

Sentencia T-587/17

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Caso en que se decidió otorgar custodia definitiva a la madre de niña, sin tener en cuenta que ella había manifestado querer vivir con su padre

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Evolución jurisprudencial respecto al reemplazo de la expresión "vía de hecho" por la de "causales genéricas de procedibilidad"

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

CARACTERIZACION DEL DEFECTO FACTICO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

El defecto fáctico como causal de procedencia de la acción tutela contra providencias judiciales se presenta cuando el juez no tiene el apoyo probatorio suficiente para aplicar el supuesto legal en el que sustenta la decisión porque dejó de valorar una prueba o no la valoró dentro de los cauces racionales y/o denegó la práctica de alguna sin justificación, entre otras. Este defecto se caracteriza cuando el juez toma una decisión sin que las circunstancias fácticas del caso se subsuman adecuadamente en el supuesto de hecho que legalmente la determina, como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; de una apreciación irrazonable de las mismas; de la suposición de una prueba; o del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios. Es decir, existen en la providencia cuestionada fallas sustanciales, atribuibles a deficiencias probatorias dentro del proceso.

DEFECTO FACTICO-Dimensión negativa y positiva

DEFECTO SUSTANTIVO COMO CAUSAL ESPECIFICA DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA

CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que el defecto material o sustantivo se presenta cuando “la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto.” De igual forma ha señalado que la construcción dogmática del defecto sustantivo como causal de procedibilidad de la acción de tutela, parte del reconocimiento de que la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta. En este sentido han señalado que “por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho.”

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Esta causal especial de procedibilidad de la acción de tutela encuentra fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política, según el cual “la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. En consecuencia, este defecto se estructura cuando una sentencia judicial desconoce o inaplica determinados postulados del Texto Superior, bien sea porque los omite por completo, los contradice, o les atribuye un alcance insuficiente.

DERECHO A LA IGUALDAD-Consagración constitucional

DERECHO A LA IGUALDAD-Carácter relacional

DERECHO A LA IGUALDAD-Dimensiones

PROHIBICION DE DISCRIMINACION Y CRITERIOS SOSPECHOSOS-Reiteración de jurisprudencia

PROHIBICION DE DISCRIMINACION-Consagración constitucional e internacional

PROHIBICION DE DISCRIMINACION POR RAZON DE GENERO-Contenido y alcance

AUTORIDADES PUBLICAS NO PUEDEN DESCONOCER LA FIGURA Y EL ROL PATERNO EN LA CRIANZA CON FUNDAMENTO EN RAZONES DE GENERO

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto fáctico por defectuosa valoración de material probatorio en proceso de custodia de menor de edad

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Alcance

INTERES SUPERIOR DEL MENOR FRENTE A ESTEREOTIPOS DE GENERO-Estereotipos familiares afectaron no solo al padre sino a su hija menor de edad, sujeto vulnerable cuyo interés superior resulta vulnerado

DERECHO DE LOS MENORES DE DIECIOCHO (18) AÑOS A SER ESCUCHADOS-Protección constitucional e internacional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto sustantivo por desconocer precedente judicial en relación con el derecho de los menores a ser escuchados

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN MATERIA DE CUSTODIA DE MENOR DE EDAD-Estereotipos familiares afectaron no solo al padre sino a su hija menor de edad, sujeto vulnerable cuyo interés superior resulta resquebrajado

Referencia: Expediente No. T-6.142.577

Acción de tutela instaurada por Sergio Ruíz Murillo, en nombre propio y en

representación de su hija *Margarita*¹, en contra del Juzgado de Familia de Soacha.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los Artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, así como en los Artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo 02 de 2015 -Reglamento de la Corte Constitucional-, profieren la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos el 19 de abril de 2017, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que revocó la sentencia dictada el 15 de marzo de 2017 por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, providencias que resolvieron la acción de tutela instaurada por el señor Sergio Ruiz Murillo en contra del Juzgado de Familia de Soacha, por la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión mediante Auto del treinta (30) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferido por la Sala de Selección Número Cinco, integrada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez e Iván Humberto Escrucería Mayolo (e).

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS

¹ La Sala Octava de Revisión reserva el nombre de la menor de edad y lo modifica por el de *Margarita*, en guarda de su derecho fundamental a la intimidad.

- 1) El 25 de noviembre de 2005, producto de la convivencia entre el señor Sergio Ruiz Murillo y la señora Melvi Janeth Murillo Ospina, nació *Margarita*.
- 2) Afirma el accionante que en diciembre de 2012 la señora Melvi J. Murillo Ospina abandonó el hogar que mantenían para conformar uno nuevo con otra persona. Como consecuencia de ello, la pareja decidió voluntariamente que la custodia de su hija quedaría en cabeza del padre, según se evidencia de las diligencias de conciliación de fecha 7 de febrero y 31 de diciembre del año 2013².
- 3) No obstante lo acordado inicialmente, el 7 de julio de 2015, la madre de la menor promovió proceso de custodia, cuidado personal y visitas de su hija *Margarita*, de 11 años de edad³, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado de Familia de Soacha (autoridad judicial accionada).
- 4) En el curso del proceso, varios especialistas entrevistaron a la niña, entre ellos la Trabajadora Social del Juzgado accionado, la Defensora de Familia y una profesional del Instituto de Medicina Legal, conceptuando sobre el caso en los siguientes términos:
 - a. La Trabajadora Social del Juzgado accionado⁴, realizó informe socio-familiar de la menor, expresó que el señor Sergio Ruiz Murillo “*posee la disponibilidad de tiempo para estar a cargo de su menor hija, al ingresarla a actividades extracurriculares permite que ella se desarrolle en un ambiente libre de excesos y peligros*”, por último concluyó que el accionante “*tiene las condiciones habitacionales (espacio físico) para el bienestar de la menor*”.
 - b. Por su parte, la Defensora de Familia⁵, manifestó que la menor tenía buena relación con su padre y madre; calificó a cada uno sobre 9 en una escala de 1 a 10. Sin embargo, relata que la niña afirmó al final de la entrevista: “*Quiero quedarme a vivir con mi papá*”. Teniendo en cuenta que la menor presentaba ambivalencia, sugirió que “*la solicitud que realiza la señora Melvi Murillo, madre de la menor, podría ser viable, siempre y cuando no se genere desestabilidad emocional, afectiva y psicológica, para el óptimo desarrollo psicosocial de la niña...*”

²Actas de conciliaciones No. 063-2013 y No. 1109116378, realizadas ante I.C.B.F Centro Zonal Soacha. Folios 81 – 86.

³ Tiene 11 de años de edad. De acuerdo con el Registro Civil de Nacimiento nació el 25 de noviembre de 2005. Ver folio 89.

⁴ Entrevista realizada por la Dra. Diana Carolina Hidalgo el 3 de mayo de 2016. Folios 134-137.

⁵ Entrevista realizada por la Dra. Gloria Inés Romero Cruz el 6 de mayo de 2016. Folios 138-141.

c. Así mismo, la profesional del Instituto de Medicina Legal⁶ concluyó que aunque ambos progenitores tenían las capacidades económicas como actitudinales para tener el cuidado y custodia de *Margarita*, se evidencia preferencia por la figura paterna. Al respecto señaló que *“la niña ostenta un funcionamiento psicológico dentro del rango de la normalidad, dirige vínculo afectivo fuerte y claro hacia cada uno de sus progenitores, deja entrever conflicto de lealtades con sus padres debido al proceso judicial que se adelanta aunque muestra inclinación a permanecer bajo la tuición de su progenitor...”*.

- 5) Tras haberse surtido el trámite correspondiente, el 27 de febrero de 2017, el Juzgado de Familia de Soacha profirió fallo en el cual asignó de manera definitiva la custodia y cuidado personal de la menor a su progenitora Melvi Janeth Murillo Ospina. También reguló el régimen de visitas para el padre, todos los fines de semana cada quince días, *“recogiéndola a la menor el día sábado entre las nueve y diez de la mañana y retornándola en el mismo lugar (acordado por los padres) el día domingo o lunes festivo entre las cuatro y cinco de la tarde”*. Por último, se le impuso al demandado, aquí accionante (Sergio Ruiz Murillo), la obligación de pagar alimentos a la menor por la suma de \$300.000.00 mensuales como cuota alimentaria, además de proporcionarle el vestuario equivalente a dos mudas de ropa en los meses de junio y diciembre por valor, cada una, de \$300.000.00 .
- 6) Contra la anterior decisión judicial, el accionante interpone acción de tutela al reprochar que, a pesar de que en el proceso quedó demostrado que desde el año 2012 ostenta apropiadamente la custodia de la niña, el juzgado accionado se la despojó en contra del acervo probatorio. Además, reclama que no es cierto que él comparta el mismo lecho con su hija por cuanto la asistente social constató que el inmueble cuenta con dos habitaciones independientes. En sentido contrario, la autoridad judicial no apreció el registro fotográfico de la vivienda de Melvi Janeth Murillo Ospina, en el que se observa que tiene solo dos habitaciones, una para ella con su pareja y la otra para los dos hijos de su compañero.
- 7) En este orden de ideas, el tutelante arguyó que el juzgado demandado desconoce sus derechos como padre, los derechos de su hija y la Carta Política, con argumentos como este: *“...es preferible asignar la custodia y cuidado personal a su progenitora (...) atendiendo los argumentos anteriormente expuestos, pues tenemos la certeza que al lado de su madre, como lo sugiere la Defensora de Familia y Asistente Social del*

⁶ Informe pericial del 7 de Septiembre de 2016, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Folios 147-156.

despacho, la menor va a encontrar un espacio donde se le garantice su intimidad y desarrollo sano de su pudor y sexualidad; así como su adecuada formación física y psicológica. También porque en el hogar materno va a estar en un entorno sano, con la posibilidad de satisfacer todas sus necesidades, entre otras, el recibir el afecto y amor materno, que le es indispensable en su formación integral en su condición de mujer”.

- 8) Refirió que el estrado acusado incurre en dos defectos: i) fáctico, al desconocer el valor probatorio de las visitas efectuadas por los funcionarios judiciales a las viviendas de los padres, la distancia respecto de los centros educativos y recreativos, así como las sugerencias de los distintos especialistas; y ii) sustantivo, pues no tuvo en cuenta el derecho de los niños a ser escuchados, ni el interés superior de la menor.
- 9) Por último, agrega que deben prevalecer las garantías del menor cuando la decisión es coherente con las particularidades fácticas, considera los lineamientos de los tratados internacionales, así como las disposiciones constitucionales y legales para la protección de niñas y niños.

2. PRETENSIONES

Con fundamento en la decisión del Juzgado de Familia de Soacha concerniente al otorgamiento de la custodia de la menor a su madre, el accionante, en nombre propio y en representación de su hija, solicita que se tutele su derecho fundamental al debido proceso y se ordene al juzgado accionado a que “*rehaga su fallo, teniendo en cuenta las peticiones [de la menor] de querer vivir con su padre...*”, y las recomendaciones que de manera integral sugieren la defensora de familia, la trabajadora social y la profesional universitaria forense del Instituto Nacional de Medicina Legal.

3. RESPUESTA DEL JUZGADO ACCIONADO Y DEMÁS PERSONAS Y ENTIDADES VINCULADAS

3.1. Juzgado de Familia de Soacha⁷:

Tras haber sido admitida la acción de tutela, el magistrado sustanciador de la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, notificó la acción de tutela de la referencia y ordenó al juzgado accionado pronunciarse sobre los hechos contenidos en el escrito de tutela.

⁷ Folios 52 – 53, cuaderno 1

Indicó que profirió el fallo conforme con los elementos de juicio allegados al plenario, los que fueron enunciados en conjunto bajo las reglas de la sana crítica y atendiendo los derechos de los niños.

Afirmó que no es cierto que no haya tenido en cuenta la voluntad de la menor, por el contrario, en el curso del proceso se pudo evidenciar manipulación afectiva y psicológica por parte del padre hacia ella “...con el único propósito de impedir que ella siquiera manifieste el deseo de convivir con la mamá”.

Por otro lado, manifestó que la menor se encuentra en la edad de desarrollo sexual, razón por la cual consideró que era más conveniente que “*estuviera asistida y acompañada por su progenitora, atendiendo que es una edad delicada para las adolescentes, donde debe preservarse la intimidad, el pudor y sobre todo, el cuidado personal acompañada de una adecuada orientación sexual*”. En su contestación determinó que al lado de su padre no cumple las anteriores condiciones.

Por último, afirmó que lo que se pudo ver en el transcurso del proceso fue un conflicto personal entre los padres con ocasión de su separación definitiva, siendo su hija “*el trofeo en disputa*”. De acuerdo a lo planteado anteriormente, para el juzgado accionado su decisión no transgredió derecho fundamental alguno.

Personas y Entidades vinculadas:

Mediante el mismo Auto de admisión de 3 de marzo de 2017, magistrado sustanciador de la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, decidió vincular oficiosamente a la señora Melvi Janeth Murillo Ospina, a la Procuraduría 149 Judicial II de Familia y a la Defensoría de Familia, quienes se pronunciaron en los siguientes términos:

3.2. María Nidia Idaly Díaz Garzón, quien dice actuar en su condición de apoderada de **Melvi Janeth Murillo Ospina**, allegó escrito de contestación a la acción de tutela⁸.

En dicho alegato, la madre de la menor se opone a las pretensiones de la acción y expone los argumentos que se trataron en el proceso ordinario como la situación económica del padre, quien se encuentra en deuda por

⁸ La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia no lo tiene en cuenta por falta de legitimación en la causa toda vez que la abogada no aportó poder especial que la habilite para representar a dicha señora en este trámite (ver folios 45 a 50 del cuaderno 1).

los impuestos de la casa en la que vive. Además de resaltar que el padre manipula a la niña diciendo que si *“se va a vivir con su mamá se devuelve a Cali y no lo volvería a ver”*. Entre otras afirmaciones, manifestó su inconformidad respecto a que la menor durmiera con su padre en la misma cama ocasionalmente. Finalmente, hizo referencia a que por cuestiones de edad y género es más adecuado que su hija viva con ella pues puede darle una mejor guía respecto a los cambios hormonales que va a empezar a sufrir con el pasar del tiempo.

