República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado ponente

STC10490-2019
Radicación n.° 11001-22-10-000-2019-00277-01
(Aprobado en sesión de seis de agosto de dos mil diecinueve).

Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

Se decide la impugnación formulada por el convocante frente al fallo proferido el 17 de junio de 2019 por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro de la acción de tutela que promovió Carlos Édison Durán Ortiz contra el Juzgado 25 de Familia de esta misma capital; trámite al que fueron vinculados las partes e intervinientes del asunto en que se origina la presente queja constitucional.

ANTECEDENTES

1. El accionante, a través de apoderada judicial, reclamó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y al interés superior de su menor hija, presuntamente conculcados por la autoridad jurisdiccional encausada.

Suplicó, en síntesis, dejar sin efecto el fallo dictado por el despacho denunciado el 10 de mayo de 2019, para que, en su lugar, «*se realice nuevamente audiencia de trámite y juzgamiento*» dentro del proceso de custodia n.° 2017-00305, se restablezcan los derechos de la menor M.J.D.G.[1] –nacida el 28 de septiembre de 2006[2]–, y se revoquen las sanciones impuestas a él y a su mandataria judicial (folio 34, cuaderno 1).

2. De la solicitud y las probanzas obrantes en el expediente, se extractan los siguientes hechos (folios 1 a 36, cuaderno 1; reproductor CD, cuaderno Corte):

2.1. Ante el Juzgado 25 de Familia de Bogotá fue repartida la demanda de custodia que respecto a su menor hija M.J.D.G., instauró el tutelante contra Eddy Johanna Gómez Quintero (madre de la adolescente), cuya admisión se produjo el 24 de agosto de 2017, fecha misma en la que se fijó como medida provisional que la joven quedase bajo el cuidado del demandante hasta la definición del proceso.

2.2. La dependencia judicial accionada –posterior a tener por contestada la demanda en tiempo–, mediante auto de 14 de diciembre de 2017 señaló el 28 de febrero de 2018 como primera fecha para efectos de la audiencia prevista en el artículo 392, en concordancia con las disposiciones 372 y 373, del Código General del Proceso, decretando las pruebas

[1] De aquí en adelante para resguardar el derecho a la intimidad de la menor de edad, conforme al artículo 33 de la Ley 1098 de 2006.
[2] Registro Civil de Nacimiento de la menor (folio 5, cuaderno Corte).

pedidas por ambos extremos litigantes (entre ellas dictamen pericial psiquiátrico/psicológico a través del Instituto de Medicina Legal rogado por el demandante frente a la enjuiciada, e implorado por la demandada con relación su hija) y, en forma oficiosa, entrevista a la menor por parte de la asistente social y defensora de familia adscritas al despacho.

2.3. Después de varias reprogramaciones, la referida diligencia se llevó a cabo el 10 de mayo de 2019, concurriendo sólo la parte enjuiciada y de la que provino sentencia, la cual dispuso denegar las pretensiones, para, en consecuencia, fijar en cabeza de la demandada la custodia respecto de la menor (M.J.D.G.) e imponer al actor una cuota alimentaria del 25% de los ingresos devengados como miembro activo de las Fuerzas Armadas, pagaderos en cuenta bancaria los primeros cinco días de cada mes, a más de una multa de cinco (5) SMLMV a él y a su defensora de conformidad con el numeral 4°, inciso último, del canon 372 de la norma aludida a espacio.

2.4. La apoderada del promotor solicitó, en memoriales del día anterior a la cita judicial en comento y de 13 de mayo de 2019, el aplazamiento de la misma con base en que tenía que atender una audiencia en representación del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales por fuera de la ciudad, so pena de nulidad; la que fue denegada en auto de 16 de mayo subsiguiente, a su vez rebatida en reposición y, en subsidio, apelación, siendo

negado el primer remedio e igualmente desestimado el segundo, por improcedente, en interlocutorio de 4 de julio posterior.

