

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA - SALA CIVIL FAMILIA

Magistrado Ponente: Doctor **YAMITH RIAÑO SÁNCHEZ**

EXPEDIENTE No: 54001 2213 000 2024 00218 00
ACCIONANTE: El niño **XIXXXX XXXXXX**
XXXXXXXXXX XXXXX
ACCIONADO: JUZGADO CUARTO DE FAMILIA
DE ORALIDAD DE CUCUTA
Sentencia - Acción de Tutela

Cúcuta, tres (3) de octubre de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

Procede esta Sala de decisión a resolver la presente acción de tutela presentada por el niño **XIXXXX XXXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXX**, en contra del JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CÚCUTA, siendo vinculadas las partes intervinientes dentro del proceso de custodia y cuidado personal radicado bajo el No 53001 3110 004 2024 00047 00.

ACLARACIÓN PREVIA

Como cuestión previa, para esta Sala resulta importante advertir que, como en esta acción constitucional figura como sujeto activo un niño, quien considera le han sido vulnerados sus derechos fundamentales al cuidado y amor, interés superior y prevalencia de los niños, niñas y adolescentes, debido proceso, acceso a la administración de justicia, igualdad y discriminación, este fallo tendrá finalmente un enfoque dirigido a que él pueda entender las razones en que se fundamentará esta decisión.

ANTECEDENTES

El niño hoy accionante, pretende a través de este mecanismo constitucional, se le ordene al JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CÚCUTA, lo escuche al interior del proceso de custodia y cuidado personal para que, en su sentir, pueda ser tenido en cuenta para la resolución del juicio que allí se adelanta.

HECHOS

Nos cuenta el niño **XXXXXX XXXXXX**, que el 17 de septiembre de 2024 se realizó una audiencia para definir su “custodia” en la que esperaba quedarse totalmente con su papá -VÍCTOR MANUEL CONTRERAS IBARRA-, toda vez que, desde el 5 de abril de este año, se encuentra viviendo con él, producto de que *“en diciembre de 2022 ICBF, me realizó una entrevista, después de que mi mamá (SAURY AUDREY GALLO) no me entregara el día 23 de noviembre a mi papá”*.

Relata el hoy accionante que, desde esa fecha expresó su voluntad de quedarse con su papá VÍCTOR MANUEL CONTRERAS IBARRA, dado que con él siente paz y tranquilidad, sin que eso signifique que no quiera a su mamá SAURY AUDREY GALLO, pero, con su papá se siente mejor.

Luego nos informa que, en la audiencia practicada el 17 de septiembre de 2024, su papá VÍCTOR MANUEL CONTRERAS IBARRA le manifestó que se comunicarían con él, no obstante, después le explicó que la doctora “MYRIAM” (MYRIAM SOCORRO ROZO WILCHES Procuradora 11 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia, la Familia y las Mujeres) solicitó *“la custodia compartida por enfoque de género”*, decisión que el niño no comparte al no haber sido tenido en cuenta lo que él quería, su voluntad, al momento de emitir la decisión del caso.

Finalmente, cree que en el proceso de custodia que adelanta su papá VÍCTOR MANUEL CONTRERAS IBARRA, se habla de un interés superior de los niños, pero a él se le está prohibiendo poder hablar, y de esta manera ser escuchado para expresar su voluntad, olvidando la prevalencia de los derechos consignados en los artículos 8 y 9 del Código de Infancia y Adolescencia.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Despacho mediante auto de 23 de septiembre de 2024, realizó un estudio en el que advirtió que el niño **XXXXXX XXXXXX XXXXXXXXXXXX** **XXXXXX**, tenía legitimación en la causa por activa, atendiendo al hecho que, todas las personas sin distinción de ser mayores o menores de edad, tiene derecho a formular la acción de tutela, por lo que, procedió a la admisión de la demanda y ordenó la notificación tanto de la parte accionante como del juzgado accionado y de la parte vinculada, a fin de que estos últimos ejercieran el derecho de defensa y contradicción.

