

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## CORTE CONSTITUCIONAL -Sala Cuarta de Revisión-

### SENTENCIA T-255 DE 2024

**Referencia:** Expediente T-9.859.332

**Asunto:** Custodia compartida – tutela contra providencias judiciales

**Demandante:** *Clarisa* y sus hijos

**Magistrado ponente:** Vladimir Fernández Andrade

**Síntesis de la sentencia:** El Juzgado 7º de Familia del Circuito de Barranquilla vulneró el derecho al debido proceso de la accionante, así como el derecho a tener una familia y no ser separado de ella de sus hijos. Lo anterior, porque otorgó la custodia monoparental al padre y, con ello, incurrió en los defectos: (i) *desconocimiento del precedente*, al omitir aquel sobre la metodología a emplear para fijar el régimen de custodia más conveniente; (ii) *sustantivo*, al inaplicar el artículo 23 del CIA, el cual establece la prevalencia del régimen compartido; (iii) *fáctico*, al valorar de manera irrazonable los dictámenes de psicología y trabajo social y al no examinar un concepto psiquiátrico, cuando estos elementos no descartaban la custodia compartida; y (iv) *violación directa de la Constitución*, en tanto desconoció los lineamientos jurisprudenciales que deben guiar la aplicación del principio del interés superior del menor, y omitió adoptar un enfoque de género en el caso concreto.

Bogotá D.C., dos (2) de julio de dos mil veinticuatro (2024).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar, Antonio José Lizarazo Ocampo y Vladimir Fernández Andrade, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente sentencia:

**Aclaración preliminar: *reserva de la identidad*.** Los nombres de las partes serán modificados en la versión pública de esta providencia, en atención a que el debate constitucional gira en torno a la custodia de tres menores de edad, y a que la difusión de su información personal podría comprometer su derecho a la intimidad<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta determinación encuentra sustento –entre otros– en el artículo 62 del Reglamento de la Corte y en la Circular Interna No. 10 de 2022, que se refiere a la “anonimización de los nombres en las providencias disponibles al público en la página web de la Corte Constitucional”.

## I. ANTECEDENTES

### A. Hechos

1. En 2013, los señores *Clarisa*, de nacionalidad brasileña, y *Augusto*, de nacionalidad paraguaya y colombiana, contrajeron matrimonio en Brasil<sup>2</sup>.
2. En el marco de dicha unión nacieron los menores *Ramón*, *Jesús* y *Fabián*, de nacionalidad brasileña, y quienes tienen, respectivamente, 10, 9 y 7 años.
3. En 2016, la familia se estableció en la ciudad de Barranquilla. Sin embargo, la señora *Clarisa* viajaba con frecuencia a Brasil para que su hijo *Ramón* recibiera atención en salud, debido a su diagnóstico de parálisis cerebral. Lo anterior, en tanto allá contaba con un seguro médico complementario.
4. Entre 2019 y 2020, la señora *Clarisa* realizó varios viajes al citado país para cuidar de la salud de su madre, quien sufrió un derrame cerebral.
5. En septiembre de 2020, la accionante regresó a Brasil con su hijo *Ramón* con el propósito de que accediera a una cirugía neurológica y a otra de cadera. Dado que el menor no podía trasladarse a Colombia, sus hermanos viajaron para acompañarlo durante las fiestas de fin de año.
6. Según se afirma en la demanda, en enero de 2021, la señora *Clarisa* le informó al señor *Augusto* su intención de divorciarse con fundamento en “*años de abandono, negligencia, falta de respeto y violencia*”<sup>3</sup> de su parte. Igualmente, le informó que quería quedarse en Brasil con sus hijos, debido a la red de apoyo con la que cuenta en dicho país y a la oferta de salud a la que puede acceder el menor *Ramón*.
7. Ese mismo mes, el señor *Augusto* solicitó la restitución internacional de los menores con fundamento en el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños. El proceso referido fue conocido por el Juzgado 3º Federal de Río de Janeiro y, al momento de la presentación de la acción de tutela, se encontraba en trámite la segunda instancia.
8. Luego, en septiembre de 2022 y a solicitud de la señora *Clarisa*, el Juzgado Primero de Familia de Río de Janeiro decretó el divorcio de la pareja, concedió la custodia compartida de los menores y fijó un régimen de visitas y una cuota alimentaria a cargo del padre.
9. Por su parte, el señor *Augusto* promovió un proceso de custodia y cuidados personales en Colombia, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 7º de Familia del Circuito de Barranquilla. En sentencia del 5 de junio de 2023, el citado despacho resolvió: (i) declarar no probadas las excepciones de mérito; (ii) otorgarle al padre la custodia de los menores; (iii) establecer un régimen de visitas para la madre, en las vacaciones de junio y diciembre, así como el

<sup>2</sup> Los hechos descritos en los párrafos 1 a 9 constan en los folios 10 a 15 de la demanda.

<sup>3</sup> 02 Demanda, folio 13.

contacto diario por medios virtuales; y (iv) fijar una cuota de alimentos a cargo de la madre, del 50% de los gastos de los menores. En relación con este último aspecto, se advierte que el juzgado dispuso: “*la fijación de la cuota alimentaria será a partir de los términos señalados en el artículo 283<sup>4</sup> inciso 3º del CGP*”<sup>5</sup>.

10. A continuación, se resaltan algunos aspectos abordados en la audiencia respectiva.

11. *Consideraciones*<sup>6</sup>. El juzgado aludió a diversas normas del Código de Infancia y Adolescencia (CIA) y a la Convención sobre los Derechos del Niño para argumentar que las decisiones relativas a la custodia deben atender al principio del interés superior, el cual supone la prevalencia de sus derechos. Asimismo, resaltó que los menores deben ser escuchados en este tipo de trámites, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

12. Luego, explicó que aspectos como la custodia y las visitas son un derecho tanto de los niños como de los padres. Al respecto, señaló que, según el artículo 22 del CIA, los menores tienen derecho a crecer en el seno de una familia y a no ser separados de ella. Además, el artículo 23 consagra el derecho a que sus padres asuman su custodia de manera solidaria.

13. Con posterioridad, señaló que le correspondía determinar *cuál de los dos padres contaba con mayor idoneidad* para ejercer la custodia de los menores<sup>7</sup>.

14. *Estudio de las excepciones de mérito*<sup>8</sup>. El juzgado estudió las cinco excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda. A continuación, se resumen las consideraciones expuestas respecto de cada una.

- (i) Inexistencia de presupuestos legales y de hecho para decidir sobre la custodia de los menores<sup>9</sup>

15. La parte demandada adujo que el juzgado carecía de competencia para conocer del asunto, en tanto los menores no vivían en Colombia. No obstante, el despacho argumentó lo contrario, pues los certificados allegados acreditaban su asistencia a una institución escolar y su afiliación al Sistema de Seguridad Social.

16. De igual forma, resaltó que los menores residían temporalmente en Brasil debido a la retención de sus pasaportes por parte de su madre, aspecto sobre el

---

<sup>4</sup> “**Artículo 283. Condena en concreto.** (...) En los casos en que este código autoriza la condena en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, estimada bajo juramento, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia respectiva o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior. Dicho incidente se resolverá mediante sentencia. Vencido el término señalado sin promoverse el incidente se extinguirá el derecho”.

<sup>5</sup> Minuto 3:48:33 a 3:49:50.

<sup>6</sup> Desde el minuto 1:03:19.

<sup>7</sup> Minuto 1:35:22.

<sup>8</sup> Desde el minuto 1:36:13.

<sup>9</sup> Minuto 1:36:14 a 1:46:05.

cual existían pruebas. De ahí que el Juzgado 3º Federal de Río de Janeiro encontrara procedente su retorno a Colombia.

- (ii) Ausencia de idoneidad del padre, comportamiento negligente y peligroso para asumir el cuidado o hacerse cargo de forma personal y directa de los menores<sup>10</sup>

17. En este punto, el juzgado aludió a las pruebas trasladadas de oficio, practicadas en el marco del proceso de restitución internacional de menores: los dictámenes emitidos por la trabajadora social Simone de Souza Pires y la psicóloga Janaina de Faveri Araujo.

18. Respecto del concepto de la trabajadora social, resaltó que se evidenció compenetración entre el padre y los niños, así como el ejercicio de autoridad, diálogo y rutinas.

19. En relación con el dictamen de la psicóloga, destacó que los menores se mostraban introvertidos con la madre, pero actuaban con espontaneidad y extroversión con el padre. En este sentido, se evidenció una óptima relación con su progenitor, quien garantizaba sus cuidados básicos de manera efectiva.

20. Por otra parte, la profesional de Faveri Araujo no encontró aspectos perjudiciales relacionados con el regreso de los menores a Colombia. En efecto, mediante fotos y videos determinó que el padre gozaba de excelentes condiciones para cuidar de sus hijos: el menor *Ramón* contaba con tres enfermeras de tiempo completo y los otros dos contaban tanto con niñera y el cuidado de su padre.

21. Asimismo, al analizar las formas de crianza, la psicóloga encontró que ambos padres empleaban el diálogo. Sin embargo, estimó que *Clarisa* tenía dificultades para ejercer la autoridad, accedía a los deseos de los menores y delegaba su cuidado en terceras personas por completo, lo cual impedía una convivencia cercana. Por el contrario, el padre contaba con habilidades para brindar momentos de mayor cercanía y para establecer reglas y rutinas.

22. Por otra parte, el juzgado destacó que la declarante *Emelina*<sup>11</sup> suministró información sobre la red de apoyo con la que contaba el padre en Barranquilla. En este sentido, refirió que parientes, amigos y profesionales lo asistían con el cuidado de los menores.

23. Asimismo, el despacho indicó que el 13 de marzo de 2023 entrevistó a dos de los menores. En sus declaraciones, manifestaron su deseo de vivir con su padre. También se evidenció proactividad por parte del progenitor, quien les brindaba el acompañamiento que requerían en situaciones como acceder a atención médica de urgencias. Por el contrario, según el juzgado, los niños describieron a su madre como una persona inactiva, debido a que dormía durante el día.

---

<sup>10</sup> Minuto 1:47:16 a 2:41:16.

<sup>11</sup> Amiga del padre de los menores.

24. De manera que, al valorar las pruebas, el juzgado concluyó que el señor *Augusto* era un padre responsable, amoroso y atento a las necesidades de los menores. En efecto, las declaraciones aportadas por la señora *Clarisa* fueron desvirtuadas por los peritajes emitidos por dos profesionales en fechas distintas. Además, las entrevistas de los menores evidenciaron una excelente relación con el progenitor.

- (iii) Existencia de condiciones de favorabilidad e idoneidad manifiesta de la madre para hacerse cargo del cuidado personal de los hijos<sup>12</sup>

25. Para abordar esta excepción, el juzgado recurrió nuevamente al concepto de la psicóloga de Faveri Araujo. En efecto, señaló que la profesional no logró advertir una mejor relación con la madre, pues uno de los niños se mostró retraído y asustado al momento de la visita domiciliaria. Por el contrario, se evidenciaron condiciones más favorables con el padre, las cuales podrían influir positivamente en el desarrollo integral de los menores.

26. Por otro lado, el despacho aludió a los interrogatorios de parte. En ellos, se constató que el padre tenía conocimiento del elevado número de ausencias injustificadas al colegio. De ahí que pudiera advertirse un interés en las actividades de sus hijos. En contraste, indicó que la madre ignoraba por completo este asunto.

27. Asimismo, el juzgado señaló que, en la entrevista practicada en el proceso, uno de los menores manifestó que la supervisión de tareas escolares recaía exclusivamente en la niñera y que su madre dormía durante el día. De manera similar, las declaraciones rendidas por dos familiares de la señora *Clarisa* carecían de referencias sobre aspectos de supervisión e instrucción en el estudio de los menores y de cuidados en materia de salud.

28. En virtud de lo anterior, concluyó que la madre no lograba suplir las necesidades afectivas de los menores, lo cual se evidenciaba en la delegación total de su cuidado y en el desconocimiento de circunstancias relativas a su educación. Por consiguiente, no logró demostrar que sus condiciones fueran las más favorables para la crianza de sus hijos.

- (iv) Mejores condiciones de vida y de atención en salud para los niños en Brasil y, especialmente, para *Ramón*<sup>13</sup>

29. El juzgado señaló que no se probó que las condiciones de salud fueran mejores en alguno de los dos países. Por el contrario, estaba plenamente acreditado el acceso al servicio en Colombia, pues el señor *Augusto* aportó elementos que demostraban la afiliación de los menores a una EPS, el acceso a medicina prepagada y la atención de un equipo de médicos que trataba a *Ramón* en Barranquilla. También, el cuidado de personas que integraban su red de apoyo.

---

<sup>12</sup> Minuto 2:43:48 a 3:14:06.

<sup>13</sup> Minuto 3:14:06 a 3:16:24.

- (v) Importancia de garantizar el derecho de los menores a tener una familia y no ser separados de ella<sup>14</sup>

30. El despacho destacó que la idea de familia de los menores está estrechamente vinculada a Colombia y a la figura paterna. De hecho, destacó que éstos manifestaron que extrañaban el país y que su padre les brindaba su apoyo y asistencia. Asimismo, el dictamen de la trabajadora social evidenció que su entorno en Barranquilla satisfizo sus necesidades al máximo.

31. Finalmente, explicó que los menores expresaron que querían a su madre y que deseaban visitarla en Brasil.

## **B. Trámite de la acción de tutela**

### **(i) Presentación y admisión de la acción de tutela**

32. El 8 de agosto de 2023, la señora *Clarisa* promovió acción de tutela contra el Juzgado 7º de Familia del Circuito de Barranquilla, en nombre propio y en representación de sus hijos. En su criterio, la sentencia del 5 de junio de 2023 vulneró sus derechos al debido proceso, a la igualdad y a tener una familia y no ser separado de ella. Por consiguiente, incurrió en las siguientes causales específicas de procedencia:

33. *Defecto fáctico*. Según la actora, el juzgado realizó una valoración inadecuada de las pruebas, lo cual condujo a que se otorgara la custodia exclusiva al padre. Ello, pese a que los elementos de juicio no descartaban la idoneidad de la madre y a que la custodia compartida prevalece en el ordenamiento jurídico<sup>15</sup>.

34. En efecto, el despacho concluyó que la señora *Clarisa* era inidónea para asumir la custodia de los menores, pese a que los dictámenes de psicología y trabajo social advertían lo contrario. Además, los interpretó de manera parcial, por cuanto seleccionó las afirmaciones que favorecían la pretensión de custodia monoparental, e ignoró las que sustentaban la idoneidad de la madre y la importancia de que ambos padres cuidaran de los menores. De esta manera, desconoció los principios de indivisibilidad de la prueba, imparcialidad e igualdad de las partes.

35. Por otro lado, omitió valorar el concepto del psiquiatra Talvane Marins de Moraes, emitido en abril de 2021, en el cual se indica que la señora *Clarisa* se encontraba en la capacidad de cuidar de sus tres hijos, no padecía trastorno ni discapacidad alguna y el uso de tranquilizantes y antidepresivos se dio en el contexto de sufrimiento emocional, debido a la ruptura de su matrimonio.

