El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 1ª instancia – 03 de marzo de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Niega el amparo solicitado

Radicación Nro. : 66001-22-13-000-2017-00145-00

Accionante: LEYDY JOHANA CALLE GRISALES

Accionado: JUZGADO CUARTO CIVIL DE FAMILIA DE PEREIRA

Magistrado Ponente:  CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

**Temas: DEBIDO PROCESO / TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / NO EXISTE DECISIÓN ARBITRARIA AL CONCEDER LA CUSTODIA Y EL CUIDADO DE LA MENOR AL PADRE / NIEGA.** “Corresponde a esta Sala decidir, en primer lugar, si procede la tutela contra la decisión de conceder la custodia y el cuidado personal de la menor Lunna Gómez Triana a su progenitor y solo de ser afirmativa esa respuesta, se analizará si con esa determinación la autoridad judicial demandada lesionó derecho algún derecho fundamental que sea menester proteger. (…) [E]l funcionario accionado, en la sentencia proferida, para conceder la custodia y el cuidado personal de la menor Lunna Gómez Triana a su progenitor, se fundamentó en la entrevista que se hizo a la pequeña, acompañada por el Defensor de Familia y la Asistente Social del Juzgado, de la que se dio traslado a las partes, en la que expresó su deseo de vivir con el progenitor, sin que fuera manipulada para adoptar esa decisión y teniendo en cuenta además que ambos padres son aptos para asumir la custodia controvertida. Esa valoración probatoria no puede tacharse de caprichosa, es decir, que obedezca a la mera voluntad del Juzgado accionado, pues se insiste, en razón a que ambos padres son idóneos para asumir el cuidado personal de la menor, inclinó la balanza de acuerdo con el deseo de la menor, evidenciado en la etapa probatoria del proceso, de vivir con su padre y hermana, también menor de edad. Y en esas condiciones, se considera justificada la decisión del funcionario accionado de no analizar la prueba documental y testimonial incorporada al proceso, pues como lo explicó, fundamento su decisión en la opinión de la menor Lunna y en la circunstancia de ser ambos progenitores aptos para asumir su custodia. De manera pues, que el hecho de que no haya analizado lo relacionado con la falsedad de los testimonios escuchados a instancias del demandante y los documentos a que alude la accionante, en nada afectarían la decisión efectivamente adoptada. (…)[ C]onsidera la Sala necesario precisar que la decisión que adoptada por el juzgado demandado solo hace tránsito a cosa juzgada formal porque se pronunció sobre aspecto susceptible de modificación mediante proceso posterior, de acuerdo con el numeral 2° del artículo 333 del Código de Procedimiento Civil que enlista entre las sentencias que no constituyen cosa juzgada, las que deciden situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley.”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

 Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

 Pereira, marzo tres (3) de dos mil diecisiete (2017)

 Acta No. 108 de 3 de marzo de 2017

 Expediente 66001-22-13-000-2017-00145-00

Se decide en primera instancia la acción de tutela de la referencia, promovida por Leydy Johanna Calle Grisales, en nombre propio y en representación de su menor hija Lunna Gómez Triana, contra el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, a la que fueron vinculados el señor Fredy Gómez López, la Defensoría de Familia y el Ministerio Público, representado por el Procurador 21 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de Pereira.

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

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

1.1 Fruto del matrimonio que contrajeron los señores Fredy Gómez López y Leydy Johanna Calle Grisales, se procrearon las niñas María Alejandra y Lunna Gómez Triana.

1.2 La relación marital culminó con sentencia de divorcio de común acuerdo, aprobado por el Juzgado Segundo de Familia de Pereira, en la que se consignó que María Alejandra estaría bajo el cuidado y la custodia del padre; Lunna, bajo los de la madre.

1.3 Fredy Gómez López promovió proceso para obtener la custodia de esta última, asunto que correspondió a ese mismo juzgado. En la demanda respectiva, además de plantearse hechos que fueron refutados en su contestación, se dejaron de consignar las causales específicas por las cuales la peticionaria debía perder esa custodia.

