

## **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

### **SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, noviembre once (11) de dos mil catorce (2014)

Acta No. 538 de 11 de noviembre de 2014

Expediente No. 66001-22-13-000-2014-00306-00

Decide esta Sala en primera instancia la acción de tutela promovida por Leydy Johanna Calle Grisales, en nombre propio y en representación de sus menores hijos Santiago y Alejandro García Calle, contra el Juzgado de Familia de Dosquebradas, a la que fueron vinculados la Defensoría de Familia de esa localidad, el Procurador Judicial II 21 de Familia en representación del Ministerio Público y el señor Jaime Alberto García Hernández.

#### **A N T E C E D E N T E S**

1.- Relató la demandante los hechos que admiten el siguiente resumen:

.- Por sentencia del 20 de mayo pasado el despacho judicial accionado otorgó al padre la custodia y el cuidado de sus hijos menores ya citados y determinó que ella los podía visitar cada quince días.

.- En dicha providencia, aduce, se cometió un "error sustancial" como quiera que no se tuvo en cuenta el concepto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en el que recomendaba que los menores debían permanecer junto con su progenitora.

.- En el curso del proceso no pudo ejercer su defensa ni contestar la demanda, porque al carecer de conocimiento solicitó amparo de pobreza pero el abogado que le asignaron "nunca me dijo nada, cuando me doy cuenta del fallo es que me dicen que me quitan mis hijos"; dicho profesional tampoco le indicó qué hacer ni a qué instancia acudir para hacer valer sus derechos como madre.

.- El señor Jaime Alberto García Hernández llevó a sus hijos para donde la abuela paterna; es decir, ni siquiera está con ellos y ha incumplido el régimen de visitas establecido en la sentencia ya que solo los puede ver en la calle y no se los permiten llevar para su casa hasta tanto, según le dicen, tenga dinero para poder correr con los costos de sus actividades recreativas, o sea que la razón

por la cual le impiden compartir tiempo con sus hijos responde meramente a cuestiones económicas.

.- Teme por las consecuencias que pueda acarrear esa situación en la salud de los menores, ya que, según le han manifestado, están sufriendo y hasta desean morir; el niño menor, por ejemplo, le ha expresado que quiere crecer para volarse e irse a vivir con ella o simplemente fallecer; circunstancias que le generan gran preocupación ya que permanecen al cuidado de su abuela paterna y el padre no puede estar pendiente de ellos debido a su trabajo.

2.- Invoca la aplicación de los artículos 7, 8 y 9 del Código de la Infancia y la Adolescencia que se refieren a la relevancia de los derechos del niño y a su interés superior y pretende se protejan los derechos fundamentales de sus hijos a permanecer con ella; se realice una visita y se ordene valoración por psicología de los menores; se revise el fallo y se ordene proferir uno nuevo teniendo en cuenta el dictamen del ICBF.

## **ACTUACIÓN PROCESAL**

1.- Mediante proveído del pasado 28 de octubre se admitió la acción, se decretaron pruebas, se ordenó vincular a la Defensora de Familia, al representante del Ministerio Público y al señor Jaime Alberto García Hernández.

2.- El señor Juez de Familia de Dosquebradas solicitó se niegue el amparo solicitado. Refirió que conforme a las copias del proceso de custodia y cuidado personal promovido por Jaime Alberto García Hernández, el auto admisorio de la demanda fue notificado a Leydi Johanna Calle Grisales el 3 de diciembre de 2013; esta solicitó amparo de pobreza, el que se le concedió el 9 del mismo mes; el apoderado designado aceptó el cargo el 17 de enero pasado; el término de traslado venció en silencio; el mencionado profesional manifestó que no había podido contactarse con la citada señora; se señaló fecha y hora para la audiencia de que trata el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil, la que se inició el 26 de febrero y culminó el 20 de mayo.

Señaló que la actuación fue sometida a las reglas propias del proceso verbal sumario y si bien la demandada no solicitó pruebas, de manera oficiosa decretó algunas para esclarecer los hechos.

Considera que la tutela es improcedente ya que la peticionaria asumió una actitud pasiva dentro del proceso; no asistió a una de las audiencias programadas, en la que se le iba a interrogar; no pidió pruebas ni ejerció recurso alguno; la sentencia que puso fin al proceso se profirió el 20 de mayo último, es decir que transcurrieron más de cinco meses para impetrar la acción, por lo que se incumple el requisito de la inmediatez; la decisión de fondo hace tránsito a cosa juzgada formal por lo que puede ser revisada

siempre y cuando varíen las condiciones del caso; la accionante puede iniciar el proceso de restablecimiento de derechos ante el ICBF dada la gravedad de circunstancias que describe en su demanda; finalmente, no se advierte la existencia ninguna de las causales genéricas de procedibilidad de la tutela.

3.- El Procurador Judicial 21 de Familia considera que se vulneraron los derechos cuya protección invoca la demandante en el proceso referido, pues no contó con la asistencia técnica porque aunque se le designó un apoderado en amparo de pobreza, este dio a conocer la imposibilidad de contactar a su representada cuando ya había vencido el término para contestar la demanda; el 26 de febrero pasado estuvo presente junto con la señora Calle Grisales en la audiencia de conciliación, pero al parecer tampoco en esta diligencia le informó cuál era el trámite a seguir y la necesidad de presentarse a las audiencias subsiguientes; para la del 1º de abril sustituyó el poder a otro profesional, quien se limitó a expresar que le era imposible contactar a la demandada, lo cual no es coherente con el interés que ha demostrado porque al día siguiente de recibir la notificación solicitó amparo de pobreza y acudió a los requerimientos efectuados por el juzgado.