2.5. El gestor criticó la negación a su mandataria de la solicitud de aplazamiento de la audiencia en proveído de 16 de mayo pasado. Adujo que esa petición fue debidamente justificada y que, por ende, de ser resuelta en tiempo habría dado lugar a la reprogramación de la diligencia realizada el día 10 anterior, así como a no aplicarle a él y a su abogada la sanción por inasistencia del artículo 372 del Código General del Proceso, con el agravante de que tal pedimento «*estuvo refundido en las instalaciones*» de la sede judicial fustigada, motivo por el que radicó queja disciplinaria contra una de las funcionarias del despacho.

2.6. Censuró también que la agencia judicial denunciada emitió sentencia otorgando la custodia definitiva a la demandada, sin si quiera escuchar la opinión de la menor M.J.D.G., máxime cuando decretó como prueba oficiosa una entrevista a la precitada adolescente, desconoció que «*su capacidad de entendimiento es alto*» y que la versión de ésta habría podido incidir en la decisión de fondo materia de inconformidad.

2.7. Resaltó una trasgresión de diversas normas protectoras del interés superior de los menores de cara a la formación de un juicio propio en éstos y a ser oídos, entre ellas los artículos 3.1. y 12 de la Convención Sobre los

Derechos del Niño, 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, 8.11., de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos y 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

RESPUESTAS DEL ACCIONADO Y DE LOS VINCULADOS

1. El Juzgado 25 de Familia de Bogotá rogó la denegación del resguardo, por cuanto no vulneró derecho alguno al reclamante (folios 51 a 53, cuaderno 1).

2. Eddy Johanna Gómez Quintero instó a no tutelar el amparo deprecado por el quejoso, pues acotó que éste promovió el proceso de custodia no por su vocación de buen padre, sino para burlar dos fallos de tutela que ordenaron el regreso de la menor al cuidado de la madre, después de un procedimiento ilegal del ICBF en Socorro – Santander.

Manifestó que el interesado y su apoderada debieron estar pendientes de las actuaciones judiciales y que al haber aplazado el juzgador la audiencia anteriormente no era admisible, como en efecto lo acotó en proveído de 13 de mayo de 2019, una nueva programación de la diligencia, tornándose razonable dicha decisión.

Acotó que además la abogada del actor tenía a su disposición sustituir el poder, pero no lo hizo, por lo que

mucho menos podría abrirse paso la acción constitucional (folios 142 y 143, cuaderno 1).

3. La Procuraduría 327 Judicial I de Familia, previo a afirmar una duda muy grande sobre el extravío del memorial de aplazamiento en el despacho, pidió acceder a la demanda *ius*fundamental, toda vez que se le coartó a la menor M.J.D.G., su derecho a ser oída en el proceso, conforme a la Convención Sobre los Derechos de los Niños y al artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia (folios 103 a 105, cuaderno 1).

4. El Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, imploró ser excluido de la presente acción, dada su «*falta de legitimidad en la causa por pasiva...*» (folios 78 a 80, cuaderno 1).

5. La Defensoría de Familia adscrita al estrado judicial accionado, el Hospital Central Militar, los Centros Zonales del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar de Socorro – Santander y Mártires (Bogotá), guardaron silencio.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá denegó la salvaguarda, comoquiera que «*la decisión de realizar la diligencia de que trata el art. 372 del estatuto procesal civil, sin la comparecencia del actor y su apoderada se encuentra debidamente razonada*», en la

medida en que la abogada, ante su dificultad de asistir a la audiencia debió *«elevar con antelación la petición de aplazamiento»* o en su defecto *«sustituir el poder a otro profesional del derecho...»*

Agregó que si bien hubo negligencia al anexar el memorial en el expediente de custodia, por lo que tal solicitud no fue ventilada en la diligencia, lo cierto es que el régimen de aplazamientos previsto en el referido precepto 372 de la ley procesal cobija a las partes, que no a los mandatarios judiciales, según la jurisprudencia vertida por esta Sala de Casación en la sentencia *«STC2327-2018 del 20 de febrero de 2018...»*

Tocante a la sanción impuesta al promotor y a su vocera en el juicio de custodia, estimó que las justificaciones presentadas por incomparecencia no constituyeron *«caso fortuito»* o *«fuerza mayor»*, siendo improcedente su exoneración por vía de tutela.

