REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL-FAMILIA
MAGISTRADO PONENTE: Dr. MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

Popayán, trece (13) de junio de dos mil veintitrés (2023).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Corresponde a la Sala pronunciarse frente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 29 de agosto del año 2022, por el JUZGADO PROMISCUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE PUERTO TEJADA – CAUCA, dentro del proceso de PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD, promovido por MAURICIO PUERTA DIAZ, en contra de JENNY CAROLINA VALLEJO CARDOZA.

LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES

Solicita el demandante, mediante apoderado judicial debidamente constituido, que, previo el trámite de un proceso verbal, se hagan las siguientes declaraciones:

1. Declarar la terminación del derecho al ejercicio de la patria potestad que la demandada JENNY CAROLINA VALLEJO CARDOZA tiene sobre sus hijas menores de edad ANGIE CAROLINA y SARA VALENTINA PUERTA VALLEJO, por *"haber incurrido en la 2ª causal del artículo 315 del Código Civil, sobre abandono total en su calidad de madre".*

2. Otorgar el exclusivo derecho al ejercicio de la patria potestad sobre las niñas ANGIE CAROLINA y SARA VALENTINA PUERTA VALLEJO, a su padre, el demandante MAURICIO PUERTA DIAZ.

3. Inscribir la sentencia en los registros civiles de las niñas.

4. Condenar en costas a la demandada.

LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Dada la cantidad de apreciaciones subjetivas en su planteamiento, para lo que aquí interesa precisar, como hechos relevantes que sustentan las mencionadas pretensiones, se extrae lo siguiente:

1. Las partes de este proceso contrajeron matrimonio el 02 de junio del 2012 y se divorciaron el 06 de septiembre del año 2021.

2. Durante su vida matrimonial procrearon a ANGIE CAROLINA y SARA VALENTINA PUERTA VALLEJO, gemelas nacidas el 08 de noviembre de 2012.

3. En mayo del 2019, la demandada JENNY CAROLINA VALLEJO CARDOZA, entregó voluntariamente las niñas al demandante MAURICIO PUERTA DIAZ, y se desconectó de ellas afectiva y socialmente, aportando económicamente la suma de $107.000 para su manutención y comunicándose, según se afirma, de manera esporádica y *"desastrosa"*, por los regaños que les propina y el resentimiento que las niñas le tienen.

4. También se indican las diferentes actuaciones desplegadas para que la demandada pague cuota alimentaria y se afirma que las niñas se *"oponen"* a visitar y a vivir con su madre, por estar afectadas psicológicamente como resultado de "*haber conseguido otra pareja aún estando conviviendo con su padre".*

LA CAUSAL PARA SOLICITAR LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

Conforme a los hechos arriba resumidos, el demandante invoca la causal prevista en los artículos 310 y 315, numeral 2° del C.C., para solicitar la PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, a causa del abandono de las niñas por parte de la demandada.

LA RESPUESTA DE LA DEMANDADA

La demandada por intermedio de apoderado judicial debidamente constituido, contestó de manera extemporánea la demanda, por lo que ninguna utilidad reporta aquí hacer reseña de ella.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Resolvió la *a quo* desestimar las pretensiones de la demanda y en consecuencia no privar del ejercicio de la patria potestad de las menores ANGIE CAROLINA Y SARA VALENTINA PUERTA VALLEJO, a su madre JENNY CAROLINA VALLEJO CARDOZA; dispuso que *"por intermedio de la Defensoría del Familia del ICBF y dentro del ámbito de su competencia, en el menor término posible, se programen terapias familiares a través de su equipo interdisciplinario, y/o, otra u otras medidas que se consideren pertinentes dentro del ámbito de su competencia, en las que se incluya a ambos padres y las menores ANGIE CAROLINA Y SARA VALENTINA PUERTA VALLEJO, tendientes a restablecer el contacto, interacción, y las buenas relaciones entre madre e hijas, y entre ambos padres, para de esta manera poder dar cumplimiento, y retomar sin inconvenientes las visitas pactadas para la madre y sus mejores hijas"*; finalmente, condenó en costas al demandante.