1.4 Los testigos que a solicitud del allí demandante fueron escuchados incurrieron en falso testimonio, conducta que fue pasada por alto por el despacho, pese a que se le dio a conocer en la diligencia correspondiente. De igual manera, en la contestación de la demanda se informó al despacho sobre el fraude procesal cometido por el señor Fredy Gómez López, al haberse hecho incapacitar de manera falsa y entregar esa constancia médica en los “despachos judiciales y administrativos, situación sobre la que no se tomó acción alguna”.

1.5 El proceso fue remitido al Juzgado Cuarto de Familia local, en virtud de la implementación del sistema oral; despacho que decidió el asunto con sentencia del pasado 13 de febrero, en la que otorgó la custodia de la menor Lunna Gómez Triana al progenitor. Para adoptar esa decisión, el funcionario accionado tuvo en cuenta la manifestación de la niña en la que dijo que le gustaba vivir con su papá, expresión que “no fue textual porque no estuvieron presentes con la menor la señora madre y este apoderado”, ni fue emitida ante la Defensora de Familia. Para contradecir ese hecho, se incorporó al expediente copia de las comunicaciones en las cuales la niña manifestaba el deseo de vivir con su mamá.

1.6 Esa sentencia, dijo, desconoce precedentes de este Tribunal y de la Corte Constitucional, que al respecto citó.

1.7 En el proceso no quedaron probadas las causales legales para que la demandante perdiera el cuidado y la custodia de su hija.

1.8 Desde cuando se hizo efectiva la custodia provisional en favor del padre, la comunicación entre la madre y su hija Lunna quedó interrumpida, pues no volvió a atender las llamadas telefónicas. De ello se dio traslado al juzgado, pero no se obtuvo respuesta positiva.

2. Considera la actora vulnerados los derechos a la igualdad, la familia, al debido proceso, a la congruencia de las sentencias, a la prerrogativa de los niños a permanecer junto a su madre biológica y a mantener comunicación fluida. Para su protección, solicita se revoque íntegramente la sentencia proferida el 13 de febrero pasado y se ordene que el cuidado y la custodia de la citada menor deben continuar en cabeza de la demandante.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

1. Mediante proveído del 20 de febrero último se admitió la tutela y se ordenó vincular al señor Fredy Gómez López, a la Defensoría de Familia y al Ministerio Público para asuntos de familia.

2. En el trámite de esta instancia, se produjeron los siguientes pronunciamientos:

2.1 El titular del Juzgado Cuarto de Familia indicó que los argumentos expuestos en la sentencia por medio de la cual se definió el proceso de custodia y cuidado personal, son lo suficientemente claros para deducir que su proceder se encuentra ajustado a derecho. Sin embargo, como no es su interés lesionar los derechos fundamentales de las partes, ni mucho menos de la menor de edad, se atiene a lo decidido por este Tribunal.

2.2 El señor Fredy Gómez López refirió que en el proceso adelantado se garantizaron todos los derechos a la partes, al punto de que se aplazaron dos diligencias porque la demandada no hizo comparecer a sus testigos y porque “otro testimonio no llegó en la segunda fecha programada”.

Estima inviable refutar a los testigos por el mero hecho de que no recuerden donde vivía la señora Ángela María Triana Gómez. Además para que proceda el alegato referente a un falso testimonio, es necesario aportar las pruebas que acrediten ese hecho.

En cuanto al supuesto fraude procesal y los cuestionamientos a los testimonios, dice, “los argumentos de la defensa fueron igual de pobres como los aquí plateados (sic)…”, sin que haya incurrido en la primera de aquellas conductas ya que en el proceso no se presentó incapacidad alguna para la suspensión de las audiencias.

Agregó que se equivoca la demandante cuando alega que el fallo se sustentó en la manifestación de la menor, pues para adoptar la respectiva decisión se tuvo en cuenta el dictamen pericial rendido por psicóloga clínica; no entiende la razón por la cual el abogado de la peticionaria reprocha el hecho de que se le haya impedido asistir a la entrevista de la niña, cuando debe saber que se realiza por la trabajadora social del juzgado, el Defensor de Familia y el juez, sin la presencia de los padres o sus abogados para evitar que la menor se intimide.

