



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE EL TAMBO - CAUCA

CÓDIGO No. 19 2564089001

Correo electrónico: j01prmtambo@cendoj.ramajudicial.gov.co

Veintidós (21) de junio de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA DE UNICA INSTANCIA No. 053

**Ref.: CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE LA MENOR DEILY ESTEFANIA
ALEGRIAS ARIAS**

**Demandantes: LUCENIA GALINDEZ CARVAJAL Y SEBASTIAN ARIAS
TALAGA**

Radicación: 2022-00167-00

I. - ANTECEDENTES

Procede el despacho a decidir de fondo en este proceso de CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL promovido por los señores LUCENIA GALINDEZ CARVAJAL Y SEBASTIAN ARIAS TALAGA, en su calidad de abuelos maternos de la menor DEILY ESTAFANIA ALEGRIA ARIAS.

II. - HECHOS

1.- Los señores LUCENIA GALINDEZ CARVAJAL, mayor de edad identificada con cedula de ciudadanía N° 31.863.649 expedida en la ciudad de Cali - valle del Cauca. SEBASTIAN ARIAS TALAGA, mayor de edad identificado con cedula de ciudadanía N° 4.676.661 expedida en el Tambo - Cauca, mediante apoderado judicial, solicitan la Custodia y Cuidado Personal de la menor DEILY ESTEFANIA ALEGRIA ARIAS domiciliada en El Tambo - Cauca, Vereda la Laguna, identificada con registro civil de nacimiento N° 1.060.875.365, lo anterior teniendo los siguientes hechos:

2.- Que el 11 de febrero de 2017, los señores ERIKA JHISELL ARIAS GALINDEZ, y JAMES ALEGRIA MUÑOZ padres de la menor, se dirigían desde la Vereda La Paloma de El Tambo - Cauca, hacia hacía el "Caserío", lugar donde la señora ERIKA JHISELL laboraba como auxiliar de enfermería y siendo las 07:30 de la mañanas, en dicho trayecto se encontraron a un grupo de personas armadas, las cuales los retienen y deciden quitarles la vida; por lo que la menor DEILY ESFANIA que en ese entonces contaba con seis años de edad (6 años), quedó huérfana de padre y madre.

3.- Que con la muerte de los señores ERIKA JHISELL ARIAS GALINDEZ y JAMES ALEGRIA MUÑOZ quienes se identificaron en vida con cedula de ciudadanía N° 1.060.870.986 del Tambo - Cauca y 1.060.866.797 del Tambo - Cauca, la menor quedó a cargo de los abuelos maternos, señores SEBASTIAN ARIAS TALAGA y LUCENIA

GALINDEZ CARVAJAL mayores de edad.

4.-que mediante Resolución de Custodia N° 011 del 29 de julio de 2017, la Comisaria de Familia del Municipio de El Tambo - Cauca, resolvió: "PRIMERO: fijar la Custodia, tenencia y cuidado personal de la menor DEILY ESTEFANIA ALEGRIA ARIAS en cabeza de la abuela materna la señora LUCENIA GALINDEZ CARVAJAL con el apoyo del abuelo y esposo SEBASTIAN ARIAS TALAGA para que continúen cuidando y protegiendo a su nieta tal como lo han venido haciendo desde el fallecimiento de los padres biológicos de la niña. SEGUNDO: notifique la siguiente providencia. TERCERO: el incumplimiento de las anteriores medidas será sancionado conforme a la ley. CUARTO: Cúmplase". CUARTO: El ocho de marzo de 2017 se inició proceso Administrativo de restablecimiento de derechos a favor de la menor DEILY ESTEFANIA ALEGRIA ARIAS, por parte de los abuelos maternos, debido al fallecimiento de sus padres biológicos, tal como consta en los registros civiles de defunción; que según certificado de la junta de acción comunal de la vereda la paloma, confirman que son los abuelos maternos quienes se han hecho cargo de su nieta desde el fallecimiento de los padres y son ellos quienes desde ese momento cubren los gastos integralmente para su manutención; así mismo brindándole cariño, afecto, amor entre otros. QUINTO: Por consiguiente; se hace visita de la residencia de la menor, en la vereda la laguna en compañía del equipo interdisciplinario para verificar que los derechos de la niña no sean vulnerados, para restablecer los derechos de la menor se realizó seguimiento a los abuelos maternos y se evidencia que no hay peligro alguno ni razones por las cuales deba retirarse a la menor desde el momento en que se hicieron cargo de ella provisionalmente y son ellos quienes vienen velando por su manutención y cuidados integralmente. SEXTO: En entrevista realizada a la menor DEILY ESTEFANIA ALEGRIA ARIAS es posible la confirmación de que sus abuelos maternos reciben todas las atenciones necesarias, así mismo amor, comprensión, cariño, y todo lo relacionado para su manutención sin que se le vulnere ningún derecho por el contrario han resarcido integralmente. SÉPTIMO: finalmente; los abuelos paternos están de acuerdo tal como lo suscriben en documentos privados, exponiendo la voluntad que sean los abuelos maternos quienes continúen haciendo cargo de la menor sin oponerse a tal decisión de la menor y que son conscientes que nadie mejor que ellos la podrán cuidar porque siempre han estado pendiente de la niña en vida de los padres, por lo visto anteriormente, es la abuela materna y peticionaria la suscrita LUCENIA GALINDEZ CARVAJAL con la ayuda de su esposo y abuelo de la menor, el señor SEBASTIAN ARIAS las personas más cercanas y garantes para protegerle los derechos a su nieta DEILY ESTEFANIA ALEGRIA ARIAS..."

III-PRETENSIÓN

Solicitan que mediante sentencia definitiva disponga que la custodia y cuidado personal de la menor de edad DEILY ESTEFANIA ALEGRIA ARIAS, quede a nombre de los señores LUCENIA GALINDEZ CARVAJAL Y SEBASTIAN ARIAS TALAGA, abuelos maternos de la infanta.

IV. TRÁMITE

Mediante auto del treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022), se admitió la demanda; se ordenó imprimirle el trámite verbal sumario contenido en el Libro III, Título II capítulo I, Artículo 390 del Código General del Proceso, en armonía con las normas concordantes del Código de la Infancia y la Adolescencia; se ordenó notificar personalmente la anterior Providencia al señor Defensor de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Popayán, corriéndole traslado por el término de diez (10), para que se pronuncien en defensa de los intereses de la menor.

CONTESTACIÓN DE LA DEFENSORA DE BIENESTAR FAMILIAR

El Dr. JOHN JAIRO PIAMBA ALVARADO, en calidad de Defensor de Familia del Centro Zonal Centro de la Regional Cauca del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - I.C.B.F., y en representación de la garantía de los derechos de la adolescente DEILY ESTEFANÍA ALEGRÍA ARIAS, identificada con el NUIP No. 1.060.875.365, dentro del término, da contestación a la demanda, luego de referirse a los hechos, a los fundamentos de derecho, al procedimiento y la competencia, manifestando que se respecto a la medida provisional decretada, se esté a lo resuelto en el numeral cuarto (4º) del proveído No. 836 del treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

V. CONSIDERACIONES

5.1 LA COMPETENCIA.

De conformidad con lo establecido en los Arts. 17-6 y 21- 3 del Código General del Proceso, este Despacho es competente para resolver la demanda de CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL EN ÚNICA INSTANCIA.

5.2 PRESUPUESTOS PROCESALES

Se verifica el resto de los presupuestos procesales de demanda en forma; capacidad para ser parte y legitimación en la causa, los cuales se reúnen; por ello y al no existir vicio en la actuación que obligue a declarar nulidad de lo actuado, se procede a emitir pronunciamiento de fondo.

5.3. PROBLEMA JURIDICO

En el *sub judice*, el Despacho debe establecer si otorgar la custodia y cuidado personal de la menor DEILY ESTEFANÍA ALEGRÍA ARIAS, nieta, a los abuelos maternos de manera definitiva ante el fallecimiento de sus padres.?

Para resolver el anterior interrogante, este Despacho reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y la Custodia y el cuidado personal y caso concreto.

El interés superior de los niños, niñas y adolescentes

El artículo 8 de la Ley 1098 de 2006, establece el principio orientador del interés superior, el cual actúa como un principio con alcances tanto en el ámbito general de las políticas públicas como en el ámbito de la operabilidad, que permiten tomar decisiones que privilegian a los niños, niñas y adolescentes desde la perspectiva de sus derechos, en el ámbito de una política pública, reconoce como objetivo los derechos de los niños, niñas y adolescentes y promueve su protección por medio de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales, y en el ámbito operativo, el interés superior se predica de situaciones en las que se deben armonizar los derechos e intereses de los niños en una situación determinada de conflicto.

La Corte Constitucional¹, expone sobre el interés superior:

"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 psicológicas; 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 interés en conflicto cuyo 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".

Por su parte el artículo 9 del Código de la Infancia y la adolescencia establece la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, principio que se encuentra contenido en la Convención sobre los Derechos de los Niños el cual nace del reconocimiento de los posibles conflictos que se pueden presentar en el orden social en la relación entre los derechos de los niños y los de los demás, el Interés Superior es el marco que orienta la prevalencia de los derechos, dando un interés especial a cada caso en particular y garantía a los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre los derechos de los demás.

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al afirmar que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son prevalecientes, esto no significa que sean excluyentes o absolutos:

"...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”²

La Custodia y el cuidado personal

La custodia se refiere al cuidado de los niños, niñas y adolescentes, que por ley les corresponde a los padres. En caso de hijos extramatrimoniales el cuidado lo tiene el padre que conviva con el menor de edad. En casos de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos o suspensión de la patria potestad, el juez tiene la facultad de confiar el cuidado de los hijos (as) a uno de los padres, o al pariente según le convenga al niño o a la niña.

La Ley 1098 de 2006 en su artículo 23 al referirse a la custodia y cuidado personal, la presenta como un derecho de los niños y una obligación de los padres o representantes legales. Se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta siempre con la mira puesta en el hijo, en el educando, en el incapaz de obrar y auto regular en forma independiente su comportamiento.

La custodia y cuidado personal hace parte integral de los derechos fundamentales del niño, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política. Por tal razón en principio, esos derechos, en especial el del cuidado personal, no pueden delegarse en terceros, ya que ellos nacen de la especialísima relación que surge entre padres e hijos, salvo cuando aquellos son los vulneradores de sus propios derechos.

La Convención Americana de los Derechos del Niño, dispone en su orden en los artículos, 7, 8, y 9 que los menores tienen derecho desde su nacimiento a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos y a mantener relaciones personales y contacto directo de modo regular cuando estén separados de uno o de ambos padres, salvo cuando las circunstancias lo exijan, con el objeto de conservar el interés superior del menor

La protección a la niñez en el derecho interno, se refuerza a nivel internacional en los tratados sobre derechos humanos como es el caso de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, cuyo principio 2, dispone que la niñez *“gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”*.

En similar sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 12 de 1991, destaca, entre otros, específicamente las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y de sus hijas y enfatiza que le corresponde al Estado prestar apoyo a los padres y la obligación de velar por el bienestar de niños y niñas cuando sus familiares no estén en condición de asumir por sí mismos dicha tarea. De la misma manera resalta que los Estados Partes deben poner el máximo empeño en garantizar que ambos padres tengan obligaciones comunes en lo relacionado con la crianza y el desarrollo del niño, y finalmente, al reconocer el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

CASO CONCRETO.

Dentro del presente proceso, los demandantes pretenden se les otorgue la CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DEFINITIVO de la menor **DEILY ESTEFANÍA ALEGRÍA ARIAS**, ante la ausencia definitiva de sus progenitores.

En primer término, debe precisarse que, en principio, la custodia y cuidado personal de un niño, niña o adolescente solo se litiga entre sus progenitores, excepto cuando éstos no garantizan sus derechos; empero ante la ausencia de éstos, debe ahondarse en principio en su familia extensa como son sus abuelos, tíos o hermanos mayores.

Teniendo en cuenta el material probatorio aportado al plenario, se establece que se encuentra acreditado que los señores **ERIKA JHISELL ARIAS GALINDEZ** y **JAMES ALEGRIA MUÑOZ** (q.e.p.d.), identificados en vida con las cédulas de ciudadanía Nos. 1.060.870.986 y 1.060.866.797 del Tambo - Cauca, respectivamente, eran los padres de la menor **DEILY ESTEFANIA ALEGRIA ARIAS**, tal como consta en el registro civil de nacimiento con NUIP 1.060.875.365 de la Registraduría Nacional del Estado Civil de El Tambo - Cauca; aunado a ello reposa en el expediente la Resolución No. 011 del 29 de julio de 2017, suscrita por la Comisaria de Familia Nancy Elvira Pungo Vargas, mediante la cual dicha entidad, otorgó la custodia, tenencia y cuidado personal provisional de la menor a su abuela materna **LUCENIA GALINDEZ CARVAJAL**, con el apoyo de su esposo y abuelo materno **SEBASTIÁN ARIAS**, para que continuar cuidando y protegiendo a su nieta, tal como han venido haciendo desde la muerte de sus padres.

Que la anterior decisión se asumió debido al inicio del trámite de restablecimiento de derechos a favor de la niña, dentro del cual se hizo un seguimiento a la residencia de los abuelos donde se constató que no hay peligro, ni razones por las cuáles debe retirarse a la menor de dicho hogar; de otro lado, la entrevista con la menor, donde indica que de sus abuelos recibe todas las atenciones necesarias, así mismo amor, comprensión, cariño y todo lo relacionado para su manutención y por último se encuentra acreditado que los demandantes eran los padres de la señora **ERIKA JHISELL ARIAS GALINDEZ** (q.e.p.d.) y, ella a su vez, era la progenitora de la menor.

En este orden de ideas, se tiene que en estos eventos debe primar el derecho al interés superior de la niña sobre cualquier derecho, lo que implica reconocerle que tiene derecho a tener una familia y que la familia, la sociedad y el Estado, deben procurar que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral y que las decisiones que se tomen en relación a un niño, niña o adolescente deben ir orientadas a su bienestar y pleno ejercicio de derechos, para su desarrollo íntegro, es por ello que su familia extensa debe seguir priorizando y garantizando la satisfacción integral de la menor de edad.

Bajo el supuesto antes descrito, efectivamente los abuelos se encuentran legitimados para solicitar la custodia y cuidado personal de su nieta, teniendo en cuenta el interés superior de la niña y ante el fallecimiento de los progenitores y como la autoridad administrativa dentro del proceso de restablecimiento de los derechos de la menor determinó que las personas más idóneas y aptas para la custodia y cuidado de la menor

es la familia materna, máxime cuando son las personas que han estado al cuidado y han compartido con ella, desde la muerte de su hija y yerno.

Entonces como los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una protección legal reforzada tanto a nivel nacional, como Internacional y para el bienestar de los menores hay que tener en cuenta que uno de los criterios orientadores para ello es el derecho a tener una familia y no ser separado de ella; y como en el presente evento la menor en la entrevista de la Comisaria y su Grupo Disciplinario, indica que se encuentra satisfecha de vivir con sus abuelos maternos; pues recibe las atenciones necesarias y mucho amor; aunado a ello artículo 44 de la Constitución Nacional, reconoció el derecho de los menores a relacionarse con su familia externa y en este evento con sus abuelos maternos ante el fallecimiento de sus padres; además, el citado artículo legitima a los demandantes para iniciar el presente proceso ante el fallecimientos de sus progenitores; y que es una necesidad que la menor continúe con dicho vínculo; aunado a ello en la respuesta suministrada por el Defensor de Familia de Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - I.C.B.F., quien en representación de las garantías de los derechos de la adolescente, ratifica que la custodia y cuidado personal de la adolescente debe quedar en cabeza de los abuelos paternos, tal como lo indicó la Comisaria de Familia de El Tambo - Cauca, de manera provisional, esto con el fin de tener en cuenta el interés superior de la adolescente.

De otro lado, el artículo 254 del C. Civil, establece que en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, el juez podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, y en la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes legítimos, en este caso la menor tiene más contacto con los padres de la madre fallecida, por lo que es la figura que la menor ha venido teniendo siempre con los abuelos maternos; pues sacarla de la órbita en donde ha estado siempre, representaría un daño psicológico a la menor o un riesgo para ella.

Luego de analizar y valorar la prueba adjunta al proceso, a la luz de las reglas de la sana crítica y de las reglas de la experiencia conforme a lo indicado por el artículo 176 C. G. del P., fácil es advertir que con la documentación adjunta que reposa en el trámite de este proceso, es más que suficiente para atender las pretensiones de la demanda y se puede sostener sin equívoco alguno, que los abuelos están legitimados para solicitar la custodia y cuidado personal de su nieta, en consecuencia se concederá la custodia y cuidado definitivo a los señores LUCENIA GALINDEZ GARVAJAL y SEBASTIAN ARIAS, de la menor DEILY ESTAFANIA ALEGRIA ARIAS, por encontrarse satisfechos las exigencias para ello.

Por lo anteriormente expuesto, el JUZGADO PRIMERO PROMISCO MUNICIPAL DE EL TAMBO - CASUCA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DEFINITIVO de la menor de edad DEILY ESTEFANIA ALEGRIA ARIAS, nacido en El Tambo -Cauca, el 15 de diciembre de 2010, hija de ERIKA JHISELL ARIAS GALINDEZ y JAMES ALEGRÍA MUÑOZ (fallecidos), registrado su nacimiento en la Registraduría Nacional del Estado Civil - en El Tambo - Cauca, bajo el NUIP 1.060.875.365, indicativo serial 42921405, a sus abuelos maternos, LUCENIA GALINDEZ CARVAJAL, identificada con la cédula de ciudadanía número con cédula de ciudadanía 31.863.649 y SEBASTIAN ARIAS TALAGA, identificado con la cédula de ciudadanía 4.576.661.

SEGUNDO: En forma oportuna, inscribese la presente sentencia en el Registro Civil de Nacimiento de LEIDY ESTEFANIA ALEGRIA ARIAS. Oficiese a la Registraduría del Estado Civil de El Tambo - Cauca.

TERCERO: En firme esta decisión, archívese el expediente, previa cancelación de su radicación y demás anotaciones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ANA CECILIA VARGAS CHILITO

JUEZ