TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
Sala Civil – Familia

Magistrado Ponente:
Germán Octavio Rodríguez Velásquez

Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Ref: Verbal de Fredy Rivera Gutiérrez c/. Ana Jazmín Pinzón Gama. Exp. 25269-31-84-002-2021-00230-01.

Pasa a decidirse el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 21 de diciembre del año anterior proferida por el juzgado segundo promiscuo de familia de Facatativá dentro del presente asunto, teniendo en cuenta los siguientes,

I. – Antecedentes

Se pide privar a la demandada de la patria potestad sobre su hija Luciana Rivera Pinzón.

Como sustento de esa aspiración, adújose que las partes procrearon a la niña, quien nació el 2 de enero de 2016, pero desde que cumplió los cuatro meses de edad, la actora se la entregó a su padre y a su actual compañera sentimental Libia Andrea Pinzón Gama y se despreocupó totalmente de ésta, pues nunca ha ejercido su rol de madre, no la visita, no la llama, no pregunta por ella y mucho menos ha contribuido con los gastos de alimentación, manutención y demás, esto es, la dejó en total abandono; debido a ello, la citó a la comisaría primera de familia de Facatativá donde el 3 de abril de 2018 acordaron que la custodia quedaba en cabeza de la pareja y que la demandada se comprometía a cancelar a título de cuota alimentaria la suma de $100.000 y a contribuir con la mitad de los gastos educativos, así como proporcionar tres juegos de ropa al año, al paso que se

pactaron visitas, sin que desde entonces haya cumplido con sus obligaciones, pues nunca ha exhibido el mínimo interés en visitar a la niña o en compartir con ella, motivo por el que su compañera ha debido asumir el rol de madre, garantizándole en asocio con el padre la estabilidad económica, sentimental y psicológica que requiere la niña y una verdadera calidad de vida.

Notificada la demandada, guardó silencio.

La primera instancia fue clausurada con sentencia desestimatoria, decisión apelada por el demandante en recurso que, concedido en el efecto suspensivo y, debidamente aparejado, esta Corporación se apresta a resolver.

II.- La sentencia apelada

A vuelta de un recuento del trámite cumplido y de realizar algunas apuntaciones teóricas donde resaltó que lo que debe ponderarse en estos casos no es la responsabilidad del padre o cuánto aportó para la educación y bienestar del infante, sino de comprobar que existió un abandono total de esos menesteres por su voluntad, hizo ver que en este caso no se cumplen los presupuestos necesarios para suspenderle a la demandada la patria potestad sobre su hija.

Pues valorando en conjunto las declaraciones tanto del demandado como de las deponentes Libia Andrea Pinzón Gama y Eugenia Gama Molina, hermana y progenitora de la demandada, puede concluirse que no ha habido el abandonado denunciado, pues aquéllos terminaron reconociendo que la niña fue entregada por la demandada a su progenitora porque por su falta de estabilidad estaba de un lado para otro y que ésta, a su turno, se la dejó al padre de la niña y a su otra hija Libia Andrea, quien era su compañera sentimental para que se encargaran de su cuidado; que han existido acercamientos entre éstas, tanto que la menor la reconoce como su tía y a sus hermanos como primos, porque acordaron no decirle la verdad sobre su verdadera filiación,

pero está claro que la visita y trata de estar con ella a pesar de las dificultades de trabajo y de subsistencia que la rodean; es más, ha sido el demandado y su compañera, la tía de la menor, los que no han permitido que exista ese verdadero acercamiento entre madre e hija, pues su intención no es otra que aquélla pueda adoptarla, desconociendo los derechos que le asisten de tener una familia y no ser separada de ella; como consecuencia, denegó las súplicas de la demanda y ordenó remitir copia del expediente al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de que proceda a determinar si ha existido vulneración de los derechos fundamentales de la niña y para que a través de un psicólogo especializado se le diga la verdad sobre la existencia de su progenitora.

III. – El recurso de apelación

Aduce escuetamente que no comparte la argumentación explanada en el fallo, por cuanto incurre en reiteradas contradicciones.

Consideraciones

Lo que de entrada llama la atención del Tribunal es ese silencio del impugnador frente a la labor probatoria adelantada por el a-quo sobre las pruebas del litigio, quehacer que, sin duda alguna, denota un esfuerzo agudo del sentenciador en esclarecer si en verdad existió un abandono por parte de la demandada hacia su hija, naturalmente que si el recurso se explana prácticamente de espaldas a esa argumentación, su éxito es cosa vana.

Pues bien. Sabido es que la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres para que puedan cumplir con las obligaciones que la ley y la Constitución les impone frente a sus hijos menores y que dentro de dichos poderes se encuentran, entre otros, el de representarlos en todos los actos jurídicos y el de administrar y gozar del usufructo de los bienes que éstos posean; no obstante, aunque encierra un conjunto de "*deberes establecidos en favor del hijo*", también envuelve "*los vínculos afectivos, económicos, disciplinarios y, en general*

de todo orden, que la relación filial determina" (Cas. Civ. Sent. de Tutela de 25 de mayo de 2006, exp. 2006-00714-00).

Esa patria potestad, a su turno, puede ser suspendida o terminada cuando los padres incurren en las causales previstas en los artículos 310 y 315 del código civil, determinación que trae como consecuencia el cese temporal o definitivo de la titularidad de dichas facultades, conservándose apenas los deberes que el padre o la madre tienen con los hijos, entre ellos la obligación alimentaria, lo que en últimas deja entrever que la médula de este tipo de procesos está en eso que la doctrina autorizada, con apoyo en normas superiores, conoce como el interés superior y prevalente del menor.

A partir de este principio, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas [normatividad de rango superior según la doctrina constitucional (sentencias C-1003 de 2007 y C-203 de 2005 entre otras)] obliga a procurar que el niño, en lo posible, crezca al amparo de sus progenitores, pues, como lo reza su artículo 9°, es imperativo velar "*porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño*", de suerte que por ello se ha dicho que para el "*proferimiento, de una determinación de semejante naturaleza* (…) *el juzgador debe actuar con especial esmero, haciendo uso, si fuere del caso, de sus facultades oficiosas para que la causal invocada esté debidamente comprobada, pues no debe olvidarse que el amor, la presencia, guía e imagen paternal es necesaria para el desarrollo integral del niño*" (Cas. Civ. Sent. de 17 de abril de 2013, exp. 2013-00748-00 en la que reiteró el fallo de 25 de mayo citado); por supuesto que un cargo de tal gravedad exige una comprobación fática irrefutable, a partir de la cual pueda concluirse que, en efecto, ha existido un completo desapego para ejercer ese vínculo que los une por virtud del parentesco, que por su misma gravedad haga al

padre indigno de mantener, aunque sea temporalmente, esa relación con su descendiente.

A juicio del juzgador a-quo, las pruebas del litigio no evidencian un abandono deliberado que justifique la privación de la patria potestad que ejerce la demandada sobre la niña, criterio en el que coincide el Tribunal, pues amén de que no hay argumentos sólidos de la censura refutándolo, no debe olvidarse que la jurisprudencia, al unísono, ha considerado que "*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*", pues ello sólo tiene ocurrencia cuando "*el demandado ha abandonado –por su querer- al hijo*" (Cas. Civ. Sent. de 22 de mayo de 1987; se subrayó), algo que difícilmente puede predicarse en este caso, donde el haz demostrativo no revela, con esa supuesta contundencia que plantea la demanda, que Ana Jazmín haya mostrado una actitud como esa de aquéllas que según la ley, allanan la privación de la patria potestad, de donde mal puede ésta ser auspiciada en esas condiciones.

Cierto. El progenitor es el que siempre ha ostentado la custodia y cuidado personal de la niña, según lo explicó en su interrogatorio porque cuando nació aquélla no tenía buenas condiciones económicas, mas ello no implica necesariamente que la madre deba perder la patria potestad sobre ésta, pues en el fondo se trata de instituciones disímiles; mientras la *patria potestad* se refiere al "*conjunto de derechos que atribuye a los progenitores no solo la facultad de representar a sus hijos de familia, sino también la de 'administrar su patrimonio y gozar de los frutos que éste produce*" (Casación Civil, sentencia de 10 de marzo de 1987; reiterada en auto de Cas. Civ. de 31 de octubre de 2002; exp. 1999-00252), es decir, como su nombre lo indica, es una ascendencia sobre los hijos al decir del artículo 288 del código civil, *la custodia y cuidado personal*, de acuerdo con el artículo 253 de ese mismo código, "*establece una obligación a los padres de responder por la crianza y*

educación de los hijos" (Sentencia C-1026 de 21 de octubre de 2004).