En momento alguno se lesionaron los derechos de la menor ya que el funcionario accionado estuvo atento a su protección, al punto de que una vez terminada la entrevista y teniendo en cuenta el estado emocional de la niña, procedió a concederle la custodia provisional; en ningún aparte de la sentencia se prohibió que la madre viera a la menor, al contrario al momento de la entrega provisional se determinó el régimen de visitas a favor de la accionante; en la actualidad Lunna Gómez Triana disfruta de excelentes condiciones de vida.

2.3 El Procurador 21 Judicial II de Infancia, Adolescencia y Familia se pronunció para manifestar que en este caso se cumplen los requisitos generales para la procedencia de la tutela pues al estar de por medio derechos de un menor el asunto tiene relevancia constitucional, no cabe recurso alguno contra la decisión atacada ya que se produjo en un proceso de única instancia, se cumple el requisito de la inmediatez y no se trata de tutela contra tutela.

En cuanto a los requisitos específicos, luego de hacer un recuento de las actuaciones procesales, concluyó que el funcionario accionado no resolvió sobre las tachas de sospecha presentadas por la apoderada del allí demandante, razón por la cual se dejó de establecer con claridad su valor probatorio y su incidencia en la decisión; se omitió correr traslado a las partes del informe presentado por la asistente social del despacho y del concepto rendido por la psicóloga clínica de conformidad con lo ordenado por el inciso 4º del parágrafo 4º del artículo 493 del Código de Procedimiento Civil; el despacho solo sustentó el fallo en la entrevista de la niña y en informe pericial de la psicóloga clínica, a pesar de haber otras pruebas documentales y testimoniales, que ha debido valorar conforme al artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, lo que genera un defecto fáctico por análisis probatorio insuficiente.

Solicita se conceda el amparo solicitado, se deje sin efectos la sentencia atacada, se ordene al juzgado accionado convocar a una nueva audiencia en la que se corra traslado de aquellas pruebas documentales y que en el fallo sustitutivo se decidan las tachas formuladas y se efectúe un análisis completo de las pruebas recaudadas.

3. La Defensoría de Familia guardó silencio.

**C O N S I D E R A C I O N E S**

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 Política, 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. Corresponde a esta Sala decidir, en primer lugar, si procede la tutela contra la decisión de conceder la custodia y el cuidado personal de la menor Lunna Gómez Triana a su progenitor y solo de ser afirmativa esa respuesta, se analizará si con esa determinación la autoridad judicial demandada lesionó derecho algún derecho fundamental que sea menester proteger.

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, enseñó inicialmente que el amparo resultaba procedente cuando se incurría en vía de hecho, concepto que ha desarrollado a lo largo de su jurisprudencia hasta sintetizar los requisitos generales y las causales específicas de procedencia de la solicitud de amparo frente a esa clase de decisiones.

Así entonces ha enlistado como condiciones generales de procedencia, que deben ser examinadas antes de pasar al análisis de las causales específicas, las siguientes:  “*(i) Que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional; (…) (ii) Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable;(…) (iii) Que se cumpla con el requisito de la inmediatez;(…) (iv) Que, tratándose de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. (…) (v) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible;(…) y (vi) Que no se trate de sentencias de tutela (…)*”[[1]](#footnote-1).

Superado ese primer análisis, la Corte ha identificado como causales específicas de procedencia de la acción, las siguientes*: “7.1.- Defecto orgánico: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia. 7.2.- Defecto procedimental absoluto: surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley. 7.3.- Defecto fáctico: se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión, o cuando se desconocen pruebas que afectarían el sentido del fallo. 7.4.- Defecto material o sustantivo: tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión, cuando se deja de aplicar una norma exigible para el caso o cuando se otorga a la norma jurídica un sentido que no tiene. 7.5.- El error inducido: acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales. 7.6.- Decisión sin motivación: se presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan. 7.7.- Desconocimiento del precedente: se configura cuando por vía judicial se ha fijado un alcance sobre determinado tema, y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida. En estos eventos, la acción de tutela busca garantizar la eficacia jurídica del derecho fundamental a la igualdad. 7.8.- Violación directa de la Constitución que se deriva del principio de supremacía de la Constitución, el cual reconoce a la Carta Política como un supuesto plenamente vinculante y con fuerza normativa”[[2]](#footnote-2).*

4. 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, de igual forma se ha puesto en entredicho el derecho al debido proceso; b) la sentencia en la que la actora encuentra vulnerados los derechos cuya protección 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 13 de febrero pasado y d) no se controvierte una sentencia dictada en proceso de tutela.