Dentro de la oportunidad concedida, **EL JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CÚCUTA**, manifestó que, una vez recibida la comunicación por parte del accionante, procedieron a revisar el expediente génesis de esta acción constitucional, quien luego de realizar un recuento de las etapas procesales al interior del expediente que desencadenó en la sentencia de 17 de septiembre de 2024, resolvió:

“PRIMERO: APROBAR el acuerdo celebrado entre las partes de ostentar una Custodia compartida respecto del menor V. M.C.G., conforme a la propuesta de la Procuradora de Familia, confirmada y avalada por las partes así: el niño compartirá un mes con papá y otro mes con mamá, comenzando a partir del primero de octubre del año en curso con mamá, en este mes que comparta con ella el papá podrá compartir cada quince días el fin de semana con el menor y llevarlo desde el viernes a las seis de la tarde y lo regresa a la casa de la madre el domingo a las siete de la noche o el lunes si es festivo en la misma hora y viceversa cuando sea el padre el que esté con el menor en ese período. En cuanto a los gastos de alimentación diarios cada uno los cubre en el mes que lo tenga bajo su cuidado y en el fin de semana que les corresponde. Respecto a los costos anuales de educación, escuela deportiva, gastos médicos que no cubra Sanidad de la Policía Nacional y lonchera diaria serán cubiertos por el papá. La madre del menor V. M.C.G., aportará en los gastos anuales de acuerdo con los ingresos que ella perciba. Igualmente se ordena seguimiento al niño V. M.C.G., por parte de la Trabajadora Social del juzgado por el término de seis (6) meses, en el lugar donde se encuentre este, dicho informe se dará a conocer a las partes y a la Defensora y Procuradora de Familia. Así mismo los padres asistirán a terapias psicológicas a la entidad de Salud donde se encuentre cada uno afiliado. SEGUNDO: En caso de incumplimiento por alguna de las partes están en libertad de iniciar las acciones a que hubiere lugar. TERCERO: Se ordena la terminación y archivo del presente proceso por el acuerdo celebrado entre las partes y son de ley y obligatorio cumplimiento. CUARTO: COMPÁRTASELE a las partes la presente diligencia. Se aclara que la lonchera diaria será asumida por cada padre en el tiempo que cada uno tenga al menor. La presente decisión queda notificada en estrados”.

Igualmente señaló que, los derechos fundamentales del niño **XXXXXX** **XXXXXX** en todo momento estuvieron garantizados por la Defensora del ICBF y la Procuradora de Familia quien propuso la fórmula de arreglo que al final fue acogida por las partes; finalmente solicitó se declarara improcedente la presente acción constitucional, toda vez que, no se vulneraron derechos fundamentales, y las partes en todo momento estuvieron asesorados por sus apoderados y en el que además se actuó con imparcialidad.

Por su parte, la doctora **MYRIAM SOCORRO ROZO WILCHES Procuradora 11 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia, la Familia y las Mujeres**, señaló que dada su intervención en el proceso origen de la presente acción constitucional no existe acción u omisión atribuible a ella en razón a su cargo al no tener la facultad de disponer del derecho como tampoco emitir órdenes al interior del mismo.

Por otro lado, insistió que el niño fue oído en el desarrollo de la audiencia por medio de su progenitor, aunque no se entrevistó al mismo, no obstante, el escenario no era neutral y como el mismo menciona han sido varias las oportunidades en las que se le ha entrevistado (actuaciones administrativas y judiciales) y en el que cada progenitor defiende sus intereses sin tener en cuenta que el niño se encuentra en una etapa de desarrollo que, requiere la presencia de las dos figuras paternas con el fin de que se garantice el derecho a la familia.

Para finalizar, señaló que, el escuchar al niño más de lo necesario resultaría gravoso para él mismo, debiendo entonces, valorar las manifestaciones realizadas en otras instancias (administrativas y judiciales) teniendo en cuenta la edad y madurez de éste, por tanto, el deterioro de la relación de los progenitores hace que el niño asuma roles que no le corresponden y que le aplican una carga que va en contra de su tranquilidad; sin embargo, refiere que en el evento de considerar necesario escucharse al menor de edad solicita sea en un espacio neutral, sin la presencia de los padres y con acompañamiento de la Defensora de Familia del ICBF y la psicóloga adscrita a Medicina Legal.

