

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C..
SALA DE FAMILIA**

*Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte
(2020).*

**REF: PROCESO VERBAL DE PAOLA ANDREA LÓPEZ ORTIZ EN
CONTRA DE GILBERTO BARRAGÁN GUTIÉRREZ (AP.
SENTENCIA).**

Encontrándose el expediente para decidir sobre la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia, advierte el suscrito magistrado que ello no es posible, habida cuenta de que se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 5 del artículo 133 del C.G. del P., relativa a haberse omitido la práctica de una prueba que, de acuerdo con la ley, es obligatoria, tal como pasa a verse a continuación.

Al respecto, lo primero que debe decirse es que de conformidad con lo previsto en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 1098 de 2006, los menores de edad tienen el derecho a ser oídos y a que sus opiniones sean valoradas al interior de las actuaciones administrativas, judiciales o de cualquier otra naturaleza, en las que resulten involucrados.

En relación con el aludido derecho, la jurisprudencia tiene dicho lo siguiente:

“Naturaleza y alcance del interés superior del niño

“El principio mencionado es desarrollado por el Código de la Infancia y la Adolescencia, que en su artículo 8º define el interés superior del niño, niña o adolescente 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’.

“27. En el mismo sentido, la Convención sobre Derechos del Niño consagra la obligación de las autoridades de tener una consideración especial para la satisfacción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Específicamente, el artículo 3.1. del instrumento mencionado, dispone que ‘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’.

“[...]

“30. En conclusión, siempre que las autoridades administrativas y operadores judiciales adopten una decisión de la que puedan resultar afectados los derechos de un menor de edad, deberán aplicar el principio de primacía de su interés superior y, en particular, acudir a los criterios fácticos y jurídicos fijados por la jurisprudencia constitucional para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen sus derechos.

“El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, como componente esencial del principio del interés superior del menor

“...en desarrollos jurisprudenciales posteriores, se ha sumado a los criterios arriba reseñados, [...] el respeto por el derecho de los niños y niñas a ser escuchados y de participar en las decisiones que los involucran, de conformidad con sus capacidades evolutivas.

“[...]

“32. Este desarrollo en la jurisprudencia, ha tenido especial fundamento en los tratados internacionales que han protegido el derecho a ser escuchado que tiene toda persona sin exclusión alguna. Particularmente, esta Corte ha hecho referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(artículo 14¹) y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8.11²).

“De manera específica, respecto de los menores de edad, [el artículo 12 de] la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se refiere al derecho que tienen estos a ser escuchados en los procesos judiciales.

“[...] También se indica que, para ello, debe darse al menor de edad la oportunidad de ser escuchado al interior de los procedimientos administrativos o judiciales dentro de los cuales se tomen decisiones que los afecten, esto en consonancia con las leyes nacionales.

“Al interpretar ese artículo, el Comité de Derechos del Niño indicó en su Observación General No. 12, que el correcto entendimiento del principio de interés superior del menor de edad pasa, necesariamente, por el respeto de los componentes establecidos en el artículo 12 de la Convención, pues con su escucha se facilita el papel esencial de estos en las decisiones que los afectan y contribuye a su desarrollo integral, como sujetos cuya capacidad está en evolución y crecimiento.

“33. En cumplimiento de esas obligaciones internacionales, el Estado colombiano, a través del legislador, previó en el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia, que el respeto al debido proceso de los niños, está estrechamente ligado a que en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, estos tengan la posibilidad de ser escuchados y de que sus opiniones sean tenidas en cuenta, en la medida de sus capacidades y de su madurez.

“[...]”

¹ Artículo 14: Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

² Artículo 8.11: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

“35. Ahora bien, [...] el derecho de los niños a ser escuchado no es absoluto, pues tal prerrogativa tiene límites en su ejercicio, marcados por las capacidades evolutivas de los niños, niñas y adolescentes. Así mismo, es claro que escuchar en estos casos es permitir la participación activa de los menores de edad en las decisiones que los afectan, pero ello no implica que las autoridades o los adultos estén obligados a hacer lo que los niños, niñas y adolescentes digan o manifiesten.

“Así, estos límites deben ser evaluados, caso a caso, por la autoridad a cargo, sin que se puedan establecer estándares universales. Lo anterior, pues los procesos cognitivos, intelectuales, psicológicos y/o físicos, entre otros, varían de individuo a individuo, y están generalmente asociados a su entorno familiar, social y/o cultural, entre otros aspectos, que deben ser valorados a la hora de tener en cuenta la opinión del menor de edad.

“[...]

“36. Así mismo, esta Corte ha establecido que el Estado debe partir de una presunción de capacidad del niño o niña para formarse su propio juicio respecto de los asuntos que afectan su vida y reconocerles el derecho a expresarse. Es decir, no les corresponde demostrar previamente que tienen esa capacidad, sino que ‘de ser pertinente, la autoridad respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción (sic) del niño o la niña’ [...].

“37. En suma, de lo expuesto hasta el momento, se puede concluir claramente que según la normativa nacional e internacional, y la jurisprudencia constitucional, (i) los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados y tienen el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todos los procesos que los afecten. Este derecho hace parte integrante del principio del interés superior del menor de edad, en especial en decisiones determinantes que se tomen sobre ellos en procesos judiciales y administrativos. (ii) Ahora bien, también es claro que esta prerrogativa tiene límites en su ejercicio, marcados por las capacidades

evolutivas de los menores de edad, que inciden directamente en el mayor o menor peso que se le da a la participación del niño en la toma de una decisión.

“[...]”

“Estudio del caso concreto

“[...]”

“...es imperioso revisar [...] ¿si las autoridades judiciales involucradas en la segunda acción de tutela vulneraron el derecho de Esperanza a ser escuchada y a que su opinión se tuviera en cuenta, de acuerdo a sus capacidades evolutivas, dentro de un proceso en el que se tomaba una decisión determinante para su vida?

“[...]”

“...la Defensoría de Familia hizo especial hincapié en la necesidad de escuchar la opinión de Esperanza, quien había pasado por un largo y difícil proceso en el que se había forjado su propia opinión sobre sus padres, pese a ello, las autoridades judiciales no escucharon a la niña.

“...esta Corte considera que las autoridades judiciales vulneraron el derecho de Esperanza de ser escuchada de conformidad con sus capacidades evolutivas.

“En efecto, tanto el Juzgado XX de Familia (al declararse incompetente) como el Tribunal Superior de Atlantis y la Corte Suprema de Justicia, incumplieron el deber de escuchar a Esperanza antes de adoptar una decisión que la afectaba, al interior del proceso de homologación y del posterior proceso de tutela. Lo anterior, tendiendo (sic) especial consideración a los nuevos hechos puestos en conocimiento de tales autoridades judiciales por parte de la Defensoría de Familia.

“...Del acervo probatorio se deducía que la niña había cambiado de opinión respecto de querer volver a su hogar y esa comprobación también debió darse por parte del Juzgado de Familia, en cumplimiento del artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia y [de] todas las normas nacionales e internacionales que le dan fundamento.

[...]

“En efecto, al no indagar por la situación de Esperanza (no escucharla) el Juzgado, el Tribunal y la Corte Suprema, adoptaron decisiones que conllevaban a un cambio evidentemente desfavorable de sus condiciones, en tanto la alteraron y le generaron episodios de ansiedad e impotencia, según los informes psicológicos reseñados” (Corte Constitucional, Sentencia T-663 de 30 de octubre de 2017, M.P.: doctora GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO).

Una vez revisado el expediente, se encuentra que la menor VALERY MELISSA BARRAGÁN LÓPEZ no fue escuchada durante el proceso, quien si bien, a la fecha de presentación de la demanda, solo tenía 3 años de edad, lo cierto es que cuando se fijó la fecha para la continuación de la audiencia de que trata el artículo 372 del C.G. del P., es decir, en julio de 2020, ya tenía casi 6 años (5 años, 11 meses, 13 días), edad en la que ya pudo haberse practicado una entrevista con apoyo del equipo de profesionales del I.C.B.F., máxime cuando para ese momento se pudo verificar que, a pesar de los varios requerimientos que hizo el Juzgado al Instituto Nacional de Medicina Legal, no se allegó la valoración que se ordenó practicarle a la menor, desde el 5 de febrero de 2019.

Efectuado el recuento anterior, fácilmente se advierte que, el no haberse concedido a la menor involucrada la oportunidad de emitir su opinión y expresar sus sentimientos, máxime cuando la causal invocada es la 1ª del artículo del 315 del C.C., esto es, el maltrato habitual del hijo, genera la nulidad parcial de la actuación procesal, porque los artículos 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el 26 de la Ley 1098 de 2006, prevén que los menores deben ser oídos en las actuaciones judiciales en las que se encuentran involucrados, todo con el fin de permitirles participar, activamente, en las decisiones que los afectan, medio de convicción que, injustificadamente, omitió recaudar la Juez de conocimiento, a pesar de que se encontraba obligada a hacerlo, incluso, de oficio, como acontece, por ejemplo, con el examen de

genética en las filiaciones, la inspección judicial en las declaraciones de pertenencia, el avalúo en los divisorios y las pruebas que sean necesarias para que, en la sentencia, la condena al pago de frutos, intereses, mejoras y perjuicios, sea por cantidad y valor determinados, eventos en los cuales la ausencia de dichas probanzas acarrea, por mandato legal, la invalidación de la actuación procesal, máxime cuando el apelante, a través de su apoderada, expone, justamente, como uno de los reparos que hizo a la sentencia de primera instancia, tal omisión.

Sobre el particular, en sentencia de 11 de diciembre de 2012, la H. Corte Suprema de Justicia, refiriéndose a la hipótesis de nulidad prevista en el numeral 6 del artículo 140 del C. de P.C., hoy en día numeral 5 del artículo 133 del C.G. del P., señaló:

“En suma, la nulidad consagrada en la causal sexta del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por omitirse los términos u oportunidades para pedir o decretar pruebas [...], es hoy asimismo procedente cuando se omiten aquéllas que el legislador ha previsto como necesarias y en consecuencia le ha asignado al juzgador el deber de decretarlas [...]” (M.P.: doctor JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ).

Así las cosas, en aplicación de lo establecido en el inciso 5º del artículo 134 del C.G. del P., se declarará la nulidad de todo lo actuado desde la sentencia de primera instancia, inclusive, con el fin de que el Juez a quo proceda a subsanar el defecto advertido, desplegando todas las gestiones que sean necesarias para darle cumplimiento a lo previsto en los artículos 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el 26 de la Ley 1098 de 2006, preceptos jurídicos que imponen la obligación de oír a los menores, con el lleno de los requisitos legales previstos para el efecto, en las actuaciones judiciales en las que estén involucrados y valorar su opinión, a la hora de tomar las decisiones que los afecten.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

*1º.- **DECLARAR** la **NULIDAD** de todo lo actuado en este proceso, a partir de la sentencia de primera instancia, de fecha 17 de julio de 2020, inclusive, proferida por el Juzgado 17 de Familia de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.*

2º.- La Juez a quo procederá a renovar la actuación declarada nula, atendiendo lo señalado en la parte motiva de la presente decisión.

3º.- Las pruebas previamente practicadas conservarán su validez, frente a quienes tuvieron la oportunidad de controvertirlas.

4º.- Ejecutoriada la presente decisión, por Secretaría, remítanse, inmediatamente, las diligencias al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ALEJO BARRERA ARIAS

Magistrado

**PROCESO VERBAL DE PAOLA ANDREA LÓPEZ ORTIZ EN CONTRA DE
GILBERTO BARRAGÁN GUTIÉRREZ (AP. SENTENCIA).**

Firmado Por:

CARLOS ALEJO BARRERA ARIAS
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 002 SUPERIOR SALA DE FAMILIA DE LA CIUDAD
DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

451ee53f980aff202c05590e4f7dd2b4397288b6b14eb188b057c6b59d41babe

Documento generado en 24/09/2020 12:09:46 p.m.