El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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 – 27 de octubre de 2017

Proceso: Acción de Tutela – Concede

Radicación Nro.: 66001-22-13-000-2017-01146-00

Accionante: La señora YOR, en nombre propio y en el de su hijo menor ÁDGO

Accionado: Dirección de Sanidad de la Policía Nacional Seccional Risaralda, a la que fue vinculada la Dirección Nacional de Sanidad de la Policía Nacional.

Magistrado Ponente: CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS

**Temas: CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / NO SE DIO TRASLADO DE PRUEBA TESTIMONIAL / DEFECTO FACTICO / CONCEDE –** Luego de los alegatos, se profirió sentencia por medio de la cual se resolvió: a) conceder permiso temporal al menor ÁDGO para que salga del país a visitar a su progenitora, durante la época de vacaciones escolares; b) negar el permiso para que fije en Chile su residencia; c) otorgar la custodia y cuidado personal del niño al padre; d) continuar la madre con el pago de la cuota alimentaria previamente determinada y e) fijar el régimen de visitas.

(…)

Surge de lo anterior que en la audiencia de instrucción y juzgamiento, la funcionaria accionada entrevistó al menor ÁDGO en forma privada, con la presencia exclusiva del Defensor de Familia y de la Asistente Social del despacho, luego de lo cual y sin correr traslado a las partes de esa prueba, continuó con el trámite del proceso hasta dictar sentencia.

Es decir, como lo alega la demandante, no otorgó a las partes la oportunidad de controvertir esa prueba y en consecuencia, concluye la Sala que es nula de pleno derecho, porque se practicó con violación al debido proceso, de acuerdo con el último inciso del artículo 29 de la Constitución Nacional.

La funcionaria demandada, al responder el requerimiento efectuado por esta Sala, expresó que en desarrollo de la audiencia, precisamente a partir del minuto 45 del video número 2 y antes de dictar la sentencia, la entrevista del menor fue puesta en conocimiento de las partes, sin que ninguna de estas hubiere manifestado reparo alguno frente a esa prueba.

Sin embargo, la oportunidad a que hace referencia, corresponde a aquella en la estaba dictando el fallo y analizando tal entrevista, pues esa providencia comenzó a proferirla desde el minuto 38 de la respectiva grabación.

La oportunidad para controvertir la prueba ha debido ser otorgada en la etapa probatoria y antes de comenzar la de los alegatos, o por lo menos, previo a la sentencia en la que definió la cuestión, sin que la circunstancia anotada en esta última providencia, en el sentido de que el acta respectiva sería anexada “a la audiencia”, satisfaga el presupuesto de contradicción echado de menos.

Tampoco puede considerarse superada la cuestión por el hecho de que la jueza accionada haya ejercido control de legalidad sobre el proceso, antes de la sentencia, sin objeción alguna de las partes, porque, se reitera, la prueba de que se trata se obtuvo con violación al debido proceso y por tanto, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Nacional, es nula de pleno derecho; por ende, el vicio de que adolece no puede ser objeto de saneamiento.

Se produjo entonces un defecto fáctico que justifica conceder el amparo constitucional porque quien acude a la administración de justicia en procura de obtener la definición de un conflicto, tiene derecho a controvertir las pruebas practicadas, como garantía del derecho al debido proceso y a la defensa.

En consecuencia, se dejará sin efecto la sentencia proferida por el Juzgado Tercero de Familia el 18 de julio de este año, en el proceso tantas veces citado y se ordenará a la titular de ese despacho que dentro de los quince días siguientes a la notificación de esta providencia, realice nueva audiencia en la que ha de correr traslado a las partes de la entrevista que rindió el menor y dictar nuevo fallo.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, octubre veintisiete (27) de dos mil diecisiete (2017)

Acta No. 565 del 27 de octubre de 2017

Expediente 66001-22-13-000-2017-01146-00

Se decide en primera instancia la acción de tutela de la referencia, promovida por la señora YOR, en nombre propio y en el de su hijo menor ÁDGO, contra el Juzgado Tercero de Familia de Pereira, a la que fueron vinculados el señor Carlos Julio Gómez Ríos, 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 la demandante los hechos que admiten el siguiente resumen:

1.1 Por sentencia del 18 de julio de este año, la señora Jueza Tercera de Familia de esta ciudad decidió negar el “permiso para residir en otro país – permiso para salir del país” solicitado por ella, a favor de su hijo ÁDGO.