En escrito remitido a la Secretaría de esta Sala, la doctora **MARTA BARRIO QUIJANO Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF adscrita a los Juzgados de Familia de Cúcuta**, manifestó que la pretensión del *NNA* tendiente a que se tenga en cuenta su voluntad, la misma se queda sin soporte teniendo en cuenta que la decisión aprobada por el Juzgado de Familia accionado hace parte de un acuerdo aprobado por los progenitores; no obstante, la ley siempre debe ser aplicada en favor de los niños, niñas y adolescentes obrando su interés superior y hace referencia al artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia que reseña: *“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”* sin que, no realizarlo, signifique la vulneración de los derechos fundamentales de éstos, caso que refiere se aplica en el presente asunto y en el que solicita que al no ser la acción de tutela el mecanismo idóneo, la misma debe ser declarada improcedente; finalmente, indica que, de ser necesario se vincule al niño para que sea escuchado y se ordenen las acciones en pro de éste.

Para terminar, el señor **VÍCTOR MANUEL CONTRERAS IBARRA progenitor del niño** **XIXXXX XXXXXX** realizó un recuento de lo acontecido en la audiencia de 17 de septiembre de los cursantes y en la que aduce estuvo marcada por la manifestación de la Procuradora de Familia, quien señaló que debía aplicarse *“perspectiva de género”* y que en interés superior del niño, la custodia debería ser compartida entre los padres con verificación por parte de la trabajadora social del Juzgado, propuesta que en todo momento expresó no compartir teniendo en cuenta que el ambiente que le brinda la mamá a su hijo no es el adecuado para un niño de 13 años; no obstante, accedió a conciliar y acogió la propuesta de la Procuradora, en pro de lo mejor para su hijo; finalmente señaló que, el niño **XIXXXX XXXXXX**, no estuvo de acuerdo con la decisión tomada y le demandó el deseo de *“hablar”* con la señora Juez para que se escuchara su voluntad, labor que no se pudo materializar.

Tramitada la acción, la Sala procede a resolver lo que corresponde, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La Constitución Política de 1991, consagró en su artículo 86, la figura de la Acción de Tutela como una herramienta adicional a las ya establecidas por nuestra legislación, para brindar solución a los conflictos originados en las distintas actividades de la persona en sociedad, siendo su fin primordial el de ofrecer a las personas una protección inmediata de los derechos constitucionales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en los casos expresamente señalados en la ley, cuando no existe otro medio de defensa judicial, o también como medio transitorio de inmediata aplicación a efecto de evitar un perjuicio irremediable, cuanto aquellos hayan sido previstos.

Tratándose de providencias o actuaciones judiciales, el mencionado instrumento se torna aún más excepcional, pues sólo resulta viable cuando se advierta un proceder del funcionario judicial que se pueda tildar de irrazonable, arbitrario o caprichoso, caso en el cual se faculta la intervención del juez constitucional para evitar o remediar la respectiva vulneración de los derechos fundamentales, siempre y cuando, por supuesto, se cumplan los requisitos de subsidiariedad e inmediatez.

LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS EN EL ESTADO COLOMBIANO Y LA PROMOCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL REFORZADA

Dice la H. Corte Constitucional que, a la luz de la Constitución Política, los derechos de los niños y las niñas prevalecen sobre las garantías constitucionales de los demás ciudadanos (artículo 44). Este precepto normativo incluye a los niños y niñas en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos. Esto es así dado su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, se encuentran en situación de indefensión y *“requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”*¹.

¹ Ley 1098 de 2006 (artículo 2).

Para la jurisprudencia constitucional, el principio del interés superior del niño es un criterio: *“orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y del Código de la Infancia y la Adolescencia”*². Asimismo, se trata de un desarrollo de los presupuestos del Estado social de derecho y del principio de solidaridad³.

Del mismo modo, agrega la Corporación Constitucional, por remisión expresa del artículo 44 constitucional, los derechos de los niños reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano se entienden incorporados al texto constitucional. En ese marco, el artículo 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que las normas contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia (y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño) integran dicho Código. Además, orientarán su interpretación y aplicación, por lo que siempre se deberá aplicar la norma más favorable al interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso que centra la atención de la Sala, se advierte que la demanda constitucional la presenta el niño **XIXXXX XXXXXX** **XXXXXXXXXX XXXXX**, con su intención de mostrarnos su desacuerdo con las actuaciones adelantadas por el JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE CÚCUTA y la PROCURADORA REGIONAL DE NORTE DE SANTANDER, Doctora MIRYAM SOCORRO ROZO WILCHES, dentro del proceso de custodia y cuidado personal radicado bajo el No 53001 3110 004 2024 00047 00, que adelantó su papá VÍCTOR MANUEL CONTRERAS IBARRA, y que terminó finalmente con una sentencia donde se aprueba un acuerdo conciliatorio celebrado entre su papá y mamá, estableciéndose una custodia compartida, sin que se le hubiere escuchado al hoy niño accionante, por parte del Juzgado de Familia su voluntad.