5. De acuerdo con los hechos relatados en el escrito por medio del cual se formuló la acción, encuentra la demandante lesionados los derechos cuya protección invoca, en la circunstancia de que la sentencia proferida se fundamentó en la manifestación que hizo la niña, en el sentido de que le gusta vivir con el papá, sin que esa frase sea “*textual porque no estuvieron presentes con la menor la señora madre”* y su apoderado; se aportaron copias de comunicaciones de la menor, en la que indica a su mamá que desea vivir con ella y los testigos presentados por el señor Fredy Gómez López incurrieron en falso testimonio, de lo que se informó al juzgado, sin respuesta alguna.

En tales condiciones, corresponde a la Sala analizar si el juzgado accionado incurrió en un defecto fáctico, respecto del cual ha dicho la Corte Constitucional:

“44. El defecto fáctico se produce cuando el juez toma una decisión sin que se encuentren plenamente comprobados los hechos que legalmente la determinan, como consecuencia de una omisión en el decreto o valoración de las pruebas, la valoración irrazonable o contra evidente de los medios probatorios, o la suposición de pruebas.

Este defecto puede darse tanto en una dimensión positiva, que comprende los supuestos de *valoración contra evidente o irrazonable de las pruebas*yla *fundamentación de una decisión en pruebas ineptas para ello,* como en una dimensión negativa, relacionada con la *omisión en la valoración de una prueba determinante* o *en el decreto de pruebas de carácter esencial*.

45. La intervención del juez constitucional en el escenario de la valoración de las pruebas es excepcional. En ese sentido, la Corte Constitucional ha explicado que en la valoración de las pruebas la independencia del juez alcanza su máxima expresión, como observancia de los principios de autonomía judicial, juez natural e inmediación, que impiden al juez constitucional realizar un nuevo examen del material probatorio como si se tratara de una instancia judicial adicional (Al respecto, ver la sentencia T-055 de 1997).

 …

46. Ahora bien, el respeto por las decisiones del juez natural se asegura mediante las reglas especiales de análisis que la Corte ha desarrollado cuando se trata de constatar la existencia de un defecto fáctico, como causal de procedencia de la acción.

47.1. En primer lugar, y como ocurre con cualquiera de las causales de procedencia de la acción, debe indagar si el defecto alegado tiene incidencia en el respeto, vigencia y eficacia de los derechos fundamentales. De no ser así, la posibilidad de controlar errores fácticos debe mantenerse en el marco de los recursos de la legalidad, y no en el ámbito de la acción de tutela, cuyo sentido y razón de ser es la defensa de los derechos superiores de la Constitución Política.

47.2. En segundo término, las diferencias de valoración en la apreciación de las pruebas no constituyen defecto fáctico…

47.3. En tercer término, para que la tutela resulte procedente por la configuración de un defecto fáctico, “*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*”[[3]](#footnote-3)…

48. En resumen, el defecto fáctico es tal vez la causal más restringida de procedencia de la tutela contra providencia judicial. La independencia y autonomía de los jueces cobran especial intensidad en el ámbito de la valoración de las pruebas; el principio de inmediación sugiere que el juez natural está en mejores condiciones que el constitucional para apreciar adecuadamente el material probatorio por su interacción directa con el mismo; el amplio alcance de los derechos de defensa y contradicción dentro de los procesos ordinarios, en fin, imponen al juez de tutela una actitud de respeto y deferencia por las opciones valorativas que asumen los jueces en ejercicio de sus competencias funcionales regulares.”[[4]](#footnote-4)

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.

6. 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.

