**PATRIA POTESTAD / DEFINICIÓN / PRIVACIÓN O SUSPENSIÓN**

Señala el artículo 288 del Código Civil que la patria potestad, o potestad parental, es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone… A la consagración legal de tales potestades corresponden unos deberes en cabeza de los padres, que se contemplan por el legislador… como complemento de la patria potestad… La patria potestad se puede suspender o privar a padre y madre por decisión judicial, conforme se regula en los artículos 310 y 315 del CC, causales cuyo análisis y aplicación a cada caso concreto debe guiarse por el principio del interés superior del menor…

**PATRIA POTESTAD / ABANDONO / REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL**

Respecto de la causal de abandono (Art. 315-2 CC), resulta pacífico en el caso que su estructuración no la genera cualquier distorsión que pueda existir en la relación entre padres e hijos. Para comprender esta causal, se hace necesario recordar que… la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (… Exp. T. No. 11001 02 03 000 2006 00714 -00) en el trámite de una acción de tutela contra una providencia judicial que declaró la privación de patria potestad señaló como derrotero para el estudio de la figura del abandono, que él se configura cuando es absoluto y se origina en la voluntad del padre o madre…

**PATRIA POTESTAD / ABANDONO / PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL MENOR**

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia T-953 de 2006, revisó y avaló la interpretación de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre el abandono como causal de privación de la patria potestad. Por otra parte, se agrega que dicho abandono debe ser total y definitivo, no parcial e igualmente debe valorarse no de manera aislada, o como mejor convenga a los padres sino… bajo el prisma de prevalencia de los derechos de los menores y el respeto por su interés superior.

**PATRIA POTESTAD / ABANDONO / SUSPENSIÓN EN LUGAR DE PRIVACIÓN**

… en lugar de privar la patria potestad y dado que en este tipo de asuntos no opera la congruencia judicial con todos sus alcances según el artículo 281, parágrafo 1º, C.G.P. con ocasión a las facultades oficiosas atribuidas al juez para proteger los derechos de los menores, esta Colegiatura suspenderá la potestad parental del señor J.E.L.M, con el fin de dar paso a una oportunidad para que el demandado encause sus esfuerzos personales en fortalecer esa relación, teniendo siempre como propósito ser un padre comprometido, de manera efectiva y real, con el cumplimiento de su tarea de educar y formar a su hija, lo que desde luego implica el aporte de la cuota alimentaria…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**DISTRITO DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**

Magistrado Ponente: **CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**Sentencia SF-0014-2023**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Radicación | | 66001311000420220023001 | |
| Origen | | Juzgado Cuarto de Familia de Pereira | |
| Asunto | | Privación de Patria Potestad – Sentencia de segunda instancia | |
| Demandante | | Y.L.C.B. en nombre y representación de la menor G.L.C. | |
| Demandado | | J.E.L.M. | |
| Magistrado Sustanciador  Tema | | Carlos Mauricio García Barajas  Elementos para que se configure el abandono como causal para que se declare la privación de la patria potestad. | |
| Acta número | | 399 de 15-08-2023 | |
|  | |  | |

Pereira, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

**Objeto de la providencia**

Corresponde decidir sobre la apelación propuesta por la parte demandada contra la sentencia del Juzgado Civil 4 de Familia de Pereira, proferida el 26 de octubre de 2022[[1]](#footnote-2).

**Antecedentes**

**La demanda[[2]](#footnote-3)**

**Pretensiones.** Y.L.C.B., actuando en calidad de madre y representante legal de la menor G.L.C.[[3]](#footnote-4), pretende: **(i)** Privar al demandado de la patria potestad sobre su menor hija, por haber incurrido en la causal 2ª del artículo 315 del Código Civil; **(ii)** Otorgar en forma exclusiva la potestad a su progenitora; **(iii)** Inscribir la sentencia en el respectivo registro civil; y, **(iv)** condenar en costas a la parte pasiva.

**Soporte fáctico.** Y.L.C.B. y J.E.L.M sostuvieron una relación sentimental de la cual nació G.L.C. el 25 de marzo de 2015, y desde el nacimiento de la menor el accionado no ha cumplido sus obligaciones parentales a pesar de que **(i)** en el año 2016, el accionado citó a la accionante a una conciliación para concertar la cuota alimentaria y la regulación de visitas, **(ii)** Y el 30 de julio de 2019 se llevó a cabo audiencia de conciliación entre las citadas partes ante el Juzgado 4º de Familia de esta ciudad dentro del proceso de privación de patria potestad que se terminó por mutuo acuerdo.

**Postura del demandado[[4]](#footnote-5)**

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, en su lugar, formuló las siguientes excepciones de fondo: **(i)** Falta de cumplimiento del numeral 2º del artículo 315 del código civil, e **(ii)** interés superior de la menor.

**Concepto del Ministerio Público**[[5]](#footnote-6)

El Procurador 21 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia, La Familia y las Mujeres, señaló que no se opone a las pretensiones de la demanda *“siempre y cuando se prueben los fundamentos jurídicos establecidos especialmente en el artículo 315 numeral 2 del Código Civil y Ley 1098 de 2006*”. A su vez, presentó cuestionario para que fuera absuelto por los parientes y testigos y solicitó la práctica de entrevista a la menor G.L.C “*con el fin de indagarle sobre su relación paterno – filial*”.

**Sentencia apelada[[6]](#footnote-7)**

Para resolver el problema jurídico de si el demandado, por su propio querer o voluntad, abandonó de manera total a su hija, expuso que el demandado confesó el abandonó luego del año 2019, pero lo atribuyó a restricciones impuestas por la actora y su progenitora, circunstancia esta última que no probó, siendo que era su carga hacerlo. En efecto, de la valoración de pruebas concluyó:

1. De la entrevista realizada a la menor, infirió una ruptura total y definitiva de los lazos filiales entre ella y su progenitor porque la infante G.L.C. tiene una visión “desdibujada” de su padre al identificar la figura paterna con la materna; la figura paterna, en ella, no está presente.
2. En la prueba documental trasladada alusiva al proceso de privación de patria potestad que terminó por conciliación en la vigencia 2019, se concertó un trabajo social entre los padres y la menor para luego, el demandado iniciar las visitas a su hija, sin embargo, el accionado no continuó con la ruta del trabajo y con ello deduce “*la renuncia a futuro a las visitas conciliadas*”, así como su “*falta de interés de relacionarse con su hija*”, sin que pueda atribuirse tal situación a la conducta de la mamá o su familia, o a un estado de desesperación del padre que no se demostró.
3. No otorgó fuerza de convencimiento a los testimonios de César Augusto López Marín (hermano del demandado) y Fanny Marín (tía del demandado), frente a la aseveración de la defensa, por ser testigos de oídas (afirman lo que el demandado les informó o lo que el testigo piensa que pudo ocurrir).
4. Por el contrario, los testimonios de Erika Andrea Cruz Betancourth (prima de la madre) y María Irene BetancourthCastaño (tía de la madre) indican que en ningún momento la actora o su progenitora impidieron al accionado visitar o relacionarse con su hija, lo que conocieron porque compartieron habitación y por los estrechos lazos familiares.

Concluyó, entonces, que se demostró en el proceso el abandono producto de una conducta intencional del progenitor hacia la menor y, por consiguiente, dispuso la privación de la patria potestad a J.E.L.M. y se impartieron los demás ordenamientos de ley.

En término la parte demandada presentó recurso de apelación (archivo 31 minuto 31:40 a 36:30), que fue concedido en el efecto suspensivo[[7]](#footnote-8).

**Síntesis de la apelación**

Se centra en atacar la decisión de primer grado por yerros en la valoración probatoria, en especial, se cuestiona la apreciación realizada por el Juez de primera instancia en relación con la entrevista realizada a la menor, así como los testimonios de Erika Andrea Cruz Betancourth y María Irene Betancourth(testigos dela parte demandante), e igualmente cuestiona la falta de valoración de los audios aportados por la parte pasiva en la contestación de la demanda así como de las declaraciones oídas por petición suya y fotos aportadas. Para luego, concluir que en este asunto el demandado no abandonó totalmente a su menor hija.

**Trámite en segunda instancia**

El recurso fue admitido el 28 de noviembre de 2022 y oportunamente la parte actora presentó escrito de sustentación[[8]](#footnote-9) reiterando y profundizando los reparos formulados en primera instancia. La parte no recurrente presentó su propia valoración probatoria, reclamando confirmar la sentencia apelada[[9]](#footnote-10).