36. En este punto, resalta que el experto emitió un nuevo dictamen en agosto de 2023, en el que reiteró los hallazgos del estudio anterior. De manera que, al

<sup>14</sup> Minuto 3:17:00 a 3:29:03.

<sup>15</sup> 02Demanda, folios 26 a 54.

momento de emitirse la sentencia (junio del año en cita), la tutelante estaba en óptimas condiciones mentales. Sin embargo, el juzgado accionado sugirió lo contrario.

37. *Falta de motivación y defecto sustantivo en relación con la cuota de alimentos.* A juicio de la demandante, el juzgado omitió motivar la cuantía de la cuota de alimentos a su cargo. Ello, toda vez que determinó un porcentaje del 50%, sin acudir a elementos de prueba sobre sus ingresos. Tal determinación desconoció que, según el artículo 24 del CIA y la Sentencia T-154 de 2019, la obligación alimentaria debe atender a la capacidad económica del obligado. De igual forma, ignoró los artículos 257 y 419 del Código Civil, los cuales se refieren a la tasación de los alimentos<sup>16</sup>.

38. *Defecto sustantivo en relación con las normas que regulan la custodia compartida, y desconocimiento del precedente en la materia.* A pesar de mencionarlo en las consideraciones, la sentencia cuestionada inaplicó el artículo 23 del CIA, según el cual los menores tienen derecho a que sus padres asuman la custodia, de manera solidaria, para su desarrollo integral<sup>17</sup>.

39. Por otra parte, desconoció los precedentes de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia sobre la prevalencia de la custodia compartida. En concreto, la accionante se refirió a las sentencias T-384 de 2018, T-443 de 2018, T-033 de 2020 y T-051 de 2022, y STC 12085-2018, STC2717-2021, STC5611-2021, STC14728-2021, STC 14834-2021, STC 11148-2022, STC STC4742-2023 y STC 5230-2023.

40. *Defecto sustantivo por evidente contradicción entre lo decidido en la audiencia y lo contenido en la sentencia, respecto del régimen de visitas.* La demandante adujo que, en la audiencia, se estableció un régimen de visitas durante las vacaciones escolares, acompañado del contacto diario por medios digitales. Sin embargo, el acta señaló que la comunicación virtual sólo podría ocurrir durante los meses de vacaciones<sup>18</sup>.

41. *Violación directa de la Constitución<sup>19</sup> y de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).* La tutelante argumentó que la sentencia desconoció: (i) su derecho al debido proceso y el de sus hijos (artículo 29), (ii) así como su derecho a la igualdad (artículo 13), en tanto el caso no fue resuelto igual a otros con problemas jurídicos análogos. También (iii) se configuró un sesgo de género, en tanto el juzgado demandado sugirió que la existencia de una red de apoyo indicaba la falta de idoneidad de la madre para cuidar de los menores (artículo 43)<sup>20</sup>. Sobre este último punto, se indicó que el fallo cuestionado “*amerita una lectura desde la perspectiva de género y en clave de las labores de cuidado que todas las personas, pero particularmente las*

<sup>16</sup> 02Demanda, folios 54 a 56.

<sup>17</sup> 02Demanda, folios 55 a 64.

<sup>18</sup> 02Demanda, folios 64 y 65.

<sup>19</sup> Este acápite se limitará al articulado de la Constitución colombiana, pues, si bien la actora menciona diversos artículos de la Carta brasileña, la Corte Constitucional carece de competencia para interpretar dicho texto y asegurar su cumplimiento.

<sup>20</sup> 02Demanda, folios 65 a 74.

*mujeres, han tenido que afrontar históricamente*”<sup>21</sup>. En la demanda se afirma que la asistencia en el desarrollo de dicha labor no resulta reprochable. Por ello, *“argumentar, como en alguna de sus intervenciones lo hizo la señora juez demandada, que la existencia de esa red de apoyo podría ser indicio de la incapacidad de Clarisa para cumplir con su deber como madre es inapropiado*”<sup>22</sup>.

42. Por otro lado, el despacho (iv) ignoró el principio del interés superior del menor (artículo 44) y la red de cuidado y apoyo familiar con la que cuentan en Brasil, y (v) la especial protección que les asiste a las madres cabeza de familia. Asimismo, desconoció (vi) el deber estatal de asistir y garantizar el desarrollo integral de la niñez y el derecho de los menores a tener una familia y no ser separados de ella (artículo 44).

43. Además, omitió la especial protección que merece el menor *Ramón*, debido a las secuelas de la parálisis cerebral (artículos 13 y 47). En concreto, señaló: *“está probado que la continuidad del tratamiento médico en Brasil es más conveniente para Ramón, pues allí también está con sus hermanos y con una red de apoyo óptima. Por tal razón, se desconoció con la decisión el mandato de protección especial de un niño en situación de discapacidad y cuyo tratamiento y evolución médica es más favorable en Brasil que en Colombia*”<sup>23</sup>.

44. Por último, la demandante argumentó que el fallo vulneró los siguientes derechos de la Convención Americana, ratificada por Brasil y Colombia y parte del bloque de constitucionalidad: garantías judiciales (artículo 8), protección a la familia (artículo 17), derechos del niño (artículo 19), igualdad ante la Ley (artículo 24) y protección judicial (artículo 25). Al respecto, indicó: *“ya se explicó en detalle las múltiples vulneraciones al debido proceso y los derechos de los niños, de la familia y de las personas en discapacidad. Por lo que no solo se vulneraron los derechos fundamentales en Colombia, sino el pacto o convención con el resto de los países interamericanos*”<sup>24</sup>.

45. En virtud de lo anterior, invocó el amparo de sus derechos y los de sus hijos al debido proceso, a la igualdad y a tener una familia y no ser separado de ella. De igual forma, el principio del interés superior del menor y la especial protección que le asiste a las personas con discapacidad. Asimismo, solicitó la protección de los derechos consagrados en la Convención Americana y mencionados en el párrafo anterior<sup>25</sup>.

46. Por consiguiente, solicitó dejar sin efectos la sentencia del 5 de junio de 2023 y ordenar al juzgado proferir una nueva en la que conceda la custodia compartida.

<sup>21</sup> 02Demanda, folio 68.

<sup>22</sup> 02Demanda, folio 70.

<sup>23</sup> 02Demanda, folio 75.

<sup>24</sup> 02Demanda, folio 79.

<sup>25</sup> 02Demanda, folios 84 y 85.

47. En auto del 11 de agosto de 2023<sup>26</sup>, el Tribunal Superior de Barranquilla (Sala Quinta de Decisión Civil – Familia) admitió la acción de tutela y corrió traslado al Juzgado 7º de Familia del Circuito de la misma ciudad, para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción y remitiera copia del expediente del proceso de custodia y cuidados personales. En la misma providencia, vinculó como tercero con interés al señor *Augusto*.

48. Con posterioridad, en auto del 28 de agosto de 2023<sup>27</sup>, el tribunal vinculó a la procuradora y al defensor de familia adscritos al juzgado accionado, para que se pronunciaran sobre las pretensiones de la demanda.

### **(ii) Respuesta del Juzgado 7º de Familia del Circuito de Barranquilla**

49. El 16 de agosto de 2023, el despacho accionado solicitó que se declarara la improcedencia de la tutela. Para iniciar, relacionó todas las actuaciones surtidas en el proceso, desde la admisión de la demanda hasta la sentencia. En particular, resaltó que en la audiencia del 16 de marzo de 2023 cumplió con la directriz de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de escuchar a los menores. Ello, para conocer su voluntad en relación con el padre que debía ejercer su custodia.

50. En seguida, indicó que valoró el material probatorio de manera integral, en tanto estudió los elementos que favorecían a ambas partes. Sumado a lo anterior, la idoneidad de la madre quedó en entredicho luego de las entrevistas practicadas a los menores, quienes manifestaron su deseo de vivir con el señor *Augusto*. De manera que, al decidir la custodia en ese sentido, el juzgado le otorgó prevalencia al interés superior de los niños y garantizó su desarrollo armónico e integral<sup>28</sup>.

51. En relación con el derecho a la igualdad, señaló que en ninguna de las actuaciones se advertía un trato discriminatorio respecto de la accionante. Agregó que su decisión no ignora la atención en salud que requiere el menor *Ramón*, pues está probado que su padre le garantizó el acceso a tratamientos y procedimientos en Colombia.

### **(iii) Intervención de la apoderada del señor *Augusto***

52. Mediante escrito del 14 de agosto de 2023, la apoderada del señor *Augusto* solicitó que se declarara improcedente la acción de tutela, toda vez que, a su juicio, no se configuraba ninguno de los defectos alegados<sup>29</sup>.

53. En primer lugar, sostuvo que el juzgado no incurrió en defecto fáctico al no valorar los dictámenes del psiquiatra Talvane Marins de Moraes. Uno de ellos fue emitido dos meses después de la sentencia cuestionada, por lo cual fue allegado al proceso de tutela como una prueba nueva.

---

<sup>26</sup> 12Admisión.

<sup>27</sup> 23AutoVinculaProcuradoraFamilia.

<sup>28</sup> 20InformeJuzgado, folios 1 a 3.

<sup>29</sup> 17PronunciamientoVinculado.

54. De igual forma, relató que en la contestación de la demanda del proceso de custodia, la señora *Clarisa* solicitó que se decretaran un dictamen pericial y una prueba documental, ambos suscritos por el citado psiquiatra. Sin embargo, “en la audiencia de mayo 24 de 2022, la Juez Séptima de Familia decretó pruebas dentro del proceso de custodia, y dentro de tal proveído se abstuvo de admitir el dictamen del Dr. Talvane, y en consecuencia, la contradicción del mismo”<sup>30</sup>. En todo caso, sí decretó la prueba documental.

55. Agregó que el fallo acusado no abordó la condición mental de la señora *Clarisa*, pues la decisión se centró en establecer cuál era el padre más idóneo para ejercer la custodia de los menores, en atención al principio del interés superior y a las pruebas aportadas. Por ejemplo, el dictamen de la psicóloga de Faveri Araujo evidenció una mayor afinidad con el padre.

56. Así, la sentencia se fundamentó en la valoración integral de las pruebas, en la voluntad de los menores y en la falta de elementos que apoyaran las excepciones de mérito. Lo anterior fue suficiente para concluir que los niños se encontraban en un ambiente inconveniente y que la madre era inidónea para asumir su custodia debido a su farmacodependencia y a su incapacidad para hacerse cargo de ellos.

57. Por otra parte, la accionante argumentó de manera deficiente la configuración del defecto fáctico, pues no especificó si el mismo se presentaba en una dimensión positiva o negativa, y tampoco precisó que la irregularidad fuera ostensible, manifiesta y flagrante, ni su incidencia en la decisión. Además, su exposición se orientó a reabrir el debate probatorio.

58. En segundo lugar, conceder la custodia compartida no resultaba factible. En efecto, aquella figura no está regulada en Colombia y su aplicación se encuentra sujeta a la cercanía geográfica entre los hogares de los padres. En este caso, el entorno de los menores es la ciudad de Barranquilla y modificarlo constantemente afectaría su desarrollo. Por ello, correspondía al juez determinar a cuál de los padres le correspondía la custodia y fijar el régimen de visitas para el otro, como en efecto lo hizo.

59. En tercer lugar, la contradicción advertida respecto del régimen de visitas, plasmado en la sentencia, se debió a un mero error de digitación por la ausencia de la conjunción “Y” entre el fragmento sobre los viajes durante las vacaciones y la comunicación por medios tecnológicos en los otros meses. En esa medida, la señora *Clarisa* debió solicitar la corrección de la providencia, según lo autoriza el artículo 286 del Código General del Proceso.

60. En relación con el menor *Ramón* y su especial condición, la apoderada advirtió que respondía a estímulos visuales y auditivos, por lo cual no resultaba improbable que participara en las comunicaciones virtuales. Incluso, también se previó un régimen de visitas para el escenario en el cual la madre se estableciera en Colombia.

---

<sup>30</sup> 17Pronunciamento Vinculado, folio 9.

61. En cuarto lugar, sostuvo que la cuota de alimentos se fijó en atención a las facultades *ultra y extra petita* del juez, con el propósito de garantizar los derechos de los menores.

**(iv) Intervención del apoderado de la señora Clarisa**

62. En escrito del 22 de agosto de 2023, el apoderado de la accionante se pronunció en relación con el memorial del señor *Augusto* y la contestación del juzgado<sup>31</sup>.

63. En cuanto al memorial, destacó que no es cierto que no exista la custodia compartida en Colombia, pues aquella ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, según se advirtió en la demanda.

64. Sobre el particular, indicó que esa figura es plenamente aplicable al caso, toda vez que la custodia no se compartiría entre los países en los cuales residen los padres. En efecto, *“la propia abogada de Clarisa aseguró, en la audiencia del 31 de mayo (minuto 28:47), que en caso de que en el proceso de restitución internacional que cursa en Brasil se ordenara definitivamente el retorno de los niños a Colombia, Clarisa mudaría también de inmediato su residencia a nuestro país. En tal sentido, no es verdad que fuera impracticable que, regresando los niños a Colombia, Clarisa también ejerciera su custodia”*<sup>32</sup>.

65. De igual forma, señaló que los defectos atribuidos al fallo del 5 de junio de 2023 se predicen exclusivamente del material probatorio allegado hasta ese momento. En ese sentido, el dictamen del psiquiatra Talvane Marins de Moraes, expedido con posterioridad, acredita que, al momento de emitirse la decisión, la madre de los menores *“no presentaba ninguna condición psíquica, o incapacidad física o moral que le impidiera ejercer la custodia de sus hijos”*<sup>33</sup>.

66. Asimismo, tal idoneidad se confirma mediante los demás elementos que integran el expediente del proceso de custodia y cuidados personales y que se valoraron de manera inadecuada. En esta línea, resalta que no se probó la farmacodependencia de su cliente, alegada por la contraparte.

67. Por otro lado, explicó que el propósito de la demanda no era obtener una nueva valoración del material probatorio, sino advertir las falencias en las que incurrió el juzgado, al estudiarlo de manera parcial. También, de insistir en la prevalencia del interés superior de los menores en tanto la sentencia cuestionada restringió a medios virtuales el contacto con la madre, en caso de que los niños regresen a Colombia. Sumado a lo anterior, reiteró los argumentos sobre la falta de sustento fáctico para fijar la cuantía de la cuota alimentaria.

---

<sup>31</sup> 21MemorialParteAccionante.

<sup>32</sup> 21MemorialParteAccionante, folio 10.

<sup>33</sup> 21MemorialParteAccionante, folio 4.

68. En relación con la contestación del juzgado, solicitó que se aplicara la presunción de veracidad que opera en virtud del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991<sup>34</sup>. Ello, por cuanto la autoridad se pronunció tres días después de que venciera el término otorgado y el caso involucra los derechos de tres menores de edad, uno de los cuales tiene una discapacidad.

69. En todo caso, aún si se tuviera en cuenta la contestación, los tres argumentos expuestos por el juzgado permitirían concluir que no existía fundamento alguno para negarle la custodia a la señora *Clarisa*.