1.2 Dentro de las pruebas que se recaudaron en el proceso, se encuentran la entrevista del menor, practicada de forma privada y en presencia del Defensor de Familia y de la Asistenta Social del despacho, “procedimiento frente al cual no tengo ningún reparo”, y otras solicitadas por ambas partes, unas de estas con cuales se pretendía poner en duda la idoneidad paterna del señor Carlos Julio Gómez Ríos, pues en sendas ocasiones fue demandado por inasistencia alimentaria, al punto de que se llegó un acuerdo ante la Fiscalía General de la Nación por las cuotas alimentarias atrasadas, compromiso que deberá cumplir el día 30 de diciembre próximo.

1.3 Sin embargo, para resolver el asunto, el juzgado accionado solo tuvo en cuenta la versión del niño, quien por razones de su edad, siete años, carece de la madurez mental para decidir sobre su futuro. Si bien en este tipo de procesos resulta necesario escuchar la opinión del menor, se ha debido establecer con profesional en psicología si tiene la capacidad de adoptar tan trascendental determinación, pues, según la experiencia, los infantes de esa edad son altamente influenciables, tanto así que en este caso su hijo manifestó que la había conocido en Chile cuando tenía cinco años, a pesar de que está demostrado que lo ha tenido bajo su custodia y cuidado desde cuando nació. En consecuencia y como ningún argumento se esgrimió en contra suya para negarle sus pretensiones, la funcionaria demandada debía apartarse del dicho del menor “y tomar una decisión de fondo con las pruebas que allí se encontraban”.

1.4 En relación con esa prueba, dijo además que no se corrió el traslado correspondiente y que de su contenido solo vinieron las partes a enterarse al momento del fallo, es decir se les impidió controvertirla.

1.5 Si bien en este momento el menor se encuentra bajo el cuidado de su padre y de la compañera permanente de este, “no es lo mismo o por lo menos para nuestros hijos que los cuide y proteja directamente su progenitora a… una tercera persona”.

1.6 Su único deseo es llevar a su hijo a residir en Chile, lugar donde tiene su compañero permanente y otra hija, en el que le puede garantizar sus derechos fundamentales, y al padre, las visitas a las que tiene derecho.

1.7 Estima que la acción de tutela es procedente en este caso ya que: a) el asunto tiene relevancia constitucional al involucrar no solo el debido proceso sino el interés superior del niño; b) el fallo que reprocha se profirió en proceso de única instancia y por tal motivo contra esa decisión no procede recurso alguno; c) se cumple el requisito de la inmediatez y d) la irregularidad alegada tiene un efecto definitivo sobre la decisión adoptada por el juzgado accionado.

2. Considera lesionado su derecho al debido proceso y para su protección solicita que antes de analizar la versión de su hijo, se determine por psicólogo de la lista de auxiliares de la justicia o uno adscrito al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, si se encuentra en condiciones de tomar la decisión que adoptó en este caso; de no estarlo, se deje sin efecto el fallo proferido por el juzgado accionado el 18 de julio de 2017, excluyéndose la entrevista del niño y se defina la cuestión tomando en cuenta las restantes pruebas que fueron recaudadas y en el evento de que se “resuelva que la prueba `entrevista del niño´ debe permanecer, se someta a la contradicción, por haber sido omitido dicho procedimiento en audiencia”.

**ACTUACIÓN PROCESAL**

1. Mediante proveído del 13 de octubre último se admitió la tutela y se ordenó vincular al señor Carlos Julio Gómez Ríos, 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 Procurador 21 Judicial II de Infancia, Adolescencia y Familia se pronunció para manifestar inicialmente que sobre los mismos hechos ya se había interpuesto una anterior acción de tutela, la cual fue decidida mediante sentencia del 11 de septiembre pasado, proferida por esta Sala, en la que se determinó que la abogada que la promovió carecía de legitimación para representar los derechos de la señora YOR. Sin embargo, como la presente la promovió la directa interesada, no se trata de la misma acción de tutela.

