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 – 2ª instancia – 6 de agosto de 2018

Proceso: Acción de Tutela

Radicación Nro. : 66682-31-03-001-2018-00185-01

Accionante: Alba Dory Novoa Pescador

Accionado: Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal

Magistrado Ponente: Claudia María Arcila Ríos

**Temas: DEBIDO PROCESO / VERBAL SUMARIO/ CUSTODIA/ REQUISITOS GENERALES Y ESPECÍFICOS DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD IAFECTADO CON LA DECISIÓN/ FALLO/ SE CONFIGURÓ VÍA DE HECHO/ NO SE VALORÓ LA OPINIÓN DEL MENOR, TAMPOCO SE REALIZÓ VISITA SOCIO-FAMILIAR, NI EL JUZGADO JUSTIFICÓ SU ACTUAR/**  **REVOCA**

De acuerdo con esa jurisprudencia, los funcionarios judiciales, en asuntos 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, para garantizar que es la que mejor satisface ese interés.

(…)

En síntesis, el juzgado accionado, no practicó visita socio-familiar al hogar de la demandada; tampoco tuvo en cuenta la opinión del menor involucrado, ni explicó las razones por las que omitió proceder en tal forma.

En conclusión, los defectos anotados constituyen una “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 solicitó el amparo.

(…)

Como consecuencia de lo anterior, se revocará la decisión de primer grado y en su lugar concederá el amparo deprecado, ordenando dejar sin efecto la sentencia proferida el 18 de enero 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, valore la opinión del menor afectado, practique visita socio-familiar al hogar de la señora Ángela María Gil, y de estimarlo necesario, en el mismo término, podrá ordenar y practicar las pruebas que estime necesarias para resolver el asunto, para que en el término de veinte días, contados también desde la notificación que se le haga de este fallo, dicte una nueva sentencia en la que proceda a analizar las pruebas recaudadas de acuerdo con los parámetros fijados y adopte la determinación que corresponda tomando en cuenta estrictamente el interés superior del menor.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, cuatro (4) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Acta N° 329 de 04-08-2018

Expediente: 66594-31-89-001-**2018-00026-02**

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por el señor ÁLVARO UMELVI HINCAPIÉ, contra el fallo proferido el 21 de junio de 2018, mediante la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía resolvió la acción de tutela promovida por el opugnante frente al JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE QUINCHÍA, a la que fueron vinculados la señora ANGELA MARÍA GIL, la COMISARÍA DE FAMILIA y la PERSONERÍA MUNICIPAL, ambas de Quinchía.

**II. ANTECEDENTES**

1. El actor promovió el amparo constitucional, por considerar que la autoridad judicial accionada vulnera su derecho fundamental al debido proceso.

2. Señaló como sustento de su reclamo, en síntesis, lo siguiente:

2.1. Relata que sostuvo una relación sentimental con la señora ANGELA MARÍA GIL, fruto de la cual nació su hijo Juan Esteban Hincapié Gil, quien quedó bajo el cuidado de su madre.

2.2. La madre del menor no le permitía compartir con el niño, razón por la cual debió acudir a la Comisaría de Familia para la regulación de visitas y fijación de cuota alimentaria.

2.3. Tuvo bajo su cuidado a su hijo durante varios meses, pues según manifestaba quería vivir con él, ya que no estaba conforme con el trato de la madre y su inestabilidad emocional, así como con su núcleo y entorno familiar.

2.4. Acudió ante el Juzgado Promiscuo Municipal a fin de solicitar la custodia y cuidado personal de su hijo, inicialmente requirió un amparo de pobreza para la designación de un abogado, pero según le manifestó el secretario del despacho, podía iniciar el proceso sin necesidad de apoderado y le recibió la demanda de manera verbal.

2.5. El juzgado le dio traslado de la demanda a la demandada y esta solicitó se le nombrara un apoderado en amparo de pobreza, a lo que se procedió, contestando la demanda.

2.6. La primera audiencia se llevó a cabo el 25 de julio de 2017. Ese día se presentó con sus testigos, pero no les recibieron declaración a los mismos, solo le recepcionaron la declaración a la señora ÁNGELA MARÍA GIL, en la cual en ningún momento mencionó hechos de abusos o actos sexuales en contra de una de sus hijas.

2.7. La segunda audiencia fue fijada para el 15 de agosto de 2017, a la cual se hizo presente, y no como dice la señora juez que estuvo en los pasillos pero que no ingresó a la sala, pues acudió a todas las audiencias donde fue citado por el juzgado, ya que era el más interesado en el proceso, pues fue quien promovió la demanda y lo más elemental era estar en todas y cada una de las etapas. Allí, la señora ÁNGELA MARÍA GIL, nuevamente declaró y dijo que él había abusado de una de sus hijas y que nunca le había importado el niño, que iba a visitarlo solo porque le interesaba una de sus hijas.

2.8. Al ver que la demandante tenia abogado y que su estrategia era dañar su nombre y manifestar que había abusado de una de sus hijas; solicitó nuevamente al juzgado que le nombrara un abogado que pudiera ejercer su defensa, solicitud a la que nunca se accedió, sin tenerse en cuenta que habían unas declaraciones muy gravosas en su contra y que estaba en juego la custodia y cuidado personal de su hijo.

2.9. En las siguientes audiencias fueron practicadas las declaraciones de los testigos, tanto de la parte demandante como demandada; en una de ella la señora EIMI YADEI AGUDELO de 18 años de edad aproximadamente, hija de la demandada, declaró que había sido víctima de abuso sexual al igual que su hermana ANGIE JHOANA AGUDELO; la Juez Promiscuo Municipal de Quinchía, ordenó que su hijo provisionalmente se ubicara con su madre ÁNGELA MARÍA GIL, pero no tuvo en cuenta el riesgo que corría, al no haberse hecho una visita previa y determinar las condiciones socioeconómicas de esta; y, sin tener en cuenta las declaraciones que rindieron los otros testigos, quienes bajo la gravedad del juramento dieron a conocer el estado de abandono que ha tenido la señora ÁNGELA MARÍA GIL, no solo para con su hijo, sino con sus demás hijas, prueba de ello es que han quedado en estado de gestación siendo menores de 14 años y nunca instauró denuncia en contra de las personas responsables.

2.10. En el concepto de visita socio familiar practicada en su vivienda, no se evidenció riesgo alguno ni situaciones para que la que señora juez tomara una medida cautelar, la que confirmó en su fallo definitivo; además aduce que cuenta con el principio de presunción de inocencia, pero limita sus visitas para con su hijo, el cual desde la fecha del fallo que atropelló todos sus derechos no ha podido ver, ya que su madre viene ejerciendo de manera arbitraria la custodia.

2.11. La señora juez desconoció cuál es el querer de su hijo, otorgando la custodia y cuidado personal en un hogar donde ni siquiera se verificaron las condiciones socioeconómicas, haciendo caso omiso a los testimonios que dan fe de los comportamientos de la madre, basándose en unas declaraciones temerarias de hechos que supuestamente cometió en contra de otras personas muy diferentes, sin tener en cuenta que ha sido un buen padre y que el menor no tiene riesgo alguno a su lado, como puede observarse en los dictámenes sexológicos y psicológicos que le fueron practicados.

2.12. El juzgado demandado, mediante sentencia del 18 de enero de 2018, desconoció sus derechos como padre, los de su hijo y la Carta Política, al no tener en cuenta el valor probatorio de las visitas efectuadas a su vivienda, por la omisión de realizar visita a la demandada, por darle valor probatorio a una denuncia instaurada 15 días antes de la sentencia y de hechos que supuestamente ocurrieron hace varios años (los cuales no son ciertos), así mismo, con un fallo donde no tuvo en cuenta el derecho de los niños a ser escuchados, ni el dictamen sexológico y psicológico practicado a su hijo y las declaraciones de los otros testigos.

3. Solicita se ordene al JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE QUINCHÍA, rehacer el fallo en el que otorgó la custodia de su hijo menor de edad a su madre, y tenga en cuenta las condiciones en las que vive y su decisión de querer estar con él; así mismo, basar su decisión en pruebas legalmente practicadas y no con suposiciones y declaraciones temerarias.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía, quien impartió el trámite legal; vinculó a la señora ÁNGELA MARÍA GIL y decretó la inspección judicial al expediente objeto de tutela (fl. 83 Cd. Tutela). Luego de decretada la nulidad por esta Sala, se vinculó a la COMISARÍA DE FAMILIA y a la PERSONERÍA MUNICIPAL, ambas de Quinchía (fl. 112 ib.).

4.1. Se pronunció la Juez Promiscuo Municipal de Quinchía, quien expresó que las decisiones tomadas dentro del proceso han sido conforme a la Constitución y a la ley sin faltar a sus deberes como juez de la República, en aras de garantizar y velar por los derechos fundamentales del menor (fl. 88 ib.).

4.2. La señora ÁNGELA MARÍA GIL, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, ya que no le asiste razón al actor, por cuanto el proceso que se adelantó por el Juzgado Promiscuo Municipal de Quinchía, brindó todas las garantías procesales, tanto al demandante como a la demandada y sobre todo siempre buscando el interés superior del menor; además, porque no le asiste el derecho a tal reclamación hasta tanto se encuentre al día con las cuotas alimentarias a favor de su hijo (fls. 90-91).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

1. El Juzgado de primera instancia negó el amparo invocado por el accionante, al considerar que no se produjo un defecto fáctico en la sentencia que asignó la custodia del menor a favor de su madre, pues fue proferida con fundamento en las pruebas practicadas en el proceso; no hay defecto procedimental porque todo se rituó conforme a la normatividad procesal vigente, garantizándose sobre todo la publicidad de las pruebas y su contradicción; y, que los derechos fundamentales del niño, los cuales no observó vulnerados, deben prevalecer frente al derecho de presunción de inocencia de su padre, por lo que no puede sometérsele a un posible riesgo de violencia sexual, y aunque no se practicó visita al hogar de la madre para verificar las condiciones socio familiares, sus factores de vulnerabilidad no son tan gravosos como los podría presentar al lado de su padre. Aclaró que, si bien es cierto, no se consultó al infante con cuál de sus padres le gustaría vivir, tal situación no era determinante, pues aún no está en capacidad de sopesar situaciones y su elección podría ser sesgada. Frente a la inconformidad del actor de que no se le nombró apoderado en amparo de pobreza, tal situación sí se resolvió por la juez, sin que se vislumbre vulneración al debido proceso por ese hecho. (fls. 115-120 ib.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

La formuló el accionante quejándose de que en el fallo que se impugna, no se hace un pronunciamiento de fondo sobre los argumentos motivo de su tutela, como lo son la ausencia de visita al hogar de la señora Ángela María Gil, donde se presumió que este tenía las condiciones para vivir allí, cuando su hijo se encuentra en pésimo estado físico y psicológico desde que se le otorgó la custodia a su madre, también se han limitado sus visitas, pues desconoce el domicilio de la señora y la línea telefónica nunca es contestada, por eso tampoco ha podido hacer entrega de la cuota que fijó el juzgado. También se vulneró su derecho a la defensa al no asignársele un apoderado que lo defendiera de todas las irregularidades que se presentaron en el proceso. Tampoco hubo pronunciamiento sobre la inconformidad que expresó frente a la denuncia que instauraron en contra suya por un supuesto abuso sexual, la cual presenta una serie de inconsistencias. Solicita se revoque la decisión de primera instancia y se tutele su derecho fundamental al debido proceso. (fls. 125-127 ib.)

**V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. Esta Corporación es competente para resolver la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió la sentencia de primera instancia.

2. La controversia consiste en dilucidar si el Juzgado Promiscuo Municipal de Quinchía incurrió en una “vía de hecho” dentro de un proceso de custodia y cuidado personal promovido por el aquí accionante, que amerite la injerencia del juez constitucional.