Por esto es que la capacidad moral exigida por el legislador a los padres para "*confiar el cuidado personal de los hijos*" (artículo 254 de la codificación civil), no es, ni puede ser, un requisito para el ejercicio de la patria potestad, ni tampoco puede creerse que el aporte económico en los gastos de la crianza, es decir el cumplimiento de la obligación alimentaria, lo sea, como quiera que, itérese, "*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* (…) *no se trata, entonces de predicar un juicio de valor, de más o menos, sobre la responsabilidad que le atañe al padre, ni de establecer cuánto aportó para la educación y bienestar material* (…) *sino de comprobar, de manera irrefutable que éste se desentendió totalmente de estos menesteres*" (Cas. Civ. Sent. de 25 de mayo de 2006; exp. T 2006-00714-00, citada; resaltado ajeno al original).

O sea, analizando las cosas bajo dicho enfoque, en realidad, es harto difícil hablar aquí de un "*total abandono de los deberes filiales*" por parte de la demandada frente a su hija y harto más complicado atribuirlo a su querer, pues si bien las pruebas recaudadas describen el incumplimiento de sus deberes como madre, como quiera que de ellas se evidencia que no ha satisfecho "*plenamente la obligación de cuidar, asistir y proteger a la menor desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual, ético, social*", ello no es suficiente para decir que "*se produjo un abandono absoluto en los términos exigidos por la jurisprudencia*" y, desde luego, también del mismo legislador, para que sea procedente esa causal de privación.

Así es en verdad, pues aunque no hay prueba en el proceso de que la demandada se ha allanado a cumplir con la obligación alimentaria en los términos que quedaron condensados en el acta de conciliación suscrita el 3 de abril de 2018 ante la comisaría primera de familia de Facatativá,

ello sólo dejaría al descubierto que se ha sustraído de esa obligación, mas no que se ha desentendido absolutamente de sus deberes como madre.

Claro, en efecto la falta de contestación de la demanda y la ausencia a rendir interrogatorio de parte debe mirarse como confesión, pues esa es la consecuencia que en la órbita probatoria establecen los artículos 97 y 372 del código general del proceso; mas, una cosa es que ella se constituya como una directriz probatoria importante y, otra muy distinta, que con arreglo a ella deban accederse a todas las pretensiones de la demanda, pues el fallador a la hora de realizar esa ponderación muy propia de su función juzgadora acerca del derecho y su alcance, aceptar la confesión a fardo cerrado ya no será opción para él.

Y dícese aquello, pues lo que debe colegirse es que esa confesión ficta quedó desvirtuada con la declaración que rindieron en el proceso el demandante y las deponentes Libia Andrea Pinzón Gama y Eugenia Gama Molina, tía y abuela materna de la niña, en su orden, cuando reconocieron que la demandada ha compartido personalmente con la niña pues visita el hogar en el que vive con su padre y su tía materna quien posa como su progenitora frente a ella y le lleva algunos presentes dentro de sus escasas posibilidades económicas, tiempos durante los que comparte con ésta y a veces también con sus otros hijos, no obstante que la pequeña la reconoce como su tía, lo que confirma que la intención de la madre no ha sido desentenderse completamente de su rol de madre, al punto que si bien en el citado acuerdo de conciliación a que se aludió le encargó la crianza y el cuidado personal al padre de la niña y a su hermana, se reservó la facultad de seguirla visitando, lo que según rezume de esos relatos ha estado haciendo.

Las escasas pruebas del proceso, en realidad, son muy poco para decir que esa forma sui-generis en que se desenvuelve la relación de la demandada con la niña, se debe a la intención deliberada de aquélla de abandonarla, pues lo único que de esos relatos se puede colegir es que la custodia de la niña le fue cedida a aquéllos porque debido a la situación

económica de la demandada [quien no cuenta con un salario estable y tiene cinco hijos más], estaban en posibilidad de dispensarle unas mejoras condiciones a la niña y que fue debido a ello y al silencio que frente al punto guardaron el demandante y Libia Andrea, que terminó aceptando que la niña la viera como su tía, pues en palabras del propio demandante acordaron que cuando la niña estuviese más grande le iban a contar la verdad, por lo que en esas condiciones hablar de abandono es imposible.