Al motivar su decisión, se refirió al cumplimiento de los presupuestos procesales, precisó que el objeto del litigio consistía en determinar si la demandada abandonó totalmente a sus hijas; tras referirse a los presupuestos de la causal invocada, en juicioso estudio, con apoyo normativo y jurisprudencial en torno al tópico del interés superior de los NNA, previa valoración probatoria, concluyó que no se

cumplen con las exigencias para privar de la patria potestad a la demandada, al no encontrar acreditado que esta se haya desentendido, abandonado, totalmente a las niñas.

LA APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de *"reposición"* y en subsidio el de apelación contra la referida sentencia, solicitando revocarla para en su lugar privar del ejercicio de la patria potestad a la demandada.

Como sustento de su pedimento, en esencia, insiste en sostener que se encuentra acreditado que la demandada abandonó a sus hijas, que les causó daño por lo que esta le hizo a su padre (entablar otra relación, conseguir otra pareja estando aún con el demandante); planteamientos estos que refuerza afirmando que: teniendo en cuenta el interés superior de las niñas, quienes no quieren tener contacto alguno con su madre, lo que procede es privarla de la patria potestad que tiene sobre ellas. Además, anexó audio de una conversación telefónica entre las niñas y la demandada, a la cual se hará referencia más adelante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

SANIDAD DEL PROCESO. En la actuación adelantada no se observa vicio o irregularidad que tenga la virtualidad de invalidar lo actuado y que deba oficiosamente declararse.

PRESUPUESTOS PROCESALES. Las exigencias necesarias para que se estructure la relación jurídico-procesal, se cumplen cabalmente y ello permite adoptar decisión de fondo. Basta con señalar que el Juzgado de primera instancia, era el competente para proferir decisión, por la naturaleza del asunto y el domicilio de las menores de edad involucradas (artículo 28 numeral 2 CGP); el demandante es persona natural que tiene capacidad de ejercicio, al igual que la demandada,

también persona natural, con capacidad para ser parte; además, han concurrido al proceso ejerciendo adecuadamente el derecho de postulación mediante apoderados judiciales debidamente constituidos; el requisito de la demanda en forma se acata, por cuanto el escrito que la contiene cumple con las exigencias básicas del artículo 82 y sgtes del CGP y se vinculó en debida forma a la defensoría de familia y al personero municipal de Puerto Tejada - Cauca.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. Tanto por activa como por pasiva, se cumple con la habilitación sustancial para ocupar los extremos de la litis, pues el demandante, en su calidad de padre de las niñas, está habilitado legalmente para instaurar la demanda y a la demandada, como madre de las mismas, le asiste el derecho de ocupar el otro extremo de la litis, no otra cosa se puede deducir de lo señalado por los artículos 310 y 315, inciso final del C.C.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

Acorde con lo resuelto por la *a quo* y, especialmente, conforme a los motivos de la apelación, la Sala centrará su atención en revisar si es procedente privar del ejercicio de la patria potestad a la demandada.

Al anterior cuestionamiento se responde en forma negativa, razón por la cual la sentencia de primera instancia que negó tal petición será confirmada, conclusión a la que se llega con apoyo en las siguientes consideraciones:

PRECISIONES CONCEPTUALES Y NORMATIVAS EN TORNO A LA PATRIA POTESTAD.

Conforme lo dispuesto por el artículo 288 del C.C., modificado por la Ley 75 de 1968, la patria potestad (o también denominada por la jurisprudencia potestad parental[1], conc. Artículo 14 Ley 1098 de 2006) es el

[1] Sentencia C-1003 de 2007

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 que se ejerce conjuntamente y a falta de uno de ellos, le corresponde asumirla al otro.

Tal facultad **otorgada exclusivamente a los padres** está encaminada a facilitarles o permitirles cumplir con sus deberes de criar, formar y educar a sus hijos, e implica en esencia el poder de **representarlos** procesal y extraprocesalmente en todos los actos que los involucren y, con precisas limitaciones, el derecho a administrar y usufructuar sus bienes.

Al respecto, señala la Corte:

> *"La familia -independientemente de la forma que ella tenga en cada uno de los grupos culturalmente diferenciados que habitan en el país-, es la primera llamada por la Carta Política a cumplir con la "obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos"; pero* ***no todos los familiares del niño tienen los mismos deberes frente a él, ni son titulares de los mismos derechos****.* ***Los padres son, por el reconocimiento que hace el ordenamiento del vínculo consanguíneo que los une con el hijo, los titulares de la patria potestad y, por tanto, los primeros responsables por el debido cumplimiento de la obligación constitucional aludida, pues la patria potestad es una institución de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible, y temporal*** ***-sólo porque la emancipación del hijo de familia se presenta con la mayoría de edad, o antes de ella por la habilitación de edad, la muerte de los padres, etc."*** [2] (Resalta y subraya la Sala).

> *"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***

[2] Sentencia T-041 de 1996

bienes de éste, (iii) y al de usufructo de tales bienes. *Sobre el derecho de representación, que interesa a esta causa, 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, constituyéndose, el usufructo, en uno de los medios con que cuentan para atender sus obligaciones de crianza, descartándose su utilización en beneficio exclusivo de los padres.* ***En relación con los derechos sobre la persona de su hijo, que se derivan de la patria potestad, se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección, materializado en acciones dirigidas al cuidado, la crianza, la formación, la educación, la asistencia y la ayuda del menor, aspectos que a su vez constituyen derechos fundamentales de éste.”***[3] (Resalta la Sala).

- Dado los planteamientos del apelante que entremezcla diferentes conceptos, se hace necesario precisar las diferencias de la controversia que hoy nos convoca, **LA PATRIA O POTESTAD PARENTAL,** con otras muy distintas como la guarda, el cuidado personal, las visitas y los alimentos; especialmente es importante diferenciar la figura en mención, del **CUIDADO PERSONAL,** - que generalmente se ejerce de manera simultánea con la Patria Potestad-, en tanto éste únicamente refiere a

[3] Sentencia C-145 de 2010

la crianza, educación y disciplina del menor, sin que implique representación judicial o extrajudicial alguna; y también se distingue de la **GUARDA** a través de tutor o curador, que consiste en una institución jurídica creada por la ley para representar o autorizar a los incapaces, siempre que no estén sometidos a patria potestad, salvo casos excepcionales.

El artículo 62 del C.C., establece que el juez con conocimiento de causa y a petición de parte, podrá conferir la patria potestad exclusivamente a uno de los padres, y el artículo 310 señala que la patria potestad termina cuando se presente cualquiera de las causales previstas en el artículo 315, siendo una de ellas **el abandono del hijo.** Se precisa igualmente que para adoptarla es preciso acudir a la vía judicial, siguiendo los pasos propios de un proceso verbal, según lo dispone el artículo 368 y 395 del CGP.

- La potestad parental le corresponde sólo a los padres, de allí que ***"la simpatía, la buena voluntad, el cariño, y hasta el amor, que otros parientes puedan sentir por el niño, tampoco son razón jurídicamente valedera para arrogarse la patria potestad -que es un conjunto de derechos y obligaciones atribuídos intuitu personae-, intentando reemplazar al padre en actuaciones que la ley le ha reservado de manera excluyente"***[4]***.***

- NO ESTÁ ACREDITADO QUE LA DEMANDADA HAYA ABANDONADO TOTALMENTE A SUS HIJAS.

