



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
PEREIRA
SALA CIVIL-FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo
Pereira, Marzo veinticuatro de dos mil veintitrés
Expediente: 66001311000420210033601
Proceso: Privación de Patria Potestad
Demandante: CC
Demandado: LL
Acta Nro. 145 del 24 de marzo de 2023
Sentencia Nro. SF-0007-2023

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2022, por el Juzgado Cuarto de Familia Pereira - Risaralda, en este proceso de privación de patria potestad presentado por **CC** en representación de su hija **E**, frente a **LL**.

En este asunto se advierten dos cosas: (i) se alterará el turno para resolver, por cuanto se involucra a un sujeto de especial protección; y (ii) se dispondrá el ocultamiento de los nombres en la providencia que se publique, por aquella misma razón, y por cuanto puede verse comprometido el derecho a la intimidad. De manera que habrá dos ejemplares, el que se lleve al expediente, con la identificación plena, y el que se llegue a publicar. Por esta misma razón, en la notificación que se surta por estado, no se compartirá la providencia.

1. ANTECEDENTES

1.1 Hechos¹

De la relación surgida entre demandante y demandada, se procreó a la menor referida, quien para el momento de la demanda contaba con 4 años de edad. Entre otras cosas, se indica en el libelo que, debido a los hallazgos encontrados por la psicóloga de la E.S.E. Hospital **XX**, el estado físico de la menor y las inconsistencias de la declaración de la madre, le fue otorgado el cuidado personal y provisional a la abuela paterna, se dispuso tratamiento psicológico para la mamá, manejo interdisciplinario a través de la Comisaria de Familia, al que dejó de asistir, y la posibilidad visitar a su hija cada quince días los domingos.

Se agrega que, desde que se reanudaron las visitas de la madre con su hija sin acompañamiento de profesional o familiar, el estado de ánimo de la niña ha decaído porque se siente intimidada de decir o hacer ciertas cosas. También se informa de inconvenientes entre la demandada y la abuela paterna de la niña, situaciones en la que se ha visto involucrada la Policía Nacional.

La madre de la menor ha incumplido no solo con sus obligaciones como tal, sino también con las órdenes y recomendaciones realizadas por las Comisarias de Familia y equipo interdisciplinario, siendo el padre y la abuela paterna los encargados de cumplir con los deberes en el campo económico, afectivo y bienestar de la menor. Finalmente se agrega que el padre de la menor viajó a Bolivia buscando nuevas posibilidades para su hija, allí cuenta con un trabajo estable, una nueva relación sentimental y otro hijo, sin olvidar sus responsabilidades con su hija.

¹ 01. Demanda P.120 a 123.

Pretensiones²

Solicitó el demandante que, conforme a los hechos, se decretara la pérdida de la patria potestad que la madre ejerce sobre su menor hija y se le atribuyeras a él esa facultad de manera exclusiva. Subsidiariamente, pidió la suspensión de la potestad parental y la condena en costas a cargo de aquella.

1.2. Trámite

Corregidos unos yerros, el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, por auto del 15 de septiembre de 2021 admitió la demanda.³

Por conducto de abogado nombrado en amparo de pobreza, se contestó la demandada con pronunciamiento sobre los hechos, oposición a las pretensiones y la formulación de excepciones que se nominaron: (i) falta de causa para demandar y (ii) no tener en cuenta interés superior de la menor⁴, con fundamento en que no se logra *“demostrar el peligro físico, mental y emocional, el maltrato habitual, que la menor está siendo sometida por su progenitora que amerite ser privada de su patria potestad, como también del cuidado personal de su hija”* y, porque la niña en repetidas ocasiones ha manifestado querer estar con su mamá.

1.4. Sentencia de primera instancia

El Despacho de primer grado declaró probada la excepción de falta de causa para demandar y, como consecuencia, negó las pretensiones.

² 01. Demanda P.124

³ 05Admisión, c-1 Primera Instancia.

⁴ 20 2021-00336 ContestacionDemanda t22-07, C-1 Primera Instancia.

Igualmente, ordenó la custodia y el cuidado personal a cargo de la progenitora de la menor y que fuera entregada a ella durante el término de ejecutoria de esa sentencia. Así mismo, dispuso una cuota alimentaria a cargo del demandante por el 30% del salario mínimo e invitó a la demandada a concertar espacios con los abuelos paternos para seguir relacionándose y coordinar la comunicación que el demandado seguirá teniendo con su hija.⁵

Como sustento de la decisión, en el caso concreto, argumentó el juez de primer grado que no se pudo establecer de parte de la demandada el maltrato por negligencia en relación con su hija. En cuanto a la suspensión de la patria potestad, indicó que solo podría darse si la progenitora estuviera mentalmente impedida para ejercer la custodia y el cuidado personal de su hija. Si bien ella se encontró desestabilizada emocionalmente en algún tiempo, lo fue porque estaba temerosa de que su hija fuera a un hogar sustituto; sin embargo, aceptó el tratamiento recomendado por la Comisaría de Familia. El Juez no encontró, para ese entonces ni para la época de la sentencia, que la demandada tuviera problemas mentales o psiquiátricos suficientes para para privarla de la patria potestad; por el contrario, consideró que el demandante se aprovechó de que la demandada pasaba por un mal momento emocional en el que tomó decisiones equivocadas, porque los vínculos afectivos entre madre e hija, los encontró intactos.

1.5. Apelación⁶

⁵ 37 SENTENCIA ActaContinuaciónAudienciaOralVirtual, ibidem.

⁶ 38 2021-00336 ReparosApelacion, c-1 Primera Instancia.

El demandante mostró desacuerdo con la sentencia proferida y alegó que la demandada sí ejerce maltrato contra su menor hija, porque en el proceso quedó demostrado que en la Comisaría de Familia de **XX**, tuvieron conocimiento de la desnutrición de la niña, tanto así que la entidad le recomendó buscar un familiar cercano que se hiciera cargo de ella, para que no fuera entregada en un hogar sustituto; fue por eso que la demandada les contactó con la abuela paterna, que a pesar de sus padecimientos médicos recibió la niña en el seno de su hogar.

Señaló que con esa prueba documental queda plenamente demostrado que la demandada tenía a la hija en estado de desnutrición; con el interrogatorio demostró que no tenía un trabajo estable y que recientemente comenzó tratamiento psicológico y psiquiátrico. Aseguran que la demandada incumplió todos los compromisos adquiridos con la Comisaría de Familia y que no piensa en el bienestar de la niña porque le pide que se porte mal en el colegio y en la vivienda de la abuela.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Es viable resolver de fondo el asunto por encontrarse reunidos los requisitos procesales para ello y no se advierte causal de nulidad que pueda dar al traste con lo actuado.

Por otro lado, las partes están legitimadas para actuar en el proceso por activa y por pasiva de acuerdo con el registro civil de nacimiento de la menor⁷, en los términos del artículo 288 del C. Civil.

⁷ 01Demanda, c-1 Primera Instancia, p. 5.

2.2. La pretensión en este caso se dirige a que se prive a la madre de de la patria potestad que actualmente ejerce sobre su hija, con fundamento en el numeral 1 del artículo 315 del C. Civil, al que se hace referencia en el artículo 310 del mismo estatuto, esto es, por causa del maltrato.

Subsidiariamente se solicitó la suspensión de la patria potestad, aunque no se mencionó en particular una causal. A lo largo del proceso se ha hecho alusión a problemas psicológicos y psiquiátricos que se presume que aquejan a la demandada.

2.3. Corresponde a la Sala definir si confirma el veredicto del juzgado que negó las pretensiones de la demanda, con fundamento principal en las pruebas que obran en el plenario que refieren que la demandada no ejerce maltrato por negligencia en contra de su menor hija, como tampoco quedó probado que tuviera problemas psiquiátricos que ameritaran suspenderla en el ejercicio de la patria potestad.

O si lo revoca, atendiendo los reparos del demandante que consisten en que la prueba documental permite establecer que la demandada tenía bajo su poder a la hija en estado de desnutrición, que su declaración dejó ver que no tiene un trabajo estable e incumplió con los compromisos que había adquirido con la Comisaría de Familia, pues recientemente comenzó su tratamiento psicológico y psiquiátrico. Además, que ella no pretende el bienestar para su hija puesto que le pide que se porte mal en la casa de la abuela paterna y en la institución educativa.

2.4. La potestad parental como mejor se denomina hoy la patria potestad⁸, ha sido definida por el artículo 288 del C. Civil, subrogado por el artículo 19 de la Ley 75 de 1968 como “... *el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone*”.

La misma norma, en su inciso segundo, modificado por el artículo 24 del Decreto 2820 de 1974, establece que el ejercicio de esos derechos sobre los hijos corresponde a los padres conjuntamente, a menos que uno de ellos los delegue total o parcialmente en el otro como lo permite el artículo 40 ibidem, al modificar el 307 del C. Civil, y a falta de uno de ellos la ejercerá el otro.

El cuidado personal de la crianza y educación de los hijos, que igualmente conlleva “... *vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente, dirigir de común acuerdo la educación moral e intelectual, de los hijos, colaborando en su crianza, sustentación y establecimiento...*”⁹, son deberes que impone el artículo 253 del C. Civil para el correcto ejercicio de la potestad parental y que la ley deposita en cabeza de los padres, en procura de la protección, el bienestar, la educación y, en general, el normal desarrollo de los hijos.

Más evidente es la cuestión ahora que el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006¹⁰ trajo como complemento de la patria potestad la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación,

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-997-2004

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de octubre 25 de 1984

¹⁰ Código de la Infancia y Adolescencia

lo que incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que aquellos puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En virtud de ello, el Código Civil colombiano en su artículo 310, que remite al artículo 315, impone el cumplimiento de esos deberes para la conservación de dicha potestad señalando, inclusive, sanciones para quienes los desconozcan, tales como la suspensión de la patria potestad o su pérdida de acuerdo con las circunstancias causantes de ese incumplimiento, entre las que se encuentran, en el numeral 1 de la última norma citada, la alegada por el demandante, es decir, “*por maltrato del hijo*”¹¹

Quien falte a esas obligaciones, que son imposiciones de orden legal, mal puede continuar en ejercicio de sus derechos como representante de quienes no están en capacidad de responder por sí mismos, y menos aún con la administración del patrimonio de sus hijos menores de edad, lo que hace que las consecuencias derivadas del maltrato, consagradas en las citadas normas sean lógicas y razonables.

Por supuesto que esta situación debe ser suficientemente valorada, para no ir a sacrificar los intereses del menor, principalmente, pero también del padre a quien se pretende despojar de tales atribuciones. Como se ha sostenido profusamente por la doctrina y la jurisprudencia, es un derecho fundamental del niño tener una familia y no ser separado de ella, debido a que son de altísima consideración para todos que se le brinden por ella misma y el Estado los elementos que aseguren el desarrollo integral destinado a la conformación de personas que estén llamadas a desempeñar un digno papel como

¹¹ Sentencia C-1003-2007

ciudadanos y coparticipes de un orden social justo y armónico. No hay duda, entonces, que por razón de ser la patria potestad una de las herramientas que coadyuvan a ese propósito, quitarla y anular la presencia del padre o de la madre en la vida del hijo, no es medida que pueda adoptarse sin un análisis ponderado de las circunstancias de cada caso.

2.6. Corresponde, entonces, poner la vista sobre la causal que se invoca como incumplida por la demandada para despojarla de la patria potestad, esto es, la del numeral 1° del citado artículo 315, que el juez de primer grado no halló demostrada.

2.7. Sobre ella, quedó dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-1003 de 2007, que para que el maltrato ocasione la pérdida de la patria potestad no se requiere que sea habitual, como tampoco que ponga en peligro la vida del hijo. La alta Corporación, luego de recordar el artículo 42 de la Constitución Nacional, que proscribiera cualquier forma de violencia en la familia, el 44, que prevé la protección de los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de violencia física o moral y no solo la habitual o la que ponga en peligro su vida o le cause grave daño, y el artículo 19 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño¹² agregó sobre el punto que:

En el marco de la Constitución de 1991, la potestad parental o patria potestad no constituye ya la investidura de un poder de mando discrecional y absoluto en cabeza de los padres, ni puede ejercerse legítimamente en provecho personal de quien la detenta, sino que debe concebirse como un instrumento basado en la relación jurídica paterno-filial, a través de la cual los padres han de ejercer sus derechos y cumplir los deberes que tienen para con los hijos, siempre bajo el respeto de sus derechos, que son fundamentales, atendiendo a su interés superior, y garantizando

¹² La Convención Internacional de los Derechos del Niño fue aprobada por nuestro país mediante la Ley 12 de 1992

su desarrollo armónico e integral, es decir, sin ejercer sobre ellos ninguna clase de maltrato.

Para esta corporación, el artículo 315 del Código Civil, numeral primero, en cuanto consagra el maltrato del hijo como causal que da lugar al decreto judicial de emancipación del hijo, y por ende a la pérdida de la patria potestad, si bien persigue un fin constitucionalmente válido como es la protección del menor, en cuanto exige además que dicho maltrato sea *habitual* y además, que sea *en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño*, ofrece una protección tardía que a la luz de la nueva escala axiológica de nuestra constitución es inadmisibles.

En efecto, la causal del numeral primero que da lugar a la pérdida de la patria potestad resulta desproporcionada al someter la vigencia de la patria potestad a los maltratos habituales que pongan en peligro la vida del menor o le causen grave daño. Medida consagrada por el legislador hace más de un siglo, que no está en capacidad de lograr la protección oportuna a los niños, niñas y adolescentes exigida por la nueva Constitución de 1991. En consecuencia, la Corte declarará inexecutable las expresiones “*habitual*” y “... *en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño.*”, del numeral primero del artículo 315 del Código Civil. Y, declarará executable la expresión “*Por maltrato del hijo*”.

En tal medida, si la causal para que un juez decreta la emancipación del menor es solamente el maltrato del hijo, le corresponderá al juez de conocimiento respectivo valorar en cada caso las circunstancias que rodean al menor afectado, para efectos de determinar si amerita decretar la pérdida de la patria potestad del padre o padres que incurrir en tales conductas.

Como puede colegirse de esta parte final, en cada evento hay que analizar los hechos que han suscitado la demanda de privación de la patria potestad, para determinar si esa es la medida aconsejable, no sea que con ello resulte causándose un agravio mayor al niño, niña o adolescente y, de paso, al padre o madre al que se le veda ese derecho.

2.8. La ponderación que se hace en este evento, lleva a la Sala a concluir que, con las pruebas presentadas en el plenario, se debe confirmar la decisión de instancia, para velar por el interés superior

de la niña y los derechos que corresponden a la demandada como su progenitora, pues, el maltrato que se le endilga se advierte insuficiente para privarla de la patria potestad, y de los problemas psicológicos que se le achacan, tampoco se demostró que tuvieran la entidad suficiente para tal privación, e incluso para la suspensión de su autoridad.

2.9. En efecto, si se examina la prueba documental, se puede observar que la historia clínica de terapia ocupacional ambulatoria de la E.S.E. **XXX**, fechada el 2 de junio de 2021¹³, indica que la remisión por psicología fue el motivo de la consulta, y la historia personal de la niña fue relatada por los abuelos. Según el documento, cuando la menor vivía con su madre durante su primer año y medio de vida, presentó desnutrición. La Comisaría de Familia entregó la custodia a la abuela paterna con visitas programadas de la madre, pero cuando la niña recibía esas visitas, su comportamiento comenzó a cambiar debido a que su progenitora la inducía a decir ciertas cosas. Durante esa consulta médica, a **E** se le diagnosticaron "*problemas relacionados con otras experiencias negativas de la infancia*".

Pero, también menciona esta historia clínica una situación que la Sala no puede pasar por alto, y es que, la niña "*está siendo criada y educada en dos ambientes familiares que utilizan estrategias diferentes, donde los aprendizajes, las actitudes y comportamientos varían de acuerdo con la situación y la intencionalidad del adulto-cuidador, lo que se conoce como bidireccionalidad educativa. De esta manera la niña está recibiendo dobles mensajes, sobre todo en el área disciplinar, lo cual se observa cuando a su corta edad cuestiona y reitera a la abuela cuidadora, "Mi mamá si me lo permite, le voy a*

¹³ 01Demanda, c-1, págs. 28-29.

contar a mi mamá, mi mamá si me cucharea,” etc. Y si no se suplen sus demandas entonces hay reacciones”.

Y la recomendación del médico tratante, que tampoco puede pasar desapercibida, señala que *“Mi concepto como profesional es que si un menor es retirado de un ambiente sociofamiliar por considerarlo no apto para su crecimiento y desarrollo, lo ideal sería que quienes estaban cumpliendo roles parentales, se fortalezcan en el desempeño de esta labor para poder optar por retomarla.*

El acta de compromiso, cuidado personal y custodia provisional del 8 de mayo de 2019 de la Comisaría de Familia de **XX**¹⁴ expone, precisamente, que en esa intervención se trata del posible caso de maltrato por negligencia que ejerce la madre, y que la niña es ingresada al programa de crecimiento y desarrollo por la desnutrición global que padece. La progenitora informa que la niña a veces no recibe comida, que la tiene en guardería y que la señora del jardín dice que la niña come bien y que en la casa de ella mercan a diario.

El galeno percibió a la demandada como una persona pasiva, con posibles dificultades emocionales, al parecer fácilmente irritable y con tendencia de tristeza. El concepto final que brindó el profesional de la medicina es que se trata de una familia extensa, que la niña no está vinculada al sistema de salud y que se *presume* negligencia de la madre por no brindar a la niña de forma oportuna el tratamiento para la desnutrición.

¹⁴ 01Demanda, c-1, págs. 30 a 33.

Por conciliación extrajudicial de custodia y regulación de visitas, según el expediente nro. 651-2020 del 30 de noviembre de 2019, de la Comisaría de Familia de **XX**¹⁵, acordaron la madre y la abuela paterna, como medida provisional en favor de la niña, la custodia a cargo de esta última, hasta que por vía judicial se tomara una decisión de fondo; además se regularon las visitas de la mamá.

Es válido destacar que allí, aunque ambas partes expusieron sus argumentos, solo se tuvo en cuenta el de la abuela paterna y, sin mayores explicaciones, se tomó la decisión. Sin embargo, también dijo la progenitora que fue el padre quien la dejó sin EPS, y aportó un documento para acreditarlo, se refirió a sus condiciones médicas psicológicas, a su entorno familiar, a su situación económica, y agregó que la niña cuenta que la castigan encerrándola en un cuarto y los abuelos y la tía le pegan.

De acuerdo con el trámite de atención extraprocésal (TAE) CZ **XX**, con radicado 28117148 del 16 de marzo de 2018, el padre fue quien solicitó al ICBF la celebración de una audiencia de conciliación en beneficio de su hija. Esta petición la hizo en consideración a que se había separado de la madre de la niña y que esta no le había permitido compartir tiempo con ella. Además, él deseaba ofrecer alimentos a su hija.¹⁶ Actuación que terminó con audiencia de conciliación, acta número 17 del 22 de marzo de 2018, en la que se fijó cuota de alimentos y visitas para el solicitante.¹⁷

¹⁵ 01Demanda, c-1, págs. 34 a 36.

¹⁶ 01demanda, c-1, Primera Instancia, págs. 61 a 67.

¹⁷ Págs. 85 a 88, ibidem.

Con la historia clínica del Hospital XX¹⁸ se revela que la niña estuvo hospitalizada en urgencias los días 5 y 6 de marzo de 2020 por ingesta involuntaria de hipoclorito, y según se pudo leer de las observaciones, niña en dicha instancia estuvo acompañada en ocasiones por su progenitora, en otras, por su abuela.

Los días 19 de marzo de 2020¹⁹, 29 de enero²⁰, 18 de febrero²¹ y 13 de mayo de 2021²², asistió a control por nutrición y dietética, se remitió a consulta por primera vez por psicología, cita a la que acudió en compañía de sus abuelos el 3 de mayo de 2021, en la Clínica XX²³ en la que fue diagnosticada con *“OTROS TRASTORNOS DEL DESARROLLO Y CRECIMIENTO OSEO y PROBLEMAS RELACIONADOS CON OTRAS EXPERIENCIAS NEGATIVAS DE LA INFANCIA”*.

También se demuestra con la historia clínica, que el 12 de agosto de 2021, visitó por urgencias el Hospital XX, porque presentaba vomito con sangre²⁴.

Por solicitud de la abuela paterna, el 25 de noviembre de 2021, en la Defensoría de Familia del Centro Zonal XX, con historia de atención familiar nro. 1089630152 de 2021, se llevó a cabo audiencia de conciliación de cuota alimentaria y visitas, mediante la cual se fijó cuota de alimentos en favor de la niña, por valor de \$175.000 a cargo de su progenitora²⁵.

¹⁸ Págs. 98 a 105 ibidem.

¹⁹ Pág. 106 ibidem.

²⁰ Pág. 107 ibidem.

²¹ Pág. 108 ibidem.

²² Pág. 110 ibidem.

²³ Pág. 116 ibidem.

²⁴ Pág. 112 ibidem.

²⁵ 19 2021-00336 MemorialDte, c-1 Primera Instancia.

A pesar de los problemas de audio que presentaba exclusivamente el micrófono de la menor entrevistada²⁶, pues la mayoría de las respuestas que se conocieron fue porque el Juez las repitió y en lo poco que se le escuchó a la niña fueron respuestas acordes con su edad, de ellas que se pudo entender claramente cuando manifestó que la mamá la “*trata bien*”.

Ahora, del relato que brindó el demandante²⁷ no se pudo identificar que la demandada infligiera maltrato a su menor hija. El declarante expuso que aquella tiene problemas psicológicos; que, mientras vivieron juntos, demostró poca responsabilidad en el aseo y alimentación de la niña; que, pocas veces ha respondido por la cuota alimentaria; que no culminó el tratamiento psicológico; y que, a pesar de las pocas veces que comparten madre e hija al mes, aquella ejerce mala influencia sobre la niña, porque le pide que se porte mal en la casa y le dice que el papá la va a secuestrar. Sin embargo, también manifestó que “*Mi hija adora a su mama, y siempre ha sabido quien es su mamá,...*”²⁸

Tampoco de la declaración de la demandada se extrae algún tipo de maltrato. En su relato mencionó el proceso que inició la Comisaría de Familia de **XX** por negligencia y maltrato en favor de su hija. El primer cargo, fue por la falta de afiliación en salud de la niña; y el segundo, por la desnutrición que presentaba. También se conoció de las complicaciones que la demandada padeció durante su embarazo, así como de las dificultades económicas que enfrentó mientras convivía con el demandante. Él rara vez hacía mercado, y en la mayoría de las ocasiones les donaban los víveres; ella se alimentaba

²⁶ 23Video2EntrevistaAudienciaOralVirtual, c-1 Primera Instancia

²⁷ 25Video01AudienciaOralVirtual, c-1 Primera Instancia, minuto 0:06:35 hasta 0:35:37

²⁸ minuto 0:21:29 ibidem.

en casa de su mamá y en su vivienda no contaban con nevera para refrigerar los alimentos. Manifestó que se entristeció profundamente ante la noticia de que le quitarían la hija por negligencia y maltrato, porque la dejarían en un hogar de paso, pero también le ofrecieron la posibilidad de entregarla temporalmente a la abuela paterna mientras solucionaba los inconvenientes planteados. Aseguró que actualmente está en tratamiento de psicología, a pesar de que considera que no lo necesita, pero que lo hace para recuperar a su hija.

De suma importancia el relato de la abuela, quien tiene en custodia provisional a su nieta²⁹. En su entrevista, se refirió al carácter de la demandada, el régimen de visitas y la cuota alimentaria que se le impuso, los problemas de infancia, la falta de apoyo de su familia; y luego habló del comportamiento que la menor adoptaba luego de compartir con la mamá. Más concretamente, indicó que existían problemas de autoridad, pues la pasividad de la madre ocasionaba que la niña tomara el mando en muchos aspectos o llegara con un comportamiento diferente a la casa, en el que manifestaba que quisiera que la abuela o la mamá no estuvieran tristes.

También indicó que la demandada decidió entregarle en custodia temporal la hija, porque en su vivienda afrontaba una situación más difícil, supo que le habían cortado los servicios públicos y la relación con los papás de ella no era la mejor. Manifestó que el hospital de **XX** emitió un reporte, porque la niña no tenía EPS, solo estaba vinculada al Sisbén, y porque la niña presentaba desnutrición global.

Expuso que el tratamiento psicológico que se le indicó a la mamá comenzó, porque en la primera entrevista que tuvo con la trabajadora

²⁹ 26Video02AudienciaOralVirtual, c-1 Primera Instancia

social y psicóloga se sintió atacada cuando le comenzaron a indagar sobre la custodia de su hija. Le prescribieron el respectivo tratamiento, sin embargo, señaló que la misma demandada le contó que solo asistiría a la primera cita de psicología, porque consideraba que no estaba loca para recibirlo.

También precisó que la demandada ha incumplido con la cuota alimentaria que se le impuso, pero, cuando ella la recomendó para un trabajo que duró aproximadamente dos meses, aportó la cuota y le compró a la niña un disfraz y unas vitaminas que la EPS no entregaba.

Su relato dejó ver que la demandada tuvo una niñez muy difícil, porque primero convivió con la abuela, y cuando esta falleció regresó a la vivienda de la mamá donde la aislaban y no la apoyaban; luego se sumó el hecho de que le pudieran quitar la hija, y sin embargo la describió como: “*una mamá muy amorosa*” que intentó recuperar a su hija por medio de la Comisaría de Familia **XX**, lo que al final no le resultó.

K, hermana de la demandante, expuso en su declaración³⁰ que, la demandada tuvo complicaciones durante el embarazo y que padeció anemia. La baja de peso de la niña no se produjo al nacimiento, sino después, y de ello desconoce la causa concreta, pudo haber sido porque no recibía toda la comida que se le daba. Supo, porque su hermana le contó, del tratamiento psicológico y de la custodia temporal de la niña por su bajo peso, pero que, aun así, sigue igual.

Dijo que el problema psicológico de la hermana se dio porque ella es muy dócil y pasiva, por lo que se dejaba influenciar de la pareja y la

³⁰ 28Video04AudienciaOralVirtual, c-1 Primera Instancia

señora M. Eso mismo hace que ella sea muy tranquila y que no cambie de temperamento momentáneamente. Luego agregó que, muestra de las manipulaciones que se ejercían en contra de su hermana ocurrió cuando una noche de fuertes lluvias, estando en dieta y en casa de sus suegros, los señores C, M y Á la sacaron de la casa y llegó “*a mi casa mojada, triste y sin la niña*”, lo cual reportaron a la policía, pero no se pudo hacer nada porque él era el papá de la niña. Finalmente, declaró sobre el percance que tuvo la niña al ingerir hipoclorito estando en compañía de una tía paterna.

GS, amiga del demandante, no fue mucho lo que aportó al proceso con su declaración³¹. Dijo que solo le constó directamente cuando la niña estuvo de visita en XX, que estaba baja de peso. Agregó que hace mucho tiempo se lleva un proceso con la niña por unas falencias de la mamá, pero no conoce a la demandada, no sabe si la custodia de la abuela paterna es fija o permanente y del motivo por el cual la mamá la entregó voluntariamente.

JA, tío de la demandada, expuso de manera general en su declaración³² que conoció que la sobrina lleva peleando por la custodia de la niña y de su entrega a la ex suegra, de los altercados con esta, de la prohibición para pasar el tiempo correcto con la niña, y del consumo del límpido de la menor. Dijo que no tuvo conocimiento de que la sobrina padeciera problemas psicológicos, a pesar de que se criaron juntos; sí notaba que era una mujer callada, introvertida y nada agresiva. Señaló que las terapias psicológicas comenzaron cuando decayó por el problema de no poder ver a la niña. Manifestó que, directamente, conoció de un altercado de la abuela paterna con

³¹ 29Video05AudienciaOralVirtual, c-1 Primera Instancia

³² 30Video06AudienciaOralVirtual, c-1 Primera Instancia

la demandada, porque ella llegó con el celular dañado a la casa, y contó lo sucedido.

J, psicóloga y amiga de la familia del demandante, manifestó en su declaración³³ que la demandada es una persona mal educada y malhumorada; sin embargo, aseguró que *“no se siente en condiciones de brindar un diagnóstico si eso se trata de un problema psicológico porque fue una amiga personal y nunca le realizó una valoración profesional”*, pero sí supo que *“el ambiente en el que Luisa creció fue difícil, de carencias y necesidades y que supone que sea algo que tiene que ver con la forma de ser de ella con la relación conflictiva entre la familia”*. Indicó que la relación entre la demandada y los progenitores del demandante fue distante.

Manifestó que la demandada fue remitida a tratamiento psicológico, ya que cuando llevó la hija a control de crecimiento y desarrollo estaba desnutrida y no estaba afiliada a una EPS, de lo cual se enteró por parte del demandante y porque trabajaba en el departamento de psicología del Hospital.

Agregó que, cuando se hizo el reporte de maltrato por negligencia la demandada decidió entregar la niña a los abuelos, porque *reconocía que iba a estar en mejores condiciones porque en ese tiempo la situación económica de L y la familia no era muy favorable, entonces la niña económicamente no tenía muchas condiciones, por eso también la notificación por desnutrición”*. Dice que nota que cuando la niña comparte con la mamá llega rebelde a casa de los abuelos.

³³ 31Video07AudienciaOralVirtual, c-1 Primera Instancia

E, prima de la demandada, dijo en su testimonio³⁴ que esta es una excelente madre, ama su niña y su anhelo es estar con ella. De otras circunstancias que atañen al proceso no tenía conocimiento, máxime que hace tan solo dos años –a la fecha de la declaración– tenía contacto con su prima.

SA, amiga del demandante, comentó³⁵ sobre una vez que la abuela le pidió que recogiera a la niña en el jardín y de las dificultades económicas y familiares que afrontaba la demandada con la familia; además, notó a la demandada angustiada y preocupada por la situación del proceso con la hija. Desconocía de otras circunstancias del proceso.

2.7. Sin querer dar la espalda a la situación, visto el cúmulo de pruebas, la Sala considera importante valorar el caso en relación con el interés superior de la menor. No se trata de cortar de raíz las relaciones entre madre e hija, sino de examinar todas las circunstancias que rodean el asunto, con el objetivo de tomar la decisión que más aconsejable resulte, no en función de los intereses de los padres, según su conveniencia, sino en beneficio de la niña, a quien se le ha puesto en el centro de toda esta controversia.

Se puede leer del acta de compromiso, cuidado personal y custodia provisional de la Comisaría de Familia de XX, Risaralda, fechada del 8 de mayo de 2019, que el trámite inició con el oficio nro. 1397 del 15 de marzo emitido por la psicóloga ANLB adscrita a la E.S.E. XX, endilgándole a la señora LL “*posible*” maltrato por negligencia, tras encontrar a la niña en las citas de control de crecimiento y desarrollo,

³⁴ 32Video08AudienciaOralVirtual, ibidem

³⁵ 33Video09AudienciaOralVirtual, ibidem.

en un estado de “*desnutrición global, riesgo peso bajo para la edad, riesgo de talla baja para la edad, perímetro branquial 14. La niña está en valoración con pediatría el cual ordena cita de control, en noviembre y la madre dice que no lo saco por tramite, se le indica a la madre de la menor que debe acercarse a la subsecretaría de salud para que solicite y ser atendida*”³⁶.

Allí mismo se encuentra inmerso el “*concepto psicosocial*”, en el que se menciona, entre otras cosas, que “*la niña no está vinculada al sistema de seguridad social lo cual representa alto riesgo para su integridad y bienestar debido al diagnóstico establecido ... además se presume negligencia de la madre al no brindar a la niña de forma oportuna el tratamiento que requería dado el diagnóstico de desnutrición global*”.

Consta en ese mismo documento la entrega en custodia provisional de la menor a la abuela paterna, determinación que se tomó por voluntad de la mamá. Además, se impusieron, entre otras recomendaciones (i) terapia psicológica y psiquiátrica para la demandada; y (ii) realizarle seguimiento en la gestión de afiliación y citas requeridas por la niña.

Obra en el plenario consulta básica del afiliado E expedida por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, realizada el 16 de marzo de 2018, en la que consta que la menor se encuentra vinculada al SGSSS por el régimen subsidiado, con **XX** EPS S.A.S., desde el 25 de noviembre de 2016³⁷ esto es, dos meses después de su nacimiento³⁸.

³⁶ O1Demanda, c-1 Primera Instancia, pág. 31

³⁷ O1Demanda, c-1 Primera Instancia, pág. 71.

³⁸ Pág. 5 ibidem

Con historias clínicas del 14 de agosto³⁹ y 17 de diciembre de 2019⁴⁰ 05, 06 y 19 de marzo de 2020⁴¹ 29 de enero⁴², 18 de febrero⁴³, 13⁴⁴ y 20 de mayo⁴⁵, 2 de junio⁴⁶ y 12 de agosto de 2021⁴⁷, se logra establecer que para esas fechas, la menor continúa vinculada al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud con **XX** EPS.

En relación con este tema, es importante señalar que el régimen subsidiado de salud está previsto en el literal j del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, con el fin de *“asegurar el ingreso de toda la población al Sistema en condiciones equitativas”* y se desarrolla a partir del artículo 211. Mientras que el numeral 2, del literal A del artículo 57 de esa normativa indica que a ese régimen se afilian *“las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, (...) y demás personas sin capacidad de pago.”*

³⁹ Pág. 117 ibidem.

⁴⁰ Pág. 19 ibidem.

⁴¹ Págs. 102, 103 y 106 ibidem.

⁴² Pág. 107 ibidem.

⁴³ Pág. 108 ibidem.

⁴⁴ Pág. 110 ibidem.

⁴⁵ Pág. 29 ibidem.

⁴⁶ Pág. 28 ibidem.

⁴⁷ Pág. 112 ibidem.

Ahora bien, el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales – Sisbén⁴⁸ es un sistema de identificación y clasificación de hogares y personas en Colombia, que se utiliza para determinar su nivel socioeconómico y su acceso a programas de asistencia social y servicios públicos como salud, educación y vivienda. Este sistema tiene en cuenta factores como el número de personas que componen el hogar, la situación laboral, el nivel educativo y el ingreso económico de la familia, entre otros aspectos. La información recopilada a través del Sisbén se utiliza para identificar y seleccionar a las personas que requieren mayor atención y apoyo del Estado.

Esto se relaciona estrechamente con lo que las testigos SM, A y J mencionaron en sus declaraciones acerca de la situación económica de la demandada. Recordemos que la primera de ellas indicó que la demandada le entregó en custodia temporal a su nieta porque en su casa afrontaban una “*situación más difícil*”, hasta el punto de haberle cortado los servicios públicos. La segunda dijo que, “*no podía enfrentarse a la mamá o la hermana porque no tenía ingresos en el hogar*”⁴⁹ y, la tercera, expuso que, “*el ambiente en el que Luisa creció fue difícil, de carencias y necesidades (...) la situación económica de Luisa y la familia no era muy favorable, entonces la niña económicamente no tenía muchas condiciones*”⁵⁰.

Es probable que esta circunstancia haya llevado a que la niña fuera clasificada en el Sisbén y afiliada al régimen subsidiado, ya que esta modalidad está diseñada específicamente para aquellos que no tienen la capacidad financiera para afiliarse al régimen contributivo, y con lo

⁴⁸ <https://www.sisben.gov.co/Paginas/que-es-sisben.aspx>

⁴⁹

⁵⁰ 33Video09AudienciaOralVirtual, ibidem.

que acabamos de ver, la demandada se encuentra dentro de este grupo poblacional.

Por tanto, cae por su propio peso la afirmación de que la niña no estaba afiliada al régimen de salud. Como se ha podido verificar, sí tenía cobertura en el subsidiado, que tiene la obligación de garantizar el acceso efectivo de sus afiliados a todos los servicios y tecnologías en materia de salud. Así que, el hecho de que una persona no cuente con los recursos económicos para cotizar en el régimen contributivo de salud no implica, por sí mismo, una vulneración de los derechos fundamentales de sus hijos menores y mucho menos constituye un maltrato por negligencia.

Aunque la demandada aparentemente tenía la responsabilidad de gestionar una cita de control con pediatría, no se sabe con certeza si cuando menciona en el acta de custodia anteriormente citada que *no lo sacó por trámite*, se refiere a que intentó autorizar el servicio, pero se lo negaron en la Secretaría de Salud, o si simplemente no inició el proceso en absoluto. La información registrada en dicho documento es bastante limitada para tomar una decisión tan importante como la de privar a una madre de la custodia de su hija y del ejercicio de la potestad parental.

Valga anotar, eso sí, algo que es llamativo. La salud, así como otros aspectos de la crianza de un hijo, no están exclusivamente a cargo de la madre, sino que también son responsabilidad del padre. Independientemente de la relación afectiva entre la pareja o los problemas de convivencia, la responsabilidad recae en ambos progenitores, quienes deben estar pendientes de sus condiciones de salud, alimentación, recreación, educación y demás necesidades.

Si la madre peca, al decir de la demanda, por tener a su hija afiliada al régimen subsidiado, y eso para el padre se erige en un maltrato, con tanta mayor razón se diría de él, que, no solo está ausente, sino que, en lugar de afiliarla por su cuenta al régimen contributivo, si considera estar en condiciones de hacerlo, ya que su distanciamiento se produjo para darle una mejor condición de vida a la niña, procura arrebatársela del todo del seno de su progenitora, sin acreditar, por este aspecto, maltrato alguno.

Veamos ahora el otro tema que rodea el asunto.

Durante el desarrollo del proceso, se mencionó que la menor presenta “*desnutrición global*”. Al respecto, al momento de gestionar la entrega de la custodia provisional de la niña a la abuela paterna, se le preguntó a la madre acerca de las causas de la desnutrición, y se registró en el acta que ella no sabía exactamente la razón⁵¹, que en ocasiones la niña no quería comer, que la tenían en una guardería y que la encargada del lugar les informaba que la niña comía bien, y que en su casa hacían compra de alimentos diariamente.

Los testimonios fueron concordantes y revelaron la desafortunada situación económica de la demandada y la falta de apoyo de su familia más cercana. Además, en su declaración, dijo la demandada que cuando ella convivió en una pieza con el demandante, él pocas veces compraba alimentos, ya que la mayoría de las veces eran sus compañeros de clase quienes les regalaban los víveres. Asimismo, indicó que no contaban con una nevera para conservar los alimentos que requerían refrigeración.

⁵¹ 01Demanda, c-1 Primera Instancia, pág. 31.

La historia clínica, según las anotaciones del 26 de marzo de 2021,⁵² da cuenta de que la demandada tuvo un embarazo complicado y que presentó anemia. La menor nació con bilirrubina, *“ha tenido ausencias emocionales, abandono físico por el papá, retraso en el desarrollo del lenguaje, no se comunicaba por palabras, solo por gestos (...) abandono por parte de sus figuras primarias, dependencia emocional, inseguridad emocional, confusión (sic) en relación con las normas y reglas”* y fue diagnosticada con *“PROBLEMAS RELACIONADOS CON OTRAS EXPERIENCIAS NEGATIVAS EN LA INFANCIA”*.

No hay, entonces, suficientes elementos probatorios que permitan concluir que la demandada ha sido negligente en la alimentación de su hija. Por el contrario, se ha podido constatar que la demandada es una persona de bajos recursos económicos, que ha experimentado carencias desde su infancia debido a la falta de apoyo familiar y conyugal. Durante su convivencia con el demandante, ambos carecían de alimentos en su habitación y, en ocasiones, recibían ayuda de sus compañeros de estudio.

Así mismo, la prueba existente en el expediente es insuficiente para determinar con certeza, si la desnutrición de la niña fue causada por su madre al no proporcionarle los alimentos necesarios para su subsistencia por mera desidia o descuido, o si la causa, más bien, como todo parece indicarlo, era la pobreza, las enfermedades que presentaba, y los factores sociales o familiares que pudieran afectar su estado nutricional, entre ellos, se insiste, el alejamiento de la figura paterna.

⁵² Pág. 118, ibidem.

No es que se quiera decir con esto y lo señalado líneas atrás que un padre deba desechar oportunidades de trabajo lejos de sus hijos, cuando de ellas puede depender su futuro. Lo que no está bien es que se quiera, desde la distancia, y sin tomar las medidas como la afiliación al sistema de salud o la contribución alimentaria por medio de la madre, que es la primera llamada a la protección de la menor, alejarla de su lado atribuyéndole conductas que estuvieron lejos de ser probadas. Esto, porque, se insiste en ello, la falta de una alimentación adecuada es responsabilidad, tanto de la madre, como del padre. Los desacuerdos entre ellos, no pueden servir, por sí mismos, de soporte para ir procurando separar a los hijos del lado de uno de los dos.

No sobra agregar aquí, que con las declaraciones de E y K quedó acreditado el amor que profesa la demandada por su hija; la misma abuela paterna reconoció que es una “*mamá muy amorosa*” y el demandante en su interrogatorio, señaló que entre ellas dos el sentimiento es mutuo, al aceptar que “*mi hija adora a su mamá*”.

La demandada, con la intención de recuperar la custodia de su hija, convocó a la abuela paterna ante la Comisaría de Familia del barrio XX de Pereira, aunque este intento no tuvo éxito. En la audiencia, manifestó su deseo ferviente de recuperar a su hija y aseguró que se siente bien y que no necesita tratamiento psicológico, aunque se somete a él para poder tener a su hija de regreso. Esta afirmación parece atendible, ya que, durante su interrogatorio mostró fortaleza, seriedad y respondió de manera coherente y razonada tanto a las preguntas del despacho como las de la contraparte.

Se logró establecer, además, que una madre amorosa, como ella fue calificada, pudo desestabilizarse emocionalmente al enterarse de que le arrebatarían a su hija, tal como ella misma lo mencionó durante su interrogatorio y lo confirmaron los testimonios de la abuela y la tía. Según la primera, *“el tratamiento psicológico que se le recetó a la señora L.L. comenzó porque en la primera entrevista que tuvo con la trabajadora social y psicóloga se sintió atacada cuando le comenzaron a indagar sobre la custodia de su hija*⁵³. La segunda de ellas expuso que *“las terapias psicológicas comenzaron cuando decayó por los problemas de no poder ver a la niña”*⁵⁴.

2.9. A partir de lo expuesto, ningún soporte queda para acceder a la principal pretensión de privación de la potestad parental, ni a la subsidiaria de suspensión de la misma. En consonancia con lo resuelto por el Juzgado de instancia, no se ha demostrado que el estado mental de la madre comprometa los derechos de la niña, o sea incompatible con su rol, que abarca, entre otros aspectos, el cuidado personal, la atención familiar, la alimentación, la salud, la educación, la recreación y demás cuestiones inherentes a la crianza.

Una determinación de esa naturaleza, en parecer de la Sala, como están las cosas en este momento, causaría un daño significativo a la niña y, colateralmente, a su núcleo familiar directo.

Por el contrario, existen razones suficientes para fortalecer los métodos de crianza por parte de ambos padres, para que, a pesar de ser cuidada y educada en dos entornos familiares distintos, la niña no reciba mensajes contradictorios y se pueda eliminar la patología de

⁵³ 26Video02AudienciaOralVirtual, c-1 Primera Instancia

⁵⁴ 30Video06AudienciaOralVirtual, c-1 Primera Instancia

“problemas relacionados con otras experiencias negativas de la infancia”. En este sentido, se insta a los padres a trabajar juntos para brindar a la niña el mejor ambiente posible para su desarrollo físico, emocional y social.

Toda la prueba apunta a demostrar que la demandada, aunque con algunas deficiencias, producidas más por la situación económica debido a que sus empleos no eran estables y no contaba con recursos económicos suficientes que por su propio capricho, no se ha sustraído a sus deberes de madre, mucho menos en lo afectivo. Esto quiere decir, que su comportamiento, más que un maltrato, tiene origen en su deficiente condición económica que, como se observó a lo largo del juicio, ella ha reconocido, junto con la intención de mejorar su situación laboral y psicológica para recuperar y mantener a su hija en óptimas condiciones. La actitud asumida por ella en este proceso, en el que se presentó voluntariamente y compareció ante las autoridades judiciales, es una prueba de eso. Esto es inusual en alguien que no tiene interés en el bienestar de sus hijos y que normalmente ignora las citaciones judiciales.

2.9. De todo lo dicho se puede concluir que: i) no hubo el maltrato endilgado; ii) la niña sí se encontraba afiliada en salud bajo el régimen subsidiado para la época de los hechos; iii) tampoco se probó negligencia por parte de la demandada en la crianza y cuidado de su menor hija; y iv) la afectación psicológica de la demandada carece del alcance suficiente para suspender la patria potestad.

Por tanto, se confirmará la sentencia de instancia.

2.11. Las costas en esta esta sede serán a cargo de la parte demandante y en favor de la demandada (numeral 1 del artículo 365 del CGP). Serán liquidadas en la forma y términos señalados en el artículo 366 del Código General del Proceso. Las agencias en derecho se fijarán en proveído separado.

3. DECISIÓN

En armonía con lo dicho, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2022 por el Juzgado Cuarto de Familia Pereira - Risaralda, en este proceso de privación de patria potestad.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante y en favor de la demandada.

Devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese

Los Magistrados

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS

DUBERNEY GRISALES HERRERA

Firmado Por:

Jaime Alberto Zaraza Naranjo
Magistrado
Sala 004 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Duberney Grisales Herrera
Magistrado
Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Carlos Mauricio Garcia Barajas
Magistrado
Sala 002 Civil Familia
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

Código de verificación: **69f8b73b4ebd26ede41cca984dcc65cee8127788eeceb5009e491825c6baa5fe**

Documento generado en 24/03/2023 09:53:02 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>