**Consideraciones**

**1.-** Esta Sala es competente para pronunciarse sobre la apelación propuesta contra la sentencia de primera instancia, y a ello se procede al encontrarse reunidos los presupuestos procesales para proferir decisión de fondo y no observarse alguna irregularidad que genere la nulidad de lo actuado.

**2.-** De otro lado, hay legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva, pues obra el registro civil de nacimiento de la niña, aportado con la demanda[[10]](#footnote-11), documento que evidencia que quienes se encuentran acá vinculados son los llamados a discutir la extinción de la patria potestad (Artículo 288 Código Civil), figura denominada actualmente como potestad parental[[11]](#footnote-12).

El Ministerio Público fue citado en interés de la hija menor de la pareja (Art. 46 CGP).

**3.-** Conforme al artículo 320 del C.G.P., el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, y la competencia se restringe solamente a pronunciarse sobre los argumentos expuestos por este, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio (Art. 328 Ib.), como por ejemplo las relacionadas con presupuestos procesales, la legitimación en la causa, las nulidades absolutas, las prestaciones o restituciones mutuas, las costas procesales, entre otras. Lo anterior sin olvidar que, en asuntos de familia, el juez también está autorizado para decir ultra y extra petita (artículo 281 parágrafo 1º, CGP)

**4.** Se recuerda que, en el caso, los reparos del recurrente están orientados a señalar la inexistencia de abandono total o definitivo por voluntad del padre y, aunque existe un evidente distanciamiento en la relación paternofilial, el mismo se debe a las restricciones impuestas por la madre y en su momento por la abuela materna.

Bajo ese contexto, corresponde resolver como **problema jurídico** si de acuerdo con los hechos probados, concurren los presupuestos para configurar la causal de abandono invocada en la demanda y declarar la privación de la patria potestad.

La respuesta al anterior cuestionamiento será negativa, como pasa a explicarse, y bajo ese derrotero se abre paso al estudio de la alzada.

**5.-** Señala el artículo 288 del Código Civil que la patria potestad, o potestad parental, es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. No es entonces un fin en sí mismo, sino un instrumento o herramienta que se otorga exclusivamente a los padres para lograr el desarrollo y beneficio de sus hijos no emancipados. De allí que se sostenga que su ejercicio “*será legítimo en la medida en que sirva al logro del bienestar del menor, de forma tal que no quedan a la voluntad y disposición de sus titulares, en razón a que no son reconocidos en favor de los sujetos a quienes se les confieren, sino a favor de los intereses de los hijos menores*” (CC, sentencia C-145 de 2010).

A la consagración legal de tales potestades corresponden unos deberes en cabeza de los padres, que se contemplan por el legislador (Art. 14 Ley 1098 de 2006 - Código de la Infancia y la Adolescencia) como complemento de la patria potestad. Comprenden la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos, bajo la advertencia que en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.

La patria potestad se puede suspender o privar a padre y madre por decisión judicial, conforme se regula en los artículos 310[[12]](#footnote-13) y 315[[13]](#footnote-14) del CC, causales cuyo análisis y aplicación a cada caso concreto debe guiarse por el principio del interés superior del menor[[14]](#footnote-15) y el carácter prevalente que corresponde a sus derechos[[15]](#footnote-16), a la luz de lo cual el juez deberá determinar si resulta benéfico o no para el hijo que la potestad parental que ejercen sus padres se dé por terminada (CC, sentencia C-997 de 2004; C-262 de 2016; C-145 de 2010 ya citada). Además, en aquellos eventos donde la edad y madurez del involucrado lo permitan, deberá garantizarse la oportunidad para escuchar su opinión en forma directa, honrando compromisos convencionales adquiridos por nuestro Estado (Artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada en la Ley 12 de 1991), también desarrollados en la legislación interna (artículo 26 de la Ley 1098 del 2006).

La patria potestad o potestad parental también se extingue por la emancipación legal de los hijos (Art. 312 CC), como cuando alcanzan la mayoría de edad o contraen matrimonio, o por la muerte de los padres.

**6.-** Respecto de la causal de abandono (Art. 315-2 CC), resulta pacífico en el caso que su estructuración no la genera cualquier distorsión que pueda existir en la relación entre padres e hijos.

Para comprender esta causal, se hace necesario recordar que el 25 de mayo de 2006 la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. T. No. 11001 02 03 000 2006 00714 -00) en el trámite de una acción de tutela contra una providencia judicial que declaró la privación de patria potestad señaló como derrotero para el estudio de la figura del abandono, que él se configura cuando es absoluto y se origina en la voluntad del padre o madre. Al respecto, esta Corporación señaló en la providencia atrás referida:

*“Olvidó el juzgador ad quem que ni siquiera el incumplimiento injustificado de los deberes de padre, conduce per se a la privación de la patria potestad, pues al efecto se requiere que el abandono sea absoluto y que obedezca a su propio querer. Así lo destacó esta Corporación en sentencia del 22 de mayo de 1987, al decir que “en verdad, el incumplimiento de los deberes de padre, grave e injustificado, no conduce por sí a la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, pues para ello se requiere que dicho incumplimiento se derive del abandono del hijo, circunstancia ésta prevista en el artículo 315-2 del C.C. como causa de una u otra. En el presente caso, dadas las particularidades que lo rodean, se concluyó en el aquel incumplimiento como causa de separación, pues la situación de enfrentamiento conyugal que de hecho separó a los esposos le dieron origen, más no se puede concluir, por el mismo camino, que el demandado ha abandonado –por su querer- al hijo”.*

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia T-953 de 2006, revisó y avaló la interpretación de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre el abandono como causal de privación de la patria potestad.

Por otra parte, se agrega que, dicho abandono debe ser total y definitivo, no parcial e igualmente debe valorarse no de manera aislada, o como mejor convenga a los padres sino, se reitera, bajo el prisma de prevalencia de los derechos de los menores y el respeto por su interés superior.

Sobre este tópico, ha señalado la Corte Constitucional (Sentencia C-1003 de 2007), pronunciamiento que recordó esta Corporación (TSP. SF-0004-2021):

*La prevalencia de derechos y el interés superior del menor no implican per sé que frente a cualquier irregularidad o infracción parental sobrevenga la separación jurídica o material del niño o la niña de cualquiera de sus padres. Existen variedad de medidas intermedias que el operador puede tomar para castigar al padre infractor y para asegurar que sus actuaciones se acoplen al interés del menor. La más grave y extrema de todas ellas, tanto para la madre como para el hijo, la constituye la extinción o suspensión de cualquiera de las facultades parentales o la patria potestad misma. Por supuesto, cuando se investigan posibles irregularidades en la conducta y gestiones de un padre respecto del hijo, sobrevendrá un dilema y una tensión jurídica entre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y las fórmulas de salvaguardia aplicables; para dar solución a tal conflicto el operador judicial o administrativo debe actuar con extrema cautela y prudencia, y sustentar cuidadosamente cuál es la medida más apropiada para amparar los derechos del niño o niña. En cualquier caso, la intervención de la sociedad y el Estado en defensa del menor no puede engendrar un daño mayor de aquel que hubiere sido ocasionado por su padre o madre”*

Frente a decisiones que implican o pueden implicar la separación de padres e hijos, el Comité de los Derecho del Niño en la observación general No. 14[[16]](#footnote-17) indica que, ante la gravedad de sus efectos, dicha medida solo debe aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo justificado, y debe evitarse si se puede proteger al niño de un modo que interfiera menos en la familia. Así, “*[A]ntes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño. Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres.”*

Teniendo presente lo anterior, esta Colegiatura procede a resolver los reparos a la decisión de primer grado.

**7. De los reparos**

Todos atacan la apreciación de las pruebas realizada por el juzgador, desde distintos ángulos. Se resolverán en la misma secuencia como, según se sintetizó arriba, fue elaborado el análisis probatorio contenido en la sentencia impugnada.

Antes de abordarlos, se recuerda que la conclusión probatoria central de la sentencia apelada fue que (1) el demandado confesó el abandono total que se enrostra con posterioridad al año 2019, y (2) debiendo acreditar lo que afirmó, esto es, que tal abandono se debió a restricciones impuestas por la actora y su familia, no lo demostró.

La primera conclusión no se combate; el recurso se centró en la segunda.

**7.1.-** Entrevista realizada a la menor.



**No prospera.**

El recurrente es reiterativo en indicar que, de esta prueba no se desprende la interpretación realizada por el Juzgado de primer grado alusiva a que la menor tiene una imagen “alienada” de su padre, sino que, en su lugar, dicha “imagen es distorsionada” no sólo inducida “por la madre (…) sino también por su tía y prima, quienes fungieron en la audiencia como testigos[[17]](#footnote-18)”.

La entrevista se realizó en forma virtual, en dos sesiones. Estuvo presente el Juez, la Defensora de Familia y la Trabajadora Social del Juzgado, que acompañó en forma presencial a la niña. Se puede consultar en su integridad en los archivos 21 y 22 de primera instancia.

Es evidente que la menor responde con solvencia y claridad las preguntas que se le realizan, excepto las relacionadas con su padre ante las cuales generalmente guarda silencio. De esa realidad, en todo caso, no puede inferirse la existencia de la alienación parental que reclama el apelante. Se explica:

Siendo un trastorno o síndrome[[18]](#footnote-19) que puede asociarse con las interacciones interpersonales en la infancia[[19]](#footnote-20), a más de una modalidad de violencia psicológica o de género causada por uno de los padres así un hijo común y el otro progenitor, en el contexto de una ruptura de una relación de pareja traumática[[20]](#footnote-21), resulta útil acudir a la información relacionada que obra en el expediente.

En ese sentido se tiene que la Trabajadora Social del juzgado de primera instancia, dentro de la misma entrevista a la menor y ante pregunta del juez sobre su percepción de por qué la niña guardaba silencio cuando se le preguntaba por el papá, señaló: se trata de una situación correlacionada con la situación de vida de la menor al haber sido el padre una figura ausente; por ello la niña es pausada al contestar, porque no dispone de información amplia para decir, es producto del distanciamiento que existe entre padre y madre, y de no tener conocimiento ni afianzamiento frente a la figura paterna, por eso no tiene afirmaciones para hacer respecto a su relación con el papá.

Luego explicó, ante inquietud de la Defensora de Familia porque (i) observaba a la niña triste cuando se le preguntaba por el papá; y (ii) el uso de la expresión mi mamá es mi papá y mi mamá, que la menor cuando se le pregunta por el papá se observa en una tensión alta, no modula y no responde. Y sobre la afirmación indicada, efectivamente señalada por la niña cuando menos en dos ocasiones, explicó que en su criterio, es producto de su diario vivir y de las pautas de crianza que ha tenido, sin que observe predisposición o que haya estado preparada para la entrevista, solo que la niña desconoce la figura paterna.

Obra otra prueba en el expediente, de naturaleza técnica o científica para ofrecer más herramientas de juicio. En efecto, en el expediente obra informe de análisis de caso elaborado por la psicóloga Gloria Yaned Ossa Vergara[[21]](#footnote-22), en el contexto de una terapia con “MOTIVO DE ATENCION: Análisis afectación relación parental paterna”. Según se lee en su contenido, se utilizó como técnica, entrevista guiada, dibujo de la figura humana y protocolo de SATAC. Fue aportado por la parte actora con la demanda, y en él se concluye:

*La transversalización de las pruebas, con la lectura del contexto y los análisis de las epicrisis establecen que la madre a (sic) establecido un adecuado rol parental materno,* ***buscando no impactar de manera negativa el imaginario sobre el rol paterno, evidencia de ello es el discurso cálido de Gabriela frente las relaciones de socio familiare****s. (negrilla fuera de texto)*

*Se reconoce en ella un estado comportamental adecuada (sic) para su edad, estructura de pondo adecuada para edad, análisis estructural de las emociones y las situaciones, superior a la edad cronológica.*

*No se identifican afectaciones en el desarrollo de su rol parental que generen, sin (sic) embargo se identifica en la madre un Síndrome de Wendy propio del esfuerzo por garantizar bienestar y cuidado a su hija.*

Esta prueba, si bien fue aportada con la demanda como un dictamen pericial, misma denominación que se le dio en el auto de decreto de pruebas[[22]](#footnote-23), lo cierto es que no debe valorarse como tal pues, además de no reunir los requisitos del artículo 226 del CGP, lo cierto es que no se evidencia que se haya elaborado con la finalidad única de hacerlo valer en un proceso judicial, sino que corresponde más bien al informe elaborado luego de una terapia psicológica producto de la valoración elaborada por la profesional dentro del marco de una prestación de servicios de salud. Es más un informe técnico[[23]](#footnote-24) sobre el comportamiento de la madre en torno al rol paterno, y del mismo no se evidencia un comportamiento encaminado a desdibujar la figura paterna.

Al revisar en conjunto la entrevista practicada al infante, el análisis que dentro de ese mismo acto hizo la trabajadora social el juzgado de primera instancia, así como el informe que acaba de mencionarse, no se encuentra probado que la madre o terceras personas hayan intervenido en los pocos recuerdos que tiene la niña de su padre, en su lugar, se encuentra demostrado que ha sido la ausencia del padre, que no se encuentra en controversia, el factor originario de esa circunstancia fáctica.

**7.2** Informe de la Trabajadora Social del juzgado, del año 2019.



**No prospera.**

El citado informe, acompañado con la demanda y suscrito por la Trabajadora Social del juzgado, indica que el acá demandado, dentro de proceso judicial similar a este que se tramitó con anterioridad en el mismo juzgado y terminó con conciliación, luego de finalizar la orientación familiar se comunicó telefónicamente con ella e indicó que no iba a suceder nada respecto de lo convenido.

Del contenido del informe nada se controvirtió en primera instancia ni en el recurso; es decir, nada se dijo contra su veracidad, por el contrario, se admitió el abandonó que hizo el demandado, del trabajo familiar que se adelantaba para mejorar la relación con su hija y dar paso a la ejecución del régimen de visitas que se había acordado.

El juzgado tuvo en cuenta tal información y de ella derivo “*la renuncia a futuro a las visitas conciliadas*”, así como la “*falta de interés [del padre] de relacionarse con su hija*”, sin que pueda atribuirse tal situación a la conducta de la mamá o su familia, o a un estado de desesperación del padre que no se demostró.

En efecto, en primera instancia se adujo que lo manifestado por el demandado había sido producto de su desesperación por la presión a que fue sometido no solo por la madre para el cumplimiento de las obligaciones económicas, sino también por la Trabajadora Social.

Ninguna de tales razones aparece controvertida por el recurrente quien, a modo de sustentación de su recurso, se limita a hacer afirmaciones intrascendentes, como que el informe fue elaborado fuera de audiencia, lo que no es objeto de discusión, como tampoco lo fue la veracidad de su contenido, se repite, o que la determinación del juez lo que hizo fue agravar la dinámica familiar.

En suma, el reparo es irrelevante porque no ofrece razones para demostrar que erró el juzgador al tener en cuenta esa prueba documental, o su contenido.

**7.3.** Valoración de la prueba testimonial



**No prosperan**

El reparo general (3), y los siguientes relacionados con la valoración de las declaraciones de los testigos citados a petición del extremo demandado (4 y 5), lucen desenfocados. Ello por cuanto en la sentencia apelada se restó fuerza de convicción a tales pruebas porque, en lo relacionado con las razones que motivaron el abandono del padre hacía su hija, lo que ellos manifestaron solo fueron aseveraciones que escucharon de boca del demandado, porque nunca observaron de manera personal las situaciones fácticas a que hicieron referencia en sus relatos.

Expresado en otra forma, el juzgado no dio credibilidad a las afirmaciones de estos testigos no por el parentesco con el demandado, como se afirma en el recurso, sino por ser testigos de oídas frente al preciso punto que debía demostrar la defensa (que fueron restricciones impuestas por la mamá y la abuela paterna, las que generaron el abandono total de la menor). El reparo, entonces, partió de una premisa errada.

Y en verdad que merecen el calificativo asignado por el juez porque, en cuanto a las circunstancias fácticas alusivas a la prohibición de la madre y la abuela materna para que el padre visitara a su hija, que invocan en sus declaraciones, se originaron exclusivamente en comentarios que el mismo demandado realizó a los testigos, como ellos mismos lo admitieron, lo que impide asignarles fuerza probatoria suficiente para tener por demostrada la veracidad de tales hechos, al no existir otros medios de pruebas que sirvan para apuntalar la versión.

Con lo anterior se desdibuja el argumento principal de defensa del accionado respecto a la indebida valoración de esta prueba personal.

Frente a las declaraciones de Erika Andrea Cruz Betancourth y María Irene BetancourthCastaño, prima y tía de la demandante y citadas por petición suya, los reparos (6 y 7) son inútiles o fútiles porque, aun si se admitiera que no tienen fuerza de convencimiento, lo cierto es que restar esas pruebas nada suma a la postura del demandado, pues continuaría latente la ausencia de demostración de que el abandono total que se presentó no fue voluntario.

Lo anterior no obsta para señalar que era a la parte demandada a quien le correspondía demostrar las razones para atacar la credibilidad de las testigos, como la animadversión que atribuye a la atrás mencionada Erika Andrea Cruz Betancourth, suceso totalmente ayuno de demostración en el expediente.

En segundo lugar, respecto a las circunstancias que invoca el apelante sobre el contacto que sostuvo con la menor con anterioridad al año 2019, que se dicen desconocidas por las testigos, el aspecto es impertinente al no referirse a hechos objeto de discusión en este proceso. Recuérdese que el asunto de controversia se dirige al abandono de la niña por parte del accionado con posterioridad a la citada vigencia.

En tercer lugar, en cuanto a la observación realizada por el apelante, alusiva a que los testigos de la parte actora escucharon las declaraciones de sus predecesores, se advierte que bien pudo la parte interesada hacer uso de la inhabilidad prevista en el artículo 210 del C.G.P. para impedir la recepción del testimonio, o su continuidad, si contempló que las deponentes estaban en condiciones que las inhabilitara para rendir la declaración, lo cual no hizo. En todo caso, la finalidad del inciso primero del artículo 220 del C.G.P.[[24]](#footnote-25) no es otra que evitar la contaminación del testigo, para facilitar que su relato sea espontaneo y ofrezca credibilidad.

Se trata de una medida de cautela, una previsión sobre la forma de practicar el interrogatorio al testigo, cuya inobservancia no vicia la legalidad de la prueba, solo implica un esfuerzo en su valoración para poder determinar si el hecho de haber escuchado la declaración anterior afectó su espontaneidad y, por allí mismo, la veracidad de la declaración, desdibujando la credibilidad del testigo.

En el caso de la declaración de la señora María Irene, sí existe por lo menos un momento que permite inferir que escuchó la declaración del hermano del demandado[[25]](#footnote-26); pero ello por si solo es insuficiente para restar valor a la prueba cuando, en su contexto, es coherente, parte de hechos conocidos por la deponente por la cercana y estrecha relación que tiene con la demandante, ser incluso la persona que en la actualidad, por lo menos para el momento de la práctica de la prueba, cuida a la menor, haber compartido vivienda con la mamá y luego vivir en lugares cercanos, todo lo cual permite atender el contenido de la prueba y darle valor, como se hizo en primera instancia.

**7.4.** Audios aportados con la contestación de la demanda



**No prospera.**

Al consultar estas pruebas en el expediente digital se verifica que se ubican en los archivos digitales 10 y 11, y se puede acceder a las mismas. Fueron pruebas presentadas con la contestación de la demanda, debidamente incorporadas en el expediente. Sin embargo, el juez de primer grado omitió pronunciarse sobre ellas en la sentencia. De allí no se deriva, en todo caso, que deba accederse a lo que pretende el recurrente pues lo cierto es que tales pruebas, o no pueden apreciarse, o no tienen la contundencia que les asigna. Explica la Sala.

Con el propósito de determinar si estas pruebas son susceptibles de ser valoradas, en primer lugar, hay que determinar si se trata de prueba lícitas o, por el contrario, se obtuvieron con la vulneración de derechos fundamentales.

Según se afirma en la contestación de la demanda (respuesta a los hechos 14 y 15) , en la primera grabación intervienen: (i) el extremo pasivo, que es quien genera la llamada telefónica y aportó la prueba; (ii) La menor, cuya patria potestad la tiene el padre demandado y la progenitora. En la segunda grabación interviene, además del demandado y según se afirma también en la demanda, (iii) la abuela materna, quien falleció según manifestaciones realizadas por el apoderado de la parte demandada[[26]](#footnote-27) y la demandante en su interrogatorio[[27]](#footnote-28).

En cuanto se refiere a la grabación de su propia voz por el demandado, no amerita discusión alguna la licitud de tal acto. Sin embargo, como se ve, intervienen en la conversación terceras personas, incluso una menor de edad, y en el expediente no obra autorización de su parte para el registro o la grabación de la llamada telefónica.

En principio, entonces, las grabaciones aportadas son ilícitas pues la actividad desarrollada por el demandado, al momento de grabar las conversaciones sin obtener el consentimiento expreso de sus interlocutores, la abuela materna o la otra representante legal (madre) en el caso de la menor de edad, desconoció el contenido del inciso tercero del artículo 15 de la Constitución Política[[28]](#footnote-29), así como el artículo 33 de la Ley 1098 de 2006[[29]](#footnote-30), o Código de la Infancia y la Adolescencia – derecho a la intimidad personal y familiar - . En aplicación del artículo 29 también constitucional, así como las reglas 164 y 168 del C.G.P., no son susceptibles de valoración judicial.

Ahora bien, la regla de exclusión que acaba de explicarse, a nivel de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y siguiendo de cerca la de su homóloga penal[[30]](#footnote-31), se puede excepcionar en aplicación del principio de proporcionalidad en virtud de la cual, y ante determinadas circunstancias especiales, resulta admisible y apreciable la prueba que, en principio, admitía el calificativo de ilícita. Por lo excepcional resulta examinable caso a caso, sin que puede desconocerse que la regla general es la ilicitud de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales[[31]](#footnote-32)

Según la Corporación que se cita[[32]](#footnote-33), *“[N]o hay duda de que en el ámbito de los procesos civiles, lato sensu, habrá casos en que, por sus específicas particularidades y, sobre todo, por la naturaleza de los concretos derechos que allí se discutan, podrá concluirse la viabilidad de apreciar una prueba que, en principio o prima facie, luzca como ilícita, ponderación que, en cada asunto en particular, corresponderá realizar y justificar a los jueces, para lo cual, ex abundante cautela, habrán de examinar (…)*” criterios como los siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| Tipo de prueba que se pretende hacer valer | documentos, grabaciones, películas, etc. |
| Marco circunstancial en que surgió a la vida la prueba | Con motivo de relaciones existentes entre las partes contendientes en el proceso.  Las pruebas están llamadas a favorecer o perjudicar, en principio, únicamente a ellas. |
| Interés comprometido | El interés general, o el orden público, o el derecho de un menor, preferente por mandato del artículo 44 de la Carta Política. También, la estabilidad familiar, la libertad, la seguridad y solidez del tráfico mercantil, entre otros. |
| Específica forma cómo se obtuvo el medio de prueba | |
| Los derechos superiores conculcados y su titular | |
| Existencia de otras pruebas que sirvan al propósito de comprobar similares hechos a cuya acreditación apunta el medio irregular | |

Los anteriores criterios fueros reiterados y aplicados en sentencia posterior (CSJ, SC4756-2014 ) donde, tras señalarse que el contenido de las conversaciones grabadas no versaba sobre temas relacionados con el derecho fundamental a la intimidad de los intervinientes, que pudiera restringir la circulación de la información allí contenida, sino que concierne un negocio privado ajustado entre ellos, se concluyó la posibilidad de valorar la grabación obtenida sin autorización de uno de sus intervinientes porque ella *“… surgió por virtud de la relación comercial existente entre el Banco de Crédito y Tractocarga Ltda., (…) tal conversación solo afectaba o beneficiaba a tales extremos contractuales y como de acuerdo con lo antes expuesto, existen otros medios de persuasión que acreditan la celebración del “contrato forward” (…)”.*

En suma, aunque es claro que el demandado en este caso tiene el derecho de probar los hechos en que fundamenta su defensa, tal prerrogativa no es absoluta y debe ejercerla con respeto de los derechos fundamentales de las demás personas. Tratándose de menores de edad, se recuerda, ellos son prevalentes sobre los derechos de los demás.

Al revisar la primera grabación (respuesta al hecho 14 de la demanda) se indica que es una conversación entre el padre y su hija, y se aporta con el objeto de demostrar que la niña lo reconocía como tal. Ante la pugna existente entre el derecho de probar del demandado y la intimidad personal y familiar de su menor hija, concluye la Sala que debe abstenerse de valorar la prueba por ilícita, pues si bien existe un interés prevalente por defender, como lo es la estabilidad familiar (artículo 5º constitucional), y el derecho de la menor a tener una familia y no ser separado de ella (Art. 44 Ibid), lo cierto es que se vulneró una prerrogativa también prevalente, que a juicio de la Sala debe tener mayor peso al tratarse de una garantía individual de un sujeto de especial protección.

Además, si acaso fuera posible valorar la prueba, lo cierto es que según se afirma la conversación fue del 21 de julio de 2019, luego con ella nada útil se aportaría al debate, que gira en torno al presunto abandono de la niña por parte del demandad0 con posterioridad a esa fecha. La prueba sería, por contera, impertinente.

En cuando hace con la segunda grabación (contestación al hecho 15 de la demanda), pugnan el derecho del accionado a probar con el derecho a la intimidad de la abuela materna, de quien se afirmó interviene en la conversación. Existe un interés prevalente por defender, como lo es la estabilidad familiar (artículo 5º constitucional), y el derecho de la menor a tener una familia y no ser separado de ella (Art. 44 Ibid), que a juicio de la Sala deben pesar más que la garantía individual de intimidad personal de la interlocutora. La grabación surgió producto de la relación personal existente entre los interlocutores. Además, si bien es cierto quien interviene en la conversación no es parte del proceso, la verdad es que la prueba se aporta para acreditar un hecho que a ella se le imputa, como integrante del núcleo familiar cercano y a cargo de la menor, cual es la negativa a permitirle al papá hablar con su hija, no solo por parte de la madre sino de otros familiares por la misma línea materna.

Además, examinado el contenido de la conversación, no se encuentra en ella algún dato o información que permita concluir que se ventilan datos privados de sus intervinientes, o de la menor alrededor de quien se adelantó la corta llamada telefónica, que obliguen a restringir su circulación.

En conclusión, y atendiendo esas precisas particularidades, esta segunda grabación puede ser apreciada como prueba.

Dicho lo anterior, y para continuar con la apreciación de esta segunda grabación, debe decirse que se cumplen los parámetros establecidos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC5533-2017 para su valoración. Se explica:

En cuanto a la prueba de grabaciones, conforme al artículo 243 del C.G.P. se trata de una prueba documental. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que: “No cabe duda que las grabaciones son documentos declarativos, es decir “*se limitan a dejar constancia de una determinada situación de hecho*”; ellos, contienen una declaración de ciencia o de conocimiento sobre determinados hechos, que en su materialidad corresponde en estricto sentido a un testimonio, atributo que no pierde a pesar de estar incorporado en un medio instrumental. Sobre aquellos, en últimas, ha manifestado la Sala, “*se estableció la ratificación como única formalidad para reconocerle valor como prueba*”[[33]](#footnote-34).

Y, respecto a las pruebas documentales de naturaleza declarativa se ha precisado: *“*(…) *en lo tocante con su eficacia probatoria, ninguna norma procesal ha exigido la autenticidad*», toda vez que «*por sus características especiales, han tenido una regulación también particular que, en la legislación permanente, ha consistido en asimilarlos a los testimonios para efecto de su ratificación (o, más bien, su recepción directa), salvo cuando, por acuerdo de las partes se acepta el documento como tal (arts. 277, num 2º ., y 229 inciso 2º C. de P.C.)” (CCXLIII, págs. 297 y 298). Pero a partir de la vigencia del decreto especial de descongestión antes aludido, “Esa ‘ratificación’, que en realidad consiste en recibir una declaración testimonial juramentada, fue la que se relegó…, con la salvedad de que debe producirse siempre y cuando la parte contra quien se presenta lo solicite de manera expresa (…)” (se subraya; CCXXII, pág. 560) …* (CSJ SC, 18 Mar. 2002, Rad. 6649).”

Esta Colegiatura, en la citada providencia precisa en cuanto a la ratificación cuando la grabación proviene de un tercero ajeno al debate, lo siguiente:

*La jurisprudencia de esta Corporación se ha referido en múltiples ocasiones a la necesidad de distinguir la naturaleza del contenido de los documentos privados en orden a otorgarle valor probatorio, pues en relación con los que proceden de terceros, el legislador ha supeditado su mérito demostrativo al cumplimiento de algunas exigencias que difieren según aquellos sean dispositivos o constitutivos, representativos o simplemente declarativos.*

*A ese respecto, ha sostenido que cuando se pretenda hacer valer “documentos privados de terceros de naturaleza dispositiva o simplemente representativa”, su “estimación sólo es viable si se tiene certidumbre sobre su procedencia, ante su reconocimiento, en los términos de los artículos 252 y 277 del Código de Procedimiento Civil”, carga de la cual se exonera a aquellos de “contenido declarativo”» (CSJ SC, 7 Mar 2012, Rad. 2007-00461-01), a los cuales “podrá el Juez concederles valor, siempre que la parte contra quien se oponen no solicite, oportunamente, su ratificación (nral. 2 art. 10 ley 446/98, derogatorio del nral. 2 del art. 277 ib.)” (CSJ SC, 4 Sep. 2000, Rad. 5565).*

Atendiendo a que la contraparte no solicitó la ratificación de los terceros intervinientes en la segunda conversación telefónica, hay lugar a realizar su valoración atendiendo la jurisprudencia atrás transcrita.

Respecto a la segunda grabación, si bien la abuela materna no pasa al teléfono a la niña, de la misma no se desprende que sea una conducta reiterativa. Es más, la conversación es tan corta, y fue finalizada por el mismo demandante, sin siquiera explorarse las razones de la respuesta negativa. Bien puede suceder que la razón para no permitir que el padre hablara con la menor fuera que esta no estuviera en ese momento en la casa, o no pudiera atender la llamada como por ejemplo por estar dormida. La llamada solo permite saber que, en ese preciso momento, en esa única llamada, quien la atendió, que se dice ser la abuela materna, contestó con un NO a la pregunta de su interlocutor de poder hablar con la niña, sin agregar razón alguna, que tampoco fue indagada por el interesado en la comunicación. Tal circunstancia es totalmente insuficiente para sostener, como lo hacer el recurrente, que ese audio es prueba contundente de que el abandono total no obedeció al querer del demandado.

**8.** Como se aprecia, las críticas que se hacen a la valoración probatoria realizada en la sentencia apelada no alcanzan el efecto que persiguen, que no es otro que la revocatoria de la sentencia. En efecto, no se logró demostrar de qué manera el juzgador erró en la apreciación de la prueba, dejando de ver que el abandono total se produjo por circunstancias atribuibles a la familia materna de la menor.

**9.** Restaría por resolver, en todo caso, si como lo alega también el recurrente, en la sentencia no se atendió el interés superior de la menor. Para ello, adelanta la Sala que del estudio de los medios probatorios se encuentra debidamente acreditado una larga ausencia del padre hacia su hija, pero en el contexto de una relación conflictiva existente entre padre y madre, generada de manera especial por asuntos económicos, en donde de manera desafortunada ha quedado involucrada la menor. Se descarta así, la existencia de un abandono absoluto querido de manera voluntaria por el demandado.

**9.1**  De las pruebas aportadas por la parte actora, con el fin de demostrar que se estructuraba la causal de abandono para que se declarara la privación de la patria potestad, sobresale: **(i)** Acta fallida de conciliación de regulación de cuota alimentaria del 29 de septiembre de 2016 emitida por la Comisaria de Familia Nororiental de la casa de justicia Villasantana[[34]](#footnote-35); **(ii)** Acta de conciliación del 30 de julio de 2019[[35]](#footnote-36) por medio de la cual la partes acordaron el valor de la cuota alimentaria y las visitas que realizaría J.E.L.M. a la menor condicionadas a que los padres realizaran una actividad social con la menor por intermedio de la trabajadora social; (**iii)** Informe de la trabajadora social[[36]](#footnote-37) de septiembre 02 de 2019 que indica que la parte pasiva le manifestó que no acataría lo convenido en el acta de conciliación, y **(iv)** Testimonios.

De estas pruebas y la confesión de la parte pasiva, se encuentra acreditado que la manutención de la menor ha estado a cargo de la madre, y el padre ha desatendido sus obligaciones alimentarias con posterioridad al 2019. Sin embargo, de acuerdo jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ya citada, el abandono no se entiende probado sólo con el incumplimiento de los citados deberes alimentarios.

**9.2.-** Por otro lado, del interrogatorio de parte realizado a la demandante es evidente que tiene una relación conflictiva con J.E.L.M., tal como se aprecia cuando el abogado de la parte demandada le preguntó acerca de la interposición de una demanda ejecutiva por las obligaciones alimentarias y la actora manifestó “lo único que me queda es meterlo a la cárcel, porque él nunca se va a dejar embargar el sueldo y se salió del trabajo donde estaba él anteriormente trabajaba en Alkosto y apenas se dio cuenta que yo he estado averiguando para el Ejecutivo, me llamó y me dijo, usted no va a lograr embargarme, es lo único que le queda meterme en la cárcel y se salió de trabajar[[37]](#footnote-38)”.

Por su parte, de la declaración rendida por la parte pasiva, el mismo de forma directa pone en evidencia la condición de su relación con la madre de la menor cuando el Juzgador le preguntó sobre su abstención para visitar a la niña:

*“(…) la relación entre las señoras Yadry Lorena y yo siempre ha sido de un nivel altamente conflictivo. Entonces, debido a eso, pues yo me tomaba la molestia primero de llamar y de percatarme como, digamos, de esa aceptación de ella, que yo si fuera. Entonces, como siempre, había un inconveniente ahí porque ya me decía que yo tenía que pagarle todo el dinero, que sino entonces que no, que no fuera, porque si yo no le daba todo el dinero entonces no tenía derecho a ver a la niña. Entonces, pues yo de ver esa esa receptación negativa, pues yo no me dirigía a la casa de la niña para evitar inconvenientes con ella y que la niña fuera testigo de esas situaciones. O sea, digamos que yo nunca estuve ajeno a querer ver a mi hija, simplemente fui ajeno a acercarme para evitar cualquier tipo de situación, mal digamos, vista por mi hija en cuanto a una discusión con la señora madre y yo. Entonces yo no lo hacía, era debido a eso, digamos que tenía presente, que podía, que tenía obviamente una regulación de visitas, pero de pronto mi falta de acercamiento era a evitar problemas, porque como le indico señor juez … mi relación con ella ha sido altamente conflictiva entonces pues no, no, no ha dado lugar como digamos a yo ir bajo mis buenos términos. A poderme llevar a mi hija o algo porque yo sabía que como ella lo indicaba, que, si yo no le daba el dinero, entonces pues obviamente no podía ir a verla o algo así, que era lo que ella me expresaba[[38]](#footnote-39)*”.

Sus dichos son atendibles porque, no obstante provenir de la parte misma, guardan coherencia con las demás versiones escuchadas en el trámite, tanto a la contraparte como a los testigos que se pronunciaron sobre similares aspectos.

En el testimonio de Cindy Carolina Gallego Zamora, solicitado por la parte demandante, se hace mención a los conflictos de la pareja[[39]](#footnote-40), y en la declaración de Erika Andrea Cruz Betancourt se ventilan las malas condiciones en que se encontraba la relación de las partes[[40]](#footnote-41) cuando el Juez de primera instancia, le preguntó si en algún momento a partir del 2018 a la fecha, el accionado ha buscado a la actora para tener contacto con la niña, a lo cual respondió: “*Que yo haya presenciado no… que Lorena me haya comentado tampoco. Solamente me di cuenta de unos mensajes que él le estuvo mandando, que ella me los mostró como amenazándola”.*

En el testimonio de María Irene Betancourth Castaño, testigo de la parte actora, igualmente, se hace referencia a las malas relaciones de la pareja.

Así mismo, en el testimonio de César Augusto López Marín (testigo convocado por la parte demandada), se puso en evidencia los conflictos entre las partes cuando se señaló: “*hubo un momento en que traté como le decía, traté de conciliar entre los dos, pero no fue posible y dije definitivamente ustedes son dos personas un poco difíciles y es muy difícil, porque si uno de los dos no cede no escucha lo otro, entonces va a ser muy difícil que ustedes lleguen a un acuerdo*”. Igualmente, el citado testigo precisó que el motivo de las discusiones era por temas económicos[[41]](#footnote-42).

Y respecto al testimonio de Fanny de Jesús Marín Muñoz (testigo citado por el demandado), la misma es conocedora directa de los problemas que tiene la pareja relacionados con la niña: *“Pues bueno, yo a ella la conozco hace muchos años, desde que empezó la relación con mi sobrino y al principio pues la relación fue bien y fueron mucho tiempo juntos. Ellos después estuvieron un tiempo separados, volvieron otra vez y lo poco que yo conocí o el tiempo que yo estuvieron juntos nunca ve algo por decir como un problema o una discusión, un maltrato entre ellos, nunca lo vi, nunca lo vi, ni nunca me enteré. Eso ya los problemas comenzaron después de que pasó lo que pasó con la niña o que la niña nació o todo lo que estamos aquí, pues enterado de lo que ha pasado con la niña, pero antes de lo de la niña y esta relación que ellos tuvieron una relación bien”.*

Se advierte respecto de estas dos últimas declaraciones, que César Augusto López Marín y Fanny de Jesús Marín Muñoz sí son testigos directos de tales hechos, en especial César Augusto, pues adviértase que, según el interrogatorio rendido por la misma demandante, ella sostenía más contacto con él que con el propio accionado, y en algunas oportunidades servía como intermediario entre las partes, calidad que le permitía conocer las circunstancias íntimas que rodeaban la comunicación de la parte actora y pasiva. Es así, que bajo ese entendido debieron ser valorados sus testimonios, como acá se realiza.

Así mismo, el testigo López Marín[[42]](#footnote-43) también describió la intención de la parte pasiva de acercase a la niña: “Hace algunos días que llegó a España. Muy alegre hasta lo vi que sonriéndome decía y le vi, pues ese ese rostro de felicidad, diciéndome que desde un puente no sé desde qué parte vio cuando la mamá de la niña salía con ella, para llevarla como al colegio incluso que estaba pendiente a ver si en algún momento, (…) dejaba la niña sola y que él tenía tiempo como de llegar y acercarse y saludarla, para a ver la niña qué cara le hacía”.

Por otra parte, se valora como indicio a favor de la parte pasiva, su comportamiento procesal, al oponerse a la privación de la patria potestad, pues esto refleja, en principio y en conjunción con las restantes pruebas, el interés que aún le asiste de seguir relacionado con su hija.

**9.3.** Las anteriores pruebas lo que demuestran a la Sala es que, aunque existe un desapego y distanciamiento de la relación entre padre e hija, ello no se debió a la voluntad del progenitor, sino a la consecuencia natural de haber quedado involucrada dentro de las malas relaciones personales existentes entre sus padres, debidamente acreditadas en el expediente, engendradas por lo general en temas económicos, pues se tiene como factor detonante de las discusiones el permanente incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte del accionado.

Ante tal realidad, y de acuerdo a los actuales parámetros de interpretación trazados por la Sala de Casación Civil del Corte Suprema de Justicia, en el caso bajo análisis no se reúnen los elementos para que se configure la causal de abandono prevista en el numeral 1 del artículo 315 Código Civil, bajo el entendido que se no se encuentra demostrado un abandono total e intencional por parte del padre.

**10.** Sin embargo, no puede pasarse por alto que el prolongado alejamiento del padre para con su hija ha conllevado a que su relación sea inexistente a tal punto que la niña no tenga recuerdos de su progenitor. Lo anterior, al encontrarse demostrado el distanciamiento del padre con posterioridad al año 2019 y la falta de interés de este, para acudir a las instancias administrativas o judiciales para obtener una solución, sin que la carencia de recursos económicos sea justificación de tal omisión, dado que cuenta con figuras como el amparo de pobreza para acudir en defensa de sus intereses.

De manera entonces que, para esta Corporación en el presente caso, como lo ha considerado en el pasado, al ser evidente una situación que puede dar lugar a un supuesto de larga ausencia (Art. 310 C. C. TSP. SF-0001-2023), se procederá a suspender la potestad parental del demandado, medida que admite la re-habilitación. En el entre tanto, tales derechos se radicarán, en forma exclusiva en la señora madre. Ha señalado la Sala:

*la privación de la potestad parental, dada su drasticidad, no es la medida más proporcionada para adoptar, habida cuenta de que desatiende el interés del menor, de imperativo acatamiento para este Tribunal*[[43]](#footnote-44)*, al tenor de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3º-1º establece 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 interéssuperior del niño.”*.*

*Al respecto, la Corte Suprema de Justicia*[[44]](#footnote-45)*, en decisión que se acoge como criterio auxiliar por haberse proferido en sede de tutela, que luce razonable, la necesidad de emplear un parámetro de proporcionalidad a la hora de sentenciar asuntos de esta índole, afirmó: “De modo que, el juez al adoptar una decisión que implique pérdida o limitación a los derechos fundamentales del niño, debe ser benigno, aplicar del principio de proporcionalidad, porque en últimas el verdaderamente afectado es el menor que goza de especial protección del Estado por su condición manifiesta de debilidad.”.*

*En esta línea de pensamiento, se muestra mejor para el interés del menor, propiciar que padre e hijo compartan espacios de vida y puedan suscitarse oportunidades para fijar nexos de familia, luego podrá revisarse, ya con elementos de juicio más sólidos y documentados, si realmente conviene al desarrollo del niño que se establezcan esos lazos afectivos propios del vínculo paterno-filial, o si por el contrario como no le reportan bienestar para su personalidad, convenga más extinguirlos.*

*La intervención de la sociedad y el Estado en defensa del menor no puede significar una afectación mayor de aquel que hubiere sido ocasionado por la desatención de su padre en los deberes de cuidado[[45]](#footnote-46).*

En estas condiciones, en lugar de privar la patria potestad y dado que en este tipo de asuntos no opera la congruencia judicial con todos sus alcances según el artículo 281, parágrafo 1º, C.G.P. con ocasión a las facultades oficiosas atribuidas al juez para proteger los derechos de los menores, esta Colegiatura suspenderá la potestad parental del señor J.E.L.M, con el fin de dar paso a una oportunidad para que el demandado encause sus esfuerzos personales en fortalecer esa relación, teniendo siempre como propósito ser un padre comprometido, de manera efectiva y real, con el cumplimiento de su tarea de educar y formar a su hija, lo que desde luego implica el aporte de la cuota alimentaria[[46]](#footnote-47), con la salvedad de que esta medida admite la re-habilitación. En consecuencia, tales derechos se radicarán, en forma exclusiva en la señora madre, Y.L.C.B.

Se precisa que la aplicación de la suspensión de la patria potestad sigue el precedente horizontal de la Sala[[47]](#footnote-48), donde se ha realizado cita de la doctrina especializada[[48]](#footnote-49), la jurisprudencia como criterio auxiliar de la CSJ[[49]](#footnote-50) y la doctrina de la CC[[50]](#footnote-51), que indican:

… uno de los factores que es necesario tener en cuenta para evaluar correctamente en qué consiste este interés, es la defensa conjunta de todos los derechos que asisten al menor uno de los cuales, como se verá en el fundamento siguiente de esta decisión, es el derecho a mantener contacto y lazos de afecto con sus padres y el derecho de estos al debido proceso. En este sentido, *no sobra mencionar que para casos en los cuales no se ha producido el abandono pero sin embargo existe un incumplimiento de los deberes de uno de los padres, existen remedios menos drásticos que ordenar la pérdida de la patria potestad, como ordenar, de oficio, en el mismo proceso verbal, la suspensión de este derecho* (art. 310 C.C.) o la custodia a favor del otro padre y, en casos como el presente, conceder consecuentemente el permiso de salida del país y fijar el régimen de visitas que el juez considere conveniente para la menor en atención a las condiciones de sus padres y a los derechos fundamentales de esta[[51]](#footnote-52). Cursiva extratextual.

En todo caso, y para facilitar el cumplimiento de este propósito, se dispondrá la remisión de todos los integrantes implicados, a una intervención sicológica familiar, a través de la respectiva área de la EPS o medicina pre-pagada a la que se encuentren afiliados, o en su defecto a la del ICBF. Una vez se demuestre que el accionado ha recibido el tratamiento ordenado por el profesional idóneo, con la vigilancia y colaboración del ICBF, se procederá a buscar los acercamientos necesarios entre padre e hija para los fines aquí propuestos.

Igualmente, no sobra recordar que bien esclarecido se tiene que la imposición de la privación o la suspensión de la potestad parental, no implica en modo alguno, la exoneración de los deberes y obligaciones paternos y maternos, así explica la CC[[52]](#footnote-53): “*(…) cuando los padres descuidan el cumplimiento de los deberes que tienen para con los hijos, o no ejercen en forma adecuada las atribuciones legales que le han sido reconocidas para favorecer los intereses de los menores, se exponen a ser despojados de las facultades derivadas de la patria potestad, sin perjuicio de que, en todo caso, se mantengan vigentes las obligaciones morales y pecuniaria que les corresponden como padres, surgidas de la relación natural que existe entre ellos, y que son ineludibles en su observancia (…)”.* Subraya de la Sala-.

**11.-** Como consecuencia de lo expuesto, (i) se revocará la sentencia reprochada, en su lugar (ii) se suspenderá la potestad parental del demandado; (ii) se ordenará el registro de la providencia en el registro de nacimiento de la menor; (iii) Se dispondrá una intervención sicológica familiar para los integrantes implicados.

Dado que la sentencia no se confirma ni se revoca en su integridad, se abstendrá la Sala de imponer condena en costas en segunda instancia.

Así las cosas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**Resuelve**

**Primero:** Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira proferida el 26 de octubre de 2022 y en su lugar, se **suspende** la potestad parental del señor J.E.L.M., sobre la niña G.L.C., la cual radicará en forma exclusiva en la señora madre Y.L.C.B, según lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**Segundo:** Ordenar la inscripción de la sentencia en el Registro Civil de Nacimiento de la menor de edad G.L.C., ante la Registraduría del Estado Civil competente.

**Tercero:** Remitir a todos los integrantes implicados, a una intervención sicológica familiar, a través de la respectiva área de la EPS o medicina pre-pagada a la que se encuentren afiliados, o en su defecto a la del ICBF. Una vez se demuestre que el demandado ha recibido el tratamiento ordenado por el profesional idóneo, con la vigilancia y colaboración del ICBF se procederá a buscar los acercamientos necesarios entre padre e hija para los fines aquí propuestos.