Se pronunció sobre las pruebas practicadas para concluir que el padre de los menores no cumplió con su obligación alimentaria en los términos pactados; que si bien la progenitora incurrió en algunos errores de crianza, también se acreditó que gracias a su abnegación maternal los niños alcanzaron logros a nivel personal y no se evidencia conducta inmoral en ella; los informes de visitas y entrevistas sociales dan a entender un "posible caso de alienación parental ... en contra de la madre"; además, no se tuvo en cuenta lo manifestado por el menor Alejandro en el sentido de que era su deseo permanecer con la mamá.

Para culminar indicó que si el sentido de la norma es procurar que los niños permanezcan al lado de sus padres, no entiende porqué los menores en este caso permanecen bajo el cuidado de su abuela paterna. Por otra parte, si bien la accionante puede presentar una nueva demanda para recuperar la custodia y cuidado de sus hijos, un trámite como ese puede resultar traumático para los menores, teniendo en cuenta la situación en que se encuentran.

4.- El señor Jaime Alberto García Hernández indicó que no es cierto que la accionante haya carecido de defensa, pues dejó de asistir a las citaciones del juzgado y en ocasiones permitió que su abogado se presentara solo; así se demuestra el poco interés que tenía en la actuación; el ICBF ha expresado que los menores están mucho mejor bajo su cuidado; la progenitora no ha cumplido con la cuota alimentaria; no existe el supuesto peligro al que se hizo referencia en la demanda, pues él comparte con sus hijos todo el día y si bien deben dormir en la casa de la abuela, ya que trabaja en las noches, ello es transitorio. De todas formas la casa de su progenitora queda

tan solo a una cuadra de la suya; la peticionaria muestra poco interés en cumplir con el régimen de visitas y él debe animarla a que comparta más espacios con sus hijos.

5.- La Defensora de Familia guardó silencio.

## **CONSIDERACIONES**

1.- El fin de la acción de tutela es la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, concedida a todas las personas por el artículo 86 de la Constitución Nacional, ante su vulneración o amenaza generada por cualquier autoridad pública y aun por los particulares en los casos previstos por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

2.- De acuerdo con los hechos planteados en la demanda, encuentra la demandante lesionados los derechos fundamentales de que ella y sus menores hijos son titulares, en la sentencia proferida por el Juzgado de Familia de Dosquebradas el pasado 20 de mayo, que decidió otorgar al padre la custodia de los últimos, la que se dictó en proceso en el que careció de una defensa técnica porque aunque se le designó un abogado para que la representara en amparo de pobreza, este nunca le informó cómo actuar para ejercer sus derechos de madre; no se tuvo en cuenta la información del ICBF que recomendó dejar los niños con ella y porque con la determinación adoptada sus hijos están sufriendo y desean morir y ni siquiera están con el padre sino con la abuela paterna, pues el primero trabaja y no puede estar pendiente de ellos.

3.- La Corte Constitucional en sentencia C-543 de 1992 declaró inconstitucional el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 que autorizaba la tutela contra providencias judiciales. A pesar de ello, en su jurisprudencia ha expresado que el amparo resulta procedente cuando se incurra en una vía de hecho, criterio que decantó durante un largo período. Posteriormente, en sentencia C-590 de 2005 sistematizó y unificó los requisitos generales de procedencia y los específicos de procedibilidad contra decisiones judiciales.

Como requisitos de procedencia, enlistó los siguientes: "... (i) Se requiere, en primer lugar, que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional y que, como en cualquier acción de tutela, esté acreditada la vulneración de un derecho fundamental, requisito sine qua non de esta acción de tutela que, en estos casos, exige una carga especial al actor; (ii) que la persona afectada haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance y haya alegado, en sede judicial ordinaria, y siempre que ello fuera posible, la cuestión iusfundamental que alega en sede de tutela; (iii) que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del

hecho que originó la vulneración; (vi) en el caso de irregularidades procesales, se requiere que éstas tengan un efecto decisivo en la decisión de fondo que se impugna; y (v) que no se trate de sentencias de tutela”.

Y como requisitos específicos de procedibilidad citó en esa providencia los siguientes: a) defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; b) defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión; d) defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, que 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; f) decisión sin motivación, que 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; g) desconocimiento del precedente, hipótesis que 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 y h) violación directa de la Constitución.

En este caso se encuentran satisfechos aquellos requisitos generales para que proceda el amparo constitucional frente a decisiones judiciales, porque: a) de acuerdo con los hechos narrados en el escrito por medio del cual se formuló la acción, el asunto tiene relevancia constitucional, en razón a que involucra los derechos de que son titulares menores de edad, dignos de especial protección y cuyos derechos prevalecen sobre los de los demás; b) la sentencia en la que la actora encuentra vulnerados los derechos cuya protección se reclama, se dictó en un proceso de única instancia frente a la cual no procede recurso alguno; c) se cumple el presupuesto de la inmediatez porque aquella providencia se dictó el 20 de mayo de este año y la tutela se promovió cinco meses y siete días después, sin que haya transcurrido entonces el plazo de seis meses que esta Corporación<sup>1</sup> ha establecido como el máximo que debe correr desde cuando se dicta la providencia respectiva hasta cuando se interpone la acción de tutela, siguiendo la

---

<sup>1</sup> Sentencia del 14 de octubre de 2014, MP. Claudia María Arcila Ríos Expediente de tutela No. 66001-22-13-000-2014-00279-00

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que así lo enseña<sup>2</sup> y d) no se controvierte una sentencia dictada en proceso de tutela.