De lo probado en el plenario, se tiene que el papá VÍCTOR MANUEL CONTRERAS IBARRA, adelantó ante el JUZGADO CUARTO DE FAMILIA

² Sentencia T-557 de 2011. Reiterado en la Sentencia T-468 de 2018.

³ Sentencia T-514 de 1998. Reiterado en la Sentencia T-468 de 2018.

DE CÚCUTA, proceso de custodia y cuidado personal en contra de la mamá SAURY AUDREY GALLO, con el fin de debatir y decidir sobre la custodia del niño **XIXXXX XXXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXX**

Mediante auto de 15 de marzo de 2024, se admitió la citada demanda de custodia en la que, en el numeral CUARTO se ordenó otorgar la medida provisional del niño **XIXXXX XXXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXX**, a su papá, estableciéndose las visitas a las que tenía derecho la mamá de éste. Seguidamente, en el numeral QUINTO se decretó la valoración psicosocial al menor **XIXXXX XXXXXX**, así como a sus papitos por intermedio del ICBF.

Una vez notificada la parte demandada, es decir, la mamá del niño **XIXXXX XXXXXX**, por intermedio de un estudiante de consultorio jurídico, contestó la demanda y se opuso totalmente a la prosperidad de las pretensiones perseguidas por el papá, razón por lo que, en providencia de 15 de julio de 2024, se señaló fecha para la audiencia prevista en los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso, la cual se realizó el 17 de septiembre de 2024, y en la que se aprobó el acuerdo al que llegaron VÍCTOR MANUEL CONTRERAS IBARRA y SAURY AUDREY GALLO, padres del niño **XIXXXX XXXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXX**, consistente en compartir la custodia del niño **XIXXXX XXXXXX**, en los siguientes términos:

“PRIMERO: APROBAR el acuerdo celebrado entre las partes de ostentar una Custodia compartida respecto del menor V.M.C.G., conforme a la propuesta de la Procuradora de Familia, confirmada y avalada por las partes así: el niño compartirá un mes con papá y otro mes con mamá, comenzando a partir del primero de octubre del año en curso con mamá, en este mes que comparta con ella el papá podrá compartir cada quince días el fin de semana con el menor y llevarlo desde el viernes a las seis de la tarde y lo regresa a la casa de la mamá el domingo a las siete de la tarde o el lunes si es festivo en la misma hora y viceversa cuando sea el padre el que esté con el menor en ese período. En cuanto a los gastos de alimentación diarios cada uno los cubre en el mes que lo tenga bajo su cuidado y en el fin de semana que les corresponde. Respecto a los costos anuales de educación, escuela deportiva, gastos médicos que no cubra Sanidad de la Policía Nacional y lonchera diaria serán cubiertos por el papá.

La madre del menor V. M.C.G., aportará en los gastos anuales de acuerdo con los ingresos que ella perciba.

Igualmente se ordena seguimiento al niño V. M.C.G., por parte de la Trabajadora Social del juzgado por el término de seis (6) meses,

en el lugar donde se encuentre este, dicho informe se dará a conocer a las partes y a la Defensora y Procuradora de Familia.

Así mismo los padres asistirán a terapias psicológicas a la entidad de Salud donde se encuentre cada uno afiliado.

SEGUNDO: En caso e incumplimiento por alguna de las partes están en libertad de iniciar las acciones a que hubiere lugar.

TERCERO: Se ordena la terminación y archivo del presente proceso por el acuerdo celebrado entre las partes y de obligatorio cumplimiento.

CUARTO: COMPÁRTASELE a las partes la presente diligencia.”

El niño **XIXXXX XXXXXX**, manifiesta no estar de acuerdo con esta decisión de permanecer un mes con su papá, también llamado VICTOR MANUEL como él, y otro mes con su mamita SAURY AUDREY GALLO, pues considera insistentemente que no fue escuchado por la señora Juez de Familia, ya que no le fue permitido y mucho menos tenido en cuenta lo que él pensaba y quería en su momento.

Esta Sala atendiendo lo que nos cuenta el niño **XIXXXX XXXXXX**, verificó que dentro de los documentos que conforman el proceso de custodia, y que nos comparte el Juzgado de Familia acusado, existe un “*auto de no apertura PARD SIM No. 26967033*” del ICBF⁴, informe psicosocial emitido por el UPRES DENOR de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional⁵, diligencia de conciliación ante el ICBF⁶, constancia del Club Atlético Chapinero⁷, constancia emitida por el docente José Luis Sequeda⁸ copia del caso SIM 26970043 del ICBF⁹, informe de valoración psicológica efectuada por la Comisaría de Familia de la Comuna 7¹⁰, así como una denuncia penal que presenta el papá del niño **XIXXXX XXXXXX**, y en general un gran número de documentos, escritos, memoriales, oficios etc., que presentó en su momento este papito, que definitivamente pareciera no se tuvieron en cuenta, por parte de la señora Jueza de Familia, al momento de tomar la decisión en la audiencia celebrada el 17

⁴ Folios 120 a 124 del archivo 002.DemandaCustodia del expediente de custodia y cuidado personal.

⁵ Folio 183 del archivo 002.DemandaCustodia del expediente de custodia y cuidado personal.

⁶ Folios 184 y 185 del archivo 002.DemandaCustodia del expediente de custodia y cuidado personal.

⁷ Folio 11 del archivo 020AllegaContestaciónDemanda del expediente de custodia y cuidado personal.

⁸ Folios 32 y 33 del archivo 020AllegaContestaciónDemanda del expediente de custodia y cuidado personal.

⁹ Folios 58 a 69 del archivo 020AllegaContestaciónDemanda del expediente de custodia y cuidado personal.

¹⁰ Folios 1 a 8 del archivo 035Informe del expediente de custodia y cuidado personal.

de septiembre de 2024, y que hoy acusa **XIXXXX XXXXXX** (hijo), de atentar contra sus derechos fundamentales.

Bueno, posiblemente de las pruebas que reposan en el expediente, podría decirse que, han sido varias las oportunidades, ya sea en sede judicial o administrativa en las que el niño **XIXXXX XXXXXX** ha sido escuchado por los diferentes entes administrativos y de familia, quienes han emitido sus conceptos psicosociales y familiares frente a las condiciones del niño, pero no por la señora Jueza como lo ruega en su escrito de demanda nuestro hoy accionante.

Pero de estas pruebas, existen también documentos que nos llamaron la atención como Sala, que reposan el extenso archivo 002 (contiene 236 folios) del expediente de custodia, y refieren a unas denuncias y acciones que VICTOR MANUEL (papá) ha presentado, solicitando la intervención de ciertas autoridades con el fin de verificar muchos hechos y situaciones relacionados con las vivencias diarias del niño **XIXXXX XXXXXX**, que estimamos, debieron ser analizadas cuidadosamente por el Juzgado de Familia, con el fin de formarse un mayor contexto de los hechos que rodean el asunto que hoy nos reúne, y tomar la decisión fustigada en esta acción de tutela.

Pero hay algo más, en la demanda de tutela se pide insistentemente por el niño **XIXXXX XXXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXX**, y es que siempre quiso que la señora Jueza de Familia lo escuchara dentro del proceso de custodia, antes de tomar la decisión sobre cómo iba a ser su diario vivir con sus papitos, pero desafortunadamente, no lo logró y se tomó la decisión de una custodia compartida, que posiblemente le está quitando la paz y tranquilidad, y le incomoda de cierta forma, pues no se tuvo en cuenta su voluntad personal, que como niño, quiso contarle tercamente a la Funcionaria Judicial, para que esta lo analizara y se diera cuenta de lo que realmente él quería.

Y es acá donde la Sala encontró, y analizó una norma que le da la razón al niño hoy actor en tutela, y es el artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia que a letra dice:

“Artículo 26. Derecho al debido proceso. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados.

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.**” (Negrillas de la Sala)

Entonces, claramente nuestro accionante estaba en lo correcto cuando le pidió a la Jueza de Familia, que lo escuchara antes de emitir la decisión final sobre su custodia, y era un deber ineludible de ella hacerlo, hablar con él, preguntarle qué quería, cuál era su voluntad, cómo se sentía con su papá VICTOR MANUEL, como se sentía con su mamita SAURY AUDREY GALLO, qué pensaba de ellos, en fin, todas esas preguntas dentro de una amena charla, donde el niño **XIXXXX XXXXXX**, como encabezó su escrito de tutela, le *abriera su corazón* y le contara todo lo que él pensaba y creía debía ser su vida con sus papás.