Sin embargo, exhortó al fallador para que, en lo sucesivo, tomase los correctivos pertinentes, en procura de evitar la repetición de situaciones como el extravío del memorial en el asunto criticado y su incorporación tardía al expediente (folios 147 a 159, cuaderno 1).

LA IMPUGNACIÓN

Fue formulada por la apoderada del convocante, quien

aparte de insistir en sus alegaciones iniciales, cuestionó que el *a-quo* constitucional omitiera analizar el aspecto relacionado con la resolución del proceso de custodia sin escuchar a la menor M.J.D.G., vulnerando sus derechos e interés superior. Arguyó que la sede judicial confutada dio primacía a las formas sobre lo sustancial, al punto de cercenar las garantías esenciales de su hija, siendo pertinente aplazar la audiencia por lo menos para oír su opinión (folios 186 a 189, cuaderno 1).

CONSIDERACIONES

1. Conforme al artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo jurídico en respaldo de los derechos fundamentales, susceptible de invocar cuandoquiera que estos resulten vulnerados o en peligro inminente por los actos u omisiones de las autoridades públicas y, en ciertos supuestos, de los particulares, que por su connotación subsidiaria y residual no permite sustituir o desplazar al juez natural de los asuntos ordinarios, ni tampoco a los conductos comunes de defensa judicial.

Por lineamiento jurisprudencial, en lo que concierne a las actuaciones y proveídos judiciales, el resguardo cabe de manera excepcional y ceñido a la presencia de una irrefutable vía de hecho, cuando «*el proceder ilegítimo no es dable removerlo a través de los medios ordinarios previstos en la ley*» (CSJ STC, 11 may. 2001, rad. 2001-00183-01); y

por antonomasia, cada vez que sobrevenga el presupuesto de la inmediatez.

2. De lo consignado en el *sub examine* se extrae que la censura está enfilada contra lo dirimido por el Juzgado 25 de Familia de Bogotá en la audiencia celebrada el 10 de mayo de 2019 dentro del proceso de custodia n.° 2017-00305, particularmente en lo atañedero a: *(i)* la negación de la solicitud de aplazamiento que la apoderada del quejoso presentó un día antes de la diligencia, pese a haber justificado en forma debida su no comparecencia, con el agravante de que el memorial contentivo del pedimento *«estuvo refundido en las instalaciones»* del despacho, sin resolverse en la vista pública y, *(ii)* la emisión del fallo sin ser oída la menor M.J.D.G., en desmedro de las normas protectoras de su interés superior.

3. Frente al primer reproche, se advierte que la demanda de salvaguarda deviene intrascendente, toda vez que, al margen de las consideraciones expuestas por el estrado judicial querellado en la providencia de 16 de mayo de 2019 y de que tal petición no fue resuelta en la audiencia del día 10 anterior –al haberse extraviado el memorial–, lo cierto es que la misma estaba llamada al fracaso, si de presente se tiene que la razón justificativa aducida por la apoderada del accionante, esto es, que debía atender otra audiencia fuera de la cuidad, claramente no constituía una situación especial de *«irresistibilidad» e «insuperabilidad»*, propios de *«fuerza mayor»* o *«caso fortuito»*, que impusiera el

señalamiento de nueva fecha para agotar dicha diligencia; por lo que, como lo ha indicado la Corporación, «*con independencia de las supuestas falencias endilgadas al Tribunal criticado, el hecho cierto es que... el reclamo de la accionante carece de trascendencia ius fundamental, porque de cualquier forma estaba condenaba al fracaso la defensa que propuso en el juicio cuestionado...*» (CSJ STC1684-2015).