En relación con los presupuestos de procedencia y concretamente sobre el defecto fáctico, ha enseñado la Corte Constitucional:

**“8. En cuanto al defecto fáctico como causal genérica de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, esta corporación ha sostenido que tanto la Constitución como la ley (C.P.C., art. 187), le reconocen al juez la libertad para valorar las pruebas de acuerdo con la lógica, el sentido común y, fundamentalmente, las reglas de la experiencia. Sin embargo, dicha apreciación debe ser razonada y razonable, en aras de evitar un análisis caprichoso, arbitrario y subjetivo, contrario al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.**

**Precisamente, en Sentencia C-641 de 2002, la Corte determinó que el derecho de acceso a la administración de justicia, supone no solo la posibilidad de ejercitar el poder de acción, sino que también involucra el derecho a obtener una decisión judicial debidamente fundamentada en el material probatorio recaudado y valorado en el proceso, con el propósito de otorgar una garantía de certeza a la demostración de los argumentos que apoyan y estructuran dicha decisión...**

**A partir del reconocimiento de los anteriores criterios como pilares de la valoración judicial, se ha admitido por la doctrina y jurisprudencia que en el ordenamiento procesal colombiano tiene plena aplicación el denominado sistema de la sana crítica o de la libre apreciación de la prueba judicial, cuyo origen normativo se remonta al artículo 175 y, especialmente, al artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual, “las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos<sup>3</sup>. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba...”**

**9. Pero, como se expuso con anterioridad, es importante destacar que el sistema de libre apreciación se sujeta también al criterio constitucional de razonabilidad, en aras de impedir la arbitrariedad en la valoración judicial. Este tribunal ha sostenido que el ejercicio de la sana crítica es razonable cuando se ajusta a los fines, valores, principios y derechos que emanan de la Carta Fundamental, razón por la cual, “el sistema de libre apreciación no puede conducir: (i) ni al exceso de formalismo; (ii) ni a la falta de valoración de las pruebas desconociendo su obligación de apreciarlas en conjunto, verbi gracia, (a) ignorando la existencia de alguna, (b) omitiendo su valoración o (c) no dando por probado un hecho o circunstancia que del material probatorio emerge clara y objetivamente”. Lo anterior, conduciría a un desconocimiento de los derechos de acceso a la administración de justicia, al debido proceso y, a su vez, al principio de celeridad procesal.**

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de mayo del 2012. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Referencia: 47001-22-13-000-2012-00056-01.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-974 de 2003 y T-076 de 2005.

“...

**Conforme a esta argumentación, es posible concluir que la simple omisión en la valoración o práctica de una prueba, no constituye per se un defecto fáctico que conduzca a la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales. Para que esta se produzca, (i) debe tratarse de errores manifiestos u ostensibles de valoración y, además, (ii) dicha prueba debe tener la capacidad inequívoca de modificar el sentido del fallo...”<sup>4</sup>.**

De acuerdo con esa jurisprudencia, se produce entonces la vía de hecho que justifica conceder el amparo constitucional cuando el juez omite la valoración de las pruebas o lo hace sin fundamento alguno, porque quien acude a la administración de justicia en procura de obtener la definición de un conflicto, tiene derecho a exigir que las pruebas que sirven de sustento a la decisión contengan un justo y razonado análisis por parte del juez, como garantía del derecho al debido proceso y a la defensa.

Pero además ese error en el análisis probatorio debe ser ostensible y manifiesto porque el juez constitucional no puede sustituir al ordinario en su labor de apreciación probatoria, en virtud del principio de autonomía judicial que solo encuentra límites cuando se utiliza con violación a los mandatos constitucionales.

4.- El artículo 42 de la Constitución Nacional enseña que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y ordena al Estado y la sociedad garantizar su protección integral y el artículo 44 consagra como derechos fundamentales de los niños, entre otros, el tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor y da prelación a sus derechos frente a los de los demás.

El criterio guía para adoptar decisiones relativas a asuntos que involucran los derechos de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, al cuidado y al amor, ha de ser la promoción de su interés superior cuya satisfacción debe garantizarse en toda actuación judicial o administrativa que pueda afectarlos, asunto sobre el que ha dicho la jurisprudencia constitucional:

**“5.4. Con la aplicación de este principio, el menor es destinatario de un trato preferente, en razón a su carácter jurídico de sujeto de especial protección. Lo cual significa que, los menores son titulares de un conjunto de derechos que deben ser valorados de acuerdo con sus circunstancias específicas. Por tanto, el interés superior de niño tiene un contenido de naturaleza real y relacional, criterio que demanda una verificación, y especial atención, de los elementos concretos y específicos que identifican a los menores, a sus familias, y en donde inciden aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos importantes socialmente.**

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-212 de 2006.