3.3. La Defensora de Familia del Centro Zonal de Soacha⁹ refirió brevemente que en el juicio se ha respetado el debido proceso que rige todas las actuaciones; precisó que era acertado que el juzgador recaudara las pruebas suficientes para definir a cuál de los progenitores se le debía asignar la custodia definitiva.

3.4. El Procurador 149 Judicial II de Familia¹⁰ refirió que la valoración del juzgador acusado no constituye un defecto fáctico o error inducido; el razonamiento realizado resultó suficiente, *«máxime si se tiene en cuenta que la pubertad tanto en hombres como en mujeres resulta una época complicada de desarrollo, y en la cual se requiere un especial apoyo»¹¹*.

Además, le asiste razón al despacho al estimar *«que el periodo de pubertad se puede pasar mejor por una niña en la compañía de su madre»*; por otro lado, la manipulación de la menor por parte del padre contribuye a considerar que es la madre la quien debe tener la custodia. En adición, el *«hecho que la niña pernocte habitualmente con su padre puede ser algo inocente y normal con los bebes y los infantes, pero ya cuando la niña cumple doce años y sin entrar en moralismos o sospechas infundadas, se debe considerar que se encuentra de por medio el derecho a la intimidad»¹²*; al ser la mamá la quien demandó dicha custodia, se *«supone que tiene el interés y ofrecerá los medios necesarios para que las condiciones de su hija sean las más adecuadas en compañía de su compañero actual e hijastros»*; y los riesgos denunciados por el progenitor *«no tienen asidero fáctico como para partir de la sospecha»¹³*.

4. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

4.1. Sentencia de Primera Instancia

⁹ Folio 58, cuaderno 1.

¹⁰ Folios 75 a 78, cuaderno 1.

¹¹ Folio 76, cuaderno 1.

¹² Folio 77, cuaderno 1.

¹³ Folio 78, cuaderno 1

Mediante proveído del 15 de marzo de 2017, la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca negó el amparo al considerar que no era arbitraria la decisión censurada. En tal virtud, el simple desacuerdo con la misma era insuficiente para declarar la prosperidad de la salvaguarda; además, señaló que el juzgador ordinario era autónomo en la valoración probatoria, por lo que no podía el juez constitucional imponer un criterio sobre determinada prueba, *“pues en dicha labor es donde se logra la autonomía e independencia de los funcionarios judiciales en su misión de administrar justicia”*.

4.2. Sentencia de Segunda Instancia

En sentencia del 19 de abril de 2017, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (unánime) revocó el fallo impugnado. En su lugar, concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso del accionante y de su hija por defecto fáctico. Ordenó al Juzgado accionado a dejar sin efectos la sentencia de 27 de febrero de 2017, con la finalidad de emitir una nueva determinación que atienda y motive adecuadamente la valoración detallada de cada una de las diferentes pruebas recaudadas en el trámite ordinario.

La anterior decisión se basó en que *“...el juzgador omitió hacer el análisis detallado de cada una de las probanzas recaudadas, pues, tal como quedó reseñado, el fallo criticado se limitó a indicar que los dos padres contaban con condiciones habitacionales adecuadas conforme a las visitas sociales efectuadas; que le daba valor a los testimonios que referían la manipulación ejercida sobre el progenitor respecto de la menor; y que conforme al desarrollo que la niña con ocasión de la edad que atravesaba, era conveniente la custodia en cabeza de la madre”*.

Además, dejó de lado las manifestaciones directas de la menor atinentes a con cuál de los padres quería vivir, cuando su opinión gozaba de especial relevancia para la definición del trámite. Por otro lado, tampoco tuvo en cuenta los informes rendidos por los diferentes profesionales en las pruebas interdisciplinarias practicadas por Medicina Legal y Ciencias Forenses, la asistente social y la Defensoría del Pueblo.

Adicionalmente, expuso la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que *“el fallador accionado consideró que, en razón del sexo de la menor (femenino), era su madre la figura parental llamada a acompañarla en su adolescencia, pues al compartir el mismo sexo, aquella podría brindarle «una atención y cuidado especial o delicado», afirmación que*

*constituye una verdadera discriminación del progenitor con fundamento en un estereotipo de género...*¹⁴-negrilla fuera de texto-

Por tanto, al evidenciarse que el Juez de Familia de Soacha dejó de lado la valoración objetiva de las condiciones parentales demostradas a lo largo del proceso, el *ad quem* intervino como juez constitucional para amparar el derecho fundamental al debido proceso del tutelante.

5. PRUEBAS QUE OBRAN DENTRO DEL EXPEDIENTE

- Sentencia del Juzgado de Familia de Soacha de 27 de febrero de 2017 (Folios 1-12, cuaderno 1).
- Certificación de la Institución educativa Gimnasio Santo Domingo de la Juventud, de 27 de febrero de 2017 (Folio 15, cuaderno 1).
- Certificación del Instituto Municipal para la Recreación y el Deporte de Soacha 1 de marzo de 2017, suscrita por Wilson Alzate orientador de Jui Jitsu (Folios 16-17, cuaderno 1).
- Certificación del Instituto Municipal para la Recreación y el Deporte de Soacha, Suscrita por Marcela Martínez Torres entrenadora de Tenis (Folios 18 – 19, cuaderno 1).
- Registro Civil de Nacimiento de la menor *Margarita* (Folio 89, cuaderno 1).
- Acta de Audiencia de Conciliación I.C.B.F Centro Zonal Soacha del 7 de febrero de 2013 (Folios 81 – 82, cuaderno 1).
- Acta de Audiencia de Conciliación I.C.B.F Centro Zonal Soacha del 15 de Julio de 2013 (Folios 84-85, cuaderno 1).
- Demanda de Custodia presentada por la señora Melvi Janeth Murillo Ospina (Folios 94-102, cuaderno 1).
- Informe de visita social de 6 de mayo de 2016 (Folios 138-141, cuaderno 1).

¹⁴ Folio 74, cuaderno 2

- Informe Pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Grupo Regional de Clínica, Odontología, Psiquiatría y Psicología Forense (Folios 147 – 157, cuaderno 1).
- Historia Clínica de la menor *Margarita* (Folios 173-175, cuaderno 1).
- Registros fotográficos de las actividades lúdicas de la menor *Margarita* (Folios 177-180, cuaderno 1).

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

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

2. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso el señor Sergio Ruíz Murillo y la señora Melvi Janeth Murillo Ospina, quienes habían convivido 8 años en unión marital de hecho, deciden separarse de hecho en el año 2012. Acto seguido y, de manera voluntaria, concilian sobre la custodia de su hija *Margarita*, decidiendo mantenerla en cabeza de su progenitor.

El 7 de julio de 2015, la madre de la menor promovió proceso de custodia, cuidado personal y visitas en contra del aquí accionante, con respecto a su hija menor de edad, cuyo conocimiento lo tuvo el Juzgado de Familia de Soacha, autoridad judicial que otorgó la custodia definitiva de su hija a la señora Melvi Janeth Murillo Ospina.

El actor presenta acción de tutela contra el fallo del Juzgado de Familia de Soacha, al considerar que dicho juez vulneró su derecho fundamental al debido proceso por cuanto incurrió en un defecto fáctico y sustantivo, al omitir una valoración integral de las pruebas y tener como aspectos determinantes la edad y el género de la menor para dejarla bajo el resguardo de su madre y con ello desconocer los pronunciamientos de la Corte Constitucional en casos similares.

Por lo anterior, solicita dejar sin efectos la sentencia del 27 de febrero de 2017, proferida por el juzgado accionado con el fin de que se aprecie la voluntad de la menor *Margarita*, las recomendaciones de la defensora de familia, de los asistentes sociales y de la profesional universitaria forense del Instituto de Medicina Legal y, en consecuencia, se ordene a proferir una nueva decisión.

Al decidir la acción de tutela de la referencia, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en primera instancia, negó el amparo invocado, toda vez que la decisión tomada por el fallador se hizo acorde al material probatorio allegado al proceso, sumado a que existe reconocida autonomía e independencia en la valoración de las pruebas por parte del funcionario judicial. En tal virtud, no puede el juez constitucional “*imponer su criterio sobre el alcance de una determinada prueba...*”.

La citada decisión fue revocada en segunda instancia por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que amparó el derecho al debido proceso del accionante y de su hija menor, por cuanto efectivamente había existido un defecto fáctico por parte del juez demandado al dejar de lado las pruebas presentadas por el actor dentro del proceso.

Adicionalmente, en su parte motiva consideró discriminatorio que por estereotipos de género se le otorgue la custodia de la menor a su madre, exclusivamente en razón al mismo sexo que comparten y apreciaciones subjetivas sobre la adolescencia que vive.

En consecuencia, ordenó emitir un nuevo fallo, esta vez motivándolo adecuadamente, atendiendo a la valoración detallada de cada una de las diferentes pruebas recaudadas en el trámite criticado.

Con todo lo anterior y en aras de solucionar la controversia constitucional objeto de revisión, le corresponde a la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional abarcar dos problemas jurídicos: **(i)** el primero, respecto a la procedencia de la acción de tutela contra la providencia judicial, específicamente por incurrir en un presunto *defecto fáctico* por la decisión de otorgar la custodia definitiva de la menor a su madre Melvi Janeth Murillo Ospina, sin tener en cuenta la voluntad de la niña y las recomendaciones de la defensora de familia, de los asistentes sociales y de la profesional universitaria forense del Instituto de Medicina Legal, así como en un *defecto sustantivo* por desconocimiento de las normas jurídicas y la jurisprudencia constitucional sobre protección a los menores de edad; y **(ii)** otro, atinente a si existe una vulneración *iusfundamental* del derecho a la igualdad de Sergio Ruiz Murillo por

cuanto el juez accionado, presuntamente fundamentó su decisión en concepciones subjetivas, relativas a estereotipos de género, para definir la custodia y cuidado de la niña en cabeza de su madre.

Para responder los anteriores interrogantes, la Sala Octava de Revisión se pronunciará sobre los siguientes ejes temáticos: **(i)** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; **(ii)** jurisprudencia constitucional relacionada con la caracterización del defecto fáctico, sustantivo y la violación directa de la Constitución; **(iii)** el derecho fundamental a la igualdad, discriminación por razones de género; y finalmente, **(iv)** resolverá el caso concreto.

3. PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES¹⁵

En Sentencia C-543 de 1992, la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, que regulan la acción de tutela contra providencias judiciales. En esa oportunidad, la Sala Plena declaró la inexecutable de las mencionadas normas, además del artículo 40 del decreto 2067 de 1991, por unidad normativa.

No obstante, dejó abierta la posibilidad “...para que de modo excepcional procediera la tutela contra providencias judiciales en el evento en que tales decisiones, revestidas desde el punto de vista formal de un aparente sustento jurídico, constituyeran, de facto, una vía de hecho¹⁶ por haber sido dictadas sin fundamento ni justificación y por obedecer, en ese sentido, a actuaciones caprichosas y arbitrarias del juzgador”¹⁷.

A partir de la mencionada providencia, se comenzó a utilizar la noción de “vía de hecho” para referirse a actuaciones judiciales en las cuales el juez, al momento de decidir, asumía una conducta contraria al

¹⁵ Reiterado en Sentencias T-583 de 2003, T-420 de 2003, T-1226 de 2004, T-1004 de 2004, T-328 de 2005, T-355 de 2008, T-111 de 2011, T-267 de 2017, entre otras.

¹⁶ Así se expresó la Corte en aquel momento: “(...) nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.”

¹⁷ Sentencia T-355 de 2008.

ordenamiento jurídico. Posteriormente, la jurisprudencia dio un giro en relación con el uso de dicha terminología, como consecuencia de que muchas de las hipótesis de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales no constituyen *per se* un desconocimiento grosero del ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el tono peyorativo del concepto vía de hecho, así como la necesidad de generar unas causales objetivas, alejadas de la conducta subjetiva del juez.

En Sentencia T-774 de 2004, la Sala Tercera de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional resumió los argumentos que justificaron el abandono progresivo de la noción de vía de hecho, y la adopción de causales genéricas y específicas de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Al respecto precisó que el cambio fue consecuencia de la decantación de los conceptos de capricho y arbitrariedad judicial, fundamento inicial del concepto de vía de hecho.

En relación con esto, reiteró lo expuesto por la Corte en Sentencia T-1031 de 2001, en los siguientes términos:

“Actualmente no “(...) sólo se trata de los casos en que el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad). Debe advertirse que esta corporación ha señalado que toda actuación estatal, máxime cuando existen amplias facultades discrecionales (a lo que de alguna manera se puede asimilar la libertad hermenéutica del juez), ha de ceñirse a lo razonable. Lo razonable está condicionado, en primera medida, por el respeto a la Constitución””¹⁸.

De esta manera, la jurisprudencia constitucional relegó la expresión “vía de hecho”, reemplazándola por causales genéricas y específicas de procedibilidad. Así, el juez constitucional antes de emitir un pronunciamiento de fondo en relación con la eventual vulneración de derechos fundamentales ocasionada por la actividad jurisdiccional, debe verificar, en primera medida, si se configuran dichos requisitos genéricos de procedencia de la acción de tutela, de manera tal que pueda evaluar, en segundo lugar, si se cumplen los requisitos específicos o materiales de procedibilidad¹⁹.

¹⁸ Sentencia T-774 de 2004, que a su vez cita lo expresado por la Corte en Sentencia T-1031 de 2001.

¹⁹ En este sentido, se pueden consultar las sentencias C-590 de 2005 y T-819 de 2009.

Sobre los requisitos genéricos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, esta Corporación ha sido enfática en sostener que la verificación y cumplimiento de los mismos es lo que habilita al juez constitucional para examinar si el juez ordinario incurrió en una vulneración de los derechos fundamentales del accionante con ocasión de la expedición de una providencia.

Los mencionados requisitos son los siguientes:

- (i) *Que la cuestión discutida tenga relevancia y trascendencia constitucional*
- (ii) *Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable*
- (iii) *Que la acción de 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 atacada*
- (v) *Que el actor identifique los hechos constitutivos de la vulneración, y que el vicio hubiere sido alegado durante el proceso judicial en las oportunidades debidas*
- (vi) *Que no se trate de una sentencia de tutela*

En relación con los requisitos específicos o materiales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, es de resaltar que estas refieren a defectos en la providencia atacada, los cuales tienen como consecuencia la incompatibilidad de ésta con los preceptos constitucionales. Dichos vicios son los siguientes:

- (i) Defecto orgánico: se presenta “*cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente de competencia para ello*”²⁰. Para que se configure esta causal, es necesario que se presente un contexto en el cual resulte

²⁰ Sentencia C-590 de 2005.

manifiestamente irrazonable determinar que la autoridad judicial estaba investida de la potestad de administrar justicia²¹.

- (ii) Defecto procedimental absoluto: *“se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido”*²². La jurisprudencia²³ ha determinado que esta falencia tiene una naturaleza cualificada puesto que requiere que el trámite judicial se haya llevado a cabo con la absoluta inobservancia de las reglas de procedimiento que eran aplicables al caso, lo que genera que la decisión adoptada sea consecuencia del capricho y la arbitrariedad del juez, desconociendo el derecho fundamental al debido proceso²⁴. Así mismo, la Corte ha expresado que esta causal se configura también cuando el juez *excede la aplicación de formalidades que hacen nugatorio un derecho*²⁵ (exceso ritual manifiesto).
- (iii) Defecto fáctico: *“surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”*²⁶. En este supuesto, el juez de tutela debe limitarse a evaluar, únicamente, casos en los que la actividad probatoria de la autoridad judicial, incurre en errores que por su magnitud, generan que la providencia sea arbitraria e irrazonable²⁷.
- (iv) Defecto material o sustantivo: *“casos en los que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”*²⁸. Esta casual surgió dada la necesidad de que las decisiones judiciales estén soportadas en los preceptos constitucionales y legales que sean aplicables a la controversia en el caso concreto.
- (v) Error inducido: *“se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales”*²⁹. Para que se configure esta causal, deben concurrir dos

²¹ Sentencia T-111 de 2011.

²² Sentencia C-590 de 2005.

²³ Sentencias T-111 de 2011 y T-993 de 2003.

²⁴ Sentencia T-111 de 2011.

²⁵ Sentencia T-605 de 2015.

²⁶ Sentencia C-590 de 2005.

²⁷ Sentencia T-111 de 2011.

²⁸ Sentencia C-590 de 2005.

²⁹ Ídem.

presupuestos a saber: (i) *“debe demostrarse en el caso concreto que la decisión judicial se ha basado en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas, en cuya determinación los órganos competentes hayan violado derechos constitucionales”*³⁰ y, (ii) *“que esa violación significa un perjuicio iusfundamental para las partes que intervienen en el proceso judicial”*³¹.

- (vi) Decisión sin motivación: *“implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”*³². La diferencia que se presenta entre esta causal y el defecto sustantivo, es que no nos encontramos frente a una disparidad entre la motivación y la parte resolutive de la sentencia, sino frente a la completa ausencia de razones que sustenten lo decidido³³.
- (vii) Desconocimiento del precedente: *“se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado”*³⁴
- (viii) Violación directa de la Constitución: esta causal procede cuando el servidor judicial adopta una decisión, la cual desconoce de forma directa los preceptos de la Constitución Política.

En conclusión, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales está condicionada a la estricta verificación del cumplimiento de todos los requisitos genéricos y, por lo menos, de algunos de los materiales de procedibilidad. Lo precedente, con la finalidad de proteger los postulados constitucionales de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, en armonía con los derechos fundamentales.

³⁰ Sentencia T-111 de 2011.

³¹ Ídem.

³² Sentencia C-590 de 2005.

³³ Sentencia T-111 de 2011.

³⁴ Sentencia C-590 de 2005.

4. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LA CARACTERIZACIÓN DE LOS DEFECTOS FÁCTICO, SUSTANTIVO Y VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

Defecto Fáctico

El defecto fáctico como causal de procedencia de la acción tutela contra providencias judiciales se presenta cuando el juez no tiene el apoyo probatorio suficiente para aplicar el supuesto legal en el que sustenta la decisión³⁵ porque dejó de valorar una prueba o no la valoró dentro de los cauces racionales y/o denegó la práctica de alguna sin justificación³⁶, entre otras.

Este defecto se caracteriza cuando cuando el juez toma una decisión sin que las circunstancias fácticas del caso se subsuman adecuadamente en el supuesto de hecho que legalmente la determina, como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas; de una apreciación irrazonable de las mismas; de la suposición de una prueba; o del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios. Es decir, existen en la providencia cuestionada fallas sustanciales, atribuibles a deficiencias probatorias dentro del proceso.

Ahora bien, para que esta falencia configure una vulneración al debido proceso, es necesario 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”*.³⁷

La Corte Constitucional ha señalado que las deficiencias probatorias pueden darse como resultado de:

“(i) Una omisión judicial, como sucede cuando el juez niega una prueba, o por la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose insuficiencia probatoria.

(ii) Por vía de acción positiva, cuando el juez aprecia pruebas que son determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada pero

³⁵ Sentencia SU-448 de 2016.

³⁶ Sentencia T-454 de 2015.

³⁷ Sentencias T-567 de 1998 y T-590 de 2009.

que no ha debido admitir, ni valorar porque fueron indebidamente recaudadas, o son nulas de pleno derecho o pruebas que son totalmente inconducentes al caso concreto.

(iii) Por desconocimiento de las reglas de la sana crítica en la apreciación de los medios de prueba que conducen a valorarlos de manera arbitraria, irracional y caprichosa”.³⁸

Para una mejor comprensión del defecto fáctico la jurisprudencia constitucional³⁹ ha establecido que éste puede presentarse en dos modalidades, a saber:

(i) Defecto fáctico negativo: tiene lugar cuando la autoridad judicial niega o valora determinada prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa,⁴⁰ o simplemente omite su valoración.

(ii) Defecto fáctico positivo: En este evento, el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas o, efectúa una valoración por “*completo equivocada*”.⁴¹

Bajo estos parámetros, la Corte Constitucional en Sentencia SU-448 de 2016 reiteró que el defecto fáctico “[s]e estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. (...) el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales⁴²”.

Así mismo, se precisó que:

“No obstante, el operador judicial ostente un amplio margen de valoración probatoria sobre el cual fundamentará su decisión y formará libremente su convencimiento⁴³, ‘inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61

³⁸ Sentencia T-055 de 2014.

³⁹ Sentencia T-781 de 2011, T-267 de 2013, SU-172 de 2015, T-605 de 2015, T-463 de 2016 y T-643 de 2016 entre otras.

⁴⁰ Sentencias T-567 de 1998 y SU-950 de 2014.

⁴¹ Ibídem.

⁴² Sentencia T-419 de 2011.

⁴³ Cfr. Sentencia T-902 del 2005.

CPL)⁴⁴, esta facultad nunca podrá ser ejercida de manera arbitraria, pues dicha valoración lleva intrínseca ‘la adopción de criterios **objetivos**⁴⁵, no simplemente supuestos por el juez, **racionales**⁴⁶, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y **rigurosos**⁴⁷, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas”.

(...) **el defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio** allegado al proceso se presenta cuando “el funcionario judicial al momento de valorar la prueba niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa⁴⁸ u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados⁴⁹ y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente⁵⁰. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez⁵¹. ”⁵²

En este sentido, esta Corporación ha afirmado que atendiendo los principios de autonomía judicial, juez natural e inmediatez, la autoridad constitucional no puede realizar un nuevo examen del material probatorio como si se tratara de una instancia judicial adicional,⁵³ su función se ciñe en verificar que la solución de los procesos judiciales sea coherente con la valoración ponderada de las pruebas recaudadas por el juez y aportadas por los intervinientes.⁵⁴

Defecto sustantivo

La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que el defecto material o sustantivo se presenta cuando “la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto.”⁵⁵

⁴⁴ Cfr. sentencia T-442 de 1994.

⁴⁵ Cfr. sentencia SU-1300 del 6 del de 2001.

⁴⁶ Cfr. sentencia T-442 de 1994.

⁴⁷ Cfr. sentencia T-538 de 1994.

⁴⁸ Sentencias T-567 de 1998 y T-590 de 2009.

⁴⁹ Sentencia T-086 de 2007.

⁵⁰ Sentencia T-576 de 1993.

⁵¹ Sentencia T-442 de 1994.

⁵² Sentencias T-309 de 2014 y T-117 de 2013.

⁵³ Sentencia T-625 de 2016.

⁵⁴ Sentencia T-454 de 2015.

⁵⁵ Sentencias T- 156 de 2000, T- 008 de 1999 y C- 984 de 1999.

De igual forma ha señalado que la construcción dogmática del defecto sustantivo como causal de procedibilidad de la acción de tutela, parte del reconocimiento de que la competencia asignada a las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, no es en ningún caso absoluta. En este sentido ha señalado que “[p]or tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho.”⁵⁶

El desarrollo jurisprudencial de esta causal ha llevado a la identificación de un conjunto de situaciones en las que se incurre en dicho error:

(i) Cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional.⁵⁷

(ii) Aplicación de norma que requiere interpretación sistemática con otras normas, caso en el cual no se tienen en cuenta otras normas aplicables al caso y que son necesarias para la decisión adoptada.⁵⁸

(iii) Por aplicación de normas constitucionales pero no aplicables al caso concreto. En este evento, la norma no es inconstitucional pero al ser aplicada al caso concreto vulnera derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicada.⁵⁹

(iv) Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia.⁶⁰

(v) Al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de efectos *erga omnes*⁶¹. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido

⁵⁶ Sentencia T- 757 de 2009.

⁵⁷ Sentencias T- 158 de 1999 y T-804 de 1999.

⁵⁸ Sentencias T- 790 de 2010 y T- 510 de 2011.

⁵⁹ Sentencias T- 572 de 1994 y SU-172 del 2000.

⁶⁰ Sentencia T-100 de 1998.

⁶¹ La Sentencia SU-432 de 2015 al caracterizar el defecto denominado “desconocimiento del precedente” consideró que “la concepción inicial del desconocimiento del precedente como defecto sustantivo explica que aun actualmente, en ciertas ocasiones, las Salas de Revisión presenten este yerro como una hipótesis de defecto sustantivo, mientras que en otras se conciba de manera independiente. Aunque esto no representa un desacuerdo jurisprudencial de especial trascendencia, pues todas las salas de revisión lo conciben como causal de procedencia de la acción y potencial

contraría la *ratio decidendi* de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.⁶²

(vi) Por aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es abiertamente contrario a la constitución. En este evento, la tutela procede si el juez ordinario no inaplica la norma por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad.⁶³

En torno al desconocimiento del precedente constitucional, en la sentencia T-1092 de 2007 la Corte Constitucional identificó cuatro escenarios en los que una providencia judicial desconoce la jurisprudencia de esta Corporación: “(i) *Cuando se aplican disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de constitucionalidad;* (ii) *Cuando se aplican disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución;* (iii) *Cuando se contraría la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad;* y (iv) *Cuando se desconoce el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela*” (subrayado fuera de texto).

De igual manera, se incurre en un defecto sustantivo, cuando las normas legales no son interpretadas con un enfoque constitucional, fundado en la salvaguarda de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las particularidades del caso concreto.

En relación con el imperativo de preferir siempre una interpretación conforme con la Constitución, la Corte en sentencia en sentencia C-067 de 2012 consideró que: “*la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política*”.

De igual manera, ha expresado esta Corporación que “*cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces*

violación del derecho a la igualdad, el manejo independiente de este defecto presenta algunas ventajas hermenéuticas”.

⁶² Sentencia T-790 de 2010.

⁶³ Sentencia T-572 de 1994.

*que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista*⁶⁴.

A decir verdad, en reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional ha considerado que, en virtud del artículo 4 de la Carta Política, la interpretación de las normas siempre debe ir acorde con lo dispuesto por el Constituyente; es decir, que la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de *interpretación conforme*, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política.

Cabe asimismo señalar que la Corte Constitucional, en sentencia C- 426 de 2002, consideró que el principio de interpretación conforme debía ser armonizado con otros, como aquel del antiformalismo:

“Integrar los conceptos de antiformalismo e interpretación conforme a la garantía consagrada en el artículo 229 de la Carta, en manera alguna busca desconocer o debilitar el papel protagónico que cumplen las reglas de procedimiento en la ordenación y preservación del derecho de acceso a la justicia, ni contrariar el amplio margen de interpretación que el propio orden jurídico le reconoce a las autoridades judiciales para el logro de sus funciones públicas.

Violación directa de la Constitución

Esta causal especial de procedibilidad de la acción de tutela encuentra fundamento en el artículo 4° de la Constitución Política, según el cual *“la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*.⁶⁵ En consecuencia, este defecto se estructura cuando una sentencia judicial desconoce o inaplica determinados postulados del Texto Superior, bien sea porque los omite por completo, los contradice, o les atribuye un alcance insuficiente.⁶⁶

En Sentencia SU-542 de 2016 la Corte Constitucional reiteró que *“en virtud de la supremacía constitucional, cuando las autoridades judiciales se enfrentan a un contradicción entre una norma legal y una norma constitucional, deben preferir esta última.”*⁶⁷

⁶⁴ Sentencia C-011 de 1994.

⁶⁵ Sentencia SU-542 de 2016.

⁶⁶ Sentencia SU-490 de 2016.

⁶⁷ Sentencia T-094 de 2013.

Del mismo modo, en la Sentencia T-555 de 2009, la Sala Tercera de Revisión, consideró que esta causal de procedencia de la acción de tutela se estructura “*cuando el juez ordinario adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Carta Política. A este respecto, debe insistirse en que el actual modelo de ordenamiento constitucional reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares. Por ende, 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*”.

En cuanto a la configuración de esta causal como requisito de procedibilidad de la tutela, la Corte ha sostenido que el juez ordinario desconoce la Constitución Política cuando:

(i) Deja de aplicar una disposición *ius fundamental* a un caso concreto, es decir, cuando (a) en la solución del caso se deja de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata, y (c) el juez en sus decisiones vulnera derechos fundamentales y no tiene en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución.⁶⁸

(ii) Aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución. Hace referencia al deber de aplicar las normas constitucionales con preferencia a las legales, mediante el ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad.⁶⁹

5. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD, DISCRIMINACIÓN POR RAZONES DE GÉNERO

El artículo 13 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a la igualdad, el cual determina que todas las personas recibirán la misma protección y trato por parte de las autoridades; gozarán de las mismas libertades, derechos y oportunidades sin que existan discriminaciones por razones de “*sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*”. Sumado a ello, establece que el Estado deberá encargarse de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, y personas que por su “*condición*

⁶⁸ Sentencia T-522 de 2016, T-252 de 2016 y T-116 de 2016.

⁶⁹ *Ibidem*.

económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que esta garantía *“es un derecho relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales. La identificación de las cargas o los beneficios que se reparten a través de las medidas que generan un trato diferenciado, es eventualmente relevante para definir el grado de intensidad con el cual habrá de realizarse el juicio de igualdad, pero de ninguna manera puede ser utilizada para desvirtuarlo.”*⁷⁰

Respecto a su **naturaleza**, se ha pronunciado en reiteradas ocasiones afirmando que resulta compleja, en razón a que no sólo se trata de un derecho fundamental sino también un principio superior de carácter relacional. Lo cual se debe a que *“carece de contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana, sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado”*⁷¹, ya sea de un particular o cualquier poder público.

La interpretación del artículo 13 Superior ha permitido diferenciar entre la **igualdad formal y material**. La primera de ellas se encuentra reflejada en el inciso 1° y ha sido definida de la siguiente manera: *“igualdad formal o igualdad ante la ley, en términos muy simples implica que las normas jurídicas de origen legal (o aquellas que se le asemejen como los decretos y los actos administrativos de carácter general), sean aplicadas de forma estandarizada cada vez que se configure su supuesto de hecho”*⁷².

En contraste, los incisos 2° y 3° de la disposición *in comento*, hacen referencia a la **igualdad material** *“que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales”*⁷³.

Esta última también debe entenderse en un doble sentido: (i) dar un trato igual a quienes se encuentren en la misma situación fáctica y; (ii) proporcionar un tratamiento diferente a quienes se hallen en condiciones distintas. A su vez, estos contenidos iniciales han sido

⁷⁰ Ampliar concepto en la Sentencia T 352 de 1997

⁷¹ Ampliar concepto en la Sentencia C 818 de 2010.

⁷² Sentencia C 091 de 2017, Corte Constitucional

⁷³ Sentencia C 178 de 2014, Corte Constitucional

decantados por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

“...1) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, 2) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, 3) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, 4) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes”⁷⁴.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en señalar la trascendencia del derecho a la igualdad y su relación directa con la dignidad, que le es inherente a toda persona humana:

“...Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. (...)

Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las

⁷⁴ Ampliar concepto en la Sentencia C-624 de 2008, Corte Constitucional.

situaciones discriminatorias.”⁷⁵ (Negrilla no incluida en el texto original)

Adicionalmente, ha resaltado que ello implica la **prohibición de discriminación**⁷⁶, puesto que de los actos o disposiciones que involucren una distinción basada en motivos prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos son inadmisibles.

En relación con la aplicación de consecuencias normativas idénticas a supuestos disimiles, indica que: *“debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente; y, finalmente, debe constatarse si (i) un tratamiento distinto entre iguales o (ii) un tratamiento igual entre desiguales es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación”*⁷⁷.

La Corte Constitucional colombiana ha definido la prohibición indicada, señalando que es:

“un acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica (...) El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende - consciente o inconscientemente - anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios

⁷⁵ Ampliar concepto en jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, caso Atala Riffo y niñas vs Chile, responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R.

⁷⁶ La Sala Octava de Revisión al resolver una tutela presentada por una mujer que prestaba servicios de vigilancia y fue despedida de la empresa por el hecho de ser mujer, indicó lo siguiente: *“...La prohibición de discriminación con base en el género, bastante generalizada en los instrumentos que reconocen derechos humanos –al menos en el mundo occidental-, tiene como fundamento el imperativo de que toda diferenciación que se haga tenga como fundamento elementos de los cuales sean responsables o sobre los que tengan algún control los sujetos diferenciados; en sentido opuesto, se entenderán como sospechosas las diferenciaciones basadas en elementos innatos a los sujetos, que no dependen de su voluntad y que hagan parte de su esencia como personas. Desde que el género no es un criterio que sea controlable por las personas, en principio cualquier distinción que se haga sobre esta base tendrá un elemento de injusticia inherente en su esencia”*. T-247 de 2010.

⁷⁷ *Ibidem*.

*sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales”*⁷⁸.

Este concepto refleja el denominado “**principio de no discriminación**”⁷⁹, el cual se fundamenta en la imposibilidad de otorgar un trato diferente basado en categorías que son consideradas motivos irrelevantes al momento de distinguir situaciones para otorgar tratamientos disimiles.

Tales categorías son consideradas “*sospechosas*”⁸⁰, al tratarse de clasificaciones instituidas por el Legislador que “(i) *se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales*”⁸¹.

Por tanto, cuando se acude a uno de estos factores a fin de otorgar un beneficio o imponer una carga, se presume que se incurrió en un acto injusto y, a todas luces, arbitrario. De manera específica, el artículo 13 de la Constitución establece diversas prohibiciones de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política, entre otros.

Esta Corporación se ha pronunciado en distintas oportunidades en relación con la discriminación basada en el sexo como factor determinante en la contratación laboral, o la exclusión de personas debido a su orientación sexual, raza, género, entre otros. Se resaltan las Sentencias T-247 de 2010, T-099 de 2015, T-141 de 2015 y T-012 de 2016, en las que se ha protegido el derecho a la igualdad y se ha protegido el “*principio de no discriminación*”.

⁷⁸ Sentencia T 1090 de 2005 Corte Constitucional.

⁷⁹ Sentencia 410 de 1994, Corte Constitucional, en la que establece “el principio de no discriminación” de la siguiente manera: “*El principio de no discriminación que la Carta contempla, tradicionalmente es identificado con el perfil negativo de la igualdad, puesto que, ante todo, se destaca su carácter eminentemente prohibitivo de tratos injustificados; empero, cabe precisar que la referencia constitucional expresa a criterios vedados, tiene un contenido más amplio que no se agota en la simple interdicción de esos factores, sino que implica también una advertencia acerca de frecuentes e históricas causas generadoras de desigualdad, opuestas, por lo demás, a la dignidad de la persona humana en que se funda nuestra organización estatal (art. 1o.), y a la consecución de “un orden político, económico y social justo” (preámbulo); en esa medida, se puede afirmar que existe la decisión constitucional de remediar situaciones de inferioridad fincadas en estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia y que a la prohibición de discriminar se suma la voluntad de erradicar esas conductas o prácticas arraigadas, que han ubicado a personas o a sectores de la población en posiciones desfavorables.*”

⁸⁰ Véase en Tames Noriega y Beltran y Puga. Igualdad y no Discriminación entre hombres y mujeres, p. 33.

⁸¹ Sentencia C 371 de 2000, Corte Constitucional

En relación con la **“discriminación por razones de género”**, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), ha precisado que el vocablo “género” se refiere *“a las construcciones socioculturales que diferencian y configuran los roles, las percepciones y los estatus de las mujeres y de los hombres en una sociedad”*⁸². Mientras que por “igualdad de género”, debe entenderse *“la existencia de una igualdad de oportunidades y de derechos entre las mujeres y los hombres en las esferas privada y pública que les brinde y garantice la posibilidad de realizar la vida que deseen. Actualmente, se reconoce a nivel internacional que la igualdad de género es una pieza clave del desarrollo sostenible”*⁸³.

De lo anterior, se destaca que el Estado no puede dar un tratamiento distinto basado en el género de las personas, ya sea a la hora de legislar, administrar justicia o ejecutar políticas, puesto que de ser así su actuación resultaría abiertamente inconstitucional y opuesta a los derechos humanos.

En el ámbito internacional se destaca que diferentes países han realizado importantes esfuerzos para cerrar la brecha que existe en cuanto a la igualdad de oportunidades laborales y acceso a los recursos, equidad de salarios, integración de géneros en el ámbito social, y políticas educativas orientadas a un cambio de mentalidad respecto a la diferenciación basada en razones de sexo, edad, nivel de educación, entre otros.

Cabe anotar que, si bien la discriminación de género se ha dado, históricamente en contra de las mujeres, ya sea por patrones religiosos, culturales y/o sociales, hoy en día, reviste gran importancia el concepto de **“igualdad de género”**, que ha llevado a que exista una mayor equidad entre ambos sexos.

En materia de **familia y de custodia**, usualmente se le otorga mayores responsabilidades a la mujer respecto a la crianza de los hijos y las labores domésticas. El Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) establece respecto al cuidado de los menores, que existe un *“grado de inequidad en las relaciones de género y las valoraciones jerárquicamente diferenciadas entre varones y mujeres presentes en nuestra región”*, las cuales *“afectan directamente la calidad y la cantidad de la atención y del cuidado recibido durante la primera infancia según el sexo de cada niño. Al acentuar el rol materno en el*

⁸² Ampliar concepto en la cartilla virtual de la Unesco “Igualdad de género” <http://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital-library/cdis/Iguldad%20de%20genero.pdf>

⁸³ *Ibidem*

cuidado temprano, se ponen la carga y la responsabilidad exclusivamente sobre las mujeres.”⁸⁴

De lo anterior, se colige que las autoridades públicas no pueden desconocer la **figura y el rol paterno en la crianza** con fundamento en razones de género. La preferencia de la figura materna en la crianza y desarrollo sexual resulta desproporcionada como regla de decisión puesto que, en el margen familiar, los roles de padre y madre deben ser equiparables.

Es así como debe tenerse en cuenta que la sociedad no es estática y con el pasar del tiempo las concepciones sociales se transforman y con ellas las costumbres y posiciones jurídicas. En este aspecto, es necesario tener en cuenta que los administradores de justicia no pueden tener un criterio generalizado al momento de definir la custodia de los menores, en estos casos debe acudir a los supuestos fácticos propios de cada caso en concreto, es decir, determinar el papel que cumple cada progenitor respecto a su hijo, con el fin de emitir una decisión acorde con ello.

6. CASO CONCRETO

Procede la Sala Octava de Revisión a resolver la acción de tutela de la referencia, promovida por Sergio Ruíz Murillo en contra de la providencia judicial proferida el 27 de febrero de 2017 por el Juzgado de Familia de Soacha, en virtud de la cual se resolvió de manera definitiva la custodia y cuidado personal de la menor *Margarita*, a favor de su progenitora Melvi Janeth Murillo Ospina, en contra de su padre, Sergio Ruíz Murillo, regulándose a su vez, el régimen de visitas y de alimentos.

Evidenciado que el asunto objeto de revisión versa sobre la resolución de una acción de tutela, instaurada por dicho progenitor -ahora accionante-, en contra de una providencia judicial en firme, emitida por el Juzgado de Familia de Soacha, la Sala Octava de Revisión pasará a verificar el cumplimiento de los requisitos genéricos y específicos de procedibilidad del resguardo constitucional:

Causales genéricas de procedibilidad:

i) Relevancia constitucional del asunto sometido a estudio del juez de tutela

⁸⁴ Ampliar información en la cartilla virtual de la Unicef “Cuidado de niños pequeños” Matilde Luna https://www.unicef.org/lac/20160907_UNICEF_RELAF_Preencion.PDF

La solicitud de amparo se fundamenta en la inobservancia de las reglas que integran el debido proceso, específicamente se alega que la decisión acusada presenta defectos de tipo fáctico y sustantivo, al modificarse la titularidad de la custodia y cuidado personal de su hija menor de edad, la cual venía siendo ejercida, de manera continua e ininterrumpida, por la figura paterna.

Según el escrito de tutela, la autoridad judicial accionada decidió mediante sentencia judicial definitiva, asignar dicha custodia a su progenitora, pese a la manifestación expresa de la menor de querer quedarse con su padre, así como de los informes probatorios rendidos en el curso del proceso por profesionales del Instituto Nacional de Medicina Legal, de la Defensoría del Pueblo y de Trabajadores Sociales del Juzgado.

Con esta conducta, señala el tutelante, se vulnera el derecho fundamental al debido proceso de él y de su hija, así como también se desconoce la jurisprudencia constitucional aplicable sobre el principio de interés superior del menor.

En estos términos, plantea este caso una confrontación entre la decisión judicial mencionada y las garantías constitucionales del debido proceso del actor y de su hija *Margarita*, menor de edad, amparada por el principio de interés superior del menor en su condición de sujeto de especial protección constitucional.

Adicionalmente, según el juez *ad quem*, la autoridad judicial accionada al proferir decisión definitiva en el juicio ordinario de custodia, hizo afirmaciones que podrían implicar una presunta vulneración del derecho a la igualdad, problemática que, sin lugar a dudas, permite calificar esta controversia con alta trascendencia constitucional al mediar una supuesta discriminación por razones de género masculino.

ii) Agotamiento previo de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios

El accionante Sergio Ruíz Murillo no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial distinto a la acción de tutela para atacar la providencia judicial que le fue desfavorable dentro del proceso de custodia y cuidado de su hija menor de edad *Margarita*.

Teniendo en cuenta los precisos términos que establece el artículo 21 de la Ley 1564 de 2012 (Código General de Proceso), los jueces de familia conocen en **única instancia** sobre los procesos de custodia, cuidado

personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios.

Sin conocimiento de la citada normativa, el accionante intentó promover recurso de apelación en la diligencia de fallo del proceso ordinario celebrada el 27 de febrero de 2017, sin embargo, el juzgador indicó acertadamente que “...no es procedente la solicitud”⁸⁵.

Visto lo anterior, no existe para el actor mecanismo judicial ordinario o extraordinario que permita atacar la decisión ahora controvertida. En tal virtud, la acción de tutela, objeto de revisión, se erige en el principal medio judicial de control el cual tiene la virtualidad de proteger, con eficacia e idoneidad, las garantías constitucionales del debido proceso y los principios de interés superior del menor y de igualdad⁸⁶.

iii) Inmediatez

La acción de tutela se interpuso el 3 de marzo de 2017 ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, es decir, días después de notificada⁸⁷ la sentencia de única instancia que resolvió de manera definitiva y adversa a sus intereses, la custodia y cuidado personal de su hija menor de edad el día 27 de febrero de 2017.

iv) Incidencia de la irregularidad procesal, cuando ésta se aduce, en la decisión judicial que se cuestiona

Las irregularidades procesales que alega el accionante mediante las causales de procedibilidad de la acción de tutela tienen efectos decisivos y determinantes en la sentencia judicial que profirió el Juzgado de Familia de Soacha en única instancia.

En efecto, la incidencia y el éxito de los defectos argüidos por Sergio Ruiz Murillo en la acción de tutela de la referencia, permiten identificar presuntas irregularidades procesales de tipo probatorio y sustantivo que afectan derecho fundamental al debido proceso del actor y de su hija menor de edad e impactan la providencia judicial bajo revisión.

⁸⁵ Folio 13, cuaderno principal.

⁸⁶ Incluso, existiendo otros medios de defensa, esta Corte ha indicado, de manera genérica, que en casos similares procede la acción de tutela de manera excepcional cuando se advierte: (i) falta de idoneidad del medio ordinario para proteger los derechos fundamentales afectados, o (ii) que el menor se encuentra en una situación que amenaza su integridad física o psicológica. Ver Sentencia T-914 de 2007, reiterada en la Sentencia T 884 de 2011, entre otras

⁸⁷ La decisión acatada mediante la acción de tutela fue notificada en estrados el 27 de febrero de 2017, una vez realizada la lectura del fallo (ver folio 13, cuaderno principal).

v) Identificación de los hechos que generan la vulneración de sus derechos y que, de ser posible, hayan sido cuestionados al interior del proceso judicial

Los hechos que generan la vulneración del derecho al debido proceso fueron identificados claramente por el accionante en el escrito de tutela.

La mayoría de estos hechos fueron cuestionados por Sergio Ruiz Murillo en el trámite de contestación de la demanda y en el debate probatorio que tuvo lugar en el juicio ordinario de custodia y cuidado personal, adelantado ante el Juzgado de Familia de Soacha. Sin embargo, otros hechos surgen de manera sobreviniente ante la decisión desfavorable del fallador, motivo por el cual, no era posible cuestionarlos al interior del proceso de única instancia.

vi) El fallo censurado no es de tutela. Se cuestiona una decisión judicial adoptada el 27 de febrero de 2017, dentro del proceso ordinario de custodia y cuidado personal de la menor *Margarita*, incoado por Melvi Janeth Murillo Ospina (madre) en contra de Sergio Ruíz Murillo (padre).

Estudio concreto de los defectos específicos atribuidos a la providencia judicial cuestionada

El accionante invoca dos causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela instaurada contra la providencia judicial del 27 de febrero de 2017, proferida por el Juzgado de Familia de Soacha, a saber: un defecto fáctico y otro sustantivo.

Refirió el tutelante que el estrado acusado incurrió en yerros de tipo: (i) fáctico, al desconocer el valor probatorio de las visitas efectuadas por los funcionarios judiciales a las viviendas de los padres, la distancia respecto de los centros educativos y recreativos, así como las sugerencias de los distintos especialistas y de la menor; y (ii) sustantivo, pues no tuvo en cuenta la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales que tratan el derecho de los niños a ser escuchados y el principio de interés superior de la niña.

Sin perjuicio del anterior análisis, con posterioridad, la Sala procederá de forma *ultra- petita*⁸⁸ al estudio de un presunto vicio por violación directa

⁸⁸ En Sentencia SU-195 de 2012 se señaló que el juez de tutela está investido de la facultad oficiosa de proferir fallos extra y ultra petita, cuando de los hechos de la demanda se evidencia la vulneración de un derecho fundamental, incluso cuando no ha sido solicitado por el tutelante, “...en cuanto a la posibilidad de que los fallos puedan ser extra y ultra petita en materia de tutela, esta Corte de manera pacífica ha señalado que el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el

de la Constitución Política, detectado por el juez *ad quem* en la parte motiva de su decisión.

Defecto fáctico

El Juez de Familia de Soacha decidió en sentencia del 27 de febrero del año en curso, asignar la custodia y cuidado de la menor *Margarita* a su madre Melvi Janeth Murillo Ospina; reguló el régimen de visitas y le impuso al ahora accionante la obligación de pagar alimentos a la niña en la suma de \$300.000, además de suministrarle dos mudas de ropa en los meses de junio y diciembre.

Como fundamento de la decisión, concluyó la autoridad judicial accionada lo siguiente sobre los medios probatorios:

“...atendiendo los elementos probatorios estudiados en su conjunto, es preferible asignar la custodia y cuidado personal a su progenitora (...), atendiendo los argumentos anteriormente expuestos, pues tenemos la certeza que al lado de su madre, como lo sugiere la Defensora de Familia y Asistente Social del despacho, la menor va a encontrar un espacio donde se le garantice su intimidad y desarrollo sano de su pudor y sexualidad; así como su adecuada formación física y psicológica. También porque en el hogar materno va a estar en un entorno sano, con la posibilidad de satisfacer todas sus necesidades, entre otras, el recibir el afecto y amor materno, que le es indispensable en su formación integral en su condición de mujer.

Con esta determinación no se pretende descalificar la actitud del señor RUIZ MURILLO, en lo diligente que ha sido en el cuidado de su hija, pero si es importante resaltar, como ya se dijo, que es preferible, por la edad de adolescencia a la que está entrando la menor, esté bajo el cuidado personal de su progenitora, pero además porque en el hogar paterno, esta no cuenta con la presencia de una congénere que la oriente en el desarrollo de su sexualidad, sobre todo protegiendo su intimidad y pudor, que tanto lo requieren las mujeres en esa edad de su vida...”

amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición sui generis de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales”.

En consonancia con el pronunciamiento de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional identifica que la determinación criticada no efectuó un estudio integral de las diferentes pruebas recaudadas en el trámite ordinario, entre ellas, las que a continuación se relacionan:

1) El informe socio familiar de 22 de febrero de 2016, rendido por la asistente social, en el cual se consignó que: “...*el señor Sergio posee la disponibilidad de tiempo para estar a cargo de su menor hija, al ingresarla a actividades extracurriculares permite que ella se desarrolle en un ambiente libre de excesos y peligros... para su edad, le brinda lo que está a su alcance, se demuestra buena comunicación y refiere ‘a veces la cantaleto, para empujarla a salir adelante, pero es mejor’ (...)* Se considera entonces que el señor Sergio Ruiz, tiene las condiciones habitacionales (espacio físico) para el bienestar de la menor”⁸⁹.

2) La entrevista privada de la menor adelantada el 6 de mayo de 2016, en la que ella indicó que: ‘...*yo con mi papá estoy bien, voy a deportes, me va bien en el colegio, me trata bien, lo que menos me gusta es cuando me regaña cuando no le hago caso y con mi mamá, ella también me trata bien, jugamos y también me regaña cuando no hago caso...*’ (...)

Se da un ejemplo de valoración con escala de 1 a 10 para medir la felicidad y poder evaluar con quien le gustaría más quedarse a vivir; ella refiere que para ir a vivir con mi mamá 9 y para ir a vivir con el papá 9. Yo estoy bien con mi papá, vivo tranquila, estoy feliz con él. Mi papá me trata bien y mi mamá me trata bien, me gusta estar con los dos por igual.

Margarita a último momento de la entrevista manifiesta: ‘Quiero quedarme a vivir con mi papá’-negrita fuera de texto-

Sobre dicha entrevista, la Defensora de Familia concluyó que no habían cambios sustanciales respecto de la efectuada con anterioridad, «*evidenciándose casi luego después de un año la misma ambivalencia por parte de la niña, en cuanto a con quién le gustaría vivir*», excepto al final de la conversación, cuando al momento de indicarle que sería el juez el quien decidiría con cuál de sus padres se quedaría, «*reacciona indicando que a ella le gustaría quedarse con su papá*».

En su concepto, esto «*es bien complicado[,] teniendo en cuenta todos los hechos que reposan en el proceso ambos progenitores reúnen condiciones de todo orden para obtener la custodia de su hija*», por lo

⁸⁹ Folio 346, cuaderno 1, proceso custodia.

que reiteraba su sugerencia de que viva **provisionalmente** con la progenitora para verificar las condiciones de todo orden de la niña y poder así definir concluyentemente sobre la custodia.

Por su parte, la trabajadora social, anotó que era una niña alegre, inteligente, con buena presentación y cuidado personal, poco expresiva en ocasiones, pero cuando lo hacía denotaba firmeza y seguridad, además denotó que mantenía vínculos afectivos fuertes con el padre y expresaba amor por la mamá, presentando una mayor inclinación **hacia la convivencia con el papá**, puesto que es la persona que ha estado a cargo de sus cuidados, debido al tiempo que lleva de convivencia con él (3 años aproximadamente), señalando que:

«si bien es cierto el padre puede estar ejerciendo un rol de forma adecuada, no... es menos cierto que la mamá puede ofrecer mayores elementos de protección debido al género que se comparte, y una estabilidad a nivel físico, psicológico y hasta emocional», concluyendo que la solicitud de madre de la menor *«podría ser viable, siempre y cuando no genere desestabilidad emocional, afectiva y psicológica, para el óptimo desarrollo psicosocial de la niña, debido a la ambivalencia que la misma presenta para elegir con quién desea convivir definitivamente»*⁹⁰ -negrilla fuera de texto-

3) El informe de fecha 26 de abril de 2016, tras la visita social efectuada a Melvi Janeth Murillo Ospina, en el que se concluyó que la vivienda contaba con adecuadas condiciones habitacionales; dotación de espacios, de muebles y electrodomésticos; presencia de servicios públicos; óptimos niveles de orden, aseo e higiene; y *«reflejo de un contexto social que refleja paz, tranquilidad y seguridad para quienes viven en la región»*; todo lo cual evidencia la probable satisfacción de necesidades físicas básicas, que permitirían que la niña pueda vivir y crecer al lado de su progenitora, empero, *«también ha de tenerse en cuenta que... esta situación está condicionada a que la señora Melvi continúe trabajando en este lugar, de lo cual, no se tiene certeza alguna»* –subrayado fuera de texto-.

Además, observó que la madre está adelantando acciones encaminadas a generar condiciones habitacionales adecuadas para su hija *Margarita*, lo que debe tenerse en cuenta *«como indicador de generatividad, pues se puede pensar que la señora está actuando de manera responsable, dedicada y comprometida en pro de asumir el cuidado, crianza y*

⁹⁰ Folios 348 y 349, cuaderno 1 proceso custodia.

protección de su hija», pero «también se ha podido establecer que existe un conflicto entre los padres de la niña...», el que está afectando directamente el proceso de socialización y la garantía de sus derechos, pues las peleas perjudican indirectamente a la menor, quien «puede estar desarrollando con una visión desdibujada de sus figuras paterna y materna y con un concepto inadecuado de lo que significa la familia», por lo que se debe tener en cuenta no solo el aspecto económico y habitacional sino los factores relacionales, emocionales y comportamentales de los padres.

Sugirió que con el objeto de profundizar en cuanto a la realidad de la historia de vida familiar y la actualidad de la misma, adelantar pruebas psicológicas y psicosociales con la niña, quien en la cotidianidad de su proceso de socialización primaria y secundaria es quien ha experimentado y convivido con cada uno de sus padres y es ella quien puede dilucidar cuál de los mismos es apto o no para asumir su custodia y cuidado.

4) El dictamen de 7 de septiembre de 2016 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el que dicha entidad precisó que:

a) la progenitora daba cuenta de una conciencia en el rol materno y de las competencias pertinentes para ejercerlo, exhibió una auténtica motivación por desempeñarlo nuevamente, se mostró consciente del papel formativo en la crianza y con las capacidades para prodigarle afecto a su hija, además de reconocer las necesidades específicas de la etapa evolutiva de la menor;

b) el padre tiene un vínculo afectivo fuerte con su hija, identificó que había movilizado recursos para procurarle un entorno físico adecuado en donde actualmente habitan, estructurando un proyecto de vida familiar incluyente; ha buscado establecer una normatividad funcional donde el control de la conducta no deseada se promueva a partir del dialogo, así como la satisfacción de las necesidades básicas y emocionales de su hija; también ha establecido pautas tendientes a contribuir con el desarrollo de habilidades y destrezas, dejando entrever que ha buscado facilitar la funcionalidad de la niña con su entorno, sosteniendo una comunicación fluida.

c) la menor se mostró «*marcadamente ajustada y arraigada al entorno actual, dice encontrarse satisfecha en la convivencia con su progenitor, a quien percibe como una figura de apoyo y cuidado que le brinda un espacio de confianza y contención, además de dirigirla buen trato*», al referirse a su madre destaca que hay un vínculo afectivo positivo, fuerte y

claro, se percibe querida y cuidada por ella, no obstante, respecto a la convivencia con ella durante los fines de semana, *«deja entrever dificultad para adaptarse a la interacción con los miembros de la familia reconstituida, especialmente con los hijos de la pareja de su madre»*.

Concluyó su dictamen afirmando que los padres exhiben comportamientos psicológicos estables, a partir de los cuales evidencian capacidades parentales positivas que les permiten procurar el bienestar a su hija, satisfacer sus necesidades y brindarle un ambiente sano y seguro para su desarrollo. La niña ostenta un funcionamiento psicológico dentro del rango de la normalidad, dirige vínculo afectivo fuerte y claro hacia cada uno de sus progenitores, deja entrever *conflicto de lealtades* con sus padres debido al proceso judicial que se adelanta, **aunque muestra inclinación a permanecer bajo la tuición de su progenitor**⁹¹.

Así las cosas, se observa por parte de la Sala Octava de la Corte Constitucional, que el juzgador accionado omitió hacer el análisis detallado e integral de cada una de las probanzas recaudadas, pues, tal como quedó reseñado, el fallo objeto de revisión se limitó a indicar que los dos padres contaban con condiciones habitacionales adecuadas, conforme a las visitas sociales efectuadas; privilegiando, en su juicio de valor subjetivo, los testimonios que referían la presunta manipulación ejercida sobre el progenitor respecto de la menor, para fijar la custodia definitiva en cabeza de la madre con fundamento en criterios subjetivos de edad de la niña y género de los padres, que guardan relación con el desarrollo sexual y la aparición de su pubertad.

Además, el Juzgado de Familia de Soacha tampoco efectuó un estudio de las conclusiones a las que llegaron los distintos profesionales en las pruebas interdisciplinarias practicadas, tal cual como fue reseñado por la Sala. Entre los expuestos anteriormente, se resaltan los informes del Instituto Nacional de Medicina Legal y de la Trabajadora Social, en los que si bien se concluyó que ambos padres exteriorizaban comportamientos psicológicos estables y evidenciaban capacidades para procurar el bienestar a su hija, existía clara inclinación de la menor de permanecer bajo el cuidado su progenitor.

Asimismo, la Defensora de Familia reconoce en su concepto la complejidad del asunto, anotando que, aunque la menor al final de la conversación, optó voluntariamente por su padre cuando le indicaron que sería el juez quien finalmente decidiría sobre su custodia, la mejor

⁹¹ Ver folios 463 a 473, cuaderno 2, proceso custodia.

decisión era una transitoria mientras se eliminaba cualquier tipo de ambivalencia.

Bajo el anterior contexto, la Sala de Revisión comparte el criterio de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (juez en segunda instancia), en cuanto a la procedencia de la acción de tutela impetrada contra la sentencia de 27 de febrero de 2017, en tanto se configura una vulneración al debido proceso por defecto fáctico cuando el juzgador accionado emitió una resolución subjetiva y arbitraria, ajena a la integridad del material probatorio.

En suma, el juzgador incurrió en un defecto fáctico negativo por una defectuosa valoración del material probatorio⁹², situación que se advierte en este caso dado que, en contra de la evidencia probatoria, el operador judicial decidió separarse por completo de las circunstancias probadas en el proceso que favorecen al accionante, y decidió el asunto jurídico debatido en su contra, con un amplio margen de subjetividad, capricho y arbitrariedad carente de apoyo probatorio.

Defecto sustantivo

En cuanto al defecto sustantivo, el accionante refiere la inaplicación de normas jurídicas⁹³ y de algunos precedentes de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos fundamentales de los niños, particularmente, del derecho que les asiste a ser escuchados⁹⁴.

En este punto la Sala hará una breve referencia a esta línea jurisprudencial, así como a los referentes normativos antes de decidir sobre el yerro específico bajo análisis.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en la Constitución Política y en distintos tratados internacionales ratificados por Colombia, la Corte Constitucional ha reconocido los derechos fundamentales de los niños en su condición

⁹² “El defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio allegado al proceso se presenta cuando “el funcionario judicial al momento de valorar la prueba niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez”. SU .448 de 2016

⁹³ Cita normas de la Convención de los Derechos del Niño, del Código de la Infancia y Adolescencia y el artículo 44 de la Constitución.

⁹⁴ En relación con la jurisprudencia sobre interés superior del menor cita las sentencias T-408 de 1995, T-514 de 1998, T-510 de 2003, T-292 de 2004, T-397 de 2004, T-808 de 2006, T-090 de 2007, T-968 de 2009, T-078 de 2010 y T-1015 de 2010, entre otras. Sobre el derecho de los niños a ser escuchado refiere las sentencias T-094 de 2013, T-261 de 2013 y, adicionalmente, trae a colación la Convención Sobre los Derechos del Niño y la Observación Número 12 del Comité de los Derechos del Niño.

de sujetos de protección constitucional reforzada; por lo cual, “*la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación, sea oficial o sea privada, que les concierna*”⁹⁵.

El principio de interés superior del menor se encuentra previsto en distintas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño⁹⁶, en particular en el numeral 1° del artículo 3°, de acuerdo con el cual “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”⁹⁷(subrayado fuera de texto).

A su vez, este principio, tiene expresa consonancia en el artículo 44 de la Constitución Política, cuyo último inciso señala que “[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

En concordancia con el numeral 2° del artículo 12 de la Convención, el Código de la Infancia y la Adolescencia colombiano, en su artículo 26 reconoce el derecho al debido proceso del menor en los siguientes términos: “*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*” (subrayado fuera de texto).

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el niño es “*participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos*”⁹⁸. En el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile⁹⁹, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisó sobre el derecho del niño a ser escuchado, lo siguiente:

“*...Con el fin de determinar los alcances de los términos descritos en el artículo 12 de dicha Convención, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) ‘no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones’; ii) ‘el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de*

⁹⁵ Sentencia T-884 de 2011.

⁹⁶ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

⁹⁷ El interés superior del niño también se encuentra consagrado en los artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 191.

⁹⁹ Ver Sentencia de 24 de febrero de 2012.

todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto’; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) ‘la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias’; v) ‘la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso’, y vi) ‘los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica’, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de ‘la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente’...

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones.

El Comité de los Derechos del Niño, a través de la Observación General Número 12, acerca del derecho de los niños, las niñas y adolescentes a ser escuchados, consideró que: **(i)** esta garantía los reconoce como **plenos sujetos de derechos**¹⁰⁰, independientemente de que carezcan de la

¹⁰⁰ En el mismo sentido, la Opinión Consultiva OC 17 de 28 de agosto de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que “...de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección”. Ver en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

autonomía de los adultos; (ii) debe ser tenido en cuenta para la interpretación del resto de sus garantías; y (iii) respecto al precepto de que los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados en función de su edad y madurez, el Comité precisó lo siguiente:

*“1- Ante todo el ejercicio del derecho a emitir su opinión es una opción no una obligación de los menores de 18 años. 2- los Estados partes deben partir del supuesto de que el niño, niña o adolescente tiene capacidad para formarse su propio juicio respecto de los asuntos que afectan su vida y reconocerles el derecho a expresarse. Es decir, no les corresponde demostrar previamente que tienen esa capacidad. Es el Estado quien deberá, en concreto, evaluar su capacidad para formarse una opinión autónoma. 3- No existe un límite de edad para que los menores de 18 años manifiesten su libre opinión en todos los asuntos que los afectan, aún más, el Comité desaconseja que los Estados fijen una edad para restringir su derecho a ser escuchados¹⁰¹. 4- La disposición que se analiza no evidencia que **la edad** en sí misma determine la trascendencia de la opinión que emiten los menores de 18 años, pues en muchos casos su nivel de comprensión de todo cuanto lo rodea no está ligado a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso. 5- Respecto a la **madurez**, va ligada con el nivel de comprensión de un asunto y la evaluación de sus consecuencias, podría definirse como “la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente (...) cuanto mayores sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño”. (iv) La opinión del niño, la niña o adolescente debe escucharse en todos los*

¹⁰¹ En primer lugar (...) a raíz del día de debate general sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia celebrado en 2004, el Comité subrayó que (...) Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto. En tercer lugar, los Estados Partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Por ejemplo, los niños con discapacidades (...) minorías (...) indígenas (...) migrantes y otros (...), en la Observación General número 12 de 2009 del Comité de los Derechos del Niño.

asuntos que los afecten cuando son capaces de expresar sus propias opiniones frente al mismo”.

La Observación General número 14, del Comité de los Derechos del Niño, “*sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*”, aprobada por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), reconoce una triple dimensión del interés superior del niño:

(i) Es un derecho **sustantivo**. Significa que debe tenerse en cuenta para tomar decisiones que involucren a los niños, con lo cual el artículo 3, párrafo 1, de la Convención “*establece una obligación intrínseca para los Estados, es aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales*”.

(ii) Es un principio jurídico **interpretativo fundamental**. De manera que si una disposición admite más de una interpretación, “*se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niños*”.

(iii) Es una **norma de procedimiento**. Implica que cuando se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño o a un grupo de niños, “*el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas y negativas) de la decisión en el niño o en los niños interesados*”.

También en varias ocasiones la jurisprudencia constitucional ha insistido en la importancia de escuchar y respetar las decisiones de los menores.

Así lo sostuvo la Corte, en un caso en el que la Defensoría del Pueblo había iniciado medidas de restablecimiento sobre dos niños adoptados por una persona homosexual, por no tomar en cuenta su voluntad de no ser separados de su padre adoptante. También lo ha invocado en el marco de la realización de procedimientos médicos relacionados con estados intersexuales en menores de edad, en los que ha sostenido que entre más clara sea la autonomía individual de los niños, más intensa es la protección a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que tienen derecho a expresar libremente su opinión en estos asuntos. Recientemente, lo tuvo en cuenta al advertir sobre la necesidad de obtener el consentimiento informado de las niñas o sus representantes

autorizados con anterioridad a la aplicación de la Vacuna contra el Virus del Papiloma Humano¹⁰².

Además, la Sala precisa que este principio guarda plena coherencia con una concepción del niño como sujeto titular del derecho a la dignidad humana, a quien desde una edad temprana debe reconocérsele, de manera progresiva, mayor autonomía e independencia para definir un proyecto de vida que promueva llevar a cabo acciones tendientes a su cumplimiento.

Debido a la pertinencia y relevancia para el caso que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala Octava de Revisión, es imperioso reiterar los criterios jurídicos relevantes que ha determinado la Corte Constitucional al momento de valorar el interés superior del menor, en caso de que sus derechos o intereses se encuentren en conflicto con los de sus padres u otras personas que de alguna manera se vean involucradas.

Así, la sentencia T-510 de 2003 señaló a este respecto seis criterios que a continuación se transcribirán *in extenso*, para guiar a los jueces de familia y de tutela en la resolución de los casos como el estudiado:

“3.1.1. Garantía del desarrollo integral del menor. Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Esta obligación, consagrada a nivel constitucional (art. 44, C.P.), internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27) y legal (Código del Menor, art. 3), compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

“3.1.2. Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia, incluyen en primer

¹⁰² Sentencias T-955 de 2013, T-622 de 2014 y T-365 de 2017. En la sentencia de 2014 puntualizó lo siguiente: “...debe resaltarse el hecho de que la Corporación admite que es el menor de edad quien debe decidir si se realiza o no la operación de asignación de sexo y todo lo que ello implica, en virtud del respeto de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad sexual y a la autonomía personal”.

lugar aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Sin embargo, no se agotan en éstos.

“3.1.3. Protección del menor frente a riesgos prohibidos. Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. No en vano el artículo 44 de la Carta ordena que los menores “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”, y el artículo 8 del Código del Menor precisa que los niños tienen derecho a ser protegidos de “toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación”. En este orden de ideas, las distintas situaciones irregulares que consagra el Código del Menor proporcionan un catálogo de riesgos graves para los menores que se deben evitar a toda costa; sin embargo, dicha enunciación no agota todas las distintas situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular, las cuales deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

“3.1.4. Equilibrio con los derechos de los padres. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor – tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo,

como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, según se explica en el acápite anterior; cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo [...]”.

“3.1.5. Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección [...].

“3.1.6. Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales. El solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir poderosos motivos adicionales, como los que se enuncian en los acápites anteriores, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella – un trato frontalmente violatorio de los artículos 13 y 44 de la Carta”.

Con todo lo anterior, encuentra la Sala Octava que la acción de tutela incoada debe prosperar por el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional y de normas materiales (defecto sustantivo), en la medida que el Juzgado de Familia de Soacha no le dio importancia a la manifestación expresa de la menor -sujeto de derechos- atinente a con cuál de los padres quería vivir, siendo su opinión contraria a la decisión proferida y de especial relevancia para la definición del litigio.

Así, se observa en el curso del proceso, que la menor *Margarita* señaló en entrevista llevada a cabo el 6 de mayo de 2016, su deseo de querer quedarse a vivir con su padre. Afirmación que fue ratificada por la Defensora de Familia, la Trabajadora Social y una profesional del Instituto de Medicina Legal. Aunado a lo anterior, desde que se decidió

en conciliación del año 2012, no se puede desconocer que *Margarita* lleva un tiempo considerable de convivencia y vínculos afectivos contruidos con su padre, por lo que la decisión accionada implica un cambio de adaptación, de ambiente familiar, para integrar una familia diferente, reconstruida con su madre y otros miembros ajenos a su entorno.

Para la jurisprudencia de esta Corporación el desconocimiento, sin debida justificación (mínimo razonable de argumentación), del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical-, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad, seguridad jurídica y buena fe.

En definitiva, el desconocimiento de las normas constitucionales y la inaplicación de los precedentes de la Corte Constitucional, sean estos de control abstracto o concreto, enmarca la procedencia de la acción de tutela por incurrir en un defecto material.

El hecho de que se refieran precedentes de tutela no resta efectos en la decisión. Como bien lo indica la Sentencia C-539 de 2011, la Corte Constitucional ha señalado repetidamente, la vigencia y validez de la fuerza vinculante del precedente judicial en materia de tutela, señalando que las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la jurisprudencia constitucional.

En la sentencia T-439 de 2000, entre otras, la Corte precisó que si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la *ratio decidendi*, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y aplicación de una norma.

El precedente por lo tanto, es verdaderamente una regla de derecho derivada del caso y en consecuencia, las autoridades públicas solo pueden apartarse de la postura de la Corte cuando se “*verifica que existen hechos en el proceso que hacen inaplicable el precedente al caso concreto*”, o que “*existan elementos de juicio no considerados en su oportunidad por el superior, que permitan desarrollar de manera más*

coherente o armónica la institución jurídica”, en cuyo caso se exige una “debida y suficiente justificación”¹⁰³.

Vulneración directa de la Constitución

Adicionalmente, observa la Sala que la autoridad judicial criticada, para arribar a desconocer las aptitudes parentales del padre para custodiar a su hija, utilizó argumentos discriminatorios fundados en estereotipos de género; actuación que prima facie vulnera el derecho fundamental a la igualdad del accionante y de su hija.

En efecto, en la referida providencia, se destaca que el juzgador enjuiciado señaló que:

“...sí bien la menor goza de un cuidado especial del padre y su asistencia en cuanto a manutención, recreación y educación se refiere, como así lo demuestra con la documental aportada, también se debe advertir que la menor, quien ya cuenta con 11 años de edad, ha entrado a la edad de adolescencia, época muy delicada en la formación integral de los menores, pues es precisamente el despertar o desarrollo de su sexualidad, requiriendo sobre todo, las niñas, una atención y cuidado especial o delicado por parte de su progenitora, en lo atinente a una asistencia personalizada íntima, en la que se enseña y protege el pudor, y a su vez la garantía sana de su desarrollo armónico integral y protección de los derechos fundamentales prevalentes.

*Como se demuestra, la menor convive solamente con su padre, y según se desprende del dicho de la demandante en el hecho 44, lo que es reiterado por las mencionadas testigos, comparten un mismo lecho, hecho que de ser cierto, pues al parecer lo es aunque de manera ocasional, como lo reconoce el demandado a dar respuesta a este hecho, **no es sano para la menor, porque atenta contra su privacidad, su salud, pudor, intimidad.** Los hechos narrados en los numerales 25 y 38 de la demanda, evidencian la importancia de la asistencia de la madre en situaciones de esta naturaleza (Resaltado fuera de texto).*

En este orden de ideas, se advierte que el fallador accionado consideró que, en razón del género de la menor (femenino), era su madre por el hecho de ser mujer la figura parental llamada a acompañarla en su

¹⁰³ Ver, entre otras, las sentencias T-566 de 1998, T-439 de 2000 y T-569 de 2001, citadas en la Sentencia C-539 de 2011.

adolescencia y desarrollo armónico, pues al compartir el mismo sexo, aquella podría brindarle «una atención y cuidado especial o delicado» «asistencia personalizada» y «enseñar y proteger el pudor», afirmaciones que constituyen una verdadera discriminación al progenitor y a su hija con fundamento en la masculinidad.

En ese sentido, el fundamento de la decisión cuestionada realizó una representación tradicional y estereotipada del papel del género en la familia que desconoce el pluralismo y la evolución de los roles masculino y femenino en el mundo contemporáneo, el cual asume nuevas formas de pensar, sentir y actuar. Por ello, es irrazonable afirmar que un progenitor del género masculino no puede custodiar a su hija en la etapa de la pubertad porque el hecho de ser masculino afecta la intimidad, privacidad, salud y pudor de la menor.

Los estereotipos de género pueden ser entendidos bajo la siguiente concepción:

‘...una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir’ (Cusack & Cook, 2012, pág. 11). En ese sentido, los estereotipos de género son las creencias – que usualmente no cuestionamos – sobre las diferencias entre hombres y mujeres, que nos llevan a asignar características o roles a cada uno y a esperar determinados comportamientos en función de esos roles.¹⁰⁴

Sobre el particular, vale la pena destacar que:

“...La práctica judicial tiene el potencial no solamente de contribuir a alcanzar la justicia y la equidad en casos particulares, sino que puede constituirse en un motor de cambio de las prácticas sociales que promueven y reproducen la discriminación y la violencia por razones de género. En este sentido, las operadoras y operadores judiciales están llamados a administrar justicia con enfoque de género, el cual implica reconocer que las diferencias entre hombres y mujeres no son más que las asignadas por la biología y que se manifiestan de manera física. Mientras que las diferencias entre lo masculino y lo femenino han sido construidas social, histórica y culturalmente y al ser aprendidas, son dinámicas

¹⁰⁴ MÓDULO DE GÉNERO. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Versión Electrónica actualizada año 2017, página 10.

y no constituyen un destino inevitable para las personas, sino que pueden ser modificadas”.

Adoptar un enfoque de género en la práctica judicial no es un capricho. Parte de una perspectiva de derechos que busca superar los estereotipos que generan discriminación y violencia, por lo tanto, implica tomar de manera consiente decisiones orientadas a acabar con esas situaciones.¹⁰⁵

Cabe añadir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido enfática en señalar que *“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación...*

Además, la Constitución Política ha definido que:

[...]“[t]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

Bajo esta óptica, resulta completamente cuestionable el enfoque de género efectuado por el Juzgado de Familia de Soacha convocado, según el cual el padre, por no compartir el mismo sexo de su hija, no puede contribuir, de la misma forma que su madre, a su formación en la etapa de la adolescencia y su sexualidad, dejando de lado la valoración objetiva acerca de las condiciones parentales que ha demostrado a lo largo del desarrollo de la niña, motivo por el cual, se hace imperiosa la intervención de la Sala Octava de la Corte Constitucional, con miras a proteger la garantía constitucional a la igualdad del tutelante.

Del proceso ordinario de custodia no es posible determinar que el padre (accionante) no pueda garantizar el bienestar de su hija en la etapa de desarrollo sexual y educativo exclusivamente en razón al género masculino. Esta consideración vulnera el principio de igualdad y constituye una apreciación del juzgador subjetiva, infundada y

¹⁰⁵ *Ibíd*em, página ix.

estereotipada sobre la capacidad e idoneidad de los hombres para educar a sus hijas en la sexualidad, intimidad, salud y pudor.

Sin lugar a dudas, la masculinidad no implica necesariamente un trato indelicado hacia las otras personas o menores de edad, tampoco que el padre no pueda desarrollar habilidades para enseñar y proteger los derechos fundamentales de su hija menor de edad, quien dentro del proceso, jamás manifestó queja sobre el proceder de su padre en los años de convivencia ni siquiera por compartir ocasionalmente el lecho.

Así, el argumento del juez termina siendo discriminatorio en cuanto asigna roles absolutos en la crianza de los menores de edad que han mutado en el estado actual de las relaciones familiares. En su concepción tradicional de género, solo las mujeres adultas son aptas para guardar y cuidar a las niñas, mientras los hombres, tienen vedada la custodia exclusivamente por su condición natural masculina.

Para la Corte este argumento se presume discriminatorio, y desconoce la igualdad de trato que la Norma Superior ampara en todas las actuaciones judiciales sobre custodia de menores, toda vez que cualquier diferenciación que se haga con fundamento en elementos innatos a los sujetos (género/sexo/raza/origen) es inconstitucional por cuanto es esencial al ser humano y menoscaba el ejercicio y goce de los padres del género masculino sobre la base de una desigualdad irreal e inexistente entre hombres y mujeres en esta materia.

En ese orden de ideas, resulta improcedente que las autoridades judiciales reproduzcan o impongan los roles que tienen lugar al interior de las familias compuestas por un hombre y una mujer, por cuanto estas no son las únicas protegidas constitucionalmente¹⁰⁶. En este caso, los estereotipos familiares, sobre el rol padre y madre, afectaron no solo a este último sino a su hija menor de edad, sujeto vulnerable cuyo interés superior resulta resquebrajado.

7. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

En el presente caso la Sala Octava de Revisión resolvió una acción de tutela formulada por Sergio Ruíz Murillo contra una providencia judicial del 27 de febrero de 2017, proveniente del Juzgado de Familia de Soacha.

¹⁰⁶ Ver Sentencias C-075 de 2007, C-577 de 2011, C-071 de 2015, C-683 de 2015 y SU 214 de 2016, entre otras.

El accionante invocó una vulneración a su derecho fundamental al debido proceso por cuanto la decisión asignó, de manera definitiva, la custodia y cuidado de su hija menor de edad a su madre Melvi Janeth Murillo Ospina, aun cuando él ejercía tal potestad de forma responsable desde el año 2012, cuando acaeció la separación de hecho.

Según el tutelante la sentencia del 27 de febrero de 2017 incurrió en un defecto fáctico y otro sustantivo, al omitirse una valoración integral de las pruebas que le eran favorables y la manifestación de la menor de querer quedarse con él. Además, señala que el fallo desconoce las normas jurídicas nacionales e internacionales, así como la jurisprudencia constitucional que reconocen el interés superior del menor, concretamente el derecho a ser escuchado.

Por lo anterior, solicita dejar sin efectos la sentencia del 27 de febrero de 2017, proferida por el juzgado accionado, con el fin de que se aprecie la voluntad de la menor *Margarita*, las recomendaciones de la defensora de familia, de los asistentes sociales y de la profesional universitaria forense del Instituto de Medicina Legal y, en consecuencia, se ordene a proferir una nueva decisión.

Al decidir la acción de tutela de la referencia, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en primera instancia, negó el amparo invocado, toda vez que la decisión tomada por el fallador se hizo acorde al material probatorio allegado al proceso, sumado a que existe reconocida autonomía e independencia en la valoración de las pruebas por parte del funcionario judicial.

No obstante, la citada decisión fue revocada, en segunda instancia, por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (unánime) que amparó el derecho al debido proceso del accionante y de su hija menor, por cuanto efectivamente se había configurado un defecto fáctico por parte del juez demandado al dejar de lado el conjunto de pruebas allegadas al proceso ordinario.

En consecuencia, el juez *ad quem* ordenó al Juzgado de Familia de Soacha que en el término de diez (10) días, contado a partir de la recepción del expediente, tras dejar sin efectos la sentencia de 27 de febrero de 2017, emita la determinación que corresponda, motivándola adecuadamente, atendiendo las razones consignadas en esa decisión.

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional debió abordar dos problemas jurídicos para resolver el asunto objeto de revisión: (i) el primero, respecto a la procedencia de la acción de tutela contra la

providencia judicial, específicamente por incurrir en un presunto *defecto fáctico* por la decisión de otorgar la custodia definitiva de la menor a su madre Melvi Janeth Murillo Ospina, sin tener en cuenta la voluntad de la niña y las recomendaciones de la defensora de familia, de los asistentes sociales y de la profesional universitaria forense del Instituto de Medicina Legal, así como en un *defecto sustantivo* por desconocimiento de las normas jurídicas y la jurisprudencia constitucional sobre protección a los menores de edad; y **(ii)** otro, atinente a si existe una vulneración *iusfundamental* del derecho a la igualdad de Sergio Ruiz Murillo por cuanto el juez accionado, presuntamente fundamentó su decisión en concepciones subjetivas, relativas a estereotipos de género, para definir la custodia y cuidado de la niña en cabeza de su madre.

Para responder los anteriores interrogantes, la Sala Octava de Revisión se pronunció sobre los siguientes ejes temáticos: **(i)** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; **(ii)** jurisprudencia constitucional relacionada con la caracterización del defecto fáctico y de la violación directa de la Constitución; y **(iii)** el derecho fundamental a la igualdad, discriminación por razones de género.

Al resolver el caso, la Sala Octava de Revisión confirmó la decisión de segunda instancia tomada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en tanto, acertadamente revocó el fallo impugnado y concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso del accionante y de su hija menor por la configuración del defecto fáctico y sustantivo alegado.

En el análisis del defecto fáctico se identificó que el juzgador accionado omitió hacer el análisis detallado y completo de cada una de las probanzas recaudadas, pues, tal como quedó reseñado, el fallo objeto de revisión se limitó a indicar que los dos padres cuentan con las condiciones habitacionales adecuadas conforme a las visitas sociales efectuadas; sin embargo, le da mayor valor a los testimonios que referían la presunta manipulación ejercida sobre el progenitor respecto de la menor.

Además, tampoco efectuó un estudio de las conclusiones a las que llegaron los distintos profesionales en las pruebas interdisciplinarias, entre los expuestos anteriormente, se resaltan los informes del Instituto Nacional de Medicina Legal y de la Trabajadora Social, en los que si bien se concluyó que ambos padres exhibían comportamientos psicológicos estables y evidenciaban capacidades para procurar el bienestar a su hija, existía clara inclinación de la menor de permanecer bajo el cuidado su progenitor.

Asimismo, la Defensora de Familia reconoce en su concepto la complejidad del asunto, anotando que aunque la menor, al final de la conversación, optó por su padre cuando le revelaron que el juez decidiría sobre su custodia, la mejor decisión era una custodia transitoria que permitiera eliminar cualquier tipo de ambivalencia.

En cuanto al defecto sustantivo la Sala encontró el desconocimiento de normas constitucionales y legales (Constitución Política, Convención sobre los Derechos del Niño y Código de la Infancia y la Adolescencia), así como de jurisprudencia constitucional que protege el interés superior de los niños, su derecho a ser escuchados y sus opiniones valoradas, como sujetos titulares de derechos y objeto de protección constitucional reforzada.

Así, el argumento del juez termina siendo discriminatorio en cuanto asigna roles absolutos a la mujer y al hombre en la crianza de los menores de edad con fundamento en las familias compuestas por un hombre y una mujer. En su concepción de género, solo las madres son aptas para guardar y cuidar a las niñas, mientras los padres, tendrían vedada dicha custodia por su sexo masculino.

Para la Corte este argumento se presume discriminatorio, y desconoce la igualdad de trato que la Norma Superior ampara en todas las actuaciones judiciales sobre custodia de menores, toda vez que cualquier diferenciación que se haga con fundamento en elementos innatos a los sujetos (género/sexo/raza/origen) es inconstitucional por cuanto es esencial al ser humano y menoscaba el ejercicio y goce de los padres del género masculino sobre la base de una desigualdad irreal entre hombres y mujeres en esta materia.

En tal virtud, resulta improcedente que las autoridades judiciales reproduzcan o impongan los roles que tienen lugar al interior de las familias compuestas por un hombre y una mujer, por cuanto estas no son las únicas protegidas por la Constitución. En este caso, los estereotipos familiares afectaron no solo al padre sino a su hija menor de edad, sujeto vulnerable cuyo interés superior resulta resquebrajado.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de abril de 2017 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que revocó el fallo pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y, en su lugar, concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso del accionante Sergio Ruíz Murillo y de su hija menor de edad *Margarita*.

SEGUNDO.- Por Secretaría General de esta Corporación, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
Con aclaración de voto

ROCÍO LOAIZA MILIÁN
Secretaria General (e)

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO
CARLOS BERNAL PULIDO
A LA SENTENCIA T-587/17**

**ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS
JUDICIALES EN MATERIA DE CUSTODIA DE MENOR
DE EDAD**-En el fallo quedó un problema jurídico, que no solo no fue materia de pronunciamiento alguno en la parte resolutive, sino que tampoco era procedente su amparo (Aclaración de voto)

Referencia: Sentencia T-587 de 2017.
Expediente T-6142577.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión el día 21 de septiembre de 2017, me permito presentar Aclaración de Voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. La sentencia plantea dos problemas jurídicos. El primero, respecto a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por incurrir en defecto fáctico por la decisión de otorgar la custodia definitiva a la madre de la menor, y defecto sustantivo por desconocimiento de las normas y jurisprudencia constitucional que versa sobre protección a los menores de edad. El segundo problema se plantea por la posible vulneración del derecho a la igualdad de Sergio Ruiz Murillo, tutelante y padre de la menor, al fundarse la decisión objeto de tutela en concepciones subjetivas relativas a estereotipos de género.
2. La decisión proferida en segunda instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia fue confirmada por esta Sala de Revisión, es decir que se amparó el derecho al debido proceso del tutelante. Por tanto, no se resolvió el segundo problema jurídico que plantea la sentencia, aunque si fue materia de amplio desarrollo en las consideraciones del fallo.
3. Considero que no existe una vulneración al derecho de igualdad, y en consecuencia, esas apreciaciones subjetivas relativas a estereotipos de

género, hacen parte del defecto fáctico en que incurrió el Juzgado de Familia de Soacha. Por ello, aunque comparto la decisión de proteger el derecho al debido proceso del tutelante, tal y como lo resolvió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, es evidente que en el fallo quedó un problema jurídico, que no solo no fue materia de pronunciamiento alguno en la parte resolutive, sino que tampoco era procedente su amparo.

Con el debido respeto,

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALBERTO ROJAS RÍOS
A LA SENTENCIA T-587/17

Ref.: Expediente No.: T- 6.142.577.

Acción de tutela instaurada por Sergio Ruíz Murillo, en nombre propio y en representación de su hija *Margarita*, contra el Juzgado de Familia de Soacha.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Contra la discriminación de género

Si bien comparto la protección del derecho fundamental al debido proceso que decidió conceder la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional al accionante Sergio Ruíz Muñoz y a su hija *Margarita*, con el debido respeto por la Sala debo aclarar mi voto para resaltar una de las cuestiones constitucionales más relevantes que plantea el caso de la referencia y que justifica la protección constitucional.

1. Los jueces de familia deben fallar sin prejuicios y estereotipos

La respuesta omnicomprendensiva al segundo problema jurídico formulado, en virtud del cual se define si se configuraba una vulneración del derecho a la igualdad del accionante y de su hija, debió valorar que el juez accionado definió la custodia de la menor en favor de la madre, con fundamento en concepciones subjetivas de carácter individual sobre estereotipos de género que conducen a discriminación.

La mayoría de la Sala enmarcó la violación del derecho a la igualdad dentro del derecho al debido proceso. Sin embargo, los hechos del caso, las pruebas allegadas al proceso y los juicios de valor realizados por el juez accionado al definir la custodia de la menor en favor de la madre, demostraban claramente, la trascendencia constitucional de un asunto a analizar: La discriminación por género y los estereotipos familiares de la sociedad actual.

Esto fue expresamente aceptado por la Sala al estudiar el fondo del caso concreto, específicamente en la sección que desarrolla el defecto por violación directa de la Constitución, donde se dijo:

“...Del proceso ordinario de custodia no es posible determinar que el padre (accionante) no pueda garantizar el bienestar de su hija en la etapa de desarrollo sexual y educativo exclusivamente en razón al género masculino. Esta consideración vulnera el principio de igualdad y constituye una apreciación del juzgador subjetiva, infundada y estereotipada sobre la capacidad e idoneidad de los hombres para educar a sus hijas en la sexualidad, intimidad, salud y pudor.

Sin lugar a dudas, la masculinidad no implica necesariamente un trato indelicado hacia las otras personas o menores de edad, tampoco que el padre no pueda desarrollar habilidades para enseñar y proteger los derechos fundamentales de su hija menor de edad, quien dentro del proceso, jamás manifestó queja sobre el proceder de su padre en los años de convivencia ni siquiera por compartir ocasionalmente el lecho.

Así, el argumento del juez termina siendo discriminatorio en cuanto asigna roles absolutos en la crianza de los menores de edad que han mutado en el estado actual de las relaciones familiares. En su concepción tradicional de género, solo las mujeres adultas son aptas para guardar y cuidar a las niñas, mientras los hombres, tienen vedada la custodia exclusivamente por su condición natural masculina.

Para la Corte este argumento se presume discriminatorio, y desconoce la igualdad de trato que la Norma Superior ampara en todas las actuaciones judiciales sobre custodia de menores, toda vez que cualquier diferenciación que se haga con fundamento en elementos innatos a los sujetos (género/sexo/raza/origen) es inconstitucional por cuanto es esencial al ser humano y menoscaba el ejercicio y goce de los derechos de los padres del género masculino sobre la base de una desigualdad irreal e inexistente entre hombres y mujeres en esta materia.

En ese orden de ideas, resulta improcedente que las autoridades judiciales reproduzcan o impongan los roles que tienen lugar al interior de las familias compuestas por un hombre y una mujer, por cuanto estas no son las únicas protegidas constitucionalmente.

En este caso, los estereotipos familiares, sobre el rol padre y madre, afectaron no solo a este último sino a su hija menor de edad, sujeto vulnerable cuyo interés superior resulta resquebrajado... -negrilla fuera de texto-.

Es claro pues, que la sentencia reconoce la discriminación que tuvo lugar con ocasión del cuadro fáctico de la vulneración reclamada. Por lo tanto, es obvio que el juzgado de familia accionado al momento de rehacer la sentencia omitirá fundamentar la decisión judicial sobre la custodia de Margarita en prejuicios y estereotipos. En especial, cuando ello puede poner en riesgo el interés superior de una persona menor de edad.

Reconozco que la Sala por respeto a la independencia judicial, haya decidido no dar indicación alguna en este sentido, pero otra es mi posición. Como bien lo ha advertido la jurisprudencia de esta Corporación, *“un elemento esencial de la validez de las providencias judiciales tiene que ver con la necesaria congruencia que debe existir entre la parte resolutive y la parte motiva, así como entre los elementos fácticos obrantes en el expediente y las consideraciones jurídicas que se elaboran a su alrededor”*¹⁰⁷.

En mi criterio, esta circunstancia llevaba a la Sala a adicionar la providencia atacada y a hacer énfasis explícito en este límite a la decisión judicial.

2. La discriminación por género y los estereotipos de la masculinidad

De conformidad con el principio de igualdad, que contiene el mandato de *prohibición de trato discriminado*, los jueces de familia tienen vedado establecer distinciones basadas en el género para decidir los procesos de custodia, cuidado personal y visitas de los niños en única instancia.

Así lo dispone el artículo 13 de la Constitución Política, al prohibir actos que desconozcan la dignidad inherente al ser humano con base en razones fundadas en prejuicios, preconceptos y estereotipos usualmente asociados a criterios sospechosos de discriminación como sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otros.

En nuestra cultura y medio social perviven diversos tipos de discriminación estructural y el género no es la excepción. Si bien una

¹⁰⁷ Auto 305 del 8 de noviembre de 2006.

parte de las familias heterosexuales reproducen los roles tradicionales del hombre y la mujer, con división sexual y social del trabajo, donde el hombre desarrolla las labores productivas y provee lo necesario para el sostenimiento del hogar, mientras que la mujer se ocupa de la crianza y los espacios internos de la casa, también acontece una saludable modificación de los roles de convivencia y de crianza, en la que los miembros de la pareja hacen una distribución alternativa o inversa pero integral de dichas tareas.

La percepción del hombre y de la mujer en la familia y en la sociedad contemporánea ha cambiado y se ha enriquecido. Poco a poco, se abandona el estereotipo tradicional que planteaba la aptitud natural y exclusiva de las mujeres para criar, guardar y cuidar a los hijos menores, sugiriendo la incapacidad de los hombres para desarrollar esas mismas tareas y obligaciones.

Es necesario entender y asumir dentro de una sociedad igualitaria y moderna, que la división del trabajo y los roles de crianza de los hijos no pueden mantenerse bajo las prácticas derivadas de un modelo patriarcal, sino que deben resultar conformes a la evolución y a los patrones culturales de una sociedad actual, más igualitaria, pues la economía del cuidado es responsabilidad de todas las personas. Esto es así, en un Estado Social de Derecho fundado en los principios de igualdad, dignidad, pluralismo y libertad, reconocidos por la Constitución como ejes axiales.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha venido haciendo uso de la perspectiva de género en el tratamiento y protección de los derechos de las mujeres, especialmente en los casos de cualquier tipo de violencia o discriminación ejercida en contra de ellas. Esta perspectiva consiste en *“un enfoque de análisis de trabajo que integra concepto, procedimientos y herramientas metodológicas, con el propósito de develar las diferencias existentes entre mujeres y hombres, sus causas y consecuencias en cualquier situación, realidad o problemática que se desee conocer o transformar”*¹⁰⁸. Este enfoque, por supuesto, no se limita a la protección de los derechos de las mujeres y de las personas LGTBI. Aunque quizá, en una proporción menor, los casos de discriminación masculina también se presentan.

3. El valor del caso analizado en la Sentencia T-587 de 2017

¹⁰⁸ Ruiz, Javier. *Masculinidades posibles., otras formas de ser hombres*. Ediciones desde abajo. Bogotá, 2015, página 41

El modelo patriarcal, históricamente dispuesto en los países latinoamericanos, corresponde generalmente a un conjunto de ideas y prácticas que se asignan a las personas según el sexo y los criterios de masculinidad y feminidad que una sociedad tiene en una época histórica determinada.

De este modo actividades como cocinar, el trabajo doméstico o cuidar las hijas menores de edad, han sido consideradas tradicionalmente como labores femeninas o “*poco masculinas*” en nuestra sociedad. En sentido concurrente, la imagen de la mujer fue asociada con la delicadeza, la ternura o la debilidad, mientras que la del hombre fue vinculada a la rudeza, la fuerza y el dominio.

En ello radica uno de los valores del caso analizado en la sentencia dentro de la jurisprudencia constitucional, por cuanto pretende visibilizar como pocas veces, la pervivencia de estereotipos que discriminan a los hombres, haciendo explícita la necesidad de replantear las masculinidades.

Así lo reconoce el texto de la sentencia al señalar que en estos tiempos “*la masculinidad no implica necesariamente un trato indelicado hacia las otras personas o menores de edad, tampoco que el padre no pueda desarrollar habilidades para enseñar y proteger los derechos fundamentales de su hija menor de edad*”.

En el presente asunto y de conformidad con lo que establecido en la sentencia del 27 de febrero de 2017, se colige un caso típico de discriminación directa por la preconcepción estática de una autoridad judicial acerca del rol de los hombres en la familia, de acuerdo con la cual, las mujeres están biológica y culturalmente dotadas para custodiar y orientar a sus hijas en la etapa de la pubertad, mientras que los hombres no pueden hacerlo en razón de su masculinidad. Considero que tal apreciación corresponde exclusivamente al modelo patriarcal de masculinidad y sacrifica otros tipos de masculinidades y roles familiares posibles, que al igual que acontece con las distintas formas de feminidad, deben ser constitucionalmente protegidas.

Las decisiones de los jueces de familia, como la que mediante este fallo se deja sin efecto, **son violatorias del derecho a la igualdad** y equivocadamente presentadas como medidas de protección en favor de las niñas y su desarrollo sexual, cuando, en realidad, reproducen un estereotipo de crianza dominante que sacrifica otras masculinidades o formas de ser hombre, en este caso: **la posibilidad de que un padre pueda custodiar, comprender y orientar a su hija en su etapa de la**

pubertad. Esto, insisto ha debido decirse explícitamente, por más claro y obvio que parezca

Va en esta aclaración de voto mi respeto irrestricto por las decisiones de la Corte Constitucional.

Fecha et supra,

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado