



Riohacha, La Guajira, veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

RAD: 44001-31-10-001-2016-00100-01.

ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a resolver el conflicto de competencia suscitado entre la Juez de Familia de Riohacha y la Juez Promiscuo Municipal de Barrancas, ambos de La Guajira, en la acción de custodia y cuidados personales promovida por HELLINTON RAFAEL SOLANO PELAEZ contra SILVANIA PAOLA BARROS FERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES

- 1.) El señor SOLANO PELAEZ mediante apoderada judicial presentó demanda de Custodia y Cuidado Personal del menor FRANCO RAFAEL SOLANO BARROS contra la señora SILVANA PAOLA BARROS FERNÁNDEZ.
- 2.) Con auto de 29 de abril de 2016, el Juzgado de Familia de Riohacha, luego de inadmitida y subsanada la demanda por el demandante en oportunidad, decidió rechazarla de plano por falta de competencia territorial al deducir que el menor FRANCO RAFAEL reside en Barrancas, La Guajira, y ordenó remitirla al Juzgado Promiscuo Municipal de esa población.
- 3.) La titular del citado despacho judicial, previo a pronunciarse sobre la demanda, ordenó recepcionar el testimonio del señor HELLINTON RAFAEL SOLANO PELAEZ para esclarecer la "residencia" del menor por quien se reclama la custodia para establecer competencia, la cual una vez determinada, con auto de 19 de julio de 2016, decidió que el Juez a asumir el conocimiento, es el de Familia de Riohacha, por encontrarse el niño "residiendo" en la precitada ciudad con la madre, señora SILVANA PAOLA BARROS FERNÁNDEZ, fundamentándose en lo consagrado por el artículo 28-2 C. G. del P.; y, en consecuencia, le dio aplicación al artículo 139 *ibídem*, remitiendo la actuación a

esta Sala del Tribunal Superior para dirimir el conflicto de competencia presentado entre los dos despachos judiciales.

CONSIDERACIONES

Problema jurídico.

¿Consiste en determinar, cuál de los juzgados trabados en conflicto es el competente para conocer del proceso de custodia o cuidados personales del menor FRANCO RAFAEL SOLANO BARROS promovido por HELLINTON RAFAEL SOLANO PELAEZ contra SILVANA PAOLA BARROS FERNÁNDEZ?

Delanteramente la respuesta es, que corresponde su conocimiento al Juzgado de Familia de Riohacha, La Guajira.

El Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, dispuso como su fin principal, *"garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna."*

Para desarrollar ese propósito, los artículos 22 y 23 *ibídem*, preceptúan:

"Artículo 22. DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella.

Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación."

"Artículo 23. CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales."

Para establecer el despacho judicial competente, es preciso analizar la norma que regula el factor territorial de competencia jurisdiccional. En ese orden el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 97, expresa:

"Artículo 97. *Competencia territorial.* Será competente la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente; pero cuando se encuentre fuera del país,

será competente la autoridad del lugar en donde haya tenido su última residencia dentro del territorio nacional.”

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 1001-0203-000-2009-01878-00¹ M. P. Arturo Solarte Rodríguez, al resolver un conflicto negativo de competencia, sostuvo:

“(…) el marco normativo actual, y particularmente a partir de la entrada en vigor del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), la Corte ha considerado que corresponde realizar una nueva reflexión sobre el asunto a partir de las nuevas realidades. En efecto, como la orientación de ese cuerpo normativo y la tendencia contemporánea del ordenamiento jurídico se inclinan a favorecer el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes, **la asignación de competencia por el factor territorial al juez en que ellos se encuentren domiciliados constituye una más de sus manifestaciones legislativas.** De esa manera, aunque pudiese interpretarse que la disposición consagrada en el art. 97 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) asigna competencia territorial a autoridades administrativas y tal vez no a las judiciales, es lo cierto que con las nuevas atribuciones que trae esa codificación, concretamente las señaladas en el art. 100 (asuntos que pueden conciliarse), un trámite originalmente administrativo se puede convertir en judicial, y si en la etapa administrativa el competente es el del lugar “*donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente*”, resultaría inapropiado que en la fase judicial el competente fuera el de otro lugar. Así es, iniciada una actuación administrativa de las que contempla el Título IV de ese Código (arts. 96 a 118) y transcurridos cuatro meses contados a partir de la presentación de la solicitud o la apertura oficiosa de la investigación sin que se haya emitido decisión, “*la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo.*” (Pará. 2º, art. 100).

Resulta más eficiente, ciertamente, que las autoridades a quienes se les ha atribuido el conocimiento sucesivo del mismo asunto se encuentren en un solo lugar, que por supuesto sería el del menor. Si no fuera así, vencido el plazo del citado art. 100, la actuación tendría que trasladarse, en un caso como el que motivó el conflicto de la referencia, de Sevilla a Bogotá, por ser las autoridades administrativas de Sevilla las competentes en su ámbito territorial para tramitar la solicitud o la investigación iniciada de oficio, y luego las judiciales de Bogotá por ser éste el domicilio de la demandada, lo cual resulta a todas luces inadecuado y en contravía de la estabilidad del menor.

5. Otro tanto, y en la misma línea esbozada, habría que decir de las diligencias que deben practicarse para evaluar el entorno familiar y social del menor cuyos intereses se pretenden proteger en una actuación administrativa o en un proceso judicial. Ese entorno solo puede evaluarse *in situ*, y ello no podría suponer traslados entre diferentes lugares, lo cual resulta a todas luces inconvenientes y fuente de dilaciones y obstáculos indeseables.

Asimismo, conforme al art. 105 del Código de la Infancia y la Adolescencia, “[e]l defensor o el comisario de familia entrevistará al niño, niña o adolescente para establecer sus condiciones individuales y las circunstancias que lo rodean”, de suerte que imponerle al menor o a quien se encuentre a cargo de su cuidado, que se desplace a un lugar distinto del de su residencia, no se acompasa con los propósitos claramente definidos en el

¹ AC. 2009-01878-00 10 de diciembre de 2009

ordenamiento jurídico encaminados a proteger los intereses superiores de esa persona que es de especial protección.” (Negritas y subrayas fuera del texto original).

En la providencia trasuntada se hace referencia a otros pronunciamientos sobre competencia, donde se encuentren vinculados o involucrados menores de edad:

“El propósito de las normas adoptadas en torno de conflictos en los que resulten vinculados o involucrados menores de edad, es beneficiar su posición brindándoles la prerrogativa, precisamente por su condición, de que dichos conflictos se puedan adelantar en su domicilio o residencia” (Exp. 2007-01529); y que **“en orden a dirimir el conflicto ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 97 de la ley 1098 de 2006 en el sentido de que es competente ‘la autoridad del lugar donde se encuentre el niño, la niña o el adolescente’**, pues aunque esta norma se refiere a los funcionarios administrativos que deben conocer del restablecimiento de los derechos del menor afectado, es indudable que como al perder éstos la atribución por no decidir dentro de los plazos señalados en el parágrafo 2°, artículo 100 de dicha ley, corresponde a los funcionarios judiciales, a partir de ahí, asumir la competencia con base en el mismo expediente, resulta apenas natural que aquella regla se aplique a los últimos, mayormente si ese es el entendimiento que mejor garantiza la satisfacción de la obligación a cargo del Estado de asegurar la presencia del niño, niña o adolescente en todas las actuaciones que sean de su interés y que los involucren...’ así como procurar la presencia en dichas actuaciones de sus padres, de las personas responsables o de su representante legal’, tal y como lo establece al ordinal 34, artículo 41 de la aludida ley (Exp 2008-00649-00)” (Negritas y subrayas fuera de texto).

Caso concreto.

El Juzgado de Familia de Riohacha, rechazó de plano la demanda de custodia o cuidados personales del menor FRANCO RAFAEL SOLANO BARROS por considerar que no tenía competencia para tramitar el proceso en razón del factor territorial porque dedujo que “residía” en Barrancas, La Guajira.

La Juez Promiscuo Municipal de Barrancas, La Guajira, luego de escuchar en declaración al demandante, quien manifestó, el niño se encontraba residiendo al lado de la madre, señora SILVANA PAOLA BARROS FERNÁNDEZ, en Riohacha, determinó, que la requerida competencia era de la Juez de Familia de esta capital y propuso el conflicto negativo de competencia.

Como quedó visto en el recuento normativo y jurisprudencial, la competencia para conocer del proceso de Custodia y Cuidado Personal de un menor corresponde al juez del lugar donde se encuentre domiciliado el niño, la niña o adolescente.

En ese sentido se hace necesario establecer el domicilio del niño FRANCO RAFAEL SOLANO BARROS.

Entonces, tenemos, en el hecho CUARTO de la demanda, se afirma, luego de referir el fracaso de la conciliación: "... y no me permite visitar a mi hijo, ni tampoco le da los cuidados que el (sic) necesita, porque no lo lleva a sus controles mensuales como corresponde, y no le da cumplimiento a lo fijado por el defensor que yo lo tuviera 15 días cada mes y yo creo que mi derecho no se debe violar porque como padre puedo compartir con mi niño por ley."

En el hecho QUINTO, sostiene, que sólo le ha permitido unas visitas esporádicas de mes en mes o según sus conveniencias y parecer; después dice, "Por lo que se puede apreciar que la madre de mi hijo se ha empeñado en no dejar que yo vea a mi hijo ..."

Las anteriores afirmaciones del demandado no fueron tenidas en cuenta por la Juez de Familia de esta ciudad cuando dedujo que el niño FRANCO RAFAEL residía en Barrancas, La Guajira y por ello decidió rechazar de plano la demanda y enviarla por competencia al Juzgado Promiscuo Municipal de esa población con fundamento en el artículo 5-b) Decreto 2272 de 1989, que pertinente es advertir, para ese momento se encontraba derogada tal normatividad.

En ese orden, este despacho, concluye, que el menor FRANCO RAFAEL SOLANO BARROS se encuentra domiciliado en el lugar donde tiene fijado su domicilio la madre, señora SILVANA PAOLA BARROS FERNÁNDEZ más no residencia, esto es, en el Municipio de Riohacha, La Guajira, situación confesada, como acaba de verse, por el demandante en los hechos cuarto y quinto de la demanda (art. 193 C. G. del P.); por lo tanto, se desconoció la regla contenida en el artículo 97 Ley 1098 de 2006 y desarrollada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, donde se determina que el juez competente es la autoridad donde se encuentra el niño, la niña o el adolescente.

Por otro lado, oportuno es aclarar, que el conflicto de competencia propuesto por la Juez Promiscuo Municipal de Barrancas, La Guajira, es procedente, por cuanto la Juez de Familia de Riohacha, no es su superior funcional, luego, no aplica el inciso 3 artículo 139 C. G. del P.; así lo sostiene la doctrina: "Para que el conflicto pueda existir, es requisito indispensable que los funcionarios no sean directamente subordinados, pues en tal caso, dada la característica de nuestra organización judicial,

eminentemente jerarquizada, la opinión del de mayor categoría predomina sobre la del de inferior categoría, quien debe cumplir la decisión sin reparos de ninguna clase."²

Y más adelante, agrega: "Sin embargo, cuando esos funcionarios son jerárquicamente diferentes pero no están directamente subordinados, aunque sean de diferente categoría, se puede presentar el conflicto, porque lo que impide que ésta se origine es la subordinación directa. ..."³

En mérito de lo expuesto, se

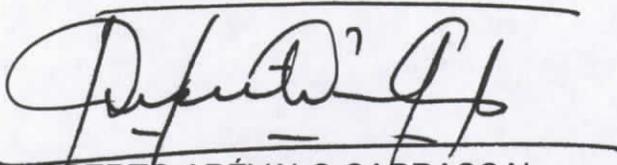
RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que el funcionario judicial competente para conocer de la demanda de custodia y cuidados personales del niño FRANCO RAFAEL SOLANO BARROS promovida por el señor HELLINTON RAFAEL SOLANO PELAEZ contra la señora SILVANA PAOLA BARROS FERNÁNDEZ lo es el Juez de Familia de Riohacha, La Guajira.

SEGUNDO: REMITIR la actuación judicial al precitado juzgado para que asuma el conocimiento del mismo.

TERCERO: Informar al Juzgado Promiscuo Municipal de Barrancas, La Guajira, de esta decisión.

Notifíquese y cúmplase,


ROBERTO ARÉVALO CARRASCAL
Magistrado

² Código General del Proceso. Parte General. Hernán Fabio López Blanco. Edición 2016. Pág.259.

³ Pág. 260 *ibídem*.