70. En primer lugar, en lo que atañe a la voluntad de los menores, advirtió que el hijo mayor no puede comunicarse debido a su situación de discapacidad, “*por lo que es imposible que hubiera expresado su deseo de vivir con alguno de sus padres*”<sup>35</sup>. Respecto de los otros dos, precisó que “*el menor tenía solo 3 años cuando emigraron de Barranquilla, por lo que, a pesar de que la jurisprudencia sí pide que se consulte la voluntad de los hijos (...) la opción de quedarse a vivir con su padre terminó decidiéndola el segundo de ellos, un niño que en esa época tenía solo 6 años y en cuya entendible inmadurez recayó trágicamente todo el destino de la familia*”<sup>36</sup>. En este punto, explicó que, según la jurisprudencia, la voluntad de los hijos no puede consultarse sin valorar su grado de madurez<sup>37</sup>.

71. En segundo lugar, insistió en que el juzgado accionado desconoció el derecho a la igualdad de su cliente, al valorar de manera parcial el material probatorio.

72. Por último, sostuvo que los derechos del menor en situación de discapacidad no se satisfacen únicamente con la garantía de una atención adecuada en salud. Ello, porque los cuidados de su madre son indispensables para que su vida transcurra en un ambiente propicio.

### **C. Decisiones objeto de revisión**

#### **(i) Sentencia de primera instancia**

73. En sentencia del 1º de septiembre de 2023, el Tribunal Superior de Barranquilla (Sala Quinta de Decisión Civil – Familia) concedió el amparo solicitado por la accionante y, en consecuencia, le ordenó al juzgado demandado proferir una nueva providencia en atención a las consideraciones expuestas<sup>38</sup>.

74. En su criterio, el despacho incurrió en los siguientes yerros: (i) no analizó las pruebas ni individualmente ni en conjunto; (ii) no se refirió a aquellas aportadas por la parte demandada y tampoco las “*confrontó con la situación de cada uno de los niños*”<sup>39</sup>; (iii) no se pronunció sobre la atención médica

<sup>34</sup> También refirió como sustento la Sentencias T-260 de 2019.

<sup>35</sup> 21MemorialParteAccionante, folio 14.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Se refirió a las sentencias T-844 de 2011 y T-663 de 2017.

<sup>38</sup> 25Sentencia, folios 12 a 16.

<sup>39</sup> 25Sentencia, folio 12.

requerida por el menor *Ramón* ni sobre el sistema de salud y la póliza que lo protege en Brasil o sobre la agravación de su estado de salud en Colombia; (iv) no aludió a la situación académica de los niños ni al impacto que la decisión tendría en su educación; y (v) no estudió las pruebas relativas al trato del padre con los niños y a sus viajes de trabajo.

75. En esa medida, se configuró el defecto fáctico, pues su decisión se basó “*en unos argumentos sin soporte probatorio y solamente en unas declaraciones de dos de los niños que extrañan a los primos y a los perros y un concepto de la asistente social, sin hacer análisis alguno de las pruebas trasladadas*”<sup>40</sup>.

76. Por último, destacó que, aunque se pudo comprobar que, durante el trámite incidental posterior a la decisión censurada, ésta se corrigió en punto al régimen de alimentos, el régimen de visitas no ofrece la posibilidad de que los menores compartan con la señora *Clarisa*.

## (ii) Impugnación

77. En escrito del 7 de septiembre de 2023, el señor *Augusto* impugnó el fallo de primera instancia. En particular, argumentó que el juzgado sí analizó las pruebas trasladadas y las aportadas por la señora *Clarisa*, entre ellas, declaraciones y testimonios. Adicionalmente, valoró las pruebas en relación con la situación de cada uno de los menores, al estudiar la excepción de mérito “*mejores condiciones de vida y salud para los niños en Brasil*”.

78. En efecto, se refirió a aspectos de su vida en Colombia como el acceso al servicio de salud. En este punto, aludió a las pruebas que evidenciaban la calidad de la atención recibida por el menor *Ramón*, brindada por la EPS y por su prestador de medicina prepagada. De igual forma, valoró elementos que evidenciaban su diligencia como padre, en el sentido de garantizarle al menor los medicamentos y servicios para el tratamiento oportuno de las secuelas de la parálisis cerebral.

79. En cuanto a la educación de los menores, el juez valoró los interrogatorios de parte de ambos padres y el reporte de rendimiento académico de *Jesús* y *Fabián*. A partir de estos elementos, determinó que la señora *Clarisa* desconocía que sus hijos no asistían con regularidad a clase.

80. Por otro lado, para descartar la prosperidad de la excepción de mérito relacionada con la falta de idoneidad del padre, valoró pruebas que evidenciaban una buena relación entre él y los menores. Entre esas, dictámenes, declaraciones extraprocesales, interrogatorio a un testigo y la declaración de los niños.

81. Estas últimas no se limitaron al hecho de que extrañaran a sus primos y a sus mascotas, pues los menores manifestaron expresamente que no querían vivir con su mamá y que, por el contrario, les gustaba Colombia y querían vivir con su padre.

---

<sup>40</sup> 25Sentencia, folios 13.

82. En cuanto al régimen de visitas establecido por el juzgado, adujo que era ampliamente garantista. Ello, en cuanto previó el escenario en el cual la madre decidiera radicarse en Colombia y, mientras residiera en Brasil, fijó visitas semestrales durante las vacaciones y contacto virtual a diario.

83. Por lo demás, resaltó que el despacho accionado actuó dentro de un marco de libertad para valorar las pruebas. Agregó que el juez de tutela no argumentó que aquel hubiese incurrido en un error manifiesto, ostensible y flagrante. Tampoco motivó con suficiencia la decisión de amparo, pues se limitó a afirmar, de manera genérica, que el juzgado accionado había ignorado las pruebas.

### (iii) Sentencia de segunda instancia

84. En sentencia del 4 de octubre de 2023, la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, Agraria y Rural) revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, negó el amparo<sup>41</sup>. Lo anterior, al considerar que la decisión cuestionada *“obedece a un criterio jurídicamente razonable y por tanto no configura los defectos denunciados con la fuerza suficiente para quebrantarla”*<sup>42</sup>.

85. En primer lugar, resaltó que el juzgado corrigió la cuota alimentaria fijada, en atención a la solicitud de la apoderada de la señora *Clarisa*. En concreto, dispuso que se determinaría con sujeción al artículo 283 del CGP.

86. En segundo lugar, estimó que el juez *“hizo referencia a las pruebas solicitadas por las partes, indicó cuales fueron decretadas y las que desistieron los extremos en litigio, e hizo referencia a la prueba trasladada proveniente de los procesos que se adelantan en Brasil, porque las pruebas que allí reposan versan sobre los mismos hechos y entre las mismas partes”*<sup>43</sup>. De igual forma, reprochó que la accionante pretendiera hacer valer el dictamen psiquiátrico del 3 de agosto de 2023 a fin de demostrar su aptitud psicológica para cuidar de los menores. Lo anterior, por cuanto aquel documento no fue puesto en conocimiento del juzgado antes del fallo.

87. En tercer lugar, destacó que el juzgado se refirió a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema sobre la importancia de escuchar a los menores de edad, siempre que deba determinarse quién debe ejercer su custodia. Asimismo, aludió al principio del interés superior del menor, consagrado en el artículo 8 del CIA y en la Convención sobre los Derechos del Niño.

88. En cuarto lugar, resaltó que el juzgado estimó que no se configuraba la excepción de mérito relativa a la falta de idoneidad del padre. En efecto, los informes periciales de psicología y servicio social y las entrevistas practicadas a los menores evidenciaban su espontaneidad y tranquilidad en compañía de su

<sup>41</sup> Fallo2daReal, folios 9 a 21.

<sup>42</sup> Fallo2daReal, folio 9.

<sup>43</sup> Fallo2daReal, folio 12.

progenitor. También, la red de apoyo con la que cuenta, su interés en mantener contacto con sus hijos y la calidad de la relación entre ellos.

89. Por el contrario, respecto de la madre, el juzgado destacó que delegaba totalmente el cuidado de sus hijos y desconocía si asistían con regularidad a clases. En virtud de lo anterior, concluyó que el señor *Augusto* contaba con condiciones “*más favorables e idóneas para encargarse de los cuidados personales de los hijos*”<sup>44</sup>.

90. Por último, en relación con la excepción denominada “*derecho a tener una familia y no ser separado de ella*”, el juzgado insistió en que, según la jurisprudencia constitucional, los jueces deben tener en cuenta las manifestaciones de los menores en los procesos que involucran sus derechos. Y, en este caso, los niños manifestaron que su deseo era vivir con su padre.

#### **D. Trámite de selección**

91. El 5 de diciembre de 2023, la accionante solicitó la revisión del expediente. Mediante Auto del 18 del mes y año en cita, la Sala Número Doce seleccionó el expediente, con base en los criterios orientadores “*asunto novedoso*” y “*necesidad de materializar un enfoque diferencial*”, y lo repartió al despacho del magistrado ponente.

#### **E. Actuaciones en sede de revisión**

92. En Auto del 14 de febrero de 2024, se decretaron pruebas con el fin de obtener los elementos de juicio necesarios para adoptar una decisión en el asunto de la referencia. En concreto, se les pidió a los señores *Augusto*<sup>45</sup> y *Clarisa*<sup>46</sup> precisar información relacionada con la acción de tutela. Asimismo, se le solicitó al Juzgado 7° de Familia del Circuito de Barranquilla<sup>47</sup> allegar el enlace del proceso de custodia y cuidados personales, y aclarar el alcance del régimen de visitas fijado.

93. En Auto del 4 de marzo de 2024, la Sala negó la medida provisional solicitada por la accionante, consistente en decretar la suspensión del fallo proferido por el Juzgado 7° de Familia del Circuito de Barranquilla. Lo anterior,

<sup>44</sup> Fallo2daReal, folio 17.

<sup>45</sup> Al señor *Augusto* se le solicitó informar: (i) dónde residen actualmente los menores; (ii) si existe algún acuerdo o conciliación relativo a su custodia, alimentos y régimen de visitas; (iii) el estado actual del proceso de restitución internacional y qué decisiones provisionales y definitivas se han adoptado en dicho trámite; (iv) si ha promovido otros procesos judiciales; y (v) cualquier situación adicional y relevante para el caso.

<sup>46</sup> A la accionante se le solicitó informar: (i) dónde residen actualmente los menores; (ii) si existe algún acuerdo o conciliación relativo a su custodia, alimentos y régimen de visitas; (iii) el estado actual del proceso conocido por el Juzgado Primero de Familia de Río de Janeiro, en el cual se decretó el divorcio de la pareja y se concedió la custodia compartida de los menores; (iv) si ha iniciado algún trámite orientado a homologar u otorgar efectos jurídicos a esa providencia en Colombia; (v) si ha promovido otros procesos judiciales; y (vi) cualquier situación adicional y relevante para el caso que deba ser conocida por la Corte Constitucional. De igual forma, se le pidió (vii) allegar copia de todas las pruebas aportadas a la demanda de tutela.

<sup>47</sup> Al Juzgado 7° de Familia del Circuito de Barranquilla se le solicitó precisar el alcance del régimen de visitas fijado para la madre de los menores. En concreto, se le pidió indicar si el contacto por medios virtuales se restringe a las vacaciones escolares o si el mismo se autorizó durante todo el año.

dado que no se cumplieron los presupuestos de procedencia exigidos por la jurisprudencia.

94. Mediante Auto del 6 de marzo de 2024, se le solicitó a la Corte Suprema de Justicia remitir algunas piezas procesales del expediente de tutela<sup>48</sup>. De igual forma, se requirió a la accionante<sup>49</sup> y al Juzgado 7° de Familia del Circuito de Barranquilla<sup>50</sup> para que allegaran la información faltante.

95. A continuación, se resumen las respuestas obtenidas<sup>51</sup>:

**(i) Juzgado 7° de Familia del Circuito de Barranquilla**

96. Mediante oficio del 27 de febrero de 2024, el juzgado informó que adoptó un régimen de visitas similar a aquel establecido en la sentencia dictada en Brasil, en el marco del proceso de divorcio, custodia y alimentos.

97. Al respecto, precisó que, debido a que los padres residen en países diferentes, previó un régimen de visitas que atiende a esta particularidad. En este sentido, aclaró lo siguiente:

*“esta servidora, reconoce el error de transcripción del acta contentiva de la audiencia de fallo, de manera puntual en el numeral 3. de la parte resolutive; toda vez que, hubo la omisión de la letra “y” como conector; entre las dos determinaciones de tiempo – meses – y el uso de la tecnología, en el mencionado numeral ‘... visitas en los meses de junio y diciembre y uso de medios tecnológicos...’; no obstante, en la memoria digital - videograbación – es verificable lo expuesto”<sup>52</sup>.*

98. En seguida, recordó que se establecieron dos regímenes de visitas en función del domicilio de la madre de los menores. El primero, bajo el entendido de que reside en Brasil, garantiza el contacto continuo por medios virtuales y visitas presenciales en los meses de junio y diciembre. El segundo, en caso de que decida domiciliarse en Colombia, prevé visitas presenciales los fines de semana y durante las vacaciones escolares.

99. En todo caso, advirtió que: “[e]l régimen de visitas con independencia de su condición presencial en el país de Brasil o el nuestro, de manera alguna es impedimento para que los padres puedan establecer comunicación con sus hijos por medios tecnológicos en los días de semana y durante todo el año”<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> A la Corte Suprema de Justicia se le solicitó remitir copia íntegra de los archivos que conforman el cuaderno de primera instancia del expediente de tutela. En particular, el auto admisorio, los anexos de la demanda y cualquier elemento probatorio que se haya aportado al proceso.

<sup>49</sup> A la accionante se le pidió allegar los dictámenes de los profesionales Janaina de Faveri Araujo, Simone de Souza Pires, Talvane M. de Moraes y sus respectivas traducciones oficiales al español.

<sup>50</sup> Al Juzgado 7° de Familia del Circuito de Barranquilla se le pidió incorporar el acta de la audiencia realizada el 23 de mayo 2023 al expediente del proceso de custodia y cuidados personales.

<sup>51</sup> En relación con la información suministrada por los padres de los menores, la Corte se limitará a relacionar aquella con relevancia jurídica para la resolución del caso. En esa medida, no valorará aquellos elementos orientados a reabrir el debate probatorio que ya se surtió en el proceso ordinario.

<sup>52</sup> URGENTE ADICION A LA RESPUESTA A LA CORTE CONSTITUCIONAL, folio 2.

<sup>53</sup> *Ibidem*, folio 3.

(ii) *Clarisa*

100. En escrito del 28 de febrero de 2024<sup>54</sup>, la accionante informó que los menores residen y estudian en Brasil y no existe ningún acuerdo o conciliación relativo al régimen de custodia, visitas y alimentos entre ella y el padre.

101. Estos asuntos fueron definidos por el Juzgado 1° de Familia del Distrito Judicial de Río de Janeiro en 2022, quien (i) decretó el divorcio de la pareja; (ii) les otorgó la custodia compartida a los padres y dispuso que la casa de la madre sería el lugar de residencia de los niños; y (iii) fijó “*una cuota de alimentos provisional por un total de 18 salarios mínimos brasileños*”<sup>55</sup>.