Pero no. La señora jueza no tuvo en cuenta esa norma que respaldaba el pedido del niño accionante, con lo cual le quebrantó de manera directa su derecho al debido proceso.

Y es que, en la audiencia practicada el 17 de septiembre de 2024, y en la que se celebró y aprobó la conciliación de los papás VÍCTOR MANUEL CONTRERAS IBARRA y SAURY AUDREY GALLO, quienes decidieron, bajo el consejo de la señora Procuradora, compartir la custodia de su hijo **XIXXXX XXXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXX**, luego hay que decir que, la Jueza de Familia enjuiciada, tal vez en ese momento, no encontró una limitante, o mérito serio alguno, para oponerse al acuerdo al que llegaron los papás de **XIXXXX XXXXXX**, dado que la señora Procuradora de Familia, también demandada, y como garante de los derechos de los litigantes, propició o avaló en defensa de los derechos del niño **XIXXXX XXXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXX**, buscando de buena manera, reparar o restaurar los lazos de la relación de los papás VÍCTOR MANUEL y SAURY AUDREY, en pro de tener una mejor relación posible en favor de todas las garantías y derechos de su hijo.

Pero considera esta la Sala, que hubiere sido mejor, que en aplicación del artículo 26 atrás transcrito, tanto la Jueza de Familia, como todos los

demás intervinientes en el proceso de custodia, en caso de querer conciliar, hubieren consultado de manera obligatoria, decretar ineludiblemente, escuchar al niño **XIXXXX XXXXXX**, y conocer de manera directa, de primera mano, su noble y clara voluntad, a fin de tener en cuenta su opinión, como lo dispone imperativamente la citada norma, con el propósito de respetar su derecho fundamental al debido proceso, atendiendo su condición de sujeto de especialísima protección constitucional.

Mírese que la opinión del niño **XIXXXX XXXXXX**, dentro del proceso de custodia que adelantó su papá, gozaba de tanta relevancia, al punto que encuentra incluso, respaldo superior en el artículo 44 de la Constitución Política, cuando consagra como derecho fundamental de éste, la libre expresión de su opinión, y que, ante un desacierto involuntario de la Jueza de Familia, se vio afectada esta garantía, cuando decidió no escucharlo dentro del proceso de custodia que acá se analiza.

De tal manera que, esta Sala de decisión descubrió en buena hora, que el derecho al debido proceso le fue vulnerado al niño **XIXXXX XXXXXX** **XXXXXXXXXXXX XXXXXX**, dentro del trámite del proceso de custodia y cuidado personal adelantado por su papá, ante el Juzgado CUARTO DE FAMILIA DE CÚCUTA, por el hecho que, como lo sostuvo con empeño el niño actor, no fue escuchado al interior del juicio, sumado a otra presunta irregularidad advertida, como es el hecho que la señora Jueza no analizó y mucho menos valoró la larga lista de documentos allegados como pruebas por la parte demandante en su escrito de demanda, y que vistos por la Sala, se estima que los mismos deben ser estudiados en su integridad a fin de que la directora del proceso de familia, se forme un contexto fáctico y probatorio lo suficientemente robusto, con el fin de adoptar la decisión final respecto a la custodia disputada por los papitos del niño hoy actor en sede de tutela.

Es así, que la Juez de Familia demandada, se insiste, aplicando el principio de inmediación, debe valorar y practicar todas las pruebas que se encuentran dentro del expediente, sumadas a las que de oficio pueda seguir decretando, con el fin de tomar la mejor decisión que consulte principalísimamente, el bienestar personal del niño **XIXXXX XXXXXX**, pues dejar vigente la decisión del 17 de septiembre de 2024, es atentatoria

de los derechos fundamentales del niño accionante, en especial, su debido proceso como se explicó en líneas anteriores.

Cabe agregar, que si bien la decisión censurada se fundamentó en la voluntad de los papás de **XIXXXX XXXXXX**, quienes al ser sus progenitores, se encuentran en uso de su potestad parental, es decir, ejerciendo los derechos y deberes que la ley les reconoce a los padres sobre sus hijos, estas garantías no pueden estar, de ninguna manera, por encima de los derechos del niño, dado el interés superior del que están revestidos, *“como quiera que la ratificación y vigencia en Colombia de la CADH y de la Convención sobre Derechos de los Niños, así como el establecimiento de estándares por parte de la Corte IDH en materia de derechos de los niños, que respalda la protección superior reforzada que tienen los niños y las niñas, sobre todo en el contenido de su derecho al debido proceso.*

Y como lo dice la H. Corte Constitucional, *“A partir de lo anterior, la Corte de San José ha fijado varias premisas para el ejercicio del derecho al debido proceso de los niños y las niñas. Los niños y las niñas que participen en los procedimientos judiciales o administrativos tienen derecho a que se consideren sus condiciones especiales. Además, los operadores judiciales deben procurar el mayor acceso del niño o la niña, en la medida de lo posible, en función de sus condiciones particulares (i.e. su edad, su capacidad y el grado de madurez)”¹¹.*

Por otro lado, y si bien la decisión adoptada por el Juzgado de Familia, quiso dar un enfoque de género respecto de la mamita de **XIXXXX XXXXXX**, esta Sala estima que no se encontraba amenazado ningún derecho de SAURY AUDREY GALLO, sobre su hijo, o por lo menos no se demostró al interior del juicio de custodia, pues escuchada la audiencia del 17 de septiembre de 2024, y que se dejará sin ningún valor y efectos por parte de esta Sala, es clara la ausencia de justificación por la señora Procuradora, de la perspectiva de género que quiso imprimirle para que la señora Jueza resolviera la custodia del niño **XIXXXX XXXXXX**, de forma compartida entre sus padres, lo que de todas formas, generaría en el niño un desorden personal y familiar, así como en su educación, el

¹¹ Sentencia T-186/21

tener que trasladarse cada mes de un domicilio a otro, atendiendo las particulares circunstancias de distancias y comodidad en que viven actualmente sus papitos.

Conforme a todo lo acá mencionado, y al evidenciarse la vulneración a los derechos fundamentales invocados por el niño **XIXXXX XXXXXX** **XXXXXXXXXX XXXXX**, debe accederse a su noble petición de ser escuchado en el proceso de custodia que se tramita en el JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE CÚCUTA, y por lo tanto se ordenará a este Despacho Judicial, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, deje sin valor y efectos todas las actuaciones surtidas dentro de la diligencia celebrada el 17 de septiembre de 2024, y en su lugar, rehaga la misma, garantizando de forma especial el derecho al debido proceso del niño **XIXXXX XXXXXX XXXXXXXXXXXX** **XXXXXX**, para lo cual deberá decretar una entrevista del niño, sin la presencia de sus padres en la misma, y sólo con el acompañamiento, además de la señora Jueza, del asistente social del Juzgado, la Defensora de Familia y la señora Procuradora en la que escucharán todo lo que el niño quiera expresar respecto de sus papitos. Dicha entrevista deberá ser valorada y tenida en cuenta por la Titular del Despacho, además de la apreciación probatoria que deberá imprimirle con la rigurosidad del caso, a toda la documental aportada por el papá y la mamá de **XIXXXX XXXXXX** **XXXXXXXXXX XXXXX**, en su demanda y contestación de demanda, respectivamente, así como todas las demás evidencias probatorias que se recauden de oficio y falten o quedaron pendientes de recaudar, como se advierte en el análisis realizado al expediente, para luego, adopte de manera suficientemente motivada, la decisión final sobre la custodia y cuidado personal del niño hoy accionante.

MENSAJE DE LA SALA PARA EL NIÑO **XIXXXX XXXXXX**

Sea este el espacio para indicarte **XIXXXX XXXXXX** que, los tres Magistrados que dictamos esta sentencia, hemos escuchado atentamente lo que nos contaste, y en efecto, tienes la razón en lo que pedías, y por ello, hemos accedido a que seas escuchado en el proceso que adelantó tu papito VICTOR MANUEL CONTRERAS IBARRA, y sea tomada en cuenta tu opinión por la señora Jueza de Familia al momento de definir tu cuidado y custodia.

Siempre debes recordar, que los niños, niñas y adolescentes, como tú, gozan de una garantía superior consagrada en el artículo 44 de la Constitución Política, que te brinda una protección muy especial sobre todos tus derechos, como son, tu vida, tu integridad física, tu salud y seguridad social, tu alimentación equilibrada, tu nombre y nacionalidad, a que tengas una familia y no seas separado de ella, al cuidado y amor, tu educación y cultura, tu recreación y la **libre expresión de tú opinión**, es decir, que tú siempre serás escuchado, y el Estado y todas las autoridades estamos obligados a protegerte, como ocurrió en esta oportunidad con tu bonita demanda de tutela, donde hiciste muy bien en acudir ante nosotros, para que te escucháramos en tus reclamos, e interviniéramos por ti.