En un caso con alguna simetría al de ahora, la Sala indicó que:

> *(...)**4.** Ahora bien, por regla general, el artículo 5° del Código General del Proceso dispone categóricamente que "no [se] podrá aplazar una audiencia o diligencia, ni suspenderla, salvo por las razones que **expresamente** autoriza este Código", norma que al encontrarse ubicada en la parte filosófica y dogmática de ese estatuto es directriz obligada para las restantes.*
>
> *Así, brota de allí una prohibición palmaria, según la cual no es viable, en principio, acoger solicitudes de "suspensión" o "aplazamiento" basadas en motivos que no estén claramente tipificados en la ley.*
>
> ***5.** Empero, **el artículo 372 ibidem permite "suspender o aplazar" la "audiencia inicial" cuando la causa dimana de las "partes"**. No otra cosa puede colegirse del numeral 4° al disponer: "Cuando ninguna de las partes concurran a la audiencia, ésta no podrá adelantarse (...)", de donde emerge, se itera, que es la no comparecencia de aquellas la que puede generar el "aplazamiento" en atención a que son los sujetos protagónicos de ese acto, no sus "apoderados".*
>
> ***Así las cosas, el régimen de inasistencia previsto en esa***

disposición se dirige fundamentalmente a ellas, no a sus defensores *ni a otros terceros, pues basta la excusa de cualquiera o la inasistencia de ambas para no realizar "la diligencia".* ***No acontece lo mismo cuando el móvil de "suspensión o aplazamiento" proviene directamente de los "apoderados", habida cuenta que los cánones 372, 373 y 327 no lo autorizan expresamente.***

6. *Por su parte, los profesionales del derecho están supeditados al régimen del artículo 159 del Código General del Proceso, respecto de las causales de interrupción procesal cuando acaece su "muerte, enfermedad grave o privación de la libertad; inhabilidad, exclusión o suspensión del ejercicio profesional".*

La ocurrencia de alguno de tales hechos tiene la virtualidad de detener "el proceso o la actuación posterior a la sentencia", incluso de provocar la nulidad con apoyo en el numeral 3° del art. 133 ibidem, que reza: "El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 3° Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción (...)".

7. *Con todo, no desconoce el ordenamiento jurídico que pueden suceder acontecimientos especialísimos, repentinos, imprevisibles e irresistibles que teóricamente no encuadren en alguna de las hipótesis causantes de la interrupción aludida, pero que pudieran impedir que los "abogados" honren el compromiso de asistir a las "diligencias", v. gr. un accidente o noticia calamitosa de última hora, que si bien es cierto no aparecen enlistadas en el art. 159 comentado, sí exigen un análisis especial de cara a los principios generales del derecho, según manda el artículo 11 ejusdem. Y, uno de ellos es precisamente ad impossibilia nemo tenetur, según el cual nadie está obligado a lo imposible.*

Por tanto, si se verifican circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, esto es, "imprevisibles" e "irresistibles" por parte de los juristas, corresponderá al funcionario de la causa evaluarlas conforme a su competencia y discrecionalidad a fin de

determinar si generan, por vía de excepción, la reprogramación de la sesión o la interrupción procesal, según se acredite previo a la iniciación del acto o después de él.

8. *Al margen de lo dicho, convendría al buen discurrir del "proceso" que las peticiones de "suspensión o aplazamiento de las audiencias" distintas de las enmarcadas atrás, se formulen con la anticipación que garantice el proferimiento, notificación y ejecutoria del auto que las admite o rechaza; pues, comúnmente la preparación de ese tipo de "actuaciones" demanda gastos en tiempo y dinero para ambas "partes", por lo que es apenas natural y equitativo que el extremo contrario al peticionario conozca con antelación si se practicará o no la "diligencia", y se evite sorprenderlo en cualquier sentido en la fecha y hora para la que estaba prevista.*

Desde luego, que el cumplimiento de ese propósito compromete correlativamente a todos los intervinientes: de un lado, a los litigantes a poner en conocimiento de los jueces las "peticiones de aplazamiento" con prudente anterioridad, y de otro, a aquellos, a resolverlas con la mayor prioridad que sea posible, previo a la "audiencia".