102. Sin embargo, el citado juzgado suspendió el trámite en relación con las solicitudes de custodia y alimentos hasta que se dicte una decisión definitiva en el proceso de restitución internacional de menores. En efecto, en el fallo se lee:

*“Entiende el juzgado, de esta forma, que, en relación a los pedidos de guarda y alimentos contenidos en la petición inicial, debe el proceso quedar suspendido, hasta que la Justicia Federal decida, en segunda instancia, sobre la restitución de los 2°, 3° y 4° autores a Colombia. Frente a lo expuesto, decido suspender la tramitación del proceso en relación a los pedidos de guarda y alimentos contenidos en la petición inicial, quedando este juzgado responsable apenas por analizar cuestiones urgentes relacionadas a tales temáticas”*<sup>56</sup>.

103. Al respecto, la accionante destacó que “*el 8 de mayo de 2023 el Juzgado indicó que la cuota [de alimentos] fijada sería exigible, aunque provisional, hasta tanto no se definiera de forma definitiva el proceso de restitución internacional de menores*”<sup>57</sup>.

104. Sumado a lo anterior, indicó que no ha adelantado ningún trámite orientado a otorgarle efectos jurídicos en Colombia a la sentencia en la cual se otorgó la custodia compartida.

105. De igual forma, refirió que promovió procesos ejecutivos de alimentos contra el padre de sus hijos en ambos países. En Colombia, el juzgado no accedió a las pretensiones y la condenó en costas. Por el contrario, en Brasil, el demandado fue condenado al pago de las cuotas de alimentos. Incluso, por esa razón, el 7 de febrero de 2024 el juez de conocimiento emitió orden de captura en su contra.

106. En relación con el proceso de restitución internacional de menores, informó: “*en este momento la Corte Suprema de Brasil se encuentra estudiando un Recurso Especial presentado por mis abogados, para decidir en última*

<sup>54</sup> Respuesta Corte Constitucional.

<sup>55</sup> *Ibidem*, folio 3.

<sup>56</sup> Anexos solicitud de pruebas, folio 46.

<sup>57</sup> Respuesta Corte Constitucional, folio 4.

*instancia el retorno de mis hijos a Colombia. Por este motivo la orden de restitución se encuentra suspendida*”<sup>58</sup>.

107. Por lo demás, señaló que el señor *Augusto* no visita a sus hijos desde septiembre de 2023, ni cumple con sus obligaciones alimentarias.

**(iii) Augusto**

108. En escrito del 28 de febrero de 2024<sup>59</sup>, el señor *Augusto* informó que sus hijos viven en Brasil y que no hay ningún acuerdo en relación con el régimen de custodia, visitas y alimentos. En este punto, explicó que la justicia brasilera otorgó la custodia compartida a ambos padres. No obstante, esta decisión no es definitiva, en tanto se encuentra sujeta a la resolución del proceso de restitución internacional.

109. Resaltó que las autoridades judiciales brasileras dispusieron el regreso de los niños a Colombia. Al conocer la decisión del 28 de septiembre de 2023, adoptada en segunda instancia por la Sala Especializada V del Tribunal Federal de la 2ª Región, la madre de los menores promovió recurso especial contra la misma. Los días 5 de octubre y 19 de diciembre de 2023, respectivamente, se dispuso concederlo en el efecto suspensivo y admitirlo. El 20 de febrero de 2024, el recurso fue recibido en el Tribunal Superior de Justicia<sup>60</sup>.

110. Asimismo, refirió que denunció a la señora *Clarisa* por los delitos de injuria, calumnia y fraude procesal ante la Fiscalía colombiana. También explicó que no puede ejercer la custodia compartida en Brasil debido a la orden de captura emitida por la justicia de ese país.

111. Por lo demás, allegó elementos probatorios orientados a demostrar su idoneidad para ejercer la custodia de los menores, y la correspondiente incapacidad de la accionante.

112. Durante el término otorgado por el despacho sustanciador, las partes se pronunciaron sobre las pruebas allegadas, como se resume a continuación<sup>61</sup>:

**(iv) Intervención del apoderado judicial de la accionante**

113. En escrito del 1º de marzo de 2024<sup>62</sup>, el apoderado de la demandante se pronunció sobre las pruebas allegadas por el señor *Augusto*. En este sentido, señaló que varios de los elementos fueron analizados por el Juzgado 7º de Familia del Circuito de Barranquilla, en el marco del proceso de custodia. De ahí que la revisión ante la Corte Constitucional no pueda emplearse para reabrir

<sup>58</sup> Respuesta Corte Constitucional, folio 6.

<sup>59</sup> EXP. 9.859.332. Cumple requerimiento. 28-02-24.

<sup>60</sup> 08. Información breve en relación con el proceso No. 5059833-54.2021.4.02.5101\_RJ.

<sup>61</sup> Dado que los escritos remitidos contienen argumentos de distinta índole, el resumen de las intervenciones se centra en aquellos de tipo jurídico con cierta relevancia para la resolución del caso. Tampoco se incorporaron elementos de juicio ajenos al debate constitucional, esto es, a la configuración de los defectos atribuidos al fallo del Juzgado 7º de Familia del Circuito de Barranquilla.

<sup>62</sup> Memorial jurídico traslado de pruebas.

el debate probatorio. Más aún cuando estos elementos no desvirtúan la configuración de los defectos atribuidos al fallo cuestionado.

**(v) Intervención de Clarisa**

114. En comunicación del 1º de marzo de 2024<sup>63</sup>, la accionante advirtió que las pruebas aportadas por el señor *Augusto*, orientadas a demostrar su incapacidad como madre, fueron controvertidas en el proceso que motivó la interposición de la acción de tutela. Además, dicho comportamiento amerita que la Corte se pronuncie *“sobre la estigmatización de género que sufrimos las mujeres y la constante obsesión por la perfección que esperan los hombres de nosotras. He tenido que asumir el rol de madre y padre casi en todos los aspectos de la vida de los niños, además del de cuidadora y proveedora. No soy la primera, no seré la última, pero qué bueno que este caso esté en un respetado tribunal de Colombia para que precisamente yo pueda servir como precedente para que avancemos un poco en la lucha de la violencia indirecta y directa contra las mujeres”*<sup>64</sup>.

115. De igual forma, destacó que ha sido objeto de burla y maltrato por parte del señor *Augusto*, quien *“no desaprovecha la oportunidad para hacerme sentir ‘mala madre’ y reprocharme la más mínima situación cuando él tiene exactamente la misma responsabilidad frente a sus hijos y un rol sustancialmente menos presente”*<sup>65</sup>. Finalmente, adujo que la orden de captura en su contra es la consecuencia de la desatención de sus obligaciones como padre.

**(vi) Intervención de Augusto**

116. En escrito del 1º de marzo de 2024<sup>66</sup>, el señor *Augusto* indicó que la accionante se limitó a expresar apreciaciones subjetivas respecto de las pruebas aportadas por él. De igual forma, reiteró que la orden de captura emitida en su contra le impide viajar a Brasil para visitar a sus hijos.

117. Al respecto, explicó que tal decisión no tiene sustento alguno, pues no valoró su capacidad económica e ignoró que pagó sus obligaciones alimentarias en especie durante los dos años y medio que vivió entre Brasil y Colombia. Lo cual, por lo demás, guardaba correspondencia con la custodia compartida otorgada provisionalmente por la justicia brasilera.

118. Por otra parte, señaló que pagar la cuota alimentaria en efectivo ponía en riesgo su subsistencia. Ello, dado que también debía costear su manutención en Colombia y los tiquetes aéreos entre los dos países.

119. Sumado a lo anterior, refirió que las determinaciones en el proceso ejecutivo de alimentos carecen de carácter definitivo, pues se encuentran

<sup>63</sup> Memorial Respuesta.

<sup>64</sup> Memorial Respuesta, folio 3.

<sup>65</sup> Memorial Respuesta, folio 3.

<sup>66</sup> EXP. 9.859.332. Pronunciamiento sobre las pruebas 01-03-2024.

pendientes algunos recursos contra la orden de prisión civil y otras decisiones emitidas por el juez de conocimiento.

### **(vii) Intervención del apoderado de la accionante**

120. El 19 de abril de 2024, el apoderado de la accionante remitió el concepto del Ministerio Público Federal de Brasil, emitido el día 1º del mes y año en cita, en el trámite del recurso especial presentado por su poderdante. En dicho concepto, se sugiere no ordenar el regreso de los menores a Colombia<sup>67</sup>.

## **II. CONSIDERACIONES**

121. Con miras a resolver el presente asunto, la Sala seguirá el siguiente esquema: (i) estudiará si se satisfacen las exigencias básicas que habilitan la prosperidad del amparo constitucional, así como los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales y, si se supera dicha etapa, (ii) procederá con la formulación del problema jurídico y la revisión sustancial del caso.

### **A. Competencia**

122. Esta Sala de Revisión es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 18 de diciembre de 2023 proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Doce.

### **B. Procedencia de la acción de tutela**

123. De acuerdo con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución y el Decreto Ley 2591 de 1991, la demanda debe acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos, con el fin de establecer su procedencia. En el caso concreto, la Sala debe verificar que se observen las exigencias de (i) legitimación en la causa, tanto por activa como por pasiva, y (ii) los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, entre esos, inmediatez y subsidiariedad.

#### **(i) Legitimación por activa**

124. El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es un instrumento de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona, natural o jurídica, para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades y, excepcionalmente, de los particulares, en aquellos casos previstos en la Constitución y la ley.

125. Con base en dicho mandato, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 señala que la legitimación en la causa por activa se acredita cuando se ejerce la

<sup>67</sup> P\_202400472952\_910\_202400235651-A1T.ES.pdf

acción (i) por el interesado mismo de forma directa; (ii) por intermedio de un representante legal (*caso de los menores de edad y personas jurídicas*); (iii) a través de apoderado judicial (*abogado titulado con mandato expreso, más allá de que los poderes se presumen auténticos*); (iv) mediante agente oficioso (*cuando el titular del derecho no esté en condiciones de promover su propia defensa*); o (v) por conducto del Defensor del Pueblo o de los personeros municipales (*facultados para intervenir en representación de terceras personas, siempre que el titular de los derechos haya autorizado expresamente su mediación o se adviertan situaciones de desamparo e indefensión*)<sup>68</sup>.

126. En el caso concreto, esta Sala de Revisión concluye que se cumple con este requisito, toda vez que la señora *Clarisa* presentó el amparo en nombre propio y de sus hijos, respecto de quienes ejerce la representación judicial y extrajudicial en virtud de la patria potestad<sup>69</sup>. También, aportó el poder especial correspondiente<sup>70</sup>. De igual forma, según el artículo 100 superior, está facultada para promover la acción de tutela pese a tener una nacionalidad distinta a la colombiana<sup>71</sup>.

## **(ii) Legitimación por pasiva**

127. El artículo 5 del Decreto Ley 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que viole o amenace un derecho fundamental. También procede de manera excepcional contra acciones u omisiones de particulares, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 del texto superior y según lo que se desarrolla en el capítulo III del mencionado decreto.

128. La Corte ha sostenido que para satisfacer el requisito de legitimación en la causa por pasiva es necesario acreditar dos exigencias: (i) que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.

129. En el caso concreto, es claro que se cumple este requisito, toda vez que las autoridades judiciales no están excluidas de ser sujetos de la acción de tutela, cuando quiera que con sus actuaciones u omisiones vulneren o amenacen derechos fundamentales. En esta oportunidad, se cuestiona la sentencia dictada por el Juzgado 7° de Familia del Circuito de Barranquilla, en el marco del proceso de custodia y cuidados personales.

## **(iii) Requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales**

<sup>68</sup> La referida disposición es del siguiente tenor: “**Artículo 10. Legitimidad e interés.** 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 defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

<sup>69</sup> Sentencias C-145 de 2010, T-351 de 2018 y T-006 de 2020.

<sup>70</sup> 03Poderes.

<sup>71</sup> Sentencias SU-677 de 2017, T-090 de 2021 y T-244 de 2022.

130. La acción de tutela contra providencias judiciales es un instrumento excepcional, dirigido a enfrentar aquellas situaciones en las que la decisión del juez incurre en graves falencias de relevancia constitucional, que la tornan incompatible con los mandatos del texto superior.

131. Por esta razón, es concebida como un “*juicio de validez*”<sup>72</sup>, lo que se opone a que se use indebidamente como una nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho que dieron origen a un litigio, más aún cuando las partes cuentan con los recursos judiciales, tanto ordinarios como extraordinarios, para controvertir las decisiones que estimen arbitrarias o que sean incompatibles con la Carta. No obstante, pueden subsistir casos en que agotados dichos recursos, persista la arbitrariedad judicial.

132. En desarrollo de lo expuesto, la Sentencia C-590 de 2005 estableció los requisitos de naturaleza sustancial y procedimental que deben acreditarse para obtener la protección de los derechos afectados por una providencia judicial. Aquellos se dividieron en dos categorías: los *generales* que se refieren a la procedibilidad de la acción de tutela; y los *específicos* atinentes a las situaciones que conducen a la vulneración de garantías fundamentales, especialmente del debido proceso.

133. Los requisitos de *carácter general* se refieren a la viabilidad procesal de la acción y son esenciales para que el asunto pueda examinarse de fondo. En el evento en que no concurren en la causa, la consecuencia jurídica es la declaratoria de *improcedencia*.

134. En concreto, la Corte ha identificado los siguientes *requisitos generales* que habilitan la procedencia del amparo: (i) que la cuestión discutida tenga relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial; (iii) que la acción se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración, es decir, que se cumpla con el requisito de la inmediatez; (iv) que la irregularidad procesal alegada, de existir, tenga un impacto decisivo en el contenido de la decisión; (v) que el actor identifique los hechos constitutivos de la vulneración y que, en caso de ser posible, los hubiese alegado durante el proceso judicial en las oportunidades debidas; y (vi) que no se trate de una sentencia de tutela.

135. En cuanto al requisito de relevancia constitucional, la jurisprudencia ha indicado que el mismo se acredita cuando concurren los siguientes supuestos: “(i) que el asunto tenga la entidad para interpretar, aplicar, desarrollar la

---

<sup>72</sup> Al respecto, en la Sentencia T-310 de 2009, se indicó que: “(...) la acción de tutela contra sentencias es un juicio de validez de la decisión judicial, basado en la supremacía de las normas constitucionales. Esto se opone a que la acción de tutela ejerza una labor de corrección del fallo o que sirva como nueva instancia para la discusión de los asuntos de índole probatoria o de interpretación del derecho legislado que dieron lugar al mismo. En cambio, la tutela se circunscribe a detectar aquellos casos excepcionales en que la juridicidad de la sentencia judicial resulte afectada, debido a que desconoció el contenido y alcances de los derechos fundamentales”.

*Constitución Política o determinar el alcance de un derecho fundamental; (ii) que la controversia no se limite a una discusión meramente legal o de contenido estrictamente económico con connotaciones particulares o privadas; y, (iii) que se justifique razonablemente una afectación desproporcionada a derechos fundamentales”<sup>73</sup>.*

136. Cuando la acción de tutela resulte procedente, en el entendido que se acreditaron los requisitos generales previamente expuestos, es posible examinar si se presentan las causales específicas, cuya configuración conlleva el amparo de los derechos fundamentales, así como la expedición de las órdenes orientadas a su reparación.