…

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”[[5]](#footnote-5)…”[[6]](#footnote-6).

Y en relación a la opinión del niño en asuntos de familia que lo involucren, ha dicho la misma corporación:

“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”.

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.”[[7]](#footnote-7)

7. De acuerdo con las jurisprudencias citadas, los funcionarios judiciales, en asuntos como aquellos en que estén de por medio derechos de los niños están 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.

8. En la sentencia proferida[[8]](#footnote-8), en la que encuentra la demandante lesionados sus derechos fundamentales y la de su hija Lunna Gómez Triana, empezó el funcionario demandado por resaltar la importancia de escuchar a los menores en los asuntos que involucren sus derechos, de conformidad con el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia que transcribió. Luego indicó: *“Pues bien, siguiendo ese precepto, la menor, para ese entonces con 9 años de edad, fue escuchada, en la que manifestó su intención de vivir con su progenitor y no seguir viviendo con su progenitora por dificultades que se habían venido presentando. En esa oportunidad y ante la petición de la Defensora de Familia de que se tuviera en cuenta la petición que la menor había realizado, en el sentido de irse a vivir con el padre, el despacho, en su interés superior, la dejó provisionalmente bajo el cuidado de éste (sic), mientras se resolvía. Luego, para determinar si ese querer había sido manipulado por su progenitor, oficiosamente se decretó una prueba pericial, realizada por una psicóloga clínica, en la que después de haber realizados (sic) las valoraciones pertinentes, concluyó “que la menor no ha sido manipulada por ninguno de sus progenitores para tomar alguna decisión respecto a su domicilio, teniendo en cuenta que adicionalmente ha manifestado no tener claridad sobre la situación y que por el momento prefiere quedarse en casa de su padre”. Recomienda que “por el momento se considera necesario que Luna permanezca al lado de su padre FREDY y hermana MARIA (sic) ALEJANDRA, con quienes ha manifestado reiteradamente tener una agradable y cómo (sic) relación familiar en la que además incluye a la esposa de su padre”. Pues bien, siguiendo el texto legal transcrito, no existiendo manipulación por parte del demandante, para que su hija hubiera manifestado, que su intención es la vivir en la casa de éste (sic), dada su edad y las condiciones mentales en que la encontró el perito, su opinión deberá ser tenida en cuenta, porque además de quiere vivir con su padre, éste (sic) tiene un hogar bien constituido que comparte en compañía de la hermana mayor de Lunna, María Alejandra, por lo que su estadía allí, representa estar en un buen hogar, que por sus bondades está destinado a brindarle buena formación para su desarrollo integral, sin que esto quiera indicar, que en casa de su progenitora, la menor no pudiese alcanzar ese objetivo, porque tiene méritos para tener su cuidado, simplemente, hay un hogar, con buenos principios morales, donde sus integrantes se encuentran identificados por la menor, hasta el punto ella de querer ser un miembro más de la familia, por todo lo que encuentra allí. Extraerla de ese entorno, no resulta razonable, porque es donde quiere estar y encuentra garantizados sus derechos”.*

Luego de tales manifestaciones, expresó el juzgado que prescindirá de valorar la prueba documental y testimonial *“porque se tonarían intrascendentes. Habida cuenta de que todas apuntan, que ambos padres son aptos para tener el cuidado de su hija, y sobre eso no hay discusión, solo que por mandato legal, tuvo que tenerse en cuenta la opinión de la menor, la que finalmente termina inclinando la balanza en las aspiraciones de cada uno por tener su cuidado”.*

Y con fundamento en esos argumentos, decidió dejar a la menor Lunna Gómez Triana bajo la custodia del padre; además indicó que la madre tiene el régimen de visitas establecido cuando se resolvió sobre la custodia y cuidado personal.