**5.5. Con base en los anteriores elementos, la jurisprudencia constitucional ha establecido parámetros generales que contribuyen a establecer criterios de análisis para situaciones específicas de menores, en las que se hace necesario, la aplicación del citado principio. En este sentido, se han fijado dos condiciones que deben ser verificadas, desde el punto de vista fáctico y jurídico, que permiten establecer el grado de bienestar del menor y la necesidad de dar aplicación al principio de interés superior. En efecto, (i) desde el punto de vista fáctico corresponde a "(...) las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados (...)", y (ii) desde el punto de vista jurídico a "(...) los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil (...)"<sup>5</sup>.**

**5.6. Adicional a lo anterior, si bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado supuestos que interfieren con la correcta comprensión del interés superior del niño, como la arbitrariedad de los demás, el abuso de los padres, o el capricho de los funcionarios públicos encargados de su protección, también ha manifestado que este principio no implica que los derechos de los menores tengan un carácter absoluto, y puedan ser impuestos sobre los de otros sin importar los derechos e intereses conexos de "los padres y demás familiares. Así las cosas este tribunal ha señalado que "el interés superior del menor prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos. El sentido mismo del verbo "prevalecer" implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; por lo mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor"<sup>6</sup>..."<sup>7</sup>.**

De acuerdo con esa jurisprudencia, los funcionarios judiciales, en asuntos como aquellos en que estén de por medio derechos de los niños están entonces obligados a actuar con especial diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión de separarlos de la familia y propender por la materialización plena de su interés superior, mediante una revisión celosa de los supuestos fácticos que los rodean y que garanticen que la decisión que adopten, es la que mejor satisface ese interés.

5.- De la sentencia proferida, en la que encuentra la demandante lesionados sus derechos fundamentales y los de sus hijos menores, estima la Sala conveniente resaltar los siguientes aspectos:

5.1.- Empezó el funcionario demandado por transcribir el artículo 253 del Código Civil para concluir *que "uno de los dos padres no quedará con la custodia de y (sic) quedará con el derecho-deber de*

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-1275 de 29008, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

*visitar a sus hijos...*", y luego de anunciar las medidas que al respecto adoptaría, señaló que el Código de la Infancia y la Adolescencia consagra como principios guías para definir la cuestión, el interés superior del menor y la prevalencia de sus derechos. Seguidamente transcribió el principio sexto de la Declaración de los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante la ley 12 de 1991; después, una serie de providencias de la Corte Constitucional relacionadas con esos principios y por último, doctrina sobre los mismos.

5.2 En el capítulo 7 que denominó "DE LAS PRUEBAS RELEVANTES Y APROXIMACIONES A LA DECISIÓN", procede a relacionar las pruebas recogidas, respecto de las cuales se pronuncia así:

5.2.1 En el numeral 7.1 dedujo un indicio en contra de la demandada porque no contestó la demanda debido a la negligencia en contactarse con su apoderado, circunstancia esta última que para el funcionario demandado encuentra respaldo en la propia manifestación que hizo el abogado que se le designó en amparo de pobreza, sin que además, tal hecho, de haberse producido, lo exonerara de la obligación de pronunciarse dentro del término otorgado para responder, así hubiese expresado que de los hechos no tenía conocimiento por el motivo que tardíamente adujo, lo que tampoco lo liberaba de su deber de solicitar pruebas que permitieran aclarar lo relacionado con las pretensiones de la demanda que estaban encaminadas a afectar los derechos de dos niños. Su conducta será puesta en conocimiento de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura para que sea investigada.

También aduce que dejó de asistir al interrogatorio que debía absolver, aunque en el acta respectiva dijo que *"a pesar de ello, el despacho no insistiría en dicha prueba, pues considera que con la recaudada, hay elementos suficientes para arribar a una decisión..."* Es decir, ni siquiera le otorgó a la demandada el término que consagra el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil para justificar los motivos de su incomparecencia.

5.2.2 En el 7.3 menciona un informe general del Hogar Infantil Comunitario Otún, sobre el menor Alejandro García Calle y destaca su inasistencia al lugar, según informó la madre, porque se encuentra visitando a la abuela materna, *"lo cual llama la atención al despacho porque no es una buena práctica para disciplina faltar a clases por irse a visitar la abuela en días de estudio, para ese efecto se cuenta con las vacaciones escolares y los fines de semana. Con la inasistencia a la jornada escolar se afecta su proceso de aprendizaje y se generan traumas en las actividades institucionales"*. Empero nada expresó en relación con ese informe y con el que se citó en el número 7.2 respecto del menor Santiago en cuanto recomendaron acompañamiento psicológico para que la

familia llegue a acuerdos en cuanto al manejo del tiempo libre de los niños y al percibir manejo inadecuado de pautas de crianza y del tiempo libre por parte de la familia; ni apreció que fueron rendidos en octubre de 2011.

5.2.3 Los numerales 7.4 a 7.6 solo enuncian algunas pruebas, sin que contengan valoración de alguna de ellas.

5.2.4 En el numeral 7.7 describe la historia clínica de Santiago, atendido por oftalmólogo el 18 de junio de 2013, en la que se menciona que padece "astigmatismo en progreso. No se ha colocado las gafas, mala visión para cerca y lejos... ha aumentado el astigmatismo en el ojo izquierdo..." y en el 7.8 describe facturas de venta por servicios oftalmológicos prestados al mismo menor en junio de 2013 y concluye el juez: *"Si tales documentos están en poder del demandante es porque él asumió dichos gastos y si la custodia la ha tenido la madre y el problema visual ha crecido, entre otras razones porque no se coloca los lentes, ha de concluirse que algo de responsabilidad tiene la madre en la problemática visual de su hijo, pues teniendo su custodia no ha implementado su autoridad para que el niño se coloque las gafas"*.

En el número 7.9 se refiere al acta de conciliación No. 263 del 22 de junio de 2013 celebrada entre las partes en relación con la custodia de sus hijos, respecto de la cual afirma el funcionario accionado: *"Para el despacho es muy importante lo anotado en tal acta acerca de las razones que el padre tiene para solicitar la custodia, porque tales razones tienen respaldo en las piezas probatorias documentales anexas con la demanda y en las pruebas que se colectaron en este contencioso. Véase por ejemplo los reparos que el padre tiene en cuanto al problema visual de su hijo y en cuanto al desempeño escolar por la ausencia de acompañamiento de la madre en las tareas (sic) y actividades escolares e institucionales. Tales quejas encuentran respaldo en los documentos anexas con la demanda y en las declaraciones recibidas. En efecto, en tal audiencia manifestó el padre que él solicita la custodia porque considera que sus hijos están mal con la madre, porque tienen vulnerados sus derechos: dice que en cuanto a la salud su hijo mayor presenta inconvenientes visuales y orales por falta de acompañamiento de la madre, "tiene calzas en los dientes por mal aseo", tiene un defecto visual desde los tres años, le recetaron gafas, debía ser constante con su uso y en vez de haberse corregido el problema, progresó. Se mantiene con los lentes muy sucios, a veces no llevaba los lentes al colegio."*

Y a renglón seguido expresó que lo relacionado con la enfermedad visual encuentra respaldo *"en el documento que se acaba de glosar, referido a la consulta con médico oftalmólogo. En cuanto al acompañamiento escolar, como se verá, la testigo que para el despacho es de excepción, adujo falencias en la madre en tal*

*sentido. El conductor que trasladaba a los niños también da cuenta de las inasistencias al colegio.”*

En este aparte, observa la Sala que el juzgado, sobre un indicio conocido: tener la madre la custodia de sus hijos, dedujo su responsabilidad en el aumento de la enfermedad visual de Santiago porque no usa los lentes recetados. Ello, aunque se ignora quién informó ese hecho al profesional que lo atendió y si se trata de uno cierto.

La testigo “de excepción”, cuyo nombre es Orfa Arroyave, fue exclusivamente profesora del menor Santiago, pero solo en el año 2011 y dio versión el 1º de abril de 2014. El juzgado, sin analizar verdaderamente sus dichos, resalta las falencias de la madre en el acompañamiento escolar y es esa una conclusión que contiene la sentencia para despojarla de la custodia, a pesar de que nada dijo la deponente de lo ocurrido sobre tal aspecto con posterioridad al año inicialmente citado en relación con los dos niños.

El conductor que los trasladaba al colegio lo hizo durante dos años, hasta hace uno y medio, es decir, que dejó de hacerlo aproximadamente en octubre de 2012; pero además, sobre las inasistencias al sitio donde estudiaban para entonces, dijo que algunas veces se presentó esa situación solo con el pequeño y que según le informaba el otro, eso sucedía porque estaba enfermo o le cogía la tarde. En relación con tal versión, el funcionario accionado no hizo ninguna valoración, a pesar de que también en sus dichos sustentó su determinación.

En el mismo numeral 7.9 y refiriéndose a la audiencia de conciliación expresa el juzgado: *“En la versión de la madre, dice que no llevaba los hijos al médico porque no sabía donde (sic) quedaba el lugar donde los atendían. Sobre el uso de los lentes de su hijo manifiesta que a veces no los llevaba al colegio porque salía corriendo y las dejaba; dicho que no tiene presentación porque la responsabilidad de ese tema es de la madre. Dice que en dos ocasiones no bañó a los niños a raíz de que el padre estaba hospitalizado y a ella le tocó atender el negocio. Dice que en otras no los ha mandado a estudiar porque han estado enfermos “y me ha tocado llevarlos a Droguerías”, lo que quiere decir que en lugar del médico los lleva a las farmacias para auto medicarlos y tal conducta también tiene respaldo en la prueba arrimada al expediente, detalles todos que sumados arrojan como resultado concluyente que la madre ha presentado falencias en el cuidado, las pautas de crianza y educación de sus hijos y que tiene excusas (sic) inaceptables para justificar tamañas actuaciones.”*

Parece encontrar el juzgado, porque tampoco lo dice expresamente, una confesión en tales manifestaciones, cuando las que hacen las partes en audiencia de conciliación no adquieren tal carácter, aspecto sobre el que ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

**“Sin duda, el contexto dentro del cual se realizaron los comentarios de la representante legal de la demandada, de la que el *ad-quem* rescató una supuesta confesión, no fue otro que el de la conciliación, etapa en la que las partes pueden hacer ciertas manifestaciones con un propósito muy distinto al de admitir, con explícita intención de confesar, cuestiones que le son adversas. Se trata de una etapa en la que las partes discurren en torno a la mejor solución del conflicto, sin que pueda inferirse, ineludiblemente, que lo aseverado sea admitido como cierto por los litigantes...”<sup>8</sup>**

5.2.5 En el numeral 7.10 se mencionan los informes de orientación escolar del colegio Inem Felipe Pérez que se realizaron a los menores multicitados y el motivo que los originó, pero ninguna valoración contiene la sentencia sobre ellos.

5.2.6 En el 7.11 se hace referencia a documentos con los que a juicio del juzgado se acredita que el demandante y su actual esposa llevaron por primera vez al menor Alejandro a consulta odontológica y a otra de control de crecimiento y desarrollo, concretamente el 14 de marzo de 2012, pero tales documentos no mencionan por quién o quiénes fue llevado y constituyen más bien factura sobre el valor de las consultas.

También menciona los recibos sobre pagos al Hogar Infantil Otún y de un curso de inglés en el Centro Colombo Americano, que tampoco indican quién los hizo y concluye: *“lo cual respalda la tesis de un padre preocupado por la educación de sus hijos, asunto que alega el padre como aspecto a tener en cuenta para otorgarle la custodia”*.

De todos modos, el hecho de que el demandante haya sido quién asumió esos pagos, no traduce que sea él quien deba asumir la custodia de sus hijos, mientras de otro lado no se esté acreditado que el interés superior de los menores justifique despojar de tal derecho a la madre, asunto que no se trató en la sentencia.

5.2.7 En el 7.12 hizo alusión a la visita social practicada en el curso del proceso por la Asistente Social del Juzgado, del que infiere que la residencia de la madre cuenta con muy poco espacio para albergar a los niños, *“nótese que los dos tienen que compartir su dormitorio con la madre lo que les resta independencia”*, hecho que encontró probado en el informe de que se trata, en el que consignó aquella funcionaria que al momento de realizarla no tuvo acceso a la habitación de los menores, aunque observó a través de una cortina una cama y un closet que comparten madre e hijos y concluyó que *“en todo caso mas (sic) temprano que tarde generará dificultades en varios sentidos, especialmente al referido a la intimidad de cada uno de ellos; en tanto que de acuerdo con el*

---

<sup>8</sup> Sala de Casación Civil, sentencia del 18 de enero de 2010, MP. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena, expediente No. 13001 3103 006 2001 00137 01

*informe de la residencia del padre, se puede colegir que por lo menos ambos niños tendrán una habitación, lo cual siendo varones no genera inconvenientes de la índole indicada”.*

*También hizo alusión a que en tal informe se expresa que “el padre labora en ALPINA, percibe ingresos por valor de \$1.061.000 fuera de los \$700.000 que recibe por horas extras a que tiene derecho, y \$135.000 por auxilio educativo para sus hijos, con ellos satisface sus necesidades básicas y las de su nuevo grupo familiar... La residencia consta de 3 habitaciones, una para la pareja y otra para la niña Isabella y una tercera con 2 camas y un closet lleno de ropa y juguetes de los niños, la cual destina el padre para cuando van cada 8 días a quedarse allí. Entonces desde el punto de vista económico el padre reúne mejores condiciones para tener a sus hijos”.*

Además de que no quedó plenamente establecido la forma cómo comparten el dormitorio la demandada y sus hijos, pues a él no se tuvo acceso, emite el juez una conclusión propia de un perito, para lo que no está facultado. Y compara esa habitación con la que les ofrece el padre, de mejores condiciones, con ropa y juguetes, como si de estos últimos beneficios no pudieran gozar en la casa de su progenitora con la colaboración de aquel que tiene mayor capacidad económica.

Transcribe algunos de los comentarios que citó la Asistente Social en el informe de que se trata, relacionados con la familia materna y la paterna; respecto del que se expresó que cuenta la demandada con el apoyo de su red extensa para la crianza y la educación de sus hijos, *“pero este es apenas uno de los aspectos a analizar al abordar el tema que ahora ocupa al despacho.”* También transcribe las conclusiones de la misma servidora en cuanto indicó que *“Tanto la familia materna como la paterna satisfacen las necesidades básicas, sin embargo se establece que en la casa paterna el padre se encarga durante los 12 días o más al mes que los niños están a su lado, de estar pendiente de la alimentación, el cuidado y la salud de sus hijos al igual que de contribuir con una crianza dialógica entre el subsistema paterno filial”* y lo que plasma el concepto social que recomienda mantenerlos en el ambiente familiar paterno *“ya que en él se sienten identificados y reciben todo el cuidado que requieren para su sano desarrollo.”* Luego se cita la recomendación de la misma funcionaria en el sentido de que con independencia de la decisión que se tome, la madre debe participar en un proceso terapéutico que le permita sanar emocionalmente y restablecer su vida de manera más proactiva en su propio beneficio y el de sus hijos.

Pero dejó de analizar otros asuntos que contiene se informe, en relación con aspectos como los que tiene que afrontar la demandada en la actualidad, pues trabaja todo el día y llega en la noche a comer con sus hijos y a acostarlos temprano para que

puedan madrugar, siendo la abuela y la tía maternas quienes imparten autoridad y colaboran a los niños con las tareas diarias.

Se refirió luego a algunos apartes sobre el informe de entrevista sicosocial que suscriben la misma Asistente Social y Psicóloga del ICBF, en la que Alejandro expresó su deseo de vivir con la madre mientras Santiago muestra evidente alianza con el padre, aunque este, a veces, en presencia de ambos, descalifica a la madre y no cumple plenamente sus obligaciones económicas *"y se agrega que los niños encuentran en la casa paterna y de su abuela paterna un espacio afectivo, de reconocimiento de sí mismos y de satisfacción de sus necesidades básicas, a diferencia del espacio materno en el cual si bien reconocen y expresan afecto para su madre, en la familia extensa no se percibe un ambiente acogedor y protector para los niños"*.

El funcionario accionado, en relación con tal entrevista nada dijo sobre la opinión de los menores afectados con la decisión y en tal forma desconoció el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia, según el cual, *"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"*.

Sobre el derecho de los niños a ser escuchados y a tener en cuenta sus opiniones, ha dicho la Corte Constitucional:

**"2.4 DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER OÍDOS Y A QUE SUS OPINIONES SEAN TENIDAS EN CUENTA, ESPECIALMENTE EN LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES**

**2.4.1 El artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño dispone lo siguiente:**

**"1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.**

**2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional" (negrilla fuera del texto).**

**2.4.2 Con fundamento en esta disposición, el Comité de los Derechos del Niño, a través de la observación general número 12, precisó que este derecho, a nivel individual, comprende las siguientes obligaciones en cabeza del Estado: (i) garantizar que el niño sea oído en los procesos judiciales y administrativos que lo afecten y que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta; (ii) ofrecer protección al niño cuando no desee ejercer el derecho [15] ; (iii) ofrecer**

garantías al niño para que pueda manifestar su opinión con libertad; (iv) brindar información y asesoría al niño para que pueda tomar decisiones que favorezcan su interés superior; (v) interpretar todas las disposiciones de la Convención de conformidad con este derecho; y (vi) evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma, lo que significa que los estados no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus opiniones, sino que en cada caso se debe evaluar tal capacidad, evaluación en la que la edad no puede ser el único elemento de juicio [16] ; entre otras. [17]

Además, el Comité resaltó la importancia de que los niños sean escuchados en procedimientos administrativos y judiciales como los relacionados con (i) el divorcio o separación de los padres, (ii) la separación del niño del núcleo familiar y formas sustitutivas de cuidado y (iii) su adopción, entre otros.

2.4.3 De forma similar, Unicef y la Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (Undoc), en el " Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas", resaltaron que el derecho de los niños a ser oídos y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, conlleva la obligación de los estados de adoptar regulaciones que aseguren que las preocupaciones de los niños sean valoradas cuando, por ejemplo, se van a tomar medidas de protección para ellos mismos o su familia. [18]

2.4.4 A nivel nacional, el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia reconoce el derecho de los niños a ser escuchados 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".

2.4.5 En concordancia, en la ya citada sentencia T-844 de 2011, la Corte de forma enfática sostuvo que al interior de los procesos de restablecimiento de derechos, es obligación de los defensores de familia escuchar a los niños y valorar sus opiniones, según su grado de madurez. Al respecto, la Corte expresó:

"No se puede admitir el argumento según el cual una niña de 8 años y once meses poco podía decir sobre su entorno familiar. Siguiendo las recomendaciones que emitió el Comité sobre los Derechos del Niño acerca de esta importante garantía, la Corte considera relevante señalar que la opinión del menor de dieciocho años debe siempre tenerse en cuenta en donde la razonabilidad o no de su dicho, dependerá de la madurez con que exprese sus juicios acerca de los hechos que los afectan, razón por la que en cada caso se impone su análisis independientemente de la edad del niño, niña o adolescente.

Se ha indicado que la madurez y la autonomía de este grupo de especial protección no están asociadas a la edad, sino a su entorno familiar, social, cultural en el que se han desenvuelto. En este contexto, la opinión del niño, niña y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y su 'madurez' debe analizarse para cada caso concreto, es decir, a partir de la

**capacidad que demuestre el niño, niña o adolescente involucrado para entender lo que está sucediendo” (negrilla original).**

**2.4.6 En resumen, el derecho de todo niño, niña o adolescente a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta, conlleva la obligación del Estado de garantizar espacios dentro de los procesos judiciales y administrativos para que puedan ejercer su derecho de forma libre, así como la obligación de las autoridades de efectivamente oír las opiniones y preocupaciones de los niños, valorarlas según su grado de madurez y tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones que les conciernan...”<sup>9</sup>**

Y finalmente concluye el juez demandado: *“La prueba detallada hasta el momento es la que en mayor gravita en la decisión que se adoptará; sin embargo a continuación se analizará la prueba testimonial que, como ya se dijo de paso, le ofrece la fuerza de convicción al despacho porque le da respaldo a la prueba documental y pericial ya glosada. Toda la prueba en su conjunto ofrece elementos que permiten a este fallador acceder a las pretensiones de la demanda en tan delicado asunto. Y no es por manera alguna que el despacho quiera rotular a la demandada como mala madre, eso debe quedar claro; ha cometido errores y ha asumido comportamientos negligentes en el proceso de la crianza y educación de sus hijos y ello viene ocurriendo desde temprana edad, prácticamente desde que se dio la ruptura sentimental con el demandante; la prueba obrante da cuenta de que tal estado de cosas no ha cambiado mucho o por lo menos lo deseado a pesar del compromiso asumido. No se trata de una mala madre sino de una madre que ahora reúne condiciones inferiores a las que reúne el padre que está solicitando a (sic) custodia... En el presente caso el padre y la familia extensa paterna representan una red vincular segura y estable para los niños; les garantiza sus derechos y una vida digna. Nótese en contraste que en los informes de la misma índole referidos a la madre no se habla en términos tan amplios y generosos de garantía de derechos para los menores... Todo lo analizado en este proceso conduce al despacho a la convicción de que estamos frente a un caso en el que los niños SANTIAGO y ALEJANDRO, dadas las condiciones socio familiares y ambientales en las que viven, deben en adelante permanecer bajo la custodia del padre...”*

Al respecto es necesario precisar que aunque anunció el juez que valoraría la prueba testimonial, a ello no procedió a pesar de que dijo que respaldaba la prueba documental y pericial, sin que en últimas se sepa a cuáles de estas últimas hacía referencia y se alude a la valoración en conjunto del material probatorio, que tampoco realizó.

---

<sup>9</sup> Sentencia T-276 de 2012, MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Afirma que no es la demandada una mala madre, sin embargo la despoja de la custodia de sus hijos sin indicar los motivos por los que a ello procedía y dejaba además de aplicar el principio sexto de la Declaración de los Derechos del Niño, aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante ley 12 de 1991, que transcribió en un aparte de la sentencia y que dice: *"El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre."*

6.- En síntesis, el juzgado accionado no se pronunció acerca de todos los elementos de juicio que dieron sustento a su decisión; pues respecto de muchos de ellos se limitó a relacionarlos, pero de esa enunciación no puede afirmarse que hayan sido suficientemente valorados; en relación con otras pruebas emitió conclusiones que se consideran erradas; no tuvo en cuenta la opinión de los menores ni explicó la razón por la que omitió hacerlo y así, aunque aduce que la demandada no es una mala madre, la califica de negligente y la despoja de la custodia de sus hijos.

Pero sobre todo, no hizo ningún análisis del porqué, en interés superior de los menores, se justificaba despojar de la custodia de los menores a la madre, para otorgársela al padre, sin que aspectos económicos, como los que mencionó en la providencia, sean los que sirvan para edificar tal interés.

En conclusión, no puede inferirse que el juez accionado haya realizado un verdadero análisis de las pruebas recaudadas, ya que no efectuó una elucubración mental que ponga en evidencia, de manera expresa, clara e indudable, los argumentos y razonamientos de tipo jurídico que le permitieran adoptar las determinaciones que plasmó en la sentencia tantas veces referida.

Los defectos anotados constituyen vía de hecho que vulneran de manera flagrante el derecho a un debido proceso consagrado como fundamental en el artículo 29 de la Constitución Nacional y justifican la intervención del juez constitucional en aras de brindar protección a la parte que sufrió el agravio, porque además, de haber cumplido el funcionario demandado su obligación en el análisis de las pruebas, otro, tal vez, puede ser el sentido del fallo.

7.- En consecuencia, se concederá el amparo reclamado para proteger el derecho al debido proceso, a tener una familia y a no ser separado de ella, de que son titulares los aquí demandantes. En consecuencia, se dejará sin efecto la sentencia proferida el 20 de mayo de este año en el proceso tantas veces citado y se ordenará al juzgado accionado que dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta providencia, dicte una nueva en la que proceda

a analizar las pruebas recaudadas de acuerdo con los parámetros fijados en este fallo y adopte la determinación que corresponda tomando en cuenta estrictamente el interés superior de los menores y valorando su opinión. De estimarlo necesario, en el mismo término, previamente, podrá ordenar y practicar las pruebas que estime necesarias para resolver el asunto, evento en el cual dictará nuevo fallo en el término de veinte días, contados también desde la notificación que se le haga de esta providencia.

Además, se ordenará al señor Jaime Alberto García Calle, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reintegre a los menores Santiago y Alejandro García Calle al hogar de su madre, acto en el que deberán participar la Defensora de Familia del municipio de Dosquebradas y el Procurador Judicial II 21 de Familia, para vigilar que se garanticen los derechos de los citados menores.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Civil-Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**1º.-** Conceder la tutela solicitada por la señora Leydy Johanna Calle Grisales, en nombre propio y en representación de sus menores hijos Santiago y Alejandro García Calle, contra el Juzgado de Familia de Dosquebradas, a la que fueron vinculados la Defensoría de Familia de esa localidad, el Procurador Judicial II 21 de Familia y el señor Jaime Alberto García Hernández.

**2º.-** En consecuencia, para proteger los derechos al debido proceso y a tener una familia y no ser separados de ella de que son titulares los demandantes, se deja sin efecto la sentencia proferida el 20 de mayo de este año por el Juzgado de Familia de Dosquebradas, en el proceso sobre custodia y cuidado personal que instauró el señor Jaime Alberto García Hernández contra la señora Leydy Johana Calle Grisales.

**3º.-** Se ordena al Juzgado de Familia de Dosquebradas que dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta providencia, dicte una nueva sentencia en la que proceda a analizar las pruebas recaudadas de acuerdo con los parámetros fijados en este fallo y adopte la determinación que corresponda tomando en cuenta estrictamente el interés superior de los menores y valorando su opinión. De estimarlo necesario, en el mismo término, previamente, podrá ordenar y practicar las pruebas que estime necesarias para resolver el asunto, evento en el cual dictará nuevo fallo en el término de veinte días, contados también desde la notificación que se le haga de esta decisión.

**4º.-** Se ordena al señor Jaime Alberto García Calle, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reintegre a los menores Santiago y Alejandro García Calle al hogar de su madre, acto en el que deberán participar la Defensora de Familia del municipio de Dosquebradas y el Procurador Judicial II 21 de Familia para vigilar que se garanticen los derechos de los citados menores.

**5º.-** Póngase en conocimiento de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura la conducta del apoderado designado a la aquí demandante en el proceso sobre custodia y cuidado personal que contra ella instauró el señor Jaime Alberto García Hernández.

**6º.-** Notifíquese lo aquí decidido a las partes al tenor del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**7º.-** Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme lo dispone el artículo 32 del referido decreto.

**Cópiese, notifíquese y cúmplase**

Los Magistrados,

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**