9. *Descendiendo al sub lite, se destaca que no se avizora la anomalía procedimental que se le endilgó a la Juzgadora de Circuito, porque como viene siendo dicho, su raciocinio no fue absolutamente descabellado ni contravino el imperativo 5° del texto legal adjetivo al sustraerse de "aplazar la audiencia..." con asidero en las razones puntualizadas ab initio.* ***Tanto más si el motivo que adujo el memorialista, consistente en que debía atender otra "diligencia" no revela, per se, las condiciones de "fuerza mayor, caso fortuito, imprevisión e irresistibilidad"*** (CSJ STC2327-2018, 20 feb., rad. 2017-00332-01; reiterada en STC12129-2018, 18 sep., rad. 2018-02631-00).

En vista de que la situación alegada por la mandataria del opugnante no constituye *«fuerza mayor»* o *«caso fortuito»*,

la multa impuesta a ambos por inasistencia a la audiencia del artículo 372 del Código General del Proceso, lejos está de ser arbitraria o descabellada, máxime cuando «*no resulta contraria a la razón*» (CSJ STC13217-2018, 10 oct., rad. 2018-01404-01), al hallarse fundada en la previsión del numeral 4°, último inciso, de dicha norma.

4. De otra parte, ha de resaltarse que en los precisos casos en los cuales el funcionario respectivo incurra en un proceder claramente opuesto a la ley, por arbitrario o antojadizo, puede intervenir el juez de tutela con el fin de restablecer el orden jurídico si el afectado no cuenta con otro medio de protección judicial.

Sobre el particular, la Corte ha manifestado que,

> *...el Juez natural está dotado de discreta autonomía para interpretar las leyes, de modo que el amparo sólo se abre paso si 'se detecta un error grosero o un yerro superlativo o mayúsculo que, abrupta y paladinamente cercene el ordenamiento positivo; cuando tenga lugar un ostensible e inadmisible resquebrajamiento de la función judicial; en suma, cuando se presenta una vía de hecho, así denominada por contraponerse en forma manifiesta al sistema jurídico, es posible reclamar el amparo del derecho fundamental constitucional vulnerado o amenazado...,* (CSJ STC, 11 may. 2001, rad. 0183; reiterada STC4269-2015 16 abr. 2015).

Se ha reconocido, entonces, que cuando el fallador natural se aparta de la jurisprudencia, sin aportar argumentos valederos, o cuando se presenta un defecto sustantivo y/o fáctico en el proveído, entre otros, se estructura la denominada «*vía de hecho*».

5. La Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la ley 12 de 1991, preceptúa en el numeral 1° de su artículo 3°, que:

> *(...)1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...*

Los numerales 1° y 2° del canon 12 de dicho tratado internacional, establecen:

> *(...)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...*

A su turno, el constituyente de 1991 consagró la calidad de sujetos de especial protección por parte del Estado para los niños, niñas y adolescentes (artículos 44 y 45, Constitución Política de Colombia), autorizando la protección integral, el interés superior y la prevalencia de sus garantías respecto de los demás sujetos de derecho, incluidos los de su núcleo familiar, lo cual tiene su fuente en la trascendencia que revisten en la especie, formación con valores indispensables para la existencia,

consolidación y desarrollo de los cometidos del Estado y la comunidad, esto es, por intereses superiores[3].

Sobre el interés superior del menor, la Corte Constitucional en sentencia T-587/98, dijo:

> *...Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista -que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión-, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3°) y, en Colombia, en el Código del Menor (decreto 2737 de 1989) [hoy Ley 1098 de 2006]. Conforme a estos principios, la Constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45).*
>
> *Ahora bien, el interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas: (1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y sicológicas; (2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo; (3) en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo*

[3] CSJ STC 4 oct. 2007, rad. 2007-00091-01.

ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; (4) por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor...

Consecuentemente, la ley 1098 de 2006, por medio de la cual se promulgó el Código de la infancia y la Adolescencia, desarrolla el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, entendiéndolo en su artículo 8 como *«el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes...»*; igualmente, el precepto 9 de dicha norma preconiza la prevalencia de las garantías e intereses fundamentales de éstos, ***«[e]n todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza...»*** y, el canon 26 *ídem,* en punto a la participación de los menores en tales trámites, prevé que ellos ***«tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta...»*** (énfasis de la Sala).

6. Bajo esas premisas, se tiene que la dependencia judicial convocada cometió un desafuero susceptible de enmendar por esta senda supralegal de protección, dado que la ausencia de presentación de la entrevista a la adolescente M.J.D.G. –por intermedio de la asistente social y defensora de familia adscritas–, pese a haber sido decretada como prueba oficiosa en el interlocutorio de 14 de diciembre de 2017, conculcó las garantías superiores de

la menor, no sólo por desconocimiento de las disposiciones normativas y jurisprudencial precitadas, sino por defecto fáctico originado en el falta de recaudo de esa probanza, sin que resulte de recibo la constancia de no realización porque «*la persona que ostenta la tenencia [de M.J.D.G.] (...), no prestó la colaboración necesaria para hacerla comparecer al juzgado*»[4], pues lo cierto es que dicho medio de conocimiento es de forzosa práctica a efectos de emitir una decisión de fondo sobre la custodia y cuidado personal de aquella joven, la que, como se dijo líneas arriba, ostenta el derecho a ser escuchada y su opinión tenida en cuenta.

6.1. Acerca del yerro fáctico la Corte ha esgrimido que:

> *.....ha explicado la Sala que "[u]no de los supuestos que estructura aquella [vía de hecho] es el defecto fáctico, en el que incurre el juzgador cuando sin razón justificada niega el decreto o la práctica de una prueba, omite su valoración o la hace en forma incompleta o distorsionando su contenido objetivo; incluso, cuando olvida apreciar el material probativo en conjunto o le confiere mérito probativo a un elemento de juicio que fue indebidamente recaudado. Esto, porque si bien los jueces tienen un amplio margen para valorar el acervo probatorio en el cual deben fundar su decisión y formar libremente su convicción, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (artículo 187 del Código de Procedimiento Civil [hoy 176 del Código General del Proceso]), también es cierto que jamás pueden ejercer dicho poder de manera arbitraria, irracional o caprichosa. Y es que la ponderación de los medios de persuasión implica la adopción de criterios objetivos, no simplemente supuestos por el fallador; racionales, es decir, que sopesen la magnitud y el impacto de cada elemento de juicio; y riguroso, esto es, que materialicen la función de administración de justicia*

[4] Folio 12, cuaderno 1.

que se le encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente incorporadas al proceso" (CSJ STC, 10 oct. 2012, rad. 2012-02231-00; reiterada en STC, 7 mar. 2013, rad. 2012-00522-01; y STC, 9 dic. 2014, rad. 2014-00210-01).

6.2. Y en un asunto de contornos parecidos al presente, la Sala dejó por sentado, *in extenso,* que:

...En el caso objeto de estudio, (...) ***se advierte la conculcación de las garantías constitucionales de la menor, debido a que la falta de práctica de la entrevista no se muestra coherente y razonable con el deber legal que le asiste al juzgador dentro del proceso que se cuestiona, dada la trascendencia de escuchar y tener en cuenta la opinión de la adolescente en la determinación de su custodia y cuidado personal.***

Frente a los derechos de los menores de edad, se torna necesario recordar, que aquellos reconocidos por el artículo 44 del texto constitucional están llamados a su defensa por la familia, la sociedad y el Estado, como sujetos de especial protección «para garantizar su desarrollo armónico e intelectual».

La Sala ha definido sobre el particular «...resulta cierto que tal grupo poblacional goza de protección especial por el Estado, la cual se circunscribe a garantizar su desarrollo integral y sano, por lo que debe dárseles prioridad cuando exista un conflicto jurídico de intereses en que se encuentren involucrados» (Sentencia de 22 de mayo de 2012, rad. 00694-01).

En ese orden, conviene señalar que, de acuerdo con el artículo 8° de la Ley 1098 de 2006, el interés superior del niño, constituye un «imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e independientes», principio que debe guiar la labor de los funcionarios judiciales, al momento de proferir sus decisiones.
En efecto, el despacho acusado se abstuvo de entrevistar directamente a la menor, por cuanto había «sido entrevistada y escuchada suficientemente ante diferentes autoridades

administrativas y judiciales, y atendiendo la solicitud de sus padres para que no se revictimice a su hija con más entrevistas».

No obstante, esa determinación no se encuentra acorde con el inciso 2° del artículo 26 de la Ley 1098 de 2006, a cuyo tenor:

«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».

En ese mismo sentido, tampoco se armoniza con lo establecido en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y aprobada mediante la Ley 12 de 1991, el cual consagra que:

«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.»

3. Por consiguiente, es claro para esta Corte que la determinación cuestionada del funcionario judicial accionado ***incurre en el defecto fáctico al omitir la práctica de la entrevista a la adolescente*** *y configura una vulneración de sus derechos fundamentales, puesto que contraviene disposiciones legales y constitucionales que exigen entrevistar a la menor para que, de ese modo, sea escuchada y su opinión sea tenida en cuenta en la actuación judicial que la involucra, la cual constituye un elemento de juicio para la decisión que vaya a tomarse con relación a la custodia y cuidado personal de la adolescente, siendo imperiosa la intervención del juez constitucional...* -Se resaltó- (CSJ STC6423-2016, 18 may. 2016, rad. 2015-00846-01).

7. Del anterior recuento normativo y jurisprudencial dimana la necesidad de escuchar dentro del juicio de custodia criticado a la menor (M.J.D.G.) y que sus manifestaciones sean tenidas en cuenta; con mayor razón si en tal proceso se halla seriamente comprometido su interés superior.

8. Lo consignado, impone la modificación del fallo impugnado para, en su lugar, acceder, con alcance parcial, al resguardo rogado por la adolescente M.J.D.G. y Carlos Édison Durán Ortiz, ante la vulneración de sus garantías fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e interés superior de la primera; por lo que se ordenará al Juzgado 25 de Familia del Circuito de Bogotá, dejar sin valor ni efecto la sentencia dictada en la audiencia de 10 de mayo de 2019, mediante la cual resolvió la demanda de custodia y cuidado personal n.° 2017-00305, a fin de que proceda –previo a practicar la entrevista encaminada a escuchar a la referida menor–, a adoptar una nueva decisión, en la cual, además de tener en cuenta las consideraciones aquí decantadas frente al análisis de la probanza cuyo recaudo se requiere, emita pronunciamiento sobre todas las pretensiones de la mentada acción de custodia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia

en nombre de la República y por autoridad de la ley, **modifica** la sentencia de tutela impugnada y, en su lugar, **concede**, con alcance parcial, el amparo a los derechos fundamentales de la menor M.J.D.G. y Carlos Édison Durán Ortiz al debido proceso, al acceso a la administración de justicia e interés superior. En consecuencia, **dispone:**

Primero: Ordenar al Juzgado 25 de Familia de Bogotá, que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de la presente providencia, deje sin efecto el fallo dictado en audiencia de 10 de mayo de 2019, dentro del proceso de custodia y cuidado personal n.° 2017-00305.

Segundo: Cumplido lo anterior y, en un término no superior a quince (15) días, emita una nueva sentencia, teniendo en cuenta las consideraciones contenidas en la parte motiva de este fallo.

Tercero: En lo demás **se confirma** el resguardo solicitado.

Cuarto: Remítase copia de esta providencia al juzgado accionado y al *a-quo* constitucional para que éste último vele por su cumplimiento.

Quinto: Por secretaría **devuélvase** el diligenciamiento remitido en calidad de préstamo, al juzgado de origen.

Sexto: Comuníquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes y, en oportunidad, remítanse las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE
Presidente de Sala

COMISIÓN DE SERVICIOS

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

AUSENCIA JUSTIFICADA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA