

Radicacion: 19001-31-10-002-2022-00190-00

Mercedes Judith Ordoñez <mercjo1@yahoo.com>

Lun 23/10/2023 9:12

Para:Sala Civil Familia Tribunal Superior - Popayan <sacftribsupayan@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (413 KB)

Memorial sustentación recurso de apelación.pdf;

Popayán, 23 octubre 2023.

Atento saludo.

Adjunto memorial de sustentacion del recuerso de apelación en el proceso de la referencia.

Atentamente,

Mercedes Judith Ordoñez
C.C. 34.526.226 de Popayán
T.P 93279 CSJ

Popayán, octubre 17 de 2023

Doctor

Manuel Antonio Burbano Gayes

H Magistrado Sustanciador

Sala Civil Tribunal Superior de Popayán

E. S. D.

RADICACION: 19001-31-10-002-2022-00190-00

PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

DEMANDANTE: SANDRA VIVIANA SARRIA PALTA

DEMANDADO: FREDY FERNANDO LEDEZMA SARRIA

MENOR: ANA MARIA LEDEZMA ORTIZ

Mercedes Judith Ordoñez, abogada en ejercicio, identificada con la cédula de ciudadanía número 34526226 de Popayán y Tarjeta Profesional No. 93279 del C.S.J., obrando conforme al poder conferido por la señora **SANDRA VIVIANA SARRIA PALTA**, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Popayán, identificada con CC. No. 34.323.646 expedida en Popayán, quien obra en su calidad de guarda y cuidado de la menor ANA MARIA LEDEZMA ORTIZ, de manera muy respetuosa me permito sustentar el recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 31 de agosto del 2023, por el Juzgado Segundo de Familia de Popayán, en los siguientes términos:

Los derechos fundamentales de los niños se encuentran descritos en el Artículo 44 de la Constitución Política, que me permito transcribir:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, **la recreación y la libre expresión de su opinión**. Serán protegidos **contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos**. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y **el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos**. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. **Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.**” (negritas fuera de texto).

Es necesario y de suma importancia manifestar al H. Magistrado Ponente que para emitir la sentencia objeto del recurso, no se tuvo en cuenta las pruebas anexadas a la demanda como lo es el expediente del Instituto de Bienestar Familiar, donde se manifiesta que en el entorno de su familia compuesta por su padre Fredy Ledezma Sarria, su madre Mary Yolanda Ortiz Penagos quienes residían en la casa de la abuela paterna Oliva Sarria, la menor Ana María Ledezma Ortiz fue objeto de presunto abuso sexual, tal como se narra a folios 85 del proceso (“Formato para remisión apoyo psicológico especializado 4 hojas), entre otras situaciones que vivió en ese lugar, que se pueden constatar a folios 85 a 88, 109 a 110, como maltrato por parte de sus padres, “**por estar inmersa en una tipología multiproblemática, caótica y desestructurada**” (fls 87). También está claro que Sandra Viviana Sarria ha sido y es la persona que ha prodigado amor y cuidado a la niña, ahora de 14 años y que, ante la denuncia, la ha salvado de haber sido abusada sexualmente y haber quedado embarazada a tan temprana edad, presumiblemente. Desafortunadamente en el interrogatorio llevado a cabo a mi representada ésta dejó de

lado muchas situaciones que ha tenido que vivir la menor, entre ellas, que el padre y la abuela paterna fueron reacios en principio a su reconocimiento, lo que considero que es por el parentesco familiar cercano entre su tía, sus primos y los padres de Sandra Viviana Sarria Palta, por lo que omitió en su declaración, pero que de todas formas están probados en el proceso que adelantó el I.C.B.F., proceso en el que intervino el Procurador de Familia. Lo que desconozco si es el mismo procurador que intervino en el presente proceso. La menor nació el 17 de diciembre de 2009 y tan sólo el 16 de diciembre de 2010, el padre llevó a cabo su reconocimiento, como se verifica a folios 3 del expediente, después de insistencia por parte de mi representada y ante la necesidad de acceder a los servicios de salud y otros beneficios, en su momento.

En el interrogatorio al demandado y testimonio de su hermana, reconocieron también que el lugar donde vivió la menor con su madre y padre, hasta el fallecimiento de su progenitora y más allá en el tiempo, fue un lugar donde estuvo en riesgo y ambos padres fueron irresponsables con el cuidado de la misma. Luego de la enfermedad de la abuela paterna narrada por su hija, fue que cerraron el establecimiento. **Estas manifestaciones tanto del padre como de la tía, concuerdan al 100% con lo investigado por el I.C.B.F. cuando la menor tenía 11 años.**

Expresa la tía de la menor que su hermano conoció a la madre de ésta en el establecimiento de la señora Oliva, abuela, que allí bebían, fumaban la amamantaba tomando, que el abandono fue de parte y parte; que mi representada se dio cuenta del descuido en que estaba Ana María y por ello se la llevaba, pues todos bebían y se emborrachaban y se desentendían de ella. Que mi representada es quien le da apoyo moral y cariño, y que está bien con Sandra Viviana, que no tiene problemas; que el papá y la abuela, no están en capacidad de atenderla. **Estas manifestaciones tanto del padre como de la tía, concuerdan al 100% con lo investigado por el I.C.B.F. cuando la menor tenía 11 años.**

En la visita hecha por la trabajadora social del Juzgado el 14 de agosto de 2023, se establece que mi poderdante acompañó y apoyó a la madre de la menor señora Mary Yolanda Ortiz Penagos (QDP), desde que estaba gestante de la adolescente Ana María Ledezma, circunstancia que fue corroborada en audiencia no solo por mi representada, sino por la hermana y tía de la menor Oliva Patricia Ledezma Sarria, lo que también fue corroborado por el ICB.F., como se demuestra con el expediente allegado con la demanda.

Expresa en el informe que:

(...)

“SITUACION ACTUAL y SISTEMA SOCIO FAMILIAR

SANDRA VIVIANA y NORMAN han asumido la responsabilidad de cuidar y atender a ANA MARIA LEDEZMA ORTIZ, como se mencionó, aún antes del fallecimiento de la madre, de manera permanente y sin el apoyo económico y/o emocional del padre FREDY HERNAN LEDEZMA SARRIA; es su interés y compromiso continuar asumiendo el cuidado integral y crianza de ANA MARIA, a quien considera su hija y a la cual le brindan atención y cuidado al igual que a sus otros hijos; además de salvaguardar sus derechos y propender por una buena calidad de vida, procurando romper los modelos de abandono y violencia física y emocional que en alguna ocasión le tocó vivir y/o presenciar al lado de la madre biológica.” (lo que también fue corroborado por el ICB, como se demuestra con el expediente allegado con la demanda).

“La familia extensa por ambas líneas, línea de SANDRA VIVIANA y línea de NORMAN reconocen a ANA MARIA como parte fundamental de la familia y la tratan como un miembro más, sin existir preferencia frente a los hijos biológicos de la pareja.

ANA MARIA, de 13 años de edad, estudia en el Colegio Gimnasio Moderno en grado sexto, jornada de la mañana, con buen rendimiento académico. Su estado de salud es estable, es atendida por medicina prepagada SURA, entidad a la que la tiene afiliada el señor NORMAN. Su comportamiento general está acorde con su edad cronológica, es una adolescente respetuosa, cumplidora de las normas; sin desconocer que en algunas ocasiones se ha tornado rebelde y conflictiva, situación que han sabido manejar los padres, manifestado que en la actualidad se encuentra asistiendo a sesiones de psicología, donde le han orientado todo lo relacionado con el duelo, obligación paterna, responsabilidad de sus actuaciones; pues no se puede desconocer que se ha visto afectada por la pérdida temprana de la madre MARY YOLANDA ORTIZ PENAGOS, por la poca o nula responsabilidad del padre FREDY HERNAN LEDEZMA SARRIA para asumir su cuidado y atención. Es de anotar que a las sesiones de psicología también asiste SANDRA VIVIANA...” (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Lo antes transcrito también fue corroborado por la señora juez en audiencia con el interrogatorio a mi representada y con el testimonio de la tía.

En el interrogatorio adelantado al demandado, este admite tener una nula responsabilidad como padre, que no visita a la hija, no la llama y menos le interesa enterarse de los estudios y colegio donde asiste Ana María. Que tampoco aporta para su manutención porque no trabaja pues según lo expuso, debe atender a su madre, abuela paterna de la menor, a quien nunca ha dejado y siempre ha convivido en el hogar; que no es posible atender o estar cerca de la menor, por cuanto la madre Oliva Sarria no permite que se aleje de la vivienda, bien porque era el que ayudaba atender el negocio, porque no puede quedarse sola o porque sufrió de enfermedad de epilepsia, según lo expone la hermana.

En audiencia la señora juez le manifiesta al interrogado que la patria potestad se traduce en todos los derechos que la ley reconoce a los padres, pero que ello conlleva cumplir con los deberes que tienen en lo moral, afectivo, acompañamiento, desplegando acciones efectivas y reales a favor de los hijos por una vida digna, y que no solo es lo de ley sino lo moral, “lo que no ha cumplido en todo el tiempo.” (subrayas y comillas propias).

Cuando la señora juez le habla de la patria potestad, en forma reiterada, él se refiere a lo que quería la madre de la menor, a lo expuesto por Bienestar Familiar y que **ES DECISION DE ANA MARIA** (minuto 37.48 aproximadamente). Reitera que en la casa de él está ocupado que no puede salir, no está desocupado para ir para arriba y para abajo, por su madre, pues debe cuidarla, que prefiere quedarse con la mamá, quien le da para Ana María.

El demandado en su declaración narra que la menor vivió con él y la madre (en la casa de su madre OLIVA), es decir donde estaba y funcionaba la taberna y tienda y que mi representada iba por ella, la llevaba y ellos permitían que lo hiciera, porque ambos padres fumaban, bebían, “se emborrachaban” y perdían el control; que cuando a la madre le dio cáncer, ella quiso que Ana María Ledezma Sarria, su hija, quedara al cuidado de mi cliente, pues esa era su ilusión, antes de morir. Que luego fue citado a Bienestar Familiar por la situación que se presentaba y que él como padre de familia manifestó “pues que se la lleven, pues que se la lleven”. **“Que si quiere volver que vuelva” ...**

También manifestó el señor Freddy, que, en Bienestar Familiar, le informaron que cuando Ana María tuviera 13 años podía decidir donde quería estar y por ello no se opuso a que se quedara con mi cliente a su cuidado y guarda, como lo ha hecho siempre.

Al preguntarle el despacho cuanto aportaba mensual para cubrir TODOS los gastos de Ana María, manifestó que cada 8 o 15 días le da lo que le alcanza, no tiene capacidad y

aporta con lo que puede, lo que le alcance. **Pero como no trabaja y como ya se expuso, lo que le da es de lo que la abuela recibe** de la pensión por el fallecimiento del esposo y padre.

El señor Procurador expresa que el demandado no ha entendido qué es la patria potestad y menos el proceso, **lo que no se comparte**, porque ha sido claro en sus respuestas y vuelve a referirse a los deseos de la madre y además ha dejado en libertad a su hija para que ella decida, quien en su testimonio ha expresado que está de acuerdo que se suspenda la patria potestad, por todas las razones expuestas y que Viviana no le va a prohibir ir a visitar a su padre. Es necesario hacer claridad que la menor Ana María Ledezma, a la fecha tiene 14 años, lo que le permite que se pueda tener en cuenta su posición al respecto.

Es la menor Ana María Ledezma quien propicia los encuentros con el demandado, su padre, cuando mi representada visita la residencia de sus padres Hugo Sarria y Cecilia Palta, quienes viven contiguo a la residencia del padre de la menor y abuela paterna. En esos escasos encuentros de cada 15 días, es cuando la atiende suministrándole arroz con huevo y frijoles, según testimonios.

Al contestar la menor a la pregunta del Despacho, sobre lo que significa que se priven los derechos al papá porque no ha aportado, manifestó entender, así como el proceso y estuvo de acuerdo con ello.

Al recepcionar el testimonio de la señora Oliva Patricia Ledezma hermana del demandado, le pregunta la señora juez, si éste se ha esforzado por preocuparse de la menor, por lo emocional y afectivo, los estudios, contestando que no cumple y que después de la muerte de la madre, no la llama y que para pasear requiere de plata, que no tiene. Que la quiere pero que no lo demuestra, no va a verla, no se interesa si la menor va bien o no en los estudios. No se molesta.

Que el apego de la madre del demandado y éste, es enfermizo emocionalmente, no tiene recursos no ha trabajado y por eso depende de la mamá.

El señor Procurador le pregunta a mi representada si ha adelantado proceso de alimentos contra el padre de la menor, respondiendo que no lo ha hecho, pues sería fallido debido a que no ha trabajado, corroborado por él y su hermana; que como persona que tiene a cargo la menor, considera que tiene ingresos suficientes con su esposo para atender los gastos que se demandan en estudios, alimentación, vestuario y salud. Esto fue corroborado por la trabajadora social en su informe.

La señora Juez dio por probado que el demandado no visita ni llama a la menor, que no la visita por estar muy ocupado, que la demandante tiene a cargo a la menor desde que falleció la madre.

Es decir, que está ausente de la vida de su hija en todo sentido.

El despacho consideró que era suficiente con la prueba testimonial recaudada en la audiencia para emitir sentencia, dejando de lado los testimonios solicitados por la parte demandante, entre ellos, el de las hermanas por línea materna de la menor, los que son importantes, pues conocen la situación desde mucho antes de que naciera Ana María y hasta cuando el I.C.B.F. tomó la decisión de entregarla a mi representada.

Finalmente, es necesario expresar que aún, estando probados los hechos de la demanda con la prueba documental y testimonial, a pesar de no contar con los testimonios solicitados, la señora juez expresó que *se resolvería teniendo en cuenta lo más beneficioso para la menor, pero* no accedió a las pretensiones, apoyada en abundante jurisprudencia llevada a la audiencia. Con ello, al dictar sentencia, desconoció la frase final del artículo 44 de la C.P.:” **Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.**”

Con el comportamiento del demandado, puedo concluir que prácticamente es un abandono y se la lleva ausente del entorno habitual de su hija, no hay una relación estrecha entre padre e hija, a pesar de haber manifestado la menor que quiere mucho a su padre y abuela, lo que no es suficiente para demostrar que cumple con sus deberes de padre, como tantas veces lo reitera la señora juez, al referirse a las obligaciones que deben los padres hacia sus hijos, tanto morales como económicas, éstas necesarias para una vida digna.

En atención y como soporte de mis alegatos, me permito remitirme a la **sentencia dictada por el Juzgado 1º de familia del Circuito de Neiva en el proceso 201900475-00 sobre pérdida de la patria potestad**, proceso con características similares al que hoy nos ocupa y donde el demandado, se hizo parte en el proceso a través de apoderado, se allanó a la demanda y que a pesar de cumplir con su obligación alimentaria con su hija, que se comunica periódicamente con ella y ha entablado una relación con la misma, ES AUSENTE DE SU ENTORNO HABITUAL, en ese caso, por no tener domicilio donde vive la menor y ausentarse del país, desconociendo las necesidades de la hija, las cuales no son sólo económicas.

Lo cierto es que si a pesar de contribuir económicamente el demandado en el proceso citado, comunicarse con la hija y haber entablado una relación con ella, el juez consideró que esa ausencia del entorno habitual era suficiente para suspender la patria potestad.

Luego entonces, estando probado que el demandado se la lleva ausente del entorno habitual de la menor Ana María Ledezma Sarria, no cumple con sus obligaciones tanto alimentarias, como morales, cuidado de la hija, salud, recreación, visitarla, etc., que ella es quien lo visita con alguna frecuencia, sigue habitando en la casa donde la menor estuvo en riesgo desde temprana edad y que probablemente, si como dijo el demandado quiere volver, no puede hacerse cargo él ni la abuela, según testimonio de la hermana, continuaría con los mismos riesgos de abandono, una eventual y probable violación, pues sólo le importa la madre, no hay dinero para su recreación, etc., **hay lugar a privarlo de la patria potestad**. En este caso, el demandado no contestó la demanda. Sólo se hizo presente cuando se inició el trámite del proceso en el I.C.B.F., sin ninguna oposición, dio su consentimiento para que la menor continúe a cargo de mi representada e igualmente está de acuerdo con la iniciación de este proceso al no contestar la demanda y con la pretensión.

En la sentencia del mencionado proceso, se expresó:

“(…)”

“Así las cosas, analizada la prueba documental a la cual se ha hecho referencia junto con la no oposición a las pretensiones de la demanda por parte del señor **CHRISTIAN FELIPE QUINCENO TOVAR**, concluye este Despacho que es dable acceder a la suspensión de la patria potestad, pues no existe duda de la larga ausencia en la vida de su hija **ALIX ISABELLA QUINCENO CORTES**, pues sin ningún asomo de duda ha consentido que la crianza y cuidado personal de la niña la ejerzan terceras personas, pues no solo la niña siempre ha estado bajo la custodia y cuidado personal de los abuelos maternos, y ahora sin ningún reparo no se opone a la suspensión de la patria potestad, lo que es indicativo del desinterés del padre por ejercer la responsabilidad parental establecida en el Artículo 14 del Código de la Infancia y Adolescencia, que establece:

“La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es, además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto 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.”

El Artículo 23 del Código de la Infancia y Adolescencia, igualmente consagra que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral, labor que nunca ha ejercido el demandado, ni se ha preocupado por realizarla, saltando a la

vista la relación afectiva nula que existe entre padre e hija y que de ello se dejó constancia por parte del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)**.

En este orden de ideas, al ser la larga ausencia, un concepto que puede ser considerado como el alejamiento voluntario de uno de los padres respecto de sus hijos y que conlleva un descuido en la administración de sus bienes o en la representación que requieren, fácilmente se puede colegir que ante la ausencia del padre se hace necesario designarle a la niña **ALIX ISABELLA QUINCENO CORTES**, un guardador para evitar causarle un perjuicio, pues dicho trámite se requiere para que pueda disfrutar sin problema la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida ante el lamentable fallecimiento de su madre. Considera este Despacho, que si bien se afirma en la demanda que el demandado cumple con la obligación alimentaria, también es un hecho cierto que no le interesa estar presente en la crianza y el cuidado personal de la niña y prefiere seguir ausente. (subrayas fuera de texto).

Ciertamente, lo que evidencia la prueba documental mencionada es un desprendimiento por parte del demandado en el cumplimiento de sus deberes de padre, ausentándose de la vida de su hija sin justificación alguna pues de ello nada mencionó en la contestación de la demanda.

Cabe mencionar, que no obstante prosperar la causal de larga ausencia del progenitor, la suspensión de la patria potestad, no lo exonera de sus deberes para con su hija, como tampoco lo priva de otros derechos-deberes, diferentes a las facultades que están involucradas con el ejercicio de la patria potestad, esto es, debe continuar prodigando a su hija, no solo el sustento, sino también su amor, su dedicación, su cuidado, y por lo tanto tiene derecho a visitarla y compartir con ella para fortalecer esos lazos de afecto entre padre e hija.

Por tanto, conforme al artículo 132 del C. de la Infancia y la Adolescencia, le corresponde al señor **CHRISTIAN FELIPE QUINCENO TOVAR**, seguir contribuyendo con la obligación alimentaria y demás obligaciones contraídas en el Acta de Conciliación No. 000119 del 21 de marzo de 2018, suscrita ante la Defensoría de Familia del I.C.B.F.”

“(…)”

La referida sentencia, incluye lo expresado por la H. Corte Constitucional:

“(…)”

“De otro lado, la Honorable Corte Constitucional sobre el tema en Sentencia T-266/12, M.P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, recordó que:

“La Corte ha señalado que la patria potestad es uno de los instrumentos a los que ha recurrido el Estado para garantizar el desarrollo armónico e integral del menor de edad. Esta institución - ha dicho la Corporación - encuentra fundamento en el inciso 8° del artículo 42 de la Carta, el cual le impone a la pareja el deber de sostener y educar a los hijos mientras sean menores de edad o incluso durante su formación profesional. Es, por ende, una institución jurídica creada no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Así las cosas, “los derechos que componen la patria potestad no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en el del interés superior del hijo menor, facultades que están subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado”. Desde este punto de vista la patria potestad se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres. Como consecuencia de lo anterior, las facultades derivadas de la patria potestad no constituyen, en realidad, un derecho subjetivo en cabeza de los padres, sino que se trata de derechos concedidos a favor de los niños

y niñas, razón por la cual su falta de ejercicio o su ejercicio inadecuado puede derivar en sanciones para el progenitor”.

En la misma decisión, indicó la Honorable Corte que de acuerdo con lo explicado en la sentencia C-145 de 2010, los derechos que reconoce la patria potestad a los padres, como instrumento para el adecuado cumplimiento de los deberes de crianza, educación y establecimiento, son:

“4.5. Siguiendo los mandatos legales, los derechos que reconoce la patria potestad a los padres, como instrumento para el adecuado cumplimiento de los deberes de crianza, educación y establecimiento, se reducen: (i) al de representación legal del hijo menor, (ii) al de administración de algunos bienes de éste, (iii) y al de usufructo de tales bienes. Sobre el derecho de representación, la legislación establece que el mismo es de dos clases: extrajudicial y judicial. El primero, se refiere a la representación que ejercen los titulares de la patria potestad, sobre los actos jurídicos generadores de obligaciones que asume el hijo, y que no involucran procedimientos que requieran decisión de autoridad. El segundo, el de representación judicial, comporta las actuaciones o intervenciones en procedimientos llevados a cabo, no solo ante los jueces, sino ante cualquier autoridad y ante particulares, en que deba participar o intervenir el hijo de familia, ya sea como titular de derechos o como sujeto a quien se le imputan responsabilidades u obligaciones.

En cuanto a los derechos de administración y usufructo, éstos se armonizan con el de representación, y se concretan en la facultad reconocida a los padres para ordenar, disponer y organizar, de acuerdo con la ley, el patrimonio económico del hijo de familia y lograr de él los mejores rendimientos posibles (C.C., art. 291 y siguientes). Por expresa disposición legal, los rendimientos económicos que producen los bienes del hijo, y cuyo manejo corresponde a los padres a título de derecho de usufructo, constituyen uno de los medios con que éstos cuentan para atender sus obligaciones de crianza, lo cual descarta que los mismos puedan ser utilizados en beneficio exclusivo de los padres (C.C. art. 257).

4.6. De igual manera, los derechos sobre la persona del hijo, que se derivan de la patria potestad, se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección, materializado en acciones dirigidas al cuidado, a la crianza, a la formación, a la educación, a la asistencia y a la ayuda del menor, aspectos que a su vez constituyen derechos fundamentales de éste”.

Al ser la patria potestad exclusivamente de los padres, el ordenamiento jurídico estipula la posibilidad de que, si faltase uno de ellos, pueda ejercerse por uno solo, por lo que ninguna norma prevé que las relaciones familiares pueden sustituir la figura de la patria potestad pues así lo establece el artículo 438 del Código Civil al señalar:

“No se puede dar tutor ni curador general al que está bajo la patria potestad, salvo que ésta se suspenda por decreto judicial, en alguno de los casos enumerados en el artículo 315.

De forma muy comedida y respetuosa, sin apartarme de los criterios jurisprudenciales de la H. Corte Suprema de Justicia, del H. Consejo de Estado y la H. Corte Constitucional, lo cierto es que cuando una situación como la que sucede en este proceso se demuestra, el juez está llamado a crear derecho y no solo aplicar los criterios jurisprudenciales, que no indican la realidad y necesidad verdadera de proteger los derechos de la menor, como lo indica el artículo 44 de la Constitución política.

Como sustento de mi manifestación respetuosa, me remito a la siguiente **Sentencia C-634 de 2011 Corte Constitucional de Colombia agosto 24**

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y CORTE CONSTITUCIONAL

“En últimas, el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional. Además, este último argumento permite hacer compatible la actividad creadora de derecho por parte de los jueces con el principio democrático.” (Subrayas fuera de texto).

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL-Carácter vinculante para las autoridades/**JURISPRUDENCIA COMO FUENTE FORMAL DEL DERECHO**-Reconocimiento/**CARACTER VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**-Razones en que se fundamenta/**ACTIVIDAD CREADORA DE DERECHO POR PARTE DE LOS JUECES CON EL PRINCIPIO DEMOCRATICO**-Compatibilidad/**SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN SEDE JURISDICCIONAL**-Reglas aplicables/**CARACTER VINCULANTE DE LOS PRECEDENTES DE LAS ALTAS CORTES**-Se explica a partir de la aplicación de los principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y seguridad jurídica

El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante. La necesidad de otorgar esa fuerza obligatoria a los precedentes se explica a partir de varias razones. En primer lugar, el Derecho hace uso del lenguaje natural para expresarse, de modo que adquiere todas aquellas vicisitudes de ese código semántico, en especial la ambigüedad y la vaguedad, esto es, tanto la posibilidad que un mismo término guarde diversos significados, como la dificultad inherente a todo concepto para ser precisado en cada caso concreto. Así, por ejemplo, solo dentro del lenguaje jurídico el término “prescripción” logra los significados más disímiles, lo que demuestra la ambigüedad o polisemia del mismo. Igualmente, existen evidentes dificultades para definir el ámbito de aplicación de conceptos que, si bien son indeterminados, tienen un uso extendido en las disposiciones jurídicas, tales como “eficiencia”, “razonabilidad” o “diligencia”. Estos debates, que están presentes en cualquier disposición de derecho, solo pueden solucionarse en cada escenario concreto mediante una decisión judicial que es, ante todo, un proceso interpretativo dirigido a la fijación de reglas, de origen jurisprudencial, para la solución de los casos que se someten a la jurisdicción. En últimas, el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional. Además, este último argumento permite hacer compatible la actividad creadora de derecho por parte de los jueces con el principio democrático. En efecto, en las sociedades contemporáneas, merced la complejidad de las relaciones entre sus agentes, es imposible que las asambleas representativas puedan configurar preceptos que solucionen, de manera específica, todos los casos posibles. Por ende, es inevitable (y como se verá más adelante incluso necesario y valioso) que los jueces conserven la competencia para la definición concreta del derecho, a partir de reglas de origen judicial, creadas a partir de las disposiciones aprobadas por el legislador. En segundo término, la solución de controversias en sede jurisdiccional no está sometida a la aplicación de una sola regla de derecho, sino que, antes bien, existen diversas disposiciones aplicables a cada caso. Esto sucede debido a que (i) pueden concurrir diversas reglas de la misma jerarquía que ofrecen distintas fórmulas de decisión; y (ii) con base en el principio de supremacía constitucional, el juez está obligado a aplicar, de manera preferente, las normas de la Constitución y demás pertenecientes al bloque de constitucionalidad, en cada uno de los casos sometidos al escrutinio judicial. Por ende, debe adelantarse un proceso de armonización concreta de esas distintas fuentes de derecho, a partir del cual delimite la regla de derecho aplicable al caso analizado, que en todo caso debe resultar respetuosa de la jerarquía del sistema

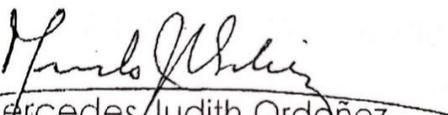
de fuentes; (iii) no todas las disposiciones jurídicas están construidas a manera de una regla, es decir, el enunciado que a un precepto determinado le otorga una consecuencia jurídica definida, sino que también concurren en el ordenamiento otros contenidos que no responden a esa estructura, en especial los principios. Como se sabe, estos difieren de aquellos en que no están contruidos bajo el criterio precepto – sanción, sino que son mandatos de optimización que deben cumplirse en mayor medida posible, de lo que se sigue que no ofrecen respuestas particulares prima facie a casos específicos, como sí lo hacen algunas de las reglas. Así, el juez que resuelve un asunto particular debe dar lugar a estos principios en su razonamiento jurídico, a través del mencionado proceso de armonización; y (iv) es usual que para la solución de un caso concreto concurren diversas reglas que confieren alternativas diversas y/o encontradas de decisión, no exista una regla particular y concreta para solucionar el asunto o se esté ante la colisión entre principios o entre reglas y principios. Estos debates son, precisamente, el campo de trabajo del juez, quien resuelve esa problemática como paso previo a la adopción de una regla particular de derecho o ratio decidendi, que permita llegar a una decisión judicial que resuelva el problema jurídico planteado. Finalmente, el carácter vinculante de los precedentes de las altas cortes se explica, desde la perspectiva teórica expresada, de la necesidad de eficacia a principios básicos del Estado Constitucional, como la igualdad y la seguridad jurídica. Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales. Los ciudadanos esperan que, en todo caso, ante la existencia de asuntos análogos en sus hechos jurídicos relevantes, los jueces otorguen decisiones igualmente similares. No basta, por ende, que se esté ante la estabilidad y coherencia de las reglas del derecho legislado, sino también ante la ausencia de arbitrariedad en las decisiones judiciales. Esto se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado.”

En los términos antes expuestos, de manera respetuosa solicito al H. Magistrado Ponente de la Sala Civil – Familia, de considerarlo necesario, se escuche los testimonios de las hermanas de la menor solicitados en la demanda.

Una vez escuchados los testimonios, si así lo dispone, se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Familia el 31 de agosto de 2023, según Acta de Audiencia 107.

Del H. Magistrado Sustanciador,

Atentamente,


Mercedes Judith Ordóñez
C.C. 34526226 de Popayán
T.P. No. 93279 CSJ