137. En concreto, los defectos específicos de prosperidad de la acción contra providencias judiciales son los siguientes: (i) orgánico; (ii) procedimental absoluto; (iii) fáctico; (iv) material o sustantivo; (v) error inducido; (vi) carencia absoluta de motivación; (vii) desconocimiento del precedente y (viii) violación directa de la Constitución.

#### **(iv) Cumplimiento de los requisitos generales**

138. De manera preliminar, la Sala advierte que no estudiará el cumplimiento de los requisitos respecto de los defectos *sustantivo* y *falta de motivación*, relacionados con la cuota de alimentos impuesta a la accionante y con la aparente contradicción entre lo decidido en la audiencia y en la sentencia respecto del régimen de visitas.

139. Lo anterior, por cuanto en el expediente digital consta que, luego del fallo, se surtió el incidente de liquidación de que trata el artículo 283 del CGP. Ello, a efectos de fijar la cuota alimentaria. En esa medida, consta que en dicho trámite incidental se estudiaron los elementos de juicio tendientes a cuantificar la obligación referida y en la demanda de tutela no se cuestionó ninguna determinación allí adoptada.

140. Además, a partir de lo decidido en la audiencia<sup>74</sup>, es posible constatar que el contacto por medios virtuales, entre la accionante y sus hijos, no quedó restringido a las vacaciones escolares. En esa medida, la discordancia respecto de lo plasmado en el acta se debió a un error de digitación, tal como lo reconoció el juzgado accionado en sede de revisión.

141. Aclarado lo anterior, la Corte observa que se discute una cuestión de *relevancia constitucional*. En primer lugar, el caso versa sobre el alcance del derecho al debido proceso de la madre y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella de los menores, en el marco del proceso judicial en el que se otorgó la custodia monoparental al padre. Además, en razón de las particularidades fácticas, es necesario abordar el caso desde una perspectiva de género. En segundo lugar, no se trata de una discusión meramente legal o de contenido estrictamente económico con connotaciones particulares o privadas,

<sup>73</sup> Sentencia SU-215 de 2022.

<sup>74</sup> Minuto 3:36:06 a 3:37:14.

ya que involucra los derechos de tres menores de edad, los cuales prevalecen sobre los de los demás y cuya garantía le corresponde al Estado y a la sociedad en virtud del artículo 44 superior. Más aún, cuando uno de ellos se encuentra en situación de discapacidad. En tercer lugar, la demanda de tutela identifica con suficiencia una afectación desproporcionada a derechos fundamentales, derivada de los cuatro defectos que se alegan.

142. En lo que respecta al *agotamiento de los recursos judiciales existentes*, cabe resaltar que, según el artículo 21 del CGP<sup>75</sup>, asuntos como la custodia, el cuidado personal y las visitas se tramitan en una única instancia ante los jueces de familia. Por consiguiente, la actora no podía acudir a otros medios judiciales distintos de la acción de tutela para cuestionar la decisión de custodia monoparental. Ahora bien, a pesar de que se encuentra en curso un proceso de restitución internacional de menores, la Sala destaca que el presente asunto requiere de la intervención urgente del juez constitucional, toda vez que involucra los derechos y el interés superior de tres niños, uno de los cuales se encuentra en situación de discapacidad.

143. Del mismo modo, la Sala encuentra que se satisface el requisito de *inmediatez*, toda vez que transcurrieron apenas dos meses entre la decisión cuestionada (5 de junio de 2023) y la interposición del amparo (10 de agosto de 2023).

144. Igualmente, la actora *identificó los hechos constitutivos de la vulneración*, pues argumentó que el juzgado incurrió en (i) *defecto fáctico*, al valorar de manera parcial los dictámenes de psicología y trabajo social y al omitir el concepto del psiquiatra Talvane Marins de Moraes; (ii) *defecto sustantivo* al desconocer lo previsto en el artículo 23 del CIA en relación con la custodia compartida; (iii) *desconocimiento del precedente* respecto de la prevalencia de la custodia compartida en el ordenamiento jurídico; y (iv) *violación directa de la Constitución* y de la CADH al desconocer los artículos 13, 29 y 43, 44 y 47 superiores, así como los artículos 8, 17, 19, 24 y 25 del tratado.

145. Finalmente, lo que se cuestiona *no es una sentencia de tutela*, sino un fallo adoptado en el marco de un proceso de custodia y cuidados personales.

146. Así las cosas, a juicio de esta Sala de Revisión, la demanda instaurada cumple con la totalidad de los presupuestos básicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por lo que pasará a plantear el problema jurídico y la estructura de la decisión.

### **C. Planteamiento del problema jurídico**

147. En esta ocasión, le corresponde a la Corte determinar si se configura alguno de los defectos alegados por la parte actora y si, por tanto, hay lugar a

<sup>75</sup> “**Artículo 21. Competencia de los jueces de familia en única instancia.** Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asuntos: (...) 3. De la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios”.

conceder el amparo pretendido. El siguiente cuadro resume los argumentos desarrollados en la demanda:

<b>Defecto</b>	<b>Configuración</b>
<i>Fáctico</i>	Valoración parcializada de los dictámenes de psicología y trabajo social y omisión en el análisis del concepto de psiquiatría.
<i>Sustantivo</i>	Inaplicación del artículo 23 del CIA, sobre custodia compartida.
<i>Desconocimiento del precedente</i>	Desconocimiento del precedente respecto de la prevalencia de la custodia compartida.
<i>Violación directa de la Constitución</i>	Desconocimiento de los artículos 13, 29, 43, 44 y 47 de la Carta, y de los artículos 8, 17, 19, 24 y 25 de la CADH.

#### **D. Análisis del problema jurídico**

148. Para resolver el problema jurídico planteado, se abordarán los siguientes temas: (i) causales específicas invocadas por la parte actora; (ii) el principio del interés superior del menor; y (iii) el precedente constitucional en materia de custodia compartida. Con sujeción a lo anterior, se decidirá el caso concreto.

##### **(i) Causales específicas invocadas por la parte actora**

149. Como se indicó, la actora invocó las causales específicas de procedencia defecto fáctico, sustantivo, desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución. A continuación, la Sala describirá cada uno de estos defectos.

##### **a. Defecto fáctico<sup>76</sup>**

150. A partir de los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial, esta Corporación ha entendido que los jueces tienen amplias facultades para efectuar el análisis del material probatorio. Sin embargo, el examen de los elementos de juicio debe (i) estar inspirado en la sana crítica; (ii) atender necesariamente a criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación, entre otros; y (iii) sujetarse a la Constitución y la ley, pues “*de lo contrario, la discrecionalidad judicial sería entendida como arbitrariedad, hipótesis en la cual se configuraría la causal por defecto fáctico y el juez de tutela podría revocar la providencia atacada*”<sup>77</sup>.

151. En este sentido, en la Sentencia T-267 de 2013, esta Corporación estableció que se configura un defecto fáctico cuando el funcionario judicial:

<sup>76</sup> Sentencias T-055 de 1997, T-814 de 1999, T-450 de 2001, SU-132 de 2002, T-902 de 2005, T-1065 de 2006, T-162 de 2007, T-233 de 2007, T-458 de 2007 y SU-172 de 2015.

<sup>77</sup> Sentencia SU-172 de 2015.

(i) Omite el decreto y la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y útiles, lo cual impide una debida conducción al proceso de ciertos hechos que resultan indispensables para la solución del asunto jurídico.

(ii) Omite considerar elementos probatorios que constan en el proceso, pues no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión. Así, resulta evidente que, de haberse realizado su análisis y valoración, la solución habría variado sustancialmente.

(iii) Decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resuelve a su arbitrio el asunto sometido a decisión.

(iv) Sustenta su decisión en pruebas ilícitas.

152. Por otra parte, se han identificado dos dimensiones del defecto fáctico: una negativa<sup>78</sup> y otra positiva<sup>79</sup>. Así, la Corte ha entendido que la primera se presenta *“cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa, u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente”*<sup>80</sup>, mientras que la segunda se configura *“cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.)”*<sup>81</sup>.

153. Por lo demás, este Tribunal ha resaltado que *“el error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto”*<sup>82</sup>.

#### **b. Defecto sustantivo**<sup>83</sup>

154. En términos generales, el defecto sustantivo se configura cuando una autoridad judicial incurre en un error relacionado con la interpretación o aplicación de disposiciones normativas. Así, se ha explicado que dicho error se presenta, por ejemplo, cuando:

(i) La decisión tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque (a) no es pertinente; (b) fue derogada; (c) es inexistente; (d) ha sido declarada contraria a la Constitución; o (e) no se adecúa a la situación fáctica estudiada.

(ii) La norma aplicable es desatendida y, por ende, inaplicada.

<sup>78</sup> Sentencias T-442 de 1994 y SU-159 de 2002.

<sup>79</sup> Sentencia SU-159 de 2002.

<sup>80</sup> Sentencia SU-447 de 2011.

<sup>81</sup> Ibidem.

<sup>82</sup> Sentencia SU-172 de 2015.

<sup>83</sup> Sentencias SU-448 de 2011, SU-298 de 2015, SU-427 de 2016, T-321 de 2017 y SU-479 de 2019.

(iii) A pesar de la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma (a) no se encuentra, *prima facie*, dentro del margen de interpretación razonable; o (b) es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación *contra legem*) o claramente perjudicial para los intereses de una de las partes.

### c. Desconocimiento del precedente

155. La causal de desconocimiento del precedente opera cuando una autoridad judicial desconoce el *principio de supremacía constitucional*. Por ello, en la Sentencia T-830 de 2012 se indicó que: “*el defecto por desconocimiento del precedente (...) se predica exclusivamente de los precedentes fijados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia*”. Ello, ya sea en el marco del control abstracto de constitucionalidad o concreto de revisión de tutelas.

156. En el segundo escenario, se configura un desconocimiento del precedente cuando los operadores judiciales desconocen el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la *ratio decidendi* de sus sentencias de control concreto proferidas por la Sala Plena (SU) o por las distintas Salas de Revisión (T), siempre que no existan decisiones contradictorias en la línea jurisprudencial<sup>84</sup>.

157. Recientemente, la Sentencia SU-049 de 2024 precisó que este defecto se configura cuando “(i) en la *ratio decidendi* o razón de la decisión de la sentencia anterior existe una regla jurisprudencial que puede ser aplicable a futuros casos; (ii) dicha razón de decisión resuelva un problema jurídico análogo o semejante al propuesto en el nuevo caso; y (iii) que los hechos del caso sean equiparables”.

### d. Violación directa de la Constitución

158. Esta causal de procedencia encuentra fundamento en el actual modelo constitucional, que confiere valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que sus mandatos y previsiones son de aplicación directa por las distintas autoridades públicas y, en determinados eventos, por los particulares<sup>85</sup>. Por lo anterior, este Tribunal ha sostenido que resulta plenamente factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados<sup>86</sup>.

159. Al respecto, esta Corporación ha manifestado que dicha causal se estructura cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce la Carta Política, ya sea porque, (i) deja de aplicar una disposición *ius fundamental* a un caso concreto, por ejemplo “(a) cuando en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) cuando se trata de un derecho fundamental de aplicación

<sup>84</sup> Sentencias SU-113 de 2018, SU-312 de 2020 y SU 380 de 2021.

<sup>85</sup> Sentencia SU-198 de 2013.

<sup>86</sup> Sentencia T-555 de 2009.

*inmediata*<sup>87</sup> y (c) cuando el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución”<sup>88</sup>, o (ii) aplica la ley al margen de los dictados de la norma fundamental, desconociendo que, de conformidad con su artículo 4º, “la Constitución es norma de normas”, por lo que en caso de incompatibilidad “se aplicarán las disposiciones constitucionales”<sup>89</sup>.

160. Esta inaplicación de los postulados constitucionales ocurre, por ejemplo, cuando los jueces no adoptan un enfoque de género al resolver los asuntos a su cargo. En efecto, tal omisión constituye un desconocimiento de los artículos 13 y 43 superiores, los cuales reconocen la igualdad entre los hombres y las mujeres y la prohibición de discriminación en contra de la mujer<sup>90</sup>.

161. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha insistido en que corresponde a las autoridades judiciales cumplir con su obligación de prevenir y propiciar una vida libre de violencia para las mujeres, y de acoger la perspectiva de género en sus decisiones, no sólo en aquellos casos catalogados como “*graves*”<sup>91</sup>.

162. Para este caso, la actora invoca los defectos: (i) *fáctico*, el cual se configura cuando se efectúa una valoración inadecuada de las pruebas o se omite su estudio; (ii) *sustantivo*, cuyo alcance supone la inaplicación de una norma; (iii) *desconocimiento del precedente*, el cual se predica exclusivamente de las decisiones de la Corte Constitucional; y (iv) *violación directa de la Constitución*, entendido como una omisión en la aplicación de preceptos superiores.

## **(ii) El principio del interés superior del menor**

163. El principio del interés superior del menor se encuentra consagrado en la Constitución Política y en el CIA. En efecto, el artículo 44 superior señala que corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral. De igual forma, tienen la obligación de asegurar el ejercicio pleno de sus derechos, los cuales prevalecen sobre los de los demás<sup>92</sup>.

164. En esta línea, el artículo 8<sup>93</sup> del CIA lo define como un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Al respecto, la jurisprudencia ha destacado que, si bien el interés superior del menor debe evaluarse en atención a

<sup>87</sup> Sentencia T-765 de 1998.

<sup>88</sup> Sentencias T-199 de 2005, T-590 de 2009 y T-809 de 2010.

<sup>89</sup> Sentencia T-522 de 2001.

<sup>90</sup> Sentencia SU-201 de 2021.

<sup>91</sup> Sentencia T-172 de 2023.

<sup>92</sup> Sentencias T-033 de 2020 y T-051 de 2022.

<sup>93</sup> “Artículo 8o. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

las circunstancias de cada caso, existen algunos parámetros generales que deben orientar la resolución de situaciones particulares<sup>94</sup>.

165. Por una parte, las *consideraciones fácticas* hacen referencia a las condiciones específicas del caso, las cuales imponen a las autoridades y a los particulares la obligación de abstenerse de desmejorar la situación en la que se encuentra el menor al momento de la decisión. Y, por otra, las *consideraciones jurídicas* son parámetros y criterios orientados a promover el bienestar infantil. Entre esas, se encuentran la garantía del desarrollo integral del menor y el equilibrio con los derechos de los padres<sup>95</sup>.

166. Así, el *desarrollo integral del menor* se refiere a la necesidad de garantizar su evolución armónica e integral, en atención al mandato del artículo 44 de la Constitución. En esa medida, el desarrollo es armónico cuando comprende diferentes facetas (intelectual, afectiva, social, entre otras) y es integral cuando se logra un equilibrio entre estas dimensiones.

167. Asimismo, la consideración jurídica atinente al *equilibrio con los derechos de los padres* exige comprender que la prevalencia de los derechos e intereses de los menores no significa que los mismos sean *absolutos o excluyentes*. De esta manera, debe propenderse por armonizarlos con los derechos de las personas vinculadas al niño o niña, en especial con sus padres. Sólo ante un conflicto irresoluble entre los derechos de unos y otros, la decisión debe ser la que mejor satisfaga la protección del menor.

168. Ahora bien, tanto el CIA como la jurisprudencia constitucional se refieren a la importancia que adquiere este principio en el marco de los procesos judiciales. En efecto, el artículo 9 del citado código señala que en “*todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona*”. Además, el artículo 26 establece que los menores tienen derecho al debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales que los involucren, a ser escuchados en estos trámites y a que se valoren sus opiniones<sup>96</sup>.

169. Por su parte, esta corporación ha establecido algunas reglas tendientes a garantizar que los procesos judiciales que involucren los derechos de los menores

<sup>94</sup> Al respecto, la Sentencia T-033 de 2020 indicó: “i) las *consideraciones fácticas*, que hacen referencia a las condiciones específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados; y ii) las *consideraciones jurídicas*, esto es, los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil. Dentro de estos últimos, resaltó como relevantes los que se transcriben a continuación: i) *garantía del desarrollo integral del menor*; ii) *garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor*; iii) *protección del menor frente a riesgos prohibidos*; iv) *equilibrio con los derechos de los padres*; v) *provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor*; vi) *necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales*”.

<sup>95</sup> Sentencia C-683 de 2015.

<sup>96</sup> “Artículo 26. Derecho al debido proceso. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados. // 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”.

se resuelvan desde una perspectiva que salvaguarde su bienestar y atienda a su condición de sujeto de especial protección constitucional<sup>97</sup>.

170. Entre esas, cabe resaltar las siguientes: (i) los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para definir cuáles son las medidas más idóneas para satisfacer el interés superior del menor; (ii) las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el proceso, considerando las valoraciones de los profesionales y aplicando los conocimientos técnicos y científicos para garantizar que lo decidido sea lo más conveniente para el menor; (iii) el requisito de conveniencia está vinculado a los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia constitucional, explicados en párrafos anteriores; y (iv) las decisiones que puedan afectar a un menor deben observar parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

171. Las reglas mencionadas facilitan que las autoridades determinen cuál es la solución que mejor satisface los derechos de los menores. En esa línea, *“los funcionarios administrativos y los jueces deben aplicar un especial grado de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones cuando el asunto sometido a su conocimiento comprometa los derechos de los menores, en especial, cuando se trate de temas asociados a la custodia y el cuidado personal de los mismos”*<sup>98</sup>.

172. En síntesis, el principio del interés superior del menor está consagrado en la Carta Política y en el CIA. En términos generales, se trata de un imperativo que obliga al Estado, a la sociedad y a la familia a garantizar la satisfacción de sus derechos, los cuales prevalecen sobre los de los demás, sin ser absolutos o excluyentes. En este sentido, esta corporación ha establecido algunas consideraciones fácticas y jurídicas que facilitan su operatividad en la resolución de casos concretos. De tal suerte, el principio en mención adquiere especial relevancia en el trámite de los procesos judiciales, escenario en el cual le corresponde a los operadores jurídicos observar las reglas jurisprudenciales que permiten determinar la solución que mejor satisface los derechos de los menores.

### **(iii) El precedente constitucional en materia de custodia compartida**

<sup>97</sup> Sentencias T-397 de 2004 y T-261 de 2013. En concreto, la Sentencia T-033 de 2020 indicó: *“Con sustento en lo anterior, esta Corporación ha destacado el trascendental rol que juegan las autoridades judiciales en la satisfacción de las garantías fundamentales de los niños, y ha fijado unas reglas concretas dirigidas a asegurar que los procesos judiciales que tengan la potencialidad de alterar de cualquier forma la situación de un niño se tramiten y resuelvan desde una perspectiva acorde con los postulados que propenden por la salvaguarda de su bienestar y con su condición de sujeto de especial protección constitucional. // Lo anterior, en los siguientes términos: i) se deben contrastar sus ‘circunstancias individuales, únicas e irrepetibles’ con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil; ii) los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las medidas idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor en determinado proceso; iii) las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el curso del proceso, considerando las valoraciones de los profesionales y aplicando los conocimientos técnicos y científicos del caso, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para el menor; iv) tal requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia constitucional (supra núm. 13); v) los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo cual implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad; y vi) las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad”*.

<sup>98</sup> Sentencia T-348 de 2018.

173. La Carta de 1991, en sus artículos 5 y 42, reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y señala que esta última y el Estado deben garantizar su protección integral. Asimismo, precisa que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y que la ley reglamentará todo lo relativo a la progeneritura responsable.

174. Por su parte, el artículo 44 superior indica que son derechos fundamentales de los niños y las niñas, entre otros, tener una familia y no ser separados de ella, y el cuidado y amor. Igualmente, el núcleo familiar, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al menor para garantizar su desarrollo pleno y el ejercicio de sus derechos, los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás.

175. De tal suerte, la progeneritura responsable está estrechamente ligada al desarrollo integral de los menores, pues el deber de custodia y cuidado a cargo de los padres comprende las labores de crianza, educación, orientación, y formación de hábitos y costumbres<sup>99</sup>. Además, el núcleo familiar constituye el principal escenario de garantía de sus derechos.

176. En este sentido, el artículo 253 del Código Civil indica que *“toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”*. Del mismo modo, diversas disposiciones del CIA destacan la importancia del ejercicio conjunto de la custodia.

177. En efecto, el artículo 14 del CIA se refiere a la responsabilidad parental, entendida como un complemento de la patria potestad y la obligación relativa a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza durante el proceso de formación de los menores. En esa medida, se trata de una responsabilidad compartida y solidaria de ambos padres, orientada a lograr el máximo nivel de satisfacción de los derechos de sus hijos<sup>100</sup>. De manera similar, el artículo 23 establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que sus padres asuman su custodia de manera solidaria y permanente, con el propósito de garantizar su desarrollo integral<sup>101</sup>.

178. Ahora bien, el deber conjunto de custodia y cuidado encuentra su fundamento en el ejercicio de la progeneritura responsable, en la igualdad de derechos entre los padres y, especialmente, en el principio del interés superior del menor y en el derecho a tener una familia y no ser separado de ella<sup>102</sup>.

179. En esa medida, la Sentencia T-348 de 2018 aclaró que, si bien la custodia compartida no se encuentra regulada integralmente en el ordenamiento jurídico,

<sup>99</sup> Sentencia T-443 de 2018.

<sup>100</sup> *“Artículo 14. La responsabilidad parental. 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 (...)”*.

<sup>101</sup> *“Artículo 23. Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales”*.

<sup>102</sup> Sentencias T-348 de 2018, T-033 de 2020 y T-028 de 2023.

esta figura se deriva de diversas normas constitucionales, legales y convencionales. Entre esas, los artículos 5, 42 y 44 superiores, 253 del Código Civil y 23 del CIA, y algunos tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, como la Convención sobre los Derechos de los Niños.

180. En la práctica, según el fallo en mención, cuando este tipo de asuntos se definan en el marco de un trámite judicial, debe propiciarse la celebración de acuerdos de custodia compartida entre las partes. Ahora, si ello no fuera posible, la **regla general** debe ser el otorgamiento de la custodia y el cuidado personal a ambos padres, con el fin de materializar los derechos fundamentales de los menores a tener una familia y al cuidado y amor<sup>103</sup>.

181. Lo anterior se encuentra sujeto a que la valoración del material probatorio (entrevista con los menores, dictámenes psicológicos, conceptos de los trabajadores sociales, informes de visitas, testimonios de familiares y personas cercanas, entre otros elementos), de conformidad con la sana crítica, permita concluir que ambos padres son idóneos, en tanto tienen la capacidad de garantizar los derechos de sus hijos y las condiciones de su entorno no suponen la exposición a riesgos prohibidos. Además, en este tipo de trámites, el principio del interés superior del menor opera como un “*faro iluminador*” que debe orientar la decisión de la autoridad judicial<sup>104</sup>.

182. Adicionalmente, como **regla supletoria** y siempre que el contexto familiar y las condiciones fácticas indiquen que no es posible conceder la custodia compartida, deberá definirse a qué progenitor se le asigna la *custodia monoparental*. En esa medida, respecto del otro padre o madre se establecerá *el régimen de visitas y la cuota alimentaria* que corresponda<sup>105</sup>.

183. En todo caso, las sentencias que definen la custodia y el cuidado personal de los menores hacen tránsito a cosa juzgada formal y no material. En consecuencia, el juez de familia puede evaluar nuevamente las condiciones fácticas y, de encontrarlo necesario, modificar el régimen de custodia. Ello, con el propósito de garantizar el desarrollo pleno del menor y la materialización de sus derechos fundamentales<sup>106</sup>.

184. En resumen, a pesar de que la custodia compartida no se encuentra detalladamente regulada en Colombia, su aplicabilidad se deriva de disposiciones constitucionales, legales y convencionales. Además, se fundamenta en el ejercicio de la progeneritura responsable, en la igualdad de derechos entre los padres, en el principio del interés superior del menor y en el derecho a tener una familia y no ser separado de ella. De tal suerte, la jurisprudencia de esta corporación ha señalado que, cuando este tipo de asuntos se definan en el marco de un trámite judicial, por regla general, debe otorgarse la custodia compartida a ambos padres. Ello, siempre que el material probatorio evidencie su idoneidad y tal determinación materialice el interés superior del menor.

## E. Solución al caso concreto

<sup>103</sup> Sentencias T-443 de 2018, T-033 de 2020 y T-051 de 2022.

<sup>104</sup> Sentencias T-348 de 2018 y T-443 de 2018.

<sup>105</sup> Sentencia T-348 de 2018.

<sup>106</sup> Sentencia C-718 de 2012.

185. La Sala Cuarta de Revisión considera que el juzgado accionado vulneró el derecho al debido proceso de la accionante, toda vez que incurrió en los defectos desconocimiento del precedente, sustantivo, fáctico y violación directa de la Constitución, al otorgar la custodia monoparental al padre de sus hijos. Igualmente, esa decisión vulneró el derecho a tener una familia y no ser separado de ella de los menores.

**a. Desconocimiento del precedente<sup>107</sup> y sustantivo: el juzgado desconoció la jurisprudencia constitucional en materia de custodia compartida e inaplicó el artículo 23 del CIA**

186. Como se advirtió, el juzgado accionado se centró en determinar *cuál de los dos progenitores era el más idóneo para ejercer la custodia*. Así, desde esta perspectiva, valoró los dictámenes de psicología y trabajo social e, incluso, la entrevista practicada a los menores en el curso del proceso.

187. En consecuencia, al examinar tres de las excepciones de mérito propuestas<sup>108</sup>, concluyó que la custodia debía asignársele al señor *Augusto*, en tanto las pruebas evidenciaban que era un padre responsable, amoroso, atento a las necesidades de los menores y contaba con condiciones más favorables para ejercer su custodia. Estas se concretaban en: (i) mayor compenetración con los niños; (ii) ejercicio de autoridad, diálogo y rutinas; (iii) espontaneidad y extroversión en su presencia; (iv) una red de apoyo que lo asistía en las labores de cuidado; (v) proactividad; e (vi) interés en las actividades académicas de sus hijos.

188. Además, las declaraciones de los menores permitían inferir que su idea de familia estaba estrechamente vinculada a Colombia y a la figura paterna, en tanto manifestaron su deseo de vivir con él.

189. Por el contrario, para el juzgado no podía concluirse que las condiciones de la accionante fueran las más favorables para la crianza de sus hijos, pues: (i) los menores se comportaban introvertidos y retraídos en su presencia; (ii) tenía dificultades para ejercer la autoridad y accedía a sus deseos; (iii) delegaba por completo las labores de cuidado en terceras personas; (iv) dormía durante el día y se mostraba como una persona pasiva; y (v) desconocía las numerosas ausencias al colegio.

190. Visto lo anterior, lo primero que advierte la Corte es que la perspectiva con la que fueron valorados los dictámenes de psicología y trabajo social, esto es, la de determinar cuál era el progenitor más idóneo, determinó que el análisis de los comportamientos aparentemente desatentos de la accionante fueran indicativos de una supuesta falta de aptitud suya para ejercer la custodia. En lo que sigue, la

<sup>107</sup> En este acápite la Sala examinará exclusivamente el precedente de la Corte Constitucional, toda vez que el defecto alegado sólo se configura respecto de este tipo de providencias. En esa medida, no se referirá a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia proferidos en sede de tutela. Lo anterior, en atención a lo expuesto en las Sentencias T-830 de 2012, T-347 de 2020, SU-380 de 2021 y SU-049 de 2024, entre otras.

<sup>108</sup> En concreto, las relativas a (ii) la falta de idoneidad del padre, (iii) idoneidad de la madre y (iv) el derecho de los menores a tener una familia y no ser separados de ella.

Sala determinará si concurren los requisitos jurisprudenciales para que se configure el desconocimiento del precedente referido por la accionante: las sentencias T-384 de 2018, T-443 de 2018, T-033 de 2020 y T-051 de 2022.

191. De manera preliminar, la Sala advierte que el debate constitucional que dio lugar a la expedición de las sentencias T-443 de 2018, T-033 de 2020 y T-051 de 2022 no versa sobre la elección entre los regímenes de custodia compartida y monoparental, en el marco de un proceso judicial. En esa medida, no se abordarán en el análisis del defecto en mención.

192. Así, en primer lugar, según la razón de la decisión de la Sentencia T-384 de 2018, si el material probatorio aportado al proceso y la opinión de los menores indican la aptitud de ambos progenitores para ejercer la custodia:

*“la regla general debe centrarse en fijar judicialmente la custodia compartida y el cuidado personal a ambos padres para proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, al cuidado y al amor de sus progenitores, siempre teniendo como faro iluminador la consideración primordial del interés superior del menor y la aplicación del principio pro infans que deben guiar las decisiones de la administración de justicia”.*

193. Por el contrario, si los operadores jurídicos *“advierten que el contexto familiar y las condiciones fácticas no permiten conceder la custodia compartida, de acuerdo a la valoración probatoria que realicen, lo procedente será definir a qué progenitor se le asigna el ejercicio de la custodia monoparental y al otro padre o madre no custodio se le regulará el régimen de visitas y la cuota alimentaria a que haya lugar”.*

194. En segundo lugar, esta razón de la decisión se empleó para resolver una tutela contra la sentencia que estableció el régimen de custodia compartida. En esa oportunidad, la parte demandante alegó la configuración de los defectos procedimental absoluto, sustantivo y fáctico.

195. En tercer lugar, los hechos de este caso y los de aquel son equiparables, toda vez que, en ambos, uno de los progenitores cuestionó la modalidad de custodia adoptada por el juez de familia. En aquella ocasión, se trató del régimen compartido y en esta se trata del monoparental.

196. De manera que la autoridad demandada incurrió en un *desconocimiento del precedente* constitucional, referente a la metodología que debe emplearse para fijar el régimen de custodia más conveniente. En efecto, esta corporación ha insistido en que debe analizarse, en primera medida, la posibilidad de establecer el régimen de custodia compartida siempre que se den los presupuestos requeridos. Ello, en tanto materializa en mayor medida el derecho de los menores a tener una familia y no ser separado de ella. Lo anterior, de conformidad con la Sentencia T-384 de 2018<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> Esta consideración ha sido reiterada en las sentencias T-443 de 2018, T-033 de 2020 y T-051 de 2022.

197. En este punto, la Corte resalta que una cuestión como el otorgamiento de la custodia de los menores no puede derivar ni ser tratada en sede judicial como una contienda entre meros intereses individuales. Ello, en tanto se presume que, en casos como el analizado, los menores necesitan de ambos padres para su desarrollo pleno, y el ejercicio compartido de la custodia genera menos traumatismos en escenarios como la separación o el divorcio de la pareja. De ahí que corresponda a los operadores judiciales optar por esta alternativa de custodia, cuando sea posible.

198. Por otra parte, también se configuró un *defecto sustantivo*. Si bien el juzgado mencionó el **artículo 23 del CIA** en las consideraciones de la providencia, lo inaplicó al analizar el caso concreto. En efecto, ignoró que, según la norma en mención, los menores tienen derecho a que sus padres asuman su custodia de manera solidaria y permanente con el propósito de favorecer su desarrollo integral.

199. Así, la valoración probatoria orientada a analizar, como primera medida, la posibilidad de otorgar la custodia compartida era la metodología acorde con la jurisprudencia constitucional y con la norma. Ello, en tanto el material probatorio aportado al proceso, examinado en su integridad, no descartaba la idoneidad de la accionante, como se verá en el acápite siguiente.

200. Ahora bien, la configuración de estos dos defectos no implica que la Corte cuestione el sentido de lo decidido de conformidad con la regla subsidiaria (custodia monoparental), sino exclusivamente la metodología empleada. Esto es, que se haya acudido a la regla subsidiaria sin descartar primero la general.

201. Por consiguiente, si en el fallo de reemplazo se estableciera el régimen de custodia compartida, esa también sería una solución factible. Ello, dada la voluntad de la accionante de vivir en Colombia si en el proceso de restitución internacional de menores se dispone su regreso<sup>110</sup>.

**b. Fático: el juzgado valoró los dictámenes de psicología y trabajo social de manera irracional y sin enfoque de género y omitió analizar el concepto psiquiátrico**

202. En relación con el análisis probatorio efectuado por el juzgado demandado, la Corte estima que *valoró de manera irracional los dictámenes de psicología y trabajo social*, los cuales permitían concluir que ambos padres eran aptos para ejercer la custodia. Por tanto, incurrió en defecto fáctico en la dimensión negativa.

203. Antes de especificar los yerros en los que incurrió el juzgado, la Corte aclara que el análisis que aquí se desarrolla no pretende determinar la modalidad de custodia que debió establecerse en el proceso. En esa medida, se referirán

---

<sup>110</sup> Esta afirmación se encuentra en el escrito del 22 de agosto de 2023, presentado por el apoderado de la tutelante y reseñado en los párrafos 64 y subsiguientes de esta providencia.

elementos que no descartaban la adopción de la custodia compartida, como regla general o primer escenario a examinar, de conformidad con la jurisprudencia.

204. Nótese cómo en las conclusiones del primer concepto la psicóloga de Faveri Araujo señala que: *“los niños (...) se encuentran psicológicamente sanos dentro de sus particularidades y están siendo atendidos en las garantías de sus derechos. Ambos padres presentaban plenas condiciones para el cuidado y responsabilidades con los hijos, no observándose a la fecha presente, ningún tipo de riesgo con la convivencia o retorno a Colombia”*<sup>111</sup>.

205. De manera similar, la profesional en trabajo social de Souza Pires conceptuó que: *“no se identificó que la madre no promueva adecuadamente el cuidado de los niños. El hecho de que algunos cuidados se deleguen en las criadas no reduce el papel de la maternidad en el entorno familiar”*<sup>112</sup>.

206. En esa línea, concluyó que *“los niños (...) están bien en cuanto a la perspectiva de garantizar sus derechos (...) Tanto [la madre como el padre] tienen las condiciones necesarias para el cuidado de los niños, sin que se haya observado cualquier indicio de situación de riesgo de vivir con ambos”*<sup>113</sup>.

207. El análisis irracional de los dictámenes se explica, en parte, por la aplicación de la perspectiva ya referida, consistente en determinar cuál de los dos padres era el más idóneo para ejercer la custodia, sin examinar primero si era procedente la compartida. Pero, además, la Corte estima que también obedece a que el juzgado accionado omitió valorar estas pruebas en atención al contexto familiar al cual estaban referidas, esto es, el mismo año (2022) en el que se tramitó el proceso de divorcio de la pareja.

208. Este punto es relevante, pues la ruptura del matrimonio pudo haber afectado las dinámicas familiares y, especialmente, el vínculo de la accionante con sus hijos. Ello se explica porque interactuaban más con ella, pues el Juzgado 1º de Familia del Distrito Judicial de Río de Janeiro dispuso que, bajo el régimen de custodia compartida, la casa de la madre sería el lugar de residencia de los menores. Además, posiblemente compartían menos tiempo con su padre que con ella, ya que él debía regresar a la ciudad de Barranquilla a atender sus compromisos laborales.

209. En este contexto de ruptura del vínculo matrimonial, los comportamientos desatentos de la madre que fueron objeto de reproche por el juzgado demandado podrían explicarse válidamente por la situación emocional que atravesó durante 2022. Así, es posible que las dificultades para ejercer la autoridad, la delegación del cuidado de los menores, la somnolencia, la pasividad y la falta de atención respecto de las actividades académicas, fueran el resultado de un escenario de crisis. Y, en esa medida, no puede afirmarse categóricamente que evidencien una falta de aptitud para ejercer la custodia.

---

<sup>111</sup> 05Pruebas, folio 16.

<sup>112</sup> 06Pruebas, folio 31.

<sup>113</sup> 06Pruebas, folio 32.

210. Sobre ese particular, en el dictamen de trabajo social se observa la siguiente anotación: “[c]on respecto a la condición de salud de la madre mencionada por el padre de los niños, fue explícito que ella está en un proceso de seguimiento que ya ha generado impactos positivos y que ha hecho que ella venga asumiendo cada vez más el papel protagónico en relación con diferentes aspectos de su vida”<sup>114</sup>. En consecuencia, era posible inferir que la condición de la accionante era transitoria y que, según el concepto de las profesionales de Favari y de Souza, no comprometía el bienestar ni el desarrollo de sus hijos.

211. La Corte precisa que, en procesos en los que se debata la custodia en un escenario de separación o divorcio, las autoridades judiciales deben apreciar con cautela y con apoyo de expertos la situación emocional del cónyuge con el cual conviven los menores. Ello, en tanto se presume que la ruptura de la relación de pareja inevitablemente impacta el vínculo con sus hijos. En consecuencia, en ese contexto las fallas que transitoriamente se adviertan en el ejercicio de su rol parental no necesariamente son indicativas, en todos los casos, de una insuficiencia en la idoneidad para ejercer la custodia.

212. Lo anterior adquiere especial relevancia cuando las mujeres asumen el cuidado de los menores en un escenario de separación o divorcio. En efecto, los estereotipos de género derivan en una estigmatización que se concreta en lo que se espera de ellas, en el ejercicio del rol de directoras del hogar. De tal suerte, se les exige que lo desempeñen de manera perfecta, sin importar si atraviesan una situación de crisis. Esto implica que, en la práctica, estas fallas se emplean para desacreditar su idoneidad para ejercer la custodia.

213. Por otra parte, el juzgado demandado *no valoró el dictamen psiquiátrico* emitido por el médico Talvane M. de Moraes en abril de 2021 y oportunamente allegado al expediente<sup>115</sup>, en el cual se evidenciaban las dificultades emocionales enfrentadas por la accionante y la transitoriedad de las mismas. En concreto, el profesional conceptuó que la ruptura de su matrimonio estuvo seguida:

*“por un sufrimiento psíquico típicamente reactivo (...) sin constituir un cuadro patológico incapacitante, sino, como se mencionó anteriormente, un periodo reactivo, común de quienes sufren desilusiones, pérdidas afectivas (...) El uso de medicamentos tranquilizantes y antidepresivos, citado en la historia de la examinada, cumplió con un uso moderno al que las personas se han acostumbrado, la costumbre de usar medicamentos psicotrópicos para aplacar sus vicisitudes (...) De esta manera, concluyo que la señora (...), ahora examinada, no presenta ningún trastorno o discapacidad mental, sino sufrimiento emocional como consecuencia de la ruptura de su matrimonio, y está plenamente dispuesta a seguir cuidando de sus tres hijos pequeños, y se destaca que el mayor, de 8 años, víctima de*

<sup>114</sup> 06Pruebas, folio 31.

<sup>115</sup> La Sala se refiere exclusivamente al dictamen del 22 de abril de 2021 y no al del 3 de agosto de 2023. El primero se decretó como prueba en la audiencia del 24 de mayo de 2022 y fue oportunamente allegado, según consta en el expediente del proceso ordinario (089ActaAudiencia24Mayo202100221). Por el contrario, el segundo se rindió con posterioridad a la sentencia que se cuestiona.

*secuelas de parálisis cerebral desde su nacimiento, requiere cuidados especiales, como ella lo ha venido haciendo hasta hoy*”<sup>116</sup>.

214. De esta manera, una valoración integral de los dictámenes de psicología y trabajo social, en conjunto con el concepto del médico psiquiatra, habría permitido inferir que, probablemente, las posibles fallas de la accionante eran producto del estrés emocional ocasionado por la ruptura de su matrimonio, el cual, además de ser temporal, no la incapacitaba para ejercer la custodia de sus hijos.

215. Este yerro adquiere especial relevancia en el caso concreto, en tanto la accionante asumió el rol de cuidado de los menores y las fallas en su ejercicio se emplearon como sustento de la adopción del régimen de custodia monoparental.

**c. Violación directa de la Constitución: el juzgado desconoció el principio del interés superior del menor**

216. Por último, la Sala estima que, a pesar de que el juzgado accionado se refirió al principio del interés superior del menor y aludió a aspectos como la prevalencia de sus derechos y la importancia de consultar su opinión, de conformidad con el artículo 26 del CIA, desconoció los lineamientos jurisprudenciales que deben guiar la aplicación de este mandato en la resolución de casos concretos.

217. Como se explicó, esta corporación ha desarrollado parámetros fácticos y jurídicos que deben orientar las decisiones que puedan comprometer los derechos de los menores. Por una parte, las *consideraciones fácticas* suponen que las autoridades deben valorar las condiciones actuales del menor y abstenerse de desmejorarlas.

218. En el caso concreto, el juzgado debió advertir que la adopción de la custodia monoparental suponía una desmejora respecto de la custodia compartida decretada por el juzgado de Río de Janeiro<sup>117</sup>. De esta manera, la frecuencia de la interacción entre los menores y su madre se reduciría considerablemente, al establecerse un régimen de visitas: (i) durante los meses de vacaciones, en caso de que permaneciera en Brasil; o (ii) los fines de semana cada quince días, si se trasladaba permanentemente a Colombia.

219. En lo que atañe a las *consideraciones jurídicas*, el juzgado debió valorar que la adopción de la custodia monoparental dificultaba el *desarrollo armónico e integral de los menores*. Ello, debido a la notable afectación en la faceta afectiva, derivada de la disminución en el tiempo de calidad con su madre.

220. Lo anterior adquiere especial relevancia respecto del hijo mayor, a quien no le resulta fácil comunicarse debido a su situación de discapacidad. En esa medida, las herramientas tecnológicas podrían no ser un medio adecuado para

<sup>116</sup> 07Pruebas, folios 12 y 13.

<sup>117</sup> La Sala observa que el juzgado accionado conocía esta decisión, toda vez que hizo referencia a la misma durante la audiencia.

mantener el vínculo afectivo con su madre. De ahí que el régimen de visitas impuesto pudiese afectar la relación filial y el desarrollo del menor, ya que el contacto se reduciría a unos pocos meses en el año o, en el mejor de los casos, a dos fines de semana al mes.

221. Asimismo, el juzgado debió considerar la necesidad de lograr un *equilibrio con los derechos de los padres*. Como se indicó, la prevalencia de los derechos e intereses de los menores no significa que los mismos sean *absolutos o excluyentes*. Por lo tanto, debe procurarse una armonización entre aquellos y los que les asisten a las personas vinculadas al menor. Así, sólo ante un conflicto irresoluble debe optarse por la decisión que mejor satisfaga la protección del menor.

222. En esta oportunidad, se advierte que el juzgado no propició un equilibrio entre los derechos de los padres y los de los menores. Si bien es positivo que haya valorado las entrevistas de los niños con el propósito de saber con cuál de los dos querían vivir, también debió analizar las consecuencias del régimen de custodia monoparental respecto de los intereses de la accionante. Vale decir que no se trataba de un conflicto irresoluble desde la perspectiva de la custodia compartida, pues, como se advirtió en párrafos anteriores, las pruebas no evidenciaban categóricamente la falta de aptitud de la madre para ejercer la custodia. Además, en el trámite de los procesos ordinario y de tutela manifestó su voluntad de trasladar su residencia a Colombia, si en el trámite de restitución internacional se ordenara el regreso de los menores al país.

223. Finalmente, tampoco se aludió a las reglas jurisprudenciales que se orientan a asegurar que los procesos judiciales se resuelvan desde una perspectiva que salvaguarde el bienestar de los menores y que atienda a su condición de sujetos de especial protección constitucional.

224. Entre esas, cabe recordar que *las decisiones judiciales deben ajustarse al material probatorio recaudado en el proceso*, como los dictámenes de expertos. Lo anterior, con el propósito de asegurar que lo decidido sea lo más conveniente para el menor. Al respecto, la Sala insiste que los dictámenes de psicología y trabajo social no sugerían de manera determinante que el régimen de custodia monoparental fuera el más conveniente para los niños. Por el contrario, estos concluyeron que ambos padres eran aptos para ejercer la custodia.

225. En este sentido, la Corte destaca que el *requisito de conveniencia se encuentra sujeto a las consideraciones jurídicas* referidas líneas atrás. De ahí que para determinar cuál era la decisión más adecuada para los menores, el juzgado debió analizar aspectos como su *desarrollo armónico e integral* y el *equilibrio con los derechos de los padres*, según se explicó.

226. Cabe recordar que la materialización del principio del interés superior del menor, en el marco de procesos en los que se debate la custodia, supone que se estudie, en primera medida, la posibilidad de establecer un régimen compartido. Sin embargo, ello no implica que esa modalidad sea la única que satisfaga dicho

interés, pues le corresponde al operador judicial analizar las consideraciones fácticas y jurídicas ya referidas, a efectos de fijar el régimen más conveniente en el caso concreto.

227. En suma, una sentencia no resulta acorde con el interés superior del menor sólo por aludir a dicho principio. Para ello, se requiere un análisis que atienda a los lineamientos de la jurisprudencia constitucional, lo cual comprende aspectos como las *consideraciones fácticas y jurídicas*, y *las reglas que deben orientar la adopción de decisiones judiciales*, según se explicó.

228. Así, la omisión en la aplicación del principio del interés superior del menor es suficiente para que se configure una violación directa de la Constitución en el caso concreto.

229. Por lo demás, la Sala estima que la omisión en la adopción de un enfoque de género también desconoció los artículos 13 y 43 de la Carta, los cuales reconocen la igualdad entre los hombres y las mujeres y la prohibición de discriminación en contra de la mujer. Como se explicó en el análisis del defecto fáctico, a pesar del evidente contexto de crisis, el juzgado empleó las fallas de la accionante para sustentar su decisión. Este razonamiento reproduce estereotipos de género que, a su vez, derivan en una estigmatización que se concreta en lo que se espera de las mujeres como directoras del hogar. En esa medida, se les suele exigir que lo desempeñen de manera perfecta en cualquier circunstancia.

230. De tal suerte, la autoridad judicial desatendió la obligación de prevenir y propiciar una vida libre de violencia para las mujeres, y de acoger la perspectiva de género en sus decisiones.

231. En virtud de lo expuesto, la Sala concluye que la sentencia del Juzgado 7º de Familia del Circuito de Barranquilla incurrió en los defectos desconocimiento del precedente, sustantivo, fáctico y violación directa de la Constitución.

232. De conformidad con lo anterior, revocará la sentencia de tutela de segunda instancia, proferida el 4 de octubre de 2023 por la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia, en la que se negó el amparo solicitado. En su lugar, concederá la protección del derecho fundamental al debido proceso de la accionante, así como el derecho de sus hijos a tener una familia y no ser separados de ella.

233. Por consiguiente, la Corte dejará sin efectos la sentencia del 5 de junio de 2023, dictada por el Juzgado 7º de Familia del Circuito de Barranquilla, y le ordenará que dicte una nueva decisión en el proceso de custodia y cuidados personales. Lo anterior, en atención a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**d. Consideraciones adicionales en torno del proceso de restitución internacional de menores actualmente en trámite**

234. En virtud de la información obtenida en sede de revisión, la Corte considera necesario pronunciarse sobre el estado actual del proceso de restitución internacional de menores.

235. Para el momento en el que se profirió la sentencia del juzgado (5 de junio de 2023), la justicia brasilera había dispuesto, en primera instancia, el regreso de los menores a Colombia<sup>118</sup>. Luego, el 28 de septiembre de 2023, la Sala Especializada V del Tribunal Federal de la 2ª Región confirmó la decisión<sup>119</sup>. Con posterioridad, la madre de los menores promovió recurso especial contra esta última providencia, el cual se radicó en el Tribunal Superior de Justicia el 20 de febrero de 2024 y está pendiente de ser decidido<sup>120</sup>.

236. En esa medida, la decisión que se adopte en el proceso de custodia y cuidados personales deberá atender a lo que se resuelva de manera definitiva en el proceso de restitución internacional de menores. Lo anterior, con el propósito de evitar un eventual incumplimiento de las obligaciones adquiridas por Colombia, en calidad de Estado Parte del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980<sup>121</sup>.

237. Así, el fallo de reemplazo deberá dictarse en el término de 10 días hábiles contados a partir de la comunicación de la firmeza de la providencia que resuelva el recurso especial. En este sentido, se instará a la accionante y al señor *Augusto* para que comuniquen esta información al Juzgado 7º de Familia del Circuito de Barranquilla, a la mayor brevedad.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de tutela de segunda instancia, proferida el 4 de octubre de 2023 por la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, Agraria y Rural), en la que se negó el amparo solicitado por *Clarisa* y sus hijos. En su lugar, **CONCEDER** la protección del derecho fundamental al debido proceso de la accionante, así como el derecho a tener una familia y no ser separado de ella de los menores.

**SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia del 5 de junio de 2023, dictada por el Juzgado 7º de Familia del Circuito de Barranquilla.

<sup>118</sup> 08. Información breve en relación con el proceso No. [000]\_RJ. La decisión de primera instancia se dictó el 22 de agosto de 2022.

<sup>119</sup> 08. Información breve en relación con el proceso No. [000]\_RJ.

<sup>120</sup> Ibidem.

<sup>121</sup> <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24>. El tratado se encuentra en vigor para Colombia desde el 1º de marzo de 1996.

**TERCERO: ORDENAR** al Juzgado 7° de Familia del Circuito de Barranquilla que dicte una nueva decisión en el proceso de custodia y cuidados personales, en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la comunicación de la firmeza de la providencia que resuelva el recurso especial, promovido en el marco del proceso de restitución internacional de menores. Lo anterior, en atención a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia y a la determinación que se adopte en el referido trámite.

**CUARTO: INSTAR** a la accionante y al señor *Augusto* para que comuniquen al Juzgado 7° de Familia del Circuito de Barranquilla, a la mayor brevedad, la información relativa a la firmeza de la providencia que resuelva el recurso especial en el marco del proceso de restitución internacional de menores.

**QUINTO:** Por Secretaría General, **LIBRAR** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

VLADIMIR FERNÁNDEZ ANDRADE  
Magistrado

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR  
Magistrado  
Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO  
Magistrado  
Con salvamento de voto

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ  
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO  
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO  
A LA SENTENCIA T-255/24**

Expediente: T-9.859.332

Solicitud de tutela presentada por *Clarisa* en contra del Juzgado 7° de Familia del Circuito de Barranquilla en nombre propio y en representación de sus hijos.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sala, me permito apartarme del análisis adelantado en esta sentencia y de la decisión de revocar la providencia mediante la cual se otorgó la custodia monoparental, pues considero que la Sala omitió las circunstancias concretas del caso e incurrió en un excesivo formalismo al analizar la configuración de los defectos por desconocimiento del precedente, violación directa de la Constitución y fáctico, conforme a las siguientes consideraciones.

***La omisión de una metodología no puede constituir un defecto de desconocimiento del precedente que debe tener entidad suficiente***

La Corte ha reiterado sistemáticamente el carácter estrictamente excepcional de las tutelas contra providencias judiciales en virtud de los principios de autonomía e independencia judicial, cosa juzgada y seguridad jurídica. En virtud de tal postulado, la jurisprudencia vigente exige la configuración de al menos uno de los supuestos específicos de procedencia, pues estos se refieren a “defectos graves que hacen que la decisión sea incompatible con la Constitución y genere una trasgresión de los derechos fundamentales” (SU-215 de 2022). En consecuencia, no cualquier objeción que pueda elevarse respecto de una providencia judicial tiene la entidad de habilitar la procedencia de la tutela en su contra.

Pese a lo anterior, la providencia de la que me aparto dejó sin efectos la sentencia del Juzgado 7° de Familia del Circuito de Barranquilla por encontrar que la autoridad judicial “incurrió en un desconocimiento del precedente constitucional, referente a la metodología que debe emplearse para fijar el régimen de custodia más conveniente”. A juicio de la Sala, el precedente constitucional obligaba al Juzgado 7° a incluir dentro del análisis la regla según la cual la custodia debe ser compartida y, sólo cuando ello no sea posible, puede otorgarse de forma monoparental. Añadió la Sala que no está cuestionando el sentido de lo decidido por el Juzgado 7°, “*sino exclusivamente la metodología empleada*”.

Tal reproche constituye un verdadero formalismo, pues los defectos de las providencias judiciales deben tener la suficiente entidad para incidir en la decisión de fondo. No basta pues con señalar que el juzgado en su argumentación omitió considerar de manera prioritaria la custodia compartida, para concluir de allí un defecto; máxime cuando la jurisprudencia constitucional reconoce que en ciertos casos corresponde fijar la custodia monoparental, cuando no es posible compartirla. En ejercicio de la función de revisión que

ejerce la Corte Constitucional en los términos del artículo 241-8, se debe verificar que la providencia judicial objeto de la tutela no sea incompatible con la Constitución o genere una transgresión de los derechos fundamentales. De ahí que más que enunciar la omisión de una *metodología*, correspondía a la Sala verificar si el Juzgado 7° contaba con razones para descartar la custodia compartida y decantarse por la custodia monoparental, como considero que en efecto ocurrió.

***La providencia acusada no adolece de un defecto fáctico por la falta de inclusión del enfoque de género***

De acuerdo con la propia jurisprudencia de esta corporación, en los procesos de custodia de menores de edad es su interés superior el que debe prevalecer por mandato constitucional, y la protección de sus derechos debe ser el centro del debate probatorio. Si bien es indudable la importancia que el enfoque de género ha tenido para proteger los derechos de las mujeres en contextos históricos de discriminación, lo cierto es que la ausencia de enfoque de género no es en sí misma un defecto autónomo predicable de las providencias judiciales, por lo que su análisis debe enmarcarse en otro de los defectos reconocidos.

En esta oportunidad, la Sala reprochó al Juzgado 7° de Familia haber omitido emplear el enfoque de género en la valoración de los dictámenes de psicología y trabajo social que daban cuenta de cuestiones no menores, a saber: que la madre enfrentaba dificultades emocionales consistentes en el uso de medicamentos antidepresivos, que tenía dificultades para ejercer la autoridad, que los menores describieron a su madre como una persona inactiva debido a que dormía durante el día y que frente a ella los menores se mostraban introvertidos, contrario a lo que ocurría con el padre. Según la decisión de la que me aparto, la falta del enfoque de género llevó al Juzgado a considerar que las fallas de las mujeres en la dirección del hogar desacreditan su idoneidad para ejercer la custodia, y que ello responde a un estereotipo muy exigente frente a las mujeres. Así, más que tratar el defecto fáctico como tal y evaluar la entidad de las deficiencias en el cuidado de los menores que tuvo en cuenta el juez ordinario para decantarse por el régimen de custodia monoparental en cabeza del padre, la sentencia hace una construcción teórica alejada del caso concreto en la que parece que todo juicio de falta de idoneidad de la mujer en el cuidado de sus hijos o, más aún, todo juicio de idoneidad del padre, responde a un prejuicio de género que debe ser superado a toda costa, independientemente de las circunstancias concretas del caso.

Dice la sentencia:

“209. Lo anterior adquiere especial relevancia cuando las mujeres asumen el cuidado de los menores en un escenario de separación o divorcio. En efecto, los estereotipos de género derivan en una estigmatización que se concreta en lo que se espera de ellas, en el ejercicio del rol de directoras del hogar. De tal suerte, se les exige que lo desempeñen de manera perfecta, sin importar si atraviesan una situación

de crisis. Esto implica que, en la práctica, estas fallas se emplean para desacreditar su idoneidad para ejercer la custodia.”

Para entonces concluir que en este caso estamos frente a tal escenario, sin ahondar en la entidad y gravedad de las deficiencias del cuidado en el caso concreto, circunstancias que el juez natural sí tuvo en cuenta para tomar una decisión que protegiera en mayor medida el interés superior de los menores en este caso particular.

En efecto, con este razonamiento la sentencia pierde el foco del interés superior de los menores que debe regir estas decisiones y, en lugar de centrar el análisis en lo que resulta más conveniente para los hijos en común, reivindica sin fundamento la idoneidad de la madre para ejercer la custodia monoparental. La asignación de la custodia monoparental en cabeza del padre no es un castigo o un reproche al duelo de la madre, como parece presentarlo la providencia, sino que es una medida para garantizar el mejor escenario para los menores dadas las circunstancias familiares. No resulta entonces caprichoso o arbitrario decantarse por la custodia monoparental como en efecto lo hizo el Juzgado, pues hay razones para concluir que el padre es idóneo y puede garantizar en mayor medida el bienestar de los menores.

Así pues, una cosa es reconocer la importancia de la mujer en la crianza de los hijos y en el hogar, históricamente asignados a la mujer, y otra es, en el caso concreto, considerar que el bienestar de los menores pueda estar mejor provisto en un momento por el padre. No cabe duda de que, si los dictámenes de psicología y de trabajo social hubieran versado sobre el padre en los mismos términos, la custodia le sería, no sin razón, cuestionada.

***No se configura el defecto de violación directa de la Constitución por desconocimiento del principio del interés superior del menor cuando el juez ordinario da prelación a la voluntad de los menores***

La Sala concluyó que la providencia del Juzgado 7° de Familia desconoció el principio del interés superior del menor, y por esta vía, violó la Constitución. No se explica claramente cómo es posible tal conclusión cuando la sentencia reiteró la jurisprudencia ordinaria y constitucional en torno al deber de escuchar a los menores en el trámite judicial y, además, tuvo en especial consideración su voluntad.

Para llegar a tal conclusión, la Sala reiteró que el Juzgado debió estudiar como primera medida, la posibilidad de establecer un régimen de custodia compartida, pese a que puede, en todo caso, descartar tal posibilidad y disponer la custodia monoparental si a ello conduce lo acreditado en el caso en concreto. Adicionalmente, recordó que el principio del interés superior del menor no se agota solo con aludir a este principio, y sin embargo, a diferencia del juez ordinario que se guio por tal mandato, la sentencia de revisión lo desconoce.

En efecto, la providencia de la que me aparto incurre en el defecto que cuestiona, puesto que reitera el principio del interés superior del menor a la vez

que les resta relevancia cuando manifiestan su voluntad de vivir con el padre. Así pues, el Juzgado 7° de Familia, en atención al principio del interés superior del menor, la jurisprudencia ordinaria y constitucional que lo reconocen, y a los artículos 23 y 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia, escuchó durante el trámite judicial a los menores, quienes manifestaron su deseo de vivir en Barranquilla con su padre. Como consecuencia, asignó un mayor peso a estas declaraciones para tomar la decisión de asignar la custodia monoparental en cabeza del padre.

En conclusión, considero que la sentencia del Juzgado 7° de Familia del Circuito de Barranquilla no incurrió en los defectos señalados, por lo que debió confirmarse la sentencia de la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia.

***La juez de familia podrá -y deberá- llegar a la misma conclusión en cumplimiento de las órdenes de la Sala de Revisión***

Por último, considero que la decisión de la Sala no da claridad al Juzgado frente a la decisión que debería adoptar. Así pues, pese a cuestionar la motivación de su sentencia y la valoración probatoria efectuada, la Sala concluye que, en todo caso, la nueva providencia que debe dictar la Juez puede fijar un régimen de custodia compartida. Lo anterior, además de confirmar la falta de entidad de los defectos alegados por la demandante, deforma la función de revisión que la Sala está llamada a cumplir frente al deber de sentar la jurisprudencia en una materia.

En virtud del principio del interés superior del menor y la posibilidad jurídica de asignar la custodia monoparental en este caso en concreto, el Juzgado 7° de Familia de Barranquilla deberá llegar a la misma conclusión y asignar la custodia monoparental a cargo del padre, salvo que, en el transcurso del trámite de revisión verifique que las circunstancias familiares hubieren cambiado. En este caso, deberá dar prevalencia a los derechos de los menores y no restar peso disuasorio a sus manifestaciones de voluntad.

Incluso, para adoptar la nueva decisión, el Juzgado 7° de Familia de Barranquilla podrá decretar pruebas para actualizar la información del estado actual de los procesos que se siguen entre la pareja tanto en Colombia como en Brasil.

**ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO**  
**Magistrado**