La Sala no desconoce, por el contrario, avala, la actuación del demandante frente a sus hijas, encaminada a brindarles un ambiente favorable para su desarrollo integral; las pruebas recaudadas (informe socio familiar y prueba testimonial) indican que su actual entorno es bueno, con cubrimiento de sus necesidades básicas de alimentación, vivienda, educación y sobre todo de amor y preocupación por su bienestar. Ahora, al

[4] Sentencia T-041 de 1996 MP: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

margen de los desaciertos en los que haya podido incurrir la demandada en su relación con las niñas, ello no justifica o es soporte legalmente suficiente para privarla del ejercicio de la patria potestad, pues, se itera, aquí no aparece demostrado que haya abandonado totalmente a las mismas (los interrogatorios de parte, la prueba documental y testimonial aportada por la parte demandante - LEIDI JHOANA MUÑOZ JOJOA, MARIBEL MARTÍNEZ, así como el que se hizo de oficio - DAIRA IZQUIERDO PUERTAS), corroboran el intento de la madre por acercarse a sus hijas y el cumplimiento de la cuota alimentaria pese al requerimiento – Fiscalía - en tiempo anterior para su cancelación.

Se precisa también que el proceso que hoy nos convoca, no se debe emplear o utilizar para sacar a flote los evidentes problemas, la mala relación de los padres de la niña, ni mucho menos utilizarlo para castigar, sancionar a la madre aquí demandada por haber iniciado otra relación de pareja; argumento este que, a gritos, reiteradamente se invoca para pedir que sea privada del ejercicio de la patria potestad, ni mucho menos para facilitar que el demandante tome cruciales decisiones frente a sus hijas, sin la intervención de la demandada, quien por su calidad de madre legalmente tiene el derecho (*intuito personae*) a ser consultada, sin que ello implique que necesariamente se deban acoger sus opiniones, pues en caso de conflicto, nuestro ordenamiento jurídico consagra los mecanismos idóneos para solucionarlo.

Menester es también señalar que, efectivamente en todas estas actuaciones, el eje central lo constituye el interés superior del niño, pero su sola o simple invocación no soporta la privación de la patria potestad solicitada, sobre todo cuando, como aquí acontece, se plantea dicha prevalencia, pero en el fondo lo que se busca es imponer o hacer prevalecer, otros intereses, en este caso del demandante y no de las niñas.

- EL DERECHO DE LOS NNA A SER ESCUCHADOS - ALIENACIÓN PARENTAL - DAÑO PSICOLÓGICO - VIOLENCIA DE GÉNERO.

Finalmente, la solicitud de quien funge como vocero judicial del demandante, de tener en cuenta la grabación de una conversación sostenida por la demandada con sus hijas, resulta claramente improcedente por ir en abierta contravía de elementales lineamientos del derecho probatorio, de los términos y oportunidades para pedir o aportar pruebas, pues de hacerlo se comprometería seriamente el debido proceso y sobre todo el derecho de defensa; además, de ser viable tenerla en cuenta, la decisión sería la misma, dado que aun con ella, no estaría acreditado que la demandada haya abandonado totalmente a sus hijas.

La mencionada grabación, las manifestaciones y actuaciones que se realizan en el transcurso del proceso, para efectos de sostener que se debe tener en cuenta el deseo de las niñas de no tener contacto alguno con su madre, pone en evidencia una reprochable actuación encaminada a influenciar, a direccionarlas en contra de su madre, por lo que bien hizo la *a quo* al prescribir la intervención del ICBF en procura de solucionar o evitar que esa situación se siga presentando, por cuanto la alienación parental no solo causa daño psicológico a las niñas, sino que también constituye una forma de violencia de género que debe ser reprochada.

Bajo las reglas de la experiencia y la sana critica, por las expresiones de las niñas (actualmente con diez años de edad), sus conceptos y reacciones, por el notorio libreto que repiten, sin esfuerzo alguno se evidencia comportamientos constitutivos de alienación parental en contra de la demandada.

- Cabe reseñar que la Sala de Casación Civil – Familia, de la Corte Suprema de Justicia, clara y

enfáticamente ha cuestionado el comportamiento de algunos padres dentro de los litigios o controversias que involucran a sus hijos (visitas, custodia, potestad parental), dado que los afecta psicológicamente y repercute o impide el desarrollo de lazos paterno filiales. Señala entonces la Corte que:

> *"…en lo atinente a la aplicación del artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia, en virtud del cual, en aras de respