridad judicial deberá analizar el caso con base en el interés superior del menor de edad *Salvador* y la perspectiva de género, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En particular, deberá tener en cuenta:

a. Las pruebas que obran en el expediente y las recolectadas por el ICBF con ocasión de esta providencia que den cuenta de la situación fáctica y jurídica del menor de edad, su opinión sobre el presente asunto, la violencia que se haya ejercido contra la mujer y la decisión que de mejor forma garantice los derechos fundamentales del niño.

b. La aplicación de la Convención de la Haya de 1980 con plena observancia de la Constitución. En especial, la garantía del interés superior del niño y el enfoque de género ante un escenario de violencia contra la mujer.

c. La verificación estricta de la aplicación del artículo 13 de la Convención de la Haya de 1980. En concreto, analizar si la restitución podría representar “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.”²⁵⁸

d. La adopción de un nuevo fallo que atienda lo dispuesto en la presente

²⁵⁸ Este modelo de decisión está orientado por el criterio de urgencia que debe observarse en estos casos. Particularmente, lo establecido en el parágrafo del artículo 119 de la Ley 1098 de 2006, que establece lo siguiente: “COMPETENCIA DEL JUEZ DE FAMILIA EN UNICA INSTANCIA. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia: || 1. La homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes. || 2. La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el comisario de familia, en los casos previstos en esta ley. || 3. De la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. || 4. Resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el defensor o el Comisario de Familia haya perdido competencia. || PARÁGRAFO. Los asuntos regulados en este código deberán ser tramitados con prelación sobre los demás, excepto los de tutela y habeas corpus, **y en todo caso el fallo deberá proferirse dentro de los dos meses siguientes al recibo de la demanda**, del informe o del expediente, según el caso. El incumplimiento de dicho término constituye causal de mala conducta.” (énfasis agregado).

providencia, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas y jurídicas actuales y la condición del menor, de sus padres y el entorno familiar de estos, así como la identificación de las medidas que mejor garanticen el interés superior del niño. Lo anterior, debe garantizar la estabilidad física y psíquica del niño y evitar traslados injustificados que atenten contra la integridad del menor de edad.

e. Con la finalidad de evitar dilaciones y retrasos injustificados en la definición de la situación del niño, deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de esta decisión y la necesaria concurrencia del ICBF para tal fin.

200. De igual forma, ordenará que por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional se compulsen copias del expediente y de este fallo a la Comisaría 10 de Familia de Engativá, con destino al trámite de la medida de protección No. 615/22 de *Emilce* contra *Manuel*, para lo de su competencia. En este punto, la Sala previene a la mencionada autoridad a que adopte las medidas necesarias para que atienda y resuelva oportunamente la solicitud presentada por la accionante. Lo anterior, porque la petición de la medida de protección fue radica el 25 de abril de 2022 y resuelta el 13 de diciembre del mismo año.

201. También, ordenará que se oficie a la Defensoría del Pueblo²⁵⁹, para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales, acompañe el cumplimiento de esta sentencia.

202. Ordenará al padre del niño para que preste apoyo a las autoridades nacionales y españolas en el cumplimiento de la decisión. Finalmente, exhortará a los padres del menor de edad para que en los asuntos que guarden relación con los derechos de su hijo garanticen el principio del interés superior del niño.

Síntesis de la decisión

203. En esta oportunidad, la Sala estudió si la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá vulneró los derechos fundamentales de la accionante y su hijo menor de edad a tener una familia, al debido proceso y aquellos derivados de su condición de mujer y de niño, respectivamente, al ordenarse la restitución internacional del menor de edad a España, lugar de residencia de su progenitor.

204. Para resolver esa cuestión, primero la Sala verificó la ausencia de carencia actual de objeto por daño consumado. A continuación, encontró acreditada la procedencia de la tutela en el caso concreto. Luego, reiteró la

²⁵⁹ Artículo 282 de la Constitución Política “**ARTICULO 282.** El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones: 1. Orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos ante las autoridades competentes o entidades de carácter privado.” Entre otros.

jurisprudencia sobre la configuración de los defectos fáctico y sustantivo. Al respecto, expuso que el primero se configura cuando hay un error ostensible en la valoración de la prueba; y el segundo, cuando se toma de manera arbitraria una decisión.

205. Adicionalmente, recordó que el interés superior del niño debe estar garantizado en todas las actuaciones judiciales en las que estén involucrados los menores de edad. Asimismo, estableció: (i) la finalidad, el alcance y las excepciones que se pueden alegar en el marco de los procesos de restitución internacional de los menores de edad. Sobre el particular, destacó los aspectos principales del Convenio de La Haya de 1980; y (ii) el enfoque de género que debe tenerse en cuenta en el marco de los procesos de restitución internacional de menores de edad. En este punto, resaltó que la violencia en contra de la mujer puede ser usada como excepción a la obligación de restituir un niño siempre que se demuestre que aquella ponga en grave riesgo la integridad de un menor de edad.

206. A partir de las pruebas que obran en el proceso, la Sala encontró que la decisión del Tribunal Superior de Bogotá incurrió en defectos fáctico, sustantivo y por violación directa de la Constitución. Lo primero, porque omitió el deber probatorio para establecer que la orden de restitución garantizaba el interés superior del niño. Además, no desplegó un ejercicio probatorio para tener en cuenta la voluntad de aquel. De igual forma, no ejerció sus facultades oficiosas para establecer el posible escenario de violencia contra la mujer y el impacto de aquella en el bienestar del menor de edad. También, valoró indebidamente la conducta procesal de la actora, en un manifiesto acto que perpetúa la discriminación en contra de la mujer. Lo segundo, porque, al interpretar el Convenio de La Haya de 1980, la autoridad judicial desconoció el interés superior del niño y el enfoque de género. En concreto, no verificó la excepción de peligro grave o situación intolerable para el menor de edad a pesar de los indicios de violencia de género en contra de su progenitora. Lo tercero, porque la actuación del Tribunal accionado desconoció el principio constitucional de interés superior del niño y eludió el deber superior de aplicar la perspectiva de género ante los indicios de violencia contra la madre del menor de edad.

207. Con base en lo expuesto, la Sala revocará la sentencia de segunda instancia y, en su lugar, concederá el amparo a la accionante y a su hijo. En consecuencia, de manera diferida, dejará sin efectos la decisión del Tribunal Superior de Bogotá y le ordenará proferir un nuevo fallo, con plena observancia de las reglas establecidas en esta providencia que incluyen: i) una fase previa de gestión institucional a cargo del ICBF para establecer las condiciones actuales del niño en España; y ii) una fase judicial que se activa a partir del informe rendido por el ICBF y que deberá tener en cuenta el interés superior del niño y la perspectiva de género.

208. También, compulsará copias del expediente y de este fallo a la Comisaría 10 de Familia de Engativá con destino a la medida de protección No. 615/22 de *Emilce* contra *Manuel*, para lo de su competencia. De igual forma, ordenará

que se oficie a la Defensoría del Pueblo, para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales, acompañe el cumplimiento de esta sentencia. Ordenará al padre del niño para que preste apoyo a las autoridades nacionales y españolas en el cumplimiento de la decisión. Finalmente, exhortará a los padres del menor de edad para que en los asuntos que guarden relación con los derechos de su hijo garanticen el principio del interés superior del niño.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 29 de junio de 2022 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó el fallo del 18 de mayo de 2022 emitido por la Sala de Casación Civil de esa Corporación, que negó la tutela solicitada. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la familia, al acceso a la administración de justicia y a vivir una vida libre de violencias de la señora *Emilce*, así como los derechos fundamentales de *Salvador* a tener una familia y no ser separado de ella y al respeto por su interés superior.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida el 29 de marzo de 2022 por la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso de restitución internacional del menor de edad *Salvador*. Los efectos de esta orden estarán diferidos hasta tanto el Tribunal accionado profiera una nueva decisión en ese expediente y con fundamento en las siguientes reglas:

1. La actuación previa e inmediata del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, para que en el marco del Convenio de la Haya de 1980, directamente y mediante la colaboración con la Autoridad Central Española, en un término improrrogable y no superior a un mes contado a partir de la notificación de esta providencia, localice al menor de edad *Salvador* y le brinde el acompañamiento psicológico y de trabajo social que aquel pueda requerir, con el fin de garantizar su interés superior. Además, deberá establecer lo siguiente:

(i) Las condiciones económicas, sociales, familiares y psicológicas en que el niño está actualmente y si aquel está inmerso en escenarios de violencia intrafamiliar, como expresión de violencia de género. Sobre este último aspecto, deberá precisar el impacto de la violencia que pudo ejercerse en

contra de su mamá para su desarrollo integral y la garantía de sus derechos.

(ii) Las circunstancias de adaptabilidad del menor de edad en su residencia en España con su padre y núcleo familiar.

(iii) Examinar el impacto del posible retorno del niño a Colombia en términos del principio del interés superior del menor de edad.

(iv) Determinar si el niño tiene la capacidad personal para ser escuchado dentro del proceso de la referencia para expresar sus opiniones sobre el asunto debatido. En caso afirmativo, deberá adelantar las gestiones para que el niño manifieste su voluntad sobre el trámite de restitución y el posible retorno a Colombia junto a su madre.

(v) Realizar las demás actuaciones que considere pertinentes con el fin de salvaguardar el interés superior del menor de edad.

De igual forma, deberá prestar colaboración a los requerimientos que efectúe la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, con el propósito de garantizar los derechos fundamentales del niño.

2. Consolidada la anterior información en el término otorgado, el ICBF deberá remitir un informe y todos los documentos de soporte a la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Bogotá. Adicionalmente, en esa misma oportunidad, deberá presentar un informe sobre el cumplimiento de esta orden a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en su condición de juez de tutela de primera instancia.

3. A partir del recibo del informe del ICBF, la Sala Tercera de Decisión de Familia del Tribunal Superior de Bogotá contará con un término improrrogable de un mes para proferir una nueva decisión sobre la restitución internacional del menor de edad. La nueva sentencia deberá garantizar la aplicación del derecho fundamental al debido proceso en cada una de las actuaciones que adelante para dar por culminada la controversia. Particularmente, respecto a las pruebas que recaude a partir del informe que deberá realizar el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y las demás que decrete. En todo caso, la autoridad judicial deberá analizar el caso con base en el interés superior del menor de edad *Salvador* y la perspectiva de género, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En particular, deberá tener en cuenta:

a. Las pruebas que obran en el expediente y las recolectadas por el ICBF con ocasión de esta providencia, que den cuenta de la situación fáctica y jurídica del menor de edad, su opinión sobre el presente asunto, la violencia contra la mujer y la decisión que de mejor forma garantice los derechos fundamentales del niño.

b. La aplicación de la Convención de la Haya de 1980 con plena observancia de la Constitución. En especial, la garantía del interés superior del

niño y el enfoque de género ante un escenario de violencia contra la mujer.

c. La verificación estricta de la aplicación del artículo 13 de la Convención de la Haya de 1980. En concreto, analizar si la restitución podría representar “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.”

d. La adopción de un nuevo fallo que atienda lo dispuesto en la presente providencia, teniendo en cuenta las circunstancias fácticas y jurídicas actuales y la condición del menor de edad, de sus padres y el entorno familiar de estos, así como la identificación de las medidas que mejor garanticen el interés superior del niño. Lo anterior, debe garantizar la estabilidad física y psíquica del niño y evitar traslados injustificados que atenten contra la integridad del menor de edad.

e. Con la finalidad de evitar dilaciones y retrasos injustificados en la definición de la situación del niño, deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de esta decisión y la necesaria concurrencia del ICBF para tal fin.

Adicionalmente, en esa misma oportunidad, deberá presentar un informe sobre el cumplimiento de esta orden a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en su condición de juez de tutela de primera instancia.

TERCERO.- ORDENAR que por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional se compulsen copias del expediente y de este fallo a la Comisaría 10 de Familia de Engativá con destino al trámite de la medida de protección No. 615/22 de *Emilce* contra *Manuel*, para lo de su competencia. De igual forma, **PREVENIR** a la autoridad concernida que adopte las medidas necesarias para que atienda y resuelva oportunamente la solicitud presentada por la accionante.

CUARTO.- ORDENAR que, por Secretaría General de la Corte Constitucional, se oficie a la Defensoría del Pueblo, para que, dentro del ámbito de sus competencias constitucionales y legales, acompañe el cumplimiento de esta sentencia.

QUINTO.- ORDENAR a *Manuel* que preste el apoyo necesario a las autoridades colombianas y españolas para el cumplimiento de la presente decisión.

SEXTO.- EXHORTAR a *Manuel* y *Emilce*, padres del menor de edad, para que en los asuntos que guarden relación con los derechos de su hijo garanticen el principio del interés superior del niño.

SÉPTIMO.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ
Secretaria General