Luego indicó 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 y la garantía al debido proceso, 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, las irregularidades invocadas son decisivas en el fallo reprochado 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 la funcionaria accionada no incurrió en defecto alguno como quiera que atendió su obligación de escuchar al niño en el proceso y su opinión fue tenida en cuenta para definir el asunto. Además, ninguna norma obliga a que el menor deba ser valorado por psicólogo, prueba que de todas formas pudo haber sido incorporada por la parte demandante, y basta con que la autoridad judicial respectiva examine si el niño cuenta con un juicio propio y claridad de los hechos, circunstancia que sí fue valorada en este caso. De otro lado, dijo que, contrario a lo alegado por la actora, las demás pruebas sí fueron analizadas y que respecto al traslado de la entrevista al menor, que esta probanza fue anunciada y practicada en audiencia, sin que las partes, al concederles el uso de la palabra para pronunciarse sobre el control de legalidad de la etapa probatoria, alegaran irregularidad alguna de la actuación.

2.2 La titular del juzgado accionado manifestó que en el proceso objeto del amparo se respetaron los derechos fundamentales de las partes, al igual que en la sentencia que lo definió, la que se adoptó de conformidad con los principios de autonomía judicial y sana crítica y con fundamento en una valoración crítica de las pruebas.

Calificó de temeraria la afirmación de la parte actora acerca de que se omitió correr traslado de la entrevista del menor, pues esta se llevó a cabo en audiencia, ante el Defensor de Familia y la Trabajadora Social del despacho y fue puesta en conocimiento de las partes antes de proferir la decisión, sin que su apoderada advirtiera reparo alguno al respecto. De igual forma, tal medio de prueba, que no fue el único en que se sustentó el fallo, fue decretado por auto del 26 de abril de este año, el cual dejó de ser recurrido, ni se solicitó la práctica del examen psicológico, valoración que no se consideró necesaria pues el niño no presenta dificultad para darse a entender y estuvo asistido en la diligencia por los funcionarios ya citados.

En relación a la falta de idoneidad del padre respecto al cuidado de su hijo, que se pretende hacer notar en la tutela, dijo que esta circunstancia no fue alegada dentro de la audiencia de juzgamiento, pero, de todas formas, quedó acreditado que la supuesta inasistencia alimentaria en que el citado señor incurrió, tuvo lugar hace más de cinco años, que en el transcurso en que él no pudo cumplir esa obligación su familia la asumió, que en este momento el menor está bajo su custodia y protección y que la denuncia que se quiere hacer valer por esa situación, fue interpuesta dos meses después de haber finalizado el proceso de permiso de salida del país y que también se determinó que ambos padres son aptos para proteger al niño.

Solicita se declare la improcedencia del amparo.

2.3 El señor Carlos Julio Gómez Ríos solicitó declarar improcedente el amparo, en razón a que no se satisfacen los requisitos generales de procedencia de la acción constitucional, ni los específicos. Alega que la acción de tutela no constituye una vía alterna para cuestionar una providencia judicial, máxime cuando, como en este caso, se pretende su revocatoria porque fue contraria a los intereses de la parte actora. Además, que la determinación adoptada por la funcionaria accionada se sustentó en una valoración integral de las pruebas, en la comprobada buena relación entre el padre e hijo y el arraigo familiar de este último.

Por otra parte, indicó que la accionante ya había acudido a esta vía para invocar similares pretensiones a las ahora propuestas.

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 en este caso se presentó el fenómeno de la duplicidad de acciones de tutela que justifique la declaratoria de cosa juzgada; de ser negativa esa respuesta, se establecerá si procede la tutela contra la sentencia que negó el permiso de residencia en otro país solicitada por la actora a favor de su hijo y en caso positivo, si con esa determinación la autoridad judicial demandada lesionó algún derecho fundamental que sea menester proteger.

3. Está probado en el plenario que el pasado 29 de agosto, la apoderada que representó a la aquí demandante en el proceso en el que encuentra lesionados sus derechos, formuló acción de tutela contra el Juzgado Tercero de Familia local para obtener se protegieran los derechos fundamentales de su representada y de su hijo y pidió que antes de valorar la entrevista que este último rindió, se determine por la especialidad de psicología si tiene la capacidad de tomar la decisión que adoptó; en caso negativo, dejar sin efecto el fallo dictado, se excluya la prueba de la entrevista del niño y se defina la cuestión de conformidad con el material probatorio restante.

Como sustento de tales súplicas, en breve síntesis, dijo que el juzgado demandado no accedió a la pretensión de “permiso para residir en otro país – permiso para salir del país” solicitado en nombre del niño ÁDGO, con sustento en el dicho del menor, quien por su edad es altamente influenciable y a pesar de ello no fue sometido a una valoración psicológica. Además se dejaron de analizar las otras pruebas, entre las cuales se encontraban unas que desdicen de la idoneidad del padre respecto del cuidado de su hijo, y ningún argumento se esgrimió para negar las pretensiones[[1]](#footnote-1).

Esta Sala, con ponencia del Magistrado Edder Jimmy Sánchez Calambás, decidió declarar improcedente el amparo porque la apoderada de la señora YOR en el citado proceso de familia, carece de legitimación para instaurar acción de tutela en su nombre y aunque aquella dijo actuar como su agente oficiosa, dejó de expresar hecho alguno del que pueda deducirse que la citada señora se encuentre impedida para ejercer su propia defensa, sin que el hecho de residir en otro país justifique su intervención[[2]](#footnote-2), providencia que no fue impugnada y el proceso se remitió a la Corte Constitucional para su eventual revisión[[3]](#footnote-3).

Surge de tales pruebas, como primera conclusión, que en este caso no se presenta el fenómeno de la cosa juzgada, pues aunque se acreditó que ya se había presentado una acción de amparo con fundamento en similares hechos y pretensiones, se formuló por la profesional del derecho que representó a la ahora demandante en el proceso ya referido, sin poder otorgado por la última y por ello, se declaró su falta de legitimación en la causa, sin que se hubiese definido de fondo la cuestión puesta en conocimiento del juez constitucional.

De esa manera las cosas, se resolverán los demás problemas jurídicos planteados.

4. 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 (…)*”[[4]](#footnote-4).

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”[[5]](#footnote-5).*

5. Se encuentran satisfechos los 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 18 de julio pasado; d) las irregularidades alegadas tienen directa incidencia en la decisión atacada; e) se identificaron los hechos generadores de la vulneración y f) no se controvierte una sentencia dictada en proceso de tutela.

6. En cuanto a los requisitos específicos de procedibilidad, considera la demandante que el juzgado accionado incurrió en irregularidad al no valorar de forma íntegra las pruebas incorporadas al expediente y decidir únicamente con sustento en la entrevista del menor, quien dejó de ser sometido a examen psicólogo sobre su madurez mental. Además, porque de tal entrevista se omitió correr traslado a las partes para que ejercieran su derecho de contradicción.

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:

“5.7.1. Conforme a lo expuesto en las consideraciones generales, anunciadas en precedencia, se resaltó, en cuanto al defecto fáctico que este surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso.

5.7.1.1. La jurisprudencia constitucional ha establecido que las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria; (ii) o por vía de una acción positiva, como puede ser la errada interpretación de las pruebas allegadas al proceso, o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, presentándose, en el primer caso, un defecto por interpretación errónea, y en el segundo, un defecto por ineptitud e ilegalidad de la prueba.”[[6]](#footnote-6)

De acuerdo con esa jurisprudencia, se produce entonces la vía de hecho que justifica conceder el amparo constitucional cuando el juez omite la práctica o el análisis de las pruebas, las interpreta de forma errónea o valora aquellas que son nulas de pleno derecho. Frente a esto último, aquella misma Corporación expresó:

“El derecho al debido proceso encuentra sustento constitucional en varias normas de la Carta Política, siendo el artículo 29 el que de manera expresa dispone los lineamientos esenciales del mismo. Supone tal derecho, que todas las personas cuentan con unas condiciones sustanciales y procedimentales mínimas con las cuales se garantiza la protección de sus derechos e intereses, así como la efectividad del derecho material.

…

Así, las partes intervinientes en un proceso de orden administrativo o judicial, podrán exponer sus argumentos en defensa de sus intereses, aportar sus pruebas, controvertir las de su contraparte y someterse a la decisión que dicte el juez al finalizar el proceso. Por el contrario, se desconocerá el derecho fundamental al debido proceso, cuando no se permita controvertir las pruebas, o se impida traer nuevas que garanticen la defensa válida de sus intereses y derechos. Caso extremo sería la imposibilidad de ser oído en el proceso, pues ello sería la forma más radical de vulneración del derecho fundamental al debido proceso y de defensa.

…

4.6 Para resolver el presente caso, en las consideraciones de esta sentencia, la Sala señaló que el debido proceso constitucional - art. 29 CN -, aboga por la protección de las garantías esenciales o básicas de cualquier proceso. En criterio de la Corte, tales garantías esenciales debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales, dentro de las cuales el ejercicio del mismo implica el derecho de defensa y contradicción, es decir, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, y finalmente, que es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”[[7]](#footnote-7)

7. Las pruebas incorporadas al expediente, demuestran los siguientes hechos:

7.1 La señora YOR, por intermedio de apoderada, formuló demanda contra el señor Carlos Julio Gómez Ríos con el fin de obtener autorización para trasladar a su hijo común ÁDGO a Chile y fijar allí su residencia[[8]](#footnote-8). Como fundamentos fácticos de la acción narró que el menor siempre estuvo bajo su cuidado y custodia; por razones de índole económica tuvo que emigrar a ese país, donde trasladó al niño hasta cuando por las amenazas del padre, quien dijo que la denunciaría por secuestro, se vio obligada a reintegrarlo, a pesar de que el citado señor no muestra mucho interés en su cuidado, al punto de que existe una cuota alimentaria fijada por la Fiscalía, la que no ha atendido.

7.2 El demandado, por medio de apoderada, dio respuesta a la demanda. Negó que la demandante haya ejercido la custodia y cuidado de su hijo en forma exclusiva y el desinterés que se le endilga y explicó que por el contrario, siempre ha contribuido con sus gastos y en este momento se hace cargo, casi en su totalidad, de su sostenimiento; además, que otorgó permiso para la salida del menor del país de manera temporal y la madre superó el término acordado.

Se opuso a las pretensiones porque la demandante fue quien voluntariamente decidió a emigrar a otro país y por tal razón es el llamado por la ley para ejercer el cuidado y la custodia de su hijo, quien le manifestó su deseo de quedarse a vivir en Colombia. Agregó que nunca ha prohibido que el menor y su progenitora tengan contacto[[9]](#footnote-9).

7.3 El 18 de julio de este año, el Juzgado Tercero de Familia, al cual correspondió el proceso, llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 373 del Código General del Proceso, la que se desarrolló de la siguiente manera[[10]](#footnote-10):

7.3.1 Luego de fijado el litigio, la funcionaria procedió a realizar la entrevista privada al menor, en presencia únicamente del Defensor de Familia y la Asistente Social del juzgado[[11]](#footnote-11).

7.3.2 Finalizada la citada entrevista, se reinició la audiencia con las partes[[12]](#footnote-12) y sin correrles traslado de esa prueba, se practicaron las demás que fueron decretadas.

7.3.3 Agotada la etapa probatoria, la juez de conocimiento, en ejercicio del control de legalidad, indicó que hasta esa fase no hallaba irregularidad alguna que afectara el trámite, lo cual compartieron las partes[[13]](#footnote-13).

7.3.4 Luego de los alegatos, se profirió sentencia[[14]](#footnote-14) por medio de la cual se resolvió: a) conceder permiso temporal al menor ÁDGO para que salga del país a visitar a su progenitora, durante la época de vacaciones escolares; b) negar el permiso para que fije en Chile su residencia; c) otorgar la custodia y cuidado personal del niño al padre; d) continuar la madre con el pago de la cuota alimentaria previamente determinada y e) fijar el régimen de visitas.

Para así decidir, empezó por indicar que de la entrevista rendida por ÁDGO se evidenció que tiene un desarrollo mental conforme a su edad y contestó con facilidad a las preguntas realizadas; “las preguntas que hizo el Defensor de Familia y la Trabajadora Social de este despacho están reseñadas aquí en esta prueba… que se va a anexar a la audiencia y que nos… sirve como sustento para tomar esta decisión”[[15]](#footnote-15). Respecto al contenido de esa prueba, dijo que el menor manifestó que con ambos padres se siente bien, aunque fue claro en decir que su deseo era visitar a su mamá, mas no vivir con ella sino con su padre, ya que aquí están sus familiares y que la compañera permanente de su papá lo trata de buena manera, sin que esa afirmación, según apreció, haya sido impuesta por un tercero. Consideró que dicha prueba era suficiente para negar la pretensión de fijar la residencia del menor junto a su progenitora en Chile, ya que es coherente con los testimonios rendidos, de los cuales se puede deducir que ambos padres están en capacidad de cuidar al niño. Concluyó también que como el menor tiene garantizados sus derechos fundamentales al lado de su padre y es en este país en el cual tiene arraigo familiar y cultural, el demandado puede conservar su custodia y cuidado, ello fue declarado de oficio, al igual que la fijación de la cuota alimentaria y el régimen de visitas.

8. Surge de lo anterior que en la audiencia de instrucción y juzgamiento, la funcionaria accionada entrevistó al menor ÁDGO en forma privada, con la presencia exclusiva del Defensor de Familia y de la Asistente Social del despacho, luego de lo cual y sin correr traslado a las partes de esa prueba, continuó con el trámite del proceso hasta dictar sentencia.

Es decir, como lo alega la demandante, no otorgó a las partes la oportunidad de controvertir esa prueba y en consecuencia, concluye la Sala que es nula de pleno derecho, porque se practicó con violación al debido proceso, de acuerdo con el último inciso del artículo 29 de la Constitución Nacional.

La funcionaria demandada, al responder el requerimiento efectuado por esta Sala, expresó que en desarrollo de la audiencia, precisamente a partir del minuto 45 del video número 2 y antes de dictar la sentencia, la entrevista del menor fue puesta en conocimiento de las partes, sin que ninguna de estas hubiere manifestado reparo alguno frente a esa prueba[[16]](#footnote-16).

Sin embargo, la oportunidad a que hace referencia, corresponde a aquella en la estaba dictando el fallo y analizando tal entrevista, pues esa providencia comenzó a proferirla desde el minuto 38 de la respectiva grabación.

La oportunidad para controvertir la prueba ha debido ser otorgada en la etapa probatoria y antes de comenzar la de los alegatos, o por lo menos, previo a la sentencia en la que definió la cuestión, sin que la circunstancia anotada en esta última providencia, en el sentido de que el acta respectiva sería anexada “a la audiencia”, satisfaga el presupuesto de contradicción echado de menos.

Tampoco puede considerarse superada la cuestión por el hecho de que la jueza accionada haya ejercido control de legalidad sobre el proceso, antes de la sentencia, sin objeción alguna de las partes, porque, se reitera, la prueba de que se trata se obtuvo con violación al debido proceso y por tanto, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Nacional, es nula de pleno derecho; por ende, el vicio de que adolece no puede ser objeto de saneamiento.

9. Se produjo entonces un defecto fáctico que justifica conceder el amparo constitucional porque quien acude a la administración de justicia en procura de obtener la definición de un conflicto, tiene derecho a controvertir las pruebas practicadas, como garantía del derecho al debido proceso y a la defensa.

En consecuencia, se dejará sin efecto la sentencia proferida por el Juzgado Tercero de Familia el 18 de julio de este año, en el proceso tantas veces citado y se ordenará a la titular de ese despacho que dentro de los quince días siguientes a la notificación de esta providencia, realice nueva audiencia en la que ha de correr traslado a las partes de la entrevista que rindió el menor y dictar nuevo fallo.

10. En razón a las decisiones que se han de adoptar, se considera la Sala relevada de analizar las demás pretensiones de la demanda ya que lo relacionado a la madurez mental del menor y la exclusión de la entrevista que rindió, podrá ser debatido cuando se corra el traslado de esa prueba a que se ha hecho referencia.

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 concede el amparo solicitado por la señora YOR frente al Juzgado Tercero de Familia de Pereira.

**SEGUNDO:** Se deja sin efecto la sentencia proferida por el Juzgado Tercero de Familia el 18 de julio de este año, en el proceso radicado bajo el No. 66001-31-10-003-2017-00105-00 y se ordena a la titular de ese despacho que dentro de los quince días siguientes a la notificación de esta providencia, realice nueva audiencia en la que ha de correr traslado a las partes de la entrevista que rindió el menor ÁDGO y dictar nuevo fallo.

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

**CUARTO:** 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**

**(Con aclaración de voto)**

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Folios 53 a 55 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 58 a 62 [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver constancia a folio 63 [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-307 de 2015 [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia SU-241 de 2015 [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-018 de 2017 [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-967 de 2008 [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 24 a 28 [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 29 a 35 [↑](#footnote-ref-9)
10. Ver acta de la diligencia a folios 50 y 51 [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 48 y 49 [↑](#footnote-ref-11)
12. En el minuto 9 con 7 segundos de la audiencia registrada en el archivo denominado “17-105” del CD que obra a folio 3 [↑](#footnote-ref-12)
13. Minuto 25 con 19 segundos al 26 con 12 segundos del archivo denominado “17-105-2” del CD que obra a folio 3 [↑](#footnote-ref-13)
14. Escuchar desde el minuto 38 con 11 segundos del archivo denominado “17-105-2” del CD que obra a folio 3 [↑](#footnote-ref-14)
15. Escuchar desde el minuto 46 con 7 segundos hasta el 46 con 29 segundos del archivo denominado “17-105-2” del CD que obra a folio 3 [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 52 [↑](#footnote-ref-16)