**Cuarto**: Sin costas en esta instancia.

**Quinto**: Realizado lo anterior, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Archivo 31 y 32 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-2)
2. Archivo 01 y 03 Ib. [↑](#footnote-ref-3)
3. De aquí en adelante para resguardar el derecho a la intimidad del niño y niña, conforme al artículo 33 de la Ley 1098 de 2006 y, artículos 7 y 12 de la Ley 1581 de 2012. [↑](#footnote-ref-4)
4. Archivo 09 Ib. [↑](#footnote-ref-5)
5. Archivo 06 Ib. [↑](#footnote-ref-6)
6. Archivo 31 y 32 Ib. [↑](#footnote-ref-7)
7. Archivo 31 minuto 36:38 Ib. [↑](#footnote-ref-8)
8. Archivo 09 ibid cuaderno 2 instancia [↑](#footnote-ref-9)
9. Archivo 16 ibid cuaderno 2 instancia [↑](#footnote-ref-10)
10. Página 8 archivo 01 cuaderno primera instancia. [↑](#footnote-ref-11)
11. VALENCIA Z., Arturo y otro. Derecho civil, derecho de familia, tomo V, 7ª edición, editorial Temis, Santafé de Bogotá, 1995, p.455 y Sentencia C-997-2004. Cita tomada de la sentencia del 20-03-2019; MP: Grisales H., No.2017-00183-01. [↑](#footnote-ref-12)
12. Discapacidad mental absoluta o inhabilitación negocial, o bien cuando incurren en larga ausencia. [↑](#footnote-ref-13)
13. El maltrato hacia el hijo, el abandono, la depravación y haber sido condenado a pena privativa de la libertad por tiempo superior a un año [↑](#footnote-ref-14)
14. “Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, 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”. Art. 8 Ley 1098 de 2006. A nivel convencional se tiene: “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. (…)”. Art. 3-1 Convención sobre los Derechos del Niño. [↑](#footnote-ref-15)
15. “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Art. 44 inciso 3º CP. “En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. // En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.” Art. 9 Ley 1098 de 2006. [↑](#footnote-ref-16)
16. Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Consultado en línea <https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc> [↑](#footnote-ref-17)
17. Archivo 9 pág.2 cuaderno 2 instancia [↑](#footnote-ref-18)
18. Alienación parental: Proceso que dificulta la interacción de un menor con alguno de sus progenitores, a través de acciones y conductas malintencionadas que cambian la percepción del menor respecto al padre o madre. Tomado del Diccionario Panhispánico del español jurídico. <https://dej-enclave2.rae.es/lema/alienaci%C3%B3n-parental> [↑](#footnote-ref-19)
19. Clasificación Internacional de Enfermedades, 11.a revisión. Se puede consultar en: <https://icd.who.int/es>, página oficial de la Organización Mundial de la Salud OMS. [↑](#footnote-ref-20)
20. CSJ, sentencias STC13427-2019; STC2017-2021. [↑](#footnote-ref-21)
21. Archivo 1 pág. 18 cuaderno 1 instancia [↑](#footnote-ref-22)
22. Archivo 16 cuaderno 1 instancia. [↑](#footnote-ref-23)
23. De acuerdo con lo trazado por esta colegiatura en la sentencia SC-0001-2023, se indicó allí: “Dos cosas deben resaltarse: por un lado, tiene sentado esta Colegiatura, desde la sentencia SC-0020-2022, que el informe de necropsia expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en ejercicio de sus funciones, no se erige en un dictamen pericial que deban regirse por las reglas del artículo 226 del CGP, sino que se queda en el plano de los informes y puede ser valorado, en cuanto no se haya controvertido. Así fue reiterado en la sentencia SC-0039-2022 por esta Sala. (…)”. En la sentencia SC-0020-2022 se indicó, sobre la forma de diferenciar el informe de la prueba pericial: “Para diferenciarlo de una peritación, entiende esta Magistratura cardinal advertir que este se origina por petición de una parte con la finalidad única, de hacerlo valer en un proceso judicial, mientras que el informe corresponde a los datos que una entidad o persona, sea pública o privada, conserva en sus archivos47, sea por ejercicio de sus funciones o simplemente para fines particulares (Personas privadas). No se elabora solo para servir de prueba en un proceso.” [↑](#footnote-ref-24)
24. Los testigos no podrán escuchar las declaraciones de quienes les precedan. [↑](#footnote-ref-25)
25. Audio 27 primera instancia, minuto 1:03:00. Se nota, incluso, que la testigo fue interrumpida para que no continuará su afirmación. [↑](#footnote-ref-26)
26. Archivo 24 cuaderno 1 instancia [↑](#footnote-ref-27)
27. Ibid [↑](#footnote-ref-28)
28. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. (se subraya). [↑](#footnote-ref-29)
29. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia, domicilio y correspondencia. Así mismo, serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad. [↑](#footnote-ref-30)
30. Un recuento sobre la validez probatoria de grabaciones hechas sin el consentimiento de todos los participantes en una conversación, en las diferentes Corporaciones nacionales, puede verse en: CC, Sentencia SU-371 de 2021 [↑](#footnote-ref-31)
31. “…corresponde al juez escrutar y sopesar los intereses en conflicto o tensión y, según la conclusión a que sobre el particular arribe, privilegiar unos u otros, con el propósito de optar por el desconocimiento de la prueba, que es la regla, o por su acogimiento, que es la salvedad que a ella se hace, también digna de ser tenida en cuenta, según el caso, en el entendido, que este criterio o principio no es exclusivo del derecho penal, como quiera que en otras esferas igualmente campea, v. gr: en el derecho privado, a su vez con sendas restricciones , no tantas, empero, como para que se traduzca en un axioma pétreo, a la par que estéril”. CSJ. SC. Sentencia de veintinueve (29) de junio de dos mil siete (2007). Radicado 05001-31-10-006-2000-00751-01. MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. [↑](#footnote-ref-32)
32. Sentencia de veintinueve (29) de junio de dos mil siete (2007). Radicado 05001-31-10-006-2000-00751-01, ya citada. [↑](#footnote-ref-33)
33. CSJ, SC Sentencia de Sept. 3 de 2015, Rad. 2009-00429 [↑](#footnote-ref-34)
34. Archivo 01 pág. 14 cuaderno primera instancia [↑](#footnote-ref-35)
35. Archivo 01 pág. 16 ibid [↑](#footnote-ref-36)
36. Archivo 01 pag. 10 ibid [↑](#footnote-ref-37)
37. Archivo 24 minuto 00:37:02 ibid. [↑](#footnote-ref-38)
38. Archivo 24 minuto 00:51:34 ibid [↑](#footnote-ref-39)
39. Archivo 25 minuto 00:13:09 ibid [↑](#footnote-ref-40)
40. Archivo 26 minuto 00:26:41 ibid [↑](#footnote-ref-41)
41. Archivo 25 minuto 00:38:35 ibid [↑](#footnote-ref-42)
42. Archivo 25 minuto 00:47:07 ibid [↑](#footnote-ref-43)
43. TS, Pereira, Civil-Familia. Sentencias de (i) 29-09-2014, No.2014-00148-01 y 29-02-2015, No.2015-00202-01; MP: Grisales H. [↑](#footnote-ref-44)
44. CSJ, Sala Civil. Sentencia de tutela en 2ª instancia, del 16-06-2011; MP: Edgardo Villamil Portilla, No.2011-01738-01. [↑](#footnote-ref-45)
45. TS, Pereira, Civil-Familia. Sentencias de 20-03-2019, No.2017-00183-01; MP: Grisales H. [↑](#footnote-ref-46)
46. TSP. Sentencia de veinte (20) de marzo de dos mil diecinueve (2019), radicado 66170-31-10-001-2017-00183-01. M.S. Duberney Grisales Herrera. [↑](#footnote-ref-47)
47. Similar determinación se adoptó en la sentencia SF-0004-2021 de esta Corporación, acá ya citada. Se encuentran de igual forma en decisiones anteriores de esta misma Corporación, así: (1) Sentencia de 29-09-2014, radicado No. 2014-00148, y (2) sentencia de 20-03-2019, radicado No.2017-00183, (3) SF-007-2022; ambas con ponencia del Magistrado Duberney Grisales Herrera. [↑](#footnote-ref-48)
48. MEDINA P., Juan E. Derecho civil, derecho de familia, 2010, 2ª edición, Editorial Universidad del Rosario, p.663. [↑](#footnote-ref-49)
49. CSJ. STC-16106-2018. [↑](#footnote-ref-50)
50. CC. T-953-2006. [↑](#footnote-ref-51)
51. Como bien se sabe las autoridades y particularmente las autoridades judiciales pueden actuar de oficio para proteger los derechos del menor. Por esta razón, en aplicación directa de las normas constitucionales, los convenios internacionales y las normas legales, el juez puede, de oficio, en el proceso verbal de pérdida de patria potestad, adoptar la decisión de suspender la patria potestad o de otorgar la custodia a uno de los padres y si quien recibe la custodia no vive en el país puede otorgar permiso para residir fuera del Estado y definir el régimen de visitas que considere adecuado para proteger al menor sin desconocer el derecho del padre que permanece en territorio nacional de mantener contacto con su hijo o hija (art. 348 del CC). En este sentido, por ejemplo, la Corte ya ha señalado que si a juicio de los funcionarios competentes, la permanencia del menor en el hogar paterno apareja alguna amenaza contra su integridad física o moral; o puede tener como resultado un intento por evadir lo dispuesto en la decisión judicial que otorga la custodia a la madre y que confiere permiso para residir fuera del país se podrá ordenar que las visitas se realicen en el hogar materno o de los abuelos maternos. Para estos efectos es relevante recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991), en su artículo 9.1 establece la obligación de los Estados parte de velar porque los niños no sean separados de sus padres salvo por razones necesarias para el interés superior del menor. Al respecto la norma citada establece “Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. ¦ 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. ¦ 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. ¦”. Adicionalmente, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo (Uruguay), el 15 dejulio de 1989 que dispone en su artículo 3º litaral a) que “el derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo del menor, y en especial el de decidir su lugar de residencia”, todo lo cual se encuentra amparado por lo establecido en el artículo 44 de la Carta y en el Código del Menor aún vigente, CC T-953-2006 [↑](#footnote-ref-52)
52. CC. C-145-2010. [↑](#footnote-ref-53)