3. Tanto la Corte Suprema de Justicia, como la Corte Constitucional, han señalado que las providencias de quienes dispensan justicia, por regla general, están al margen de este escrutinio; la excepción, lo ha enseñado repetidamente la jurisprudencia, surge cuando son ostensiblemente arbitrarias, vale decirlo, producto de la mera liberalidad del emisor, a tal grado que comportan una “vía de hecho”, y bajo los requisitos de que el afectado pida la protección en un término prudencial y no tenga ni haya desaprovechado otros mecanismos tendientes a conjurar la situación. Posición unificada y consolidada en el año 2005 en Sentencia C-592.

4. Recientemente la Corte Constitucional refirió que *“No cualquier providencia judicial puede ser objeto de control por parte del juez de acción de tutela, sólo aquellas que supongan una decisión arbitraria o irrazonable, constitucionalmente. De resto, deberá respetarse la decisión del juez natural, permitiendo, por ejemplo, el legítimo espacio de deliberación y disentimiento judicial.”[[1]](#footnote-1)*

5. Las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, conocidas como vías de hecho, han sido reunidas en dos grupos. Las denominadas ‘generales’ o ‘requisitos de procedibilidad’, mediante las cuales se establece si la providencia judicial acusada puede ser objeto de estudio por el juez de tutela. Y las causales denominadas ‘especiales’ mediante las cuales se establece si una providencia judicial, susceptible de control constitucional, violó o no los derechos fundamentales de una persona.

6. Como causales de procedibilidad generales o requisitos de procedibilidad, han sido presentados por la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos: (a) Que el tema sujeto a discusión sea de evidente relevancia constitucional. (b) Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable, o de un sujeto de especial protección constitucional que no fue bien representado. (c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez. (d) En el evento de hacer referencia a una irregularidad procesal, debe haber claridad en 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. (e) 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. (f) Que no se trate de sentencias de tutela.

7. Las especiales, específicas o propiamente dichas, se refieren a los defectos concretos en los cuales puede incurrir una providencia judicial y que pueden conllevar la violación de los derechos fundamentales de una persona. De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, los defectos en los que el funcionario judicial puede incurrir son los siguientes: (i) defecto orgánico; (ii) defecto procedimental; (iii) defecto fáctico; (iv) defecto material y sustantivo; (v) error inducido; (vi) decisión sin motivación; (vii) desconocimiento del precedente; (viii) violación directa de la Constitución.

8. Pretende la parte actora que por este mecanismo excepcional se disponga ordenar al JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE QUINCHÍA, rehacer el fallo en el que otorgó la custodia de su hijo menor de edad a su madre, y tenga en cuenta las condiciones en las que vive y su decisión de querer estar con él; así mismo, basar su decisión en pruebas legalmente practicadas y no con suposiciones y declaraciones temerarias.

9. Al verificar los presupuestos generales de procedibilidad, la Sala encuentra que en este caso concreto se hallan debidamente cumplidos. El asunto en estudio tiene una evidente relevancia constitucional, toda vez que comporta, entre otros, la presunta vulneración del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.). Al examinar el presupuesto de subsidiariedad, está cumplido porque se trata de un proceso verbal sumario, asunto que es de única instancia; la misma no es de tutela; hay inmediatez porque la providencia data del 18 de enero de 2018 y la acción fue instaurada el 6 de marzo de 2018; la irregularidad realzada por la parte, resulta ser trascedente en la decisión atacada y la solicitud de tutela identifica plenamente tanto los hechos que generaron la supuesta vulneración, como el derecho fundamental que se considera vulnerado.

10. Continuando con el análisis del asunto bajo estudio, del examen de las pruebas que obran en el expediente, se tiene que en el proceso de custodia y cuidado personal promovido por el aquí accionante, se llevaron a cabo audiencias el 25 de julio, 15 de agosto y 7 de septiembre de 2017, donde se practicaron los interrogatorios a las partes y las pruebas testimoniales decretadas (fls. 42; 64 y 66 cuaderno principal) y el 18 de enero de 2018, se profirió sentencia (fl. 73 ib.).

10.1. En la audiencia del 7 de septiembre de 2017, la señora Eimy Yadey Agudelo Gil, declaró sobre la presunta comisión de unas conductas de actos sexuales contra una menor de edad, por parte del señor Álvaro Umelvi Hincapié, por lo que se dio traslado de ello a la Fiscalía 29 Seccional de Quinchía y se dispuso como medida cautelar entregar el menor a su señora madre hasta que se decidiera el proceso (fl. 66 ib.), denuncia penal que también obra a folios 20 y 21 ibídem.

10.2. En esa misma audiencia del 7 de septiembre de 2017 (fl. 66 ib.), el Juzgado Promiscuo Municipal de Quinchía, le resolvió al demandante su solicitud de nombramiento de un apoderado en amparo de pobreza (fls. 45-46 ib.), a la cual no se accedió con fundamento en el artículo 392 del Código General del Proceso.

En relación con este último punto, el accionante, si bien manifiesta que se vulneró su derecho a la defensa al no asignársele un apoderado en amparo de pobreza que lo defendiera de todas las irregularidades que se presentaron en el proceso, basta decir que esa situación se resolvió en la referida audiencia del 7 de septiembre de 2017, frente a la cual no se interpuso recurso alguno; esto es, ninguna inconformidad se comunicó al juzgado y si la hubiese, el actor debió hacer uso del mecanismo legal ordinario que el ordenamiento jurídico consagra, para atacar la decisión que considera le vulnera sus derechos fundamentales.

11. Ahora bien, el criterio para adoptar decisiones en 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 la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“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.

5.5. 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 (...)”[[2]](#footnote-2).

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”[[3]](#footnote-3)…”[[4]](#footnote-4).

De acuerdo con esa jurisprudencia, los funcionarios judiciales, en asuntos 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, para garantizar que es la que mejor satisface ese interés.

12. La funcionaria accionada, nada dijo sobre la opinión del menor afectado 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, la Corte Constitucional en la sentencia T-202 de 2018, expuso:

“***El derecho de los menores de edad a ser escuchados***

1. La protección especial de los menores de edad en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales que desarrollan esta garantía, se fundamenta en su reconocimiento como sujetos autónomos de derechos y se justifica en la necesidad de garantizar su dignidad humana. Por tanto, el adecuado desarrollo durante la fase de la niñez es una condición indispensable para que la persona pueda trazarse un proyecto de vida y actuar de acuerdo a este, situación que demanda del Estado la adopción de medidas especiales de protección durante esta etapa del desarrollo humano.
2. Sobre este deber de especial protección reconocido a favor de los menores de edad, el Comité de los Derechos del Niño ha identificado una serie de principios generales que rigen la actuación del Estado[[5]](#footnote-5), dentro de los cuales se destaca el del respeto que debe otorgársele a sus opiniones. En virtud de este principio, debe reconocerse al menor de edad como “*participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos*”[[6]](#footnote-6).
3. La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 12 dispone:

*“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”*.

1. El Comité de los Derechos del Niño, órgano autorizado para interpretar la Convención, en su Observación General No. 12 sobre *“el derecho del niño a ser escuchado”*, estableció que *“no es posible una aplicación correcta del artículo 3* [sobre el interés superior de las y los niños]*, si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”*[[7]](#footnote-7).
2. A su vez, en la citada Observación, el Comité de Derechos del Niño precisó que este derecho 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; *(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; entre otras.
3. El Comité hizo hincapié en que el artículo 12 de la Convención no impone ningún límite de edad al derecho de los menores a expresar su opinión y advirtió a los Estados partes sobre la inconveniencia de establecer por ley o en la práctica restricciones en este sentido. Sobre el particular, indicó lo siguiente:

*“El concepto del niño como portador de derechos está "firmemente asentado en la vida diaria del niño" desde las primeras etapas. Hay estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. Por consiguiente, la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias.*

*En segundo lugar, el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.*

*En tercer lugar, los Estados partes también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión.  Por ejemplo, los niños con discapacidades deben tener disponibles y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por reconocer el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, niños indígenas y migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario.*

*Por último, los Estados partes deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato. Los Estados partes deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño”.*[[8]](#footnote-8)

1. En la legislación interna, en lo que tiene que ver con el derecho de los menores de edad a ser escuchados, se reconoce en el artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia el derecho al debido proceso. Allí se señala que *“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. La Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre el derecho de los menores de edad a ser escuchados en el marco de cualquier acción judicial o administrativa. Sobre este asunto, la sentencia T-844 de 2011, reiterada en la sentencia T-276 de 2012, indicó:

*“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”.*

1. En síntesis, de acuerdo con las garantías derivadas del derecho al debido proceso y de los derechos fundamentales de los niños, reconocidos en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en la jurisprudencia y en el Código de la Infancia y la Adolescencia, los menores de edad que se encuentren involucrados en un proceso de restitución internacional, tendrán derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten. Su opinión deberá ser tenida en cuenta en función de su grado de madurez, el cual está asociado al entorno familiar, social y cultural en el que los menores se desenvuelven.”

13. Aunado a lo anterior, es necesario precisar que esta Sala observa con extrañeza que no se haya realizado visita socio-familiar al hogar de la señora Ángela María Gil, aunque en la audiencia del 25 de julio de 2018 (fl. 42 ib.) se dijo que a ello se accedía.

14. En síntesis, el juzgado accionado, no practicó visita socio-familiar al hogar de la demandada; tampoco tuvo en cuenta la opinión del menor involucrado, ni explicó las razones por las que omitió proceder en tal forma.

En conclusión, los defectos anotados constituyen una “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 solicitó el amparo.

15. Como consecuencia de lo anterior, se revocará la decisión de primer grado y en su lugar concederá el amparo deprecado, ordenando dejar sin efecto la sentencia proferida el 18 de enero 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, valore la opinión del menor afectado, practique visita socio-familiar al hogar de la señora Ángela María Gil, y de estimarlo necesario, en el mismo término, podrá ordenar y practicar las pruebas que estime necesarias para resolver el asunto, para que en el término de veinte días, contados también desde la notificación que se le haga de este fallo, dicte una nueva sentencia en la que proceda a analizar las pruebas recaudadas de acuerdo con los parámetros fijados y adopte la determinación que corresponda tomando en cuenta estrictamente el interés superior del menor.

**VII. DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**Primero:** REVOCAR el fallo de tutela proferido el 21 de junio de 2018, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Quinchía.

**Segundo:** CONCEDERel amparo constitucional al derecho fundamental al debido proceso del señor ÁLVARO UMELVI HINCAPIÉ, frente al JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE QUINCHÍA.

**Tercero:** DEJAR SIN EFECTO la sentencia proferida el 18 de enero de este año en el proceso de custodia y cuidado personal promovido por el señor ÁLVARO UMELVI HINCAPIÉ, contra la señora ÁNGELA MARÍA GIL; en consecuencia, SE ORDENA al JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE QUINCHÍA que dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta providencia, valore la opinión del menor afectado, practique visita socio-familiar al hogar de la señora Ángela María Gil, y de estimarlo necesario, en el mismo término, podrá ordenar y practicar las pruebas que estime necesarias para resolver el asunto, para que en el término de veinte días, contados también desde la notificación que se le haga de este fallo, dicte una nueva sentencia en la que proceda a analizar las pruebas recaudadas de acuerdo con los parámetros fijados y adopte la determinación que corresponda tomando en cuenta estrictamente el interés superior del menor.

**Cuarto:** Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Quinto:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese,

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Corte Constitucional, sentencia T-213 de 2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2003, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia T-1275 de 2008, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-4)
5. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 5, Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44). [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. [↑](#footnote-ref-6)
7. Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, párrafo 74. [↑](#footnote-ref-7)
8. Comité de Derechos del Niño, Observación General No. 12, consideración 21. [↑](#footnote-ref-8)