Todo lo más si a ello se suma el comportamiento procesal de la parte, el que, según la regla actual prevista por el artículo 280 del código general del proceso, debe ser valorado en todos los casos por el sentenciador a la hora de definir los extremos litigiosos, pues es claro que cualquier duda que se tuviera al respecto quedaría totalmente erradicada después de hacerlo; y todo porque habiendo quedado acreditado dentro del proceso que si bien la demandada entregó la custodia y el cuidado personal de la niña nunca se desentendió completamente de ella, al punto que por épocas cercanas a la presentación de la demanda seguía visitándola, resulta incomprensible que la demanda haya dicho que desde los cuatro meses de vida de la niña, la demandada nunca exhibió interés alguno en visitarla o de compartir con ella, como si el tema careciera de influjo en los resultados de la litigiosidad, donde buena parte de las pesquisas que se adelantaron tenían por fin determinar si realmente era dable predicar abandono por parte de la progenitora.

A criterio de la Sala, esto comporta una conducta procesal susceptible de erigirse como indicio en contra del demandante, pues tal grado de alteración de los hechos materia de debate sin explicación, parece obedecer a una intención de tergiversar la realidad; indicio que, ciertamente, no resulta solitario en el panorama probatorio, pues que a él se añade el que el actor nunca le haya dicho a la niña que su progenitora no es Libia Andrea Pinzón Gama, su actual esposa, sino la demandada, lo que denota que su interés no ha sido propiamente el de permitir y garantizar ese acercamiento entre la niña y su madre, sino todo lo contrario.

O qué decir de lo ocurrido en la visita que le fue practicada por la trabajadora social del juzgado, donde reconoció que "*la señora Jazmín visita con alguna frecuencia a la menor más o menos una vez cada dos meses, no le aporta alimentos, sólo comparte de vez en cuando, pero la niña no sabe que es la mamá, la identifica como tía* (…) *la madre ha estado presente en la vida de la menor, pero no ejerce su rol, participa en la vida de la niña como si fuera una tía y así lo entiende Luciana, el motivo de esta situación no quedó claro con la información suministrada por el progenitor*".

Obviamente, todo ello termina por corroborar que ha sido la dinámica familiar en la que se ha desenvuelto el hogar conformado por el demandante con la hermana de la progenitora de la niña, la que en últimas no ha permitido ese acercamiento como debería ser, pues de otro modo no exhibirían su interés en se mantenga ese distanciamiento para poder realizar el trámite de adopción; en verdad, de haber sido el deseo de aquéllos que la relación madre-hija se fortaleciera, jamás le habrían ocultado algo tan importante en la vida de la menor.

Lo analizado impone señalar que así la relación madre e hija no haya sido tal, pues la realidad es que aquélla no ha estado en su vida como debería estar, y si bien hay un régimen de alimentos que no se ha honrado, lo cierto es que mientras el punto de partida sea, en casos como el de ahora, el interés superior y prevalente del menor, lo que hace que sean los padres quienes deben garantizar y permitir que el niño o la niña puedan fijar sus nexos de familia con su padre y madre biológicos, en cuanto que "*dentro del amplio espectro de derechos fundamentales del niño, reluce por su transcendencia el de tener una familia y no ser separado de ella, pues es incontestable que en su interior encuentra el menor el cuidado y el amor necesarios para su desarrollo armónico, requeridos para su sana estructuración mental y física*" (Cas. Civ. Sent. de 28 de julio de 2005, Exp. T. 00049 –01), es innegable que mientras las cosas estén dadas para que esto suceda, no puede disponerse la privación de la patria potestad demandada, menos todavía si se tiene en cuenta que el concurso y la intervención de la madre, no solo del

progenitor y de la familia extensa, es indispensable para que ello ocurra.

La sentencia impugnada, por lo dicho, habrá de confirmarse; no habrá condena en costas por no aparecer causadas.

IV.- Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de fecha y procedencia preanotadas.

Sin costas.

Oportunamente, vuelva el proceso al juzgado de origen para lo de su cargo.

Esta sentencia fue discutida y aprobada en sesión virtual de la Sala Civil-Familia de Decisión de 23 de marzo pasado, según acta número 8.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ

Pablo I. Villate M.

PABLO IGNACIO VILLATE MONROY

GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