En la entrevista realizada a la menor Lunna Gómez Triana, en que se fundamentó el fallo, con la presencia del Defensor de Familia del ICBF y de a Asistente Social adscrita al despacho, indicó la niña que vive con la mamá y se siente bien con ella, pero también quiere vivir con el papá, *“yo me quiero ir a la casa de él, porque allá está mi hermanita que se llama MARIA (sic) ALEJANDRA GÓMEZ TRIANA, ella tiene 15 años, mi hermana me pone cuidado. Quiero salir de acá con mi papá, esto lo he pensado desde que se fue mi hermana a vivir con el papá, no le he podido decir a mi mamá porque me da miedo que me regañe, no le he comentado nada, una vez le quise decir y mi mamá me dijo que volviera el domingo. Con mi papá quiero vivir porque él me saca a viajar, es que mi mamá me dice cosas de mi papá, que es un hijueputa (sic) y mi papá no dice nada de mi mamá.”* Al preguntársele porque no quería vivir con la mamá, dijo que ella la regaña mucho, “*porque ella me dice mucho de cómo me siento, porque hablo tan duro, que porque no hago caso”* y que con ella quiere estar cada quince días, pero vivir con el papá. *“Quiero irme ahora con mi papá”*, salir de ese acto con él, sin ver a la mamá.

De tal entrevista se dio traslado a las partes. Intervino el Defensor de Familia para reiterar la petición que hizo la niña y solicitó se respetara su derecho, haciendo claridad que no se observó que en el relato de la menor estuviera dirigido por alguno de sus padres, y por el contrario, se observó espontáneo. El demandante solicitó se accediera a la petición de la pequeña. El apoderado de la demandada afirmó que los derechos de la menor no están siendo violados, y aunque el Defensor de Familia dijo que dio versiones espontáneas, se trata de una preadolescente en etapa de formación y fácilmente impresionable; paso el fin de semana con el papá y tuvo oportunidad de alagarla y hablarle sobre la audiencia. Solicitó se deje la decisión para cuando se resuelva de fondo la cuestión.

Antes de decidir, nuevamente el juez escuchó a la menor con el fin de ratificar su deseo de salir de la audiencia en compañía de su padre, para vivir en el hogar de él, mientras se toma la decisión definitiva y nuevamente expresó: “*Si señor, quiero poder vivir con mi papá y visitar a mi mamá cada quince días. Ese es mi querer.”*

Al final de la audiencia, decidió el juzgado, conceder provisionalmente la custodia y cuidado personal de la niña Lunna Gómez Triana al padre y reguló visitas para la madre, decisión que no fue recurrida.

9. De acuerdo con la jurisprudencia ya transcrita, el defecto fáctico se produce por omisión cuando sin razón justificada el juez se niega a dar por probado un hecho que aparece claramente demostrado en el proceso, o por acción, cuando a pesar de que las pruebas reposan en el proceso, las interpreta de manera errada o las valora no obstante ser ilegales o indebidamente practicadas o recaudadas.

En virtud del principio de la autonomía e independencia judicial consagrado por el artículo 228 de la Constitución Nacional, el juez goza de un amplio margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas. Sin embargo esa facultad no puede confundirse con arbitrariedad, porque encuentra límites en la misma carta fundamental y en las normas de procedimiento que consagran pautas obligatorias al valorarlas.

Pero para la prosperidad de la acción de tutela por defecto fáctico contra una providencia en firme, se requiere que el error en la apreciación probatoria, *“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, según las reglas generales de competencia”*[[9]](#footnote-9).

Surge de lo hasta aquí expuesto, que el funcionario accionado, en la sentencia proferida, para conceder la custodia y el cuidado personal de la menor Lunna Gómez Triana a su progenitor, se fundamentó en la entrevista que se hizo a la pequeña, acompañada por el Defensor de Familia y la Asistente Social del Juzgado, de la que se dio traslado a las partes, en la que expresó su deseo de vivir con el progenitor, sin que fuera manipulada para adoptar esa decisión y teniendo en cuenta además que ambos padres son aptos para asumir la custodia controvertida.

Esa valoración probatoria no puede tacharse de caprichosa, es decir, que obedezca a la mera voluntad del Juzgado accionado, pues se insiste, en razón a que ambos padres son idóneos para asumir el cuidado personal de la menor, inclinó la balanza de acuerdo con el deseo de la menor, evidenciado en la etapa probatoria del proceso, de vivir con su padre y hermana, también menor de edad.

Y en esas condiciones, se considera justificada la decisión del funcionario accionado de no analizar la prueba documental y testimonial incorporada al proceso, pues como lo explicó, fundamento su decisión en la opinión de la menor Lunna y en la circunstancia de ser ambos progenitores aptos para asumir su custodia.

De manera pues, que el hecho de que no haya analizado lo relacionado con la falsedad de los testimonios escuchados a instancias del demandante y los documentos a que alude la accionante, en nada afectarían la decisión efectivamente adoptada.

Por tal razón, tampoco acoge la Sala los argumentos del representante del Ministerio Público que considera debe concederse el amparo solicitado con fundamento en que de algunas pruebas practicadas no se dio traslado a las partes, asunto que por demás no planteó la actora en la demanda de tutela y respecto del cual tampoco tuvo oportunidad de ejercer su defensa el funcionario demandado.

En conclusión, no se vislumbra situación excepcional en su análisis que justifique la intervención del juez constitucional, toda vez que la conclusión a que sobre el punto llegó no se torna antojadiza, ni contraria al ordenamiento constitucional.

10. Alegó también la accionante que en la demanda propuesta por el señor Fredy Gómez no se consignaron las causales específicas para despojarla del cuidado de su hija y se plantearon unas situaciones que refutó al responder la demanda. Aquella circunstancia, sin embargo, no justifica conceder el amparo solicitado, pues no fue puesta en conocimiento del juzgado para obtener al respecto algún pronunciamiento, o por lo menos, cosa diferente no se acreditó. Lo mismo puede decirse en relación con el supuesto fraude procesal que endilga al señor Fredy Gómez, por asuntos que no guardan relación con la custodia de la menor Lunna.

11. Lo relacionado con la falta de comunicación con su hija, si es que en ello tiene responsabilidad el padre, debe ser puesto en conocimiento de las autoridades competentes para que impongan las sanciones del caso, y si es que el juez que conoció del proceso ha dejado de pronunciarse sobre alguna solicitud que en tal sentido haya elevado la aquí accionante, lo que no está probado en el proceso, deberá requerirlo para que se pronuncie.

12. La sentencia de este Tribunal que se trae como sustento a la solicitud de amparo no tiene aplicación en este caso concreto, en el que el juzgado accionado no valoró la opinión de los menores, en la entrevista realizada, para definir lo relacionado con su custodia.

13. Antes de terminar, considera la Sala necesario precisar que la decisión que adoptada por el juzgado demandado solo hace tránsito a cosa juzgada formal porque se pronunció sobre aspecto susceptible de modificación mediante proceso posterior, de acuerdo con el numeral 2° del artículo 333 del Código de Procedimiento Civil que enlista entre las sentencias que no constituyen cosa juzgada, las que deciden situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior, por autorización expresa de la ley, y teniendo en cuenta que el artículo 259 del Código Civil, dice: *“Las resoluciones del juez, bajo los respectos indicados en los artículos anteriores[[10]](#footnote-10), se revocarán por la cesación de la causa que haya dado motivo a ellas, y podrán también modificarse o revocarse por el juez en todo caso y tiempo, si sobreviene motivo justo”.*

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO:** Se niega la acción de tutela propuesta por Leydy Johanna Calle Grisales, por intermedio de apoderado, en nombre propio y en representación de su menor hija Lunna Gómez Triana, contra el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, a la que fueron vinculados el señor Fredy Gómez López, la Defensoría de Familia y el Procurador 21 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de Pereira.

**SEGUNDO:** Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO:** De no ser impugnada esta decisión, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**(en uso de permiso)**

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Sentencia T-307 de 2015 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia SU-241 de 2015 [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-008 de 1998 y T-636 de 2006. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia SU-222 de 2016 [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional. Sentencia T-1275 de 29008, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-276 de 2012 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 2 a 5 cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencias T-567 de 1998, T-636 de 2006, T-130 de 2009 y T-104 de 2014, entre otras. [↑](#footnote-ref-9)
10. Que hacen referencia al cuidado de los hijos menores. [↑](#footnote-ref-10)