También queremos contarte que nosotros somos padres de familia, y consideramos de la misma manera lo siguiente:

Tus padres VÍCTOR MANUEL CONTRERAS IBARRA y tu mamá SAURY AUDREY GALLO, siempre van a querer lo mejor para ti, por eso ellos, siempre deberán dar el mayor esfuerzo de cada uno para mejorar la relación entre ellos dos, y poder ser cada uno un mejor padre y madre para ti **XIXXXX XXXXXX**, que eres su hijo y se sienten sumamente orgullosos de tenerte, pero que, a pesar que hayan existido situaciones, como alguna pelea, o discusión, a veces los adultos nos dejamos llevar por sentimientos negativos que nos hace tener esos comportamientos que te pueden incomodar. Sin embargo, tú mamá SAURY AUDREY GALLO, así como tu papá VÍCTOR MANUEL CONTRERAS IBARRA, con seguridad que día a día se esfuerzan por borrar esos pensamientos y sentimientos que en algún momento llegaste a tener; es por esto que, ellos desean tener la fortuna de disfrutar tu compañía, así ya no estén juntos como pareja, por lo que tu única preocupación debe ser continuar con tus buenas notas y persiguiendo todos tus sueños y metas, de tal forma que, debes brindarle la oportunidad a tus papitos de tenerte en la vida de ellos, porque tenemos la seguridad que a partir de ahora, harán un mejor trabajo, solo para que tú seas un niño feliz.

En mérito de lo expuesto, la **SALA CIVIL FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA**, administrando

Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

F A L L A

PRIMERO: CONCEDER la acción de tutela formulada por el niño **XIXXXX**
XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en contra del JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CÚCUTA, conforme se explica en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR al **JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CÚCUTA**, para que a través de su titular, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, DEJE SIN VALOR Y EFECTOS todas las actuaciones surtidas dentro de la diligencia celebrada el 17 de septiembre de 2024, y en su lugar, REHAGA la misma, garantizando de forma especial el derecho al debido proceso del niño **XIXXXX XXXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXX**, para lo cual deberá decretar la entrevista del niño, sin la presencia de sus padres en la misma, y sólo con el acompañamiento, además de la señora Jueza, del asistente social del Juzgado, la Defensora de Familia y la señora Procuradora en la que escucharán todo lo que el niño quiera expresar respecto de sus papitos. Dicha entrevista deberá ser valorada y tenida en cuenta por la Titular del Despacho, además de la apreciación probatoria que deberá imprimirle con la rigurosidad del caso, a toda la documental aportada por el papá y la mamá de **XIXXXX XXXXXX XXXXXXXXXXXX XXXXX**, en su demanda y contestación de demanda, respectivamente, así como todas las demás evidencias probatorias que se recauden de oficio y falten o quedaron pendientes de recaudar, como se advierte en el análisis realizado al expediente, para luego, adopte de manera suficientemente motivada, la decisión final sobre la custodia y cuidado personal del niño hoy accionante.

TERCERO: INSTAR a la Defensora de Familia adscrita al Despacho, doctora MARTA BARRIOS QUIJANO, así como a la Procuradora 11 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia, la Familia y las Mujeres, doctora MYRIAM SOCORRO ROZO WILCHES, para que en el ámbito de sus funciones, entre estas, prevenir, garantizar

y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando se presenten vulneraciones o amenazas de derechos, así como la guarda y promoción de los derechos humanos, INTERVENGAN ACTIVAMENTE en la materialización y cumplimiento de la orden de tutela que acá se imparte y velen para que se garantice el debido proceso del niño **XIXXXX XXXXXX** **XXXXXXXXXX XXXXX**, conforme a lo que fue expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión a las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, de no ser impugnada, **REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CONSTANCIA: Aprobada según Acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



YAMITH RIAÑO SANCHEZ
Magistrado



ROBERTO CARLOS OROZCO NUÑEZ
Magistrado



BRIYIT ROCÍO ACOSTA JARA
Magistrada

(El presente documento se suscribe de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la "firma autógrafa mecánica, digitalizada o escaneada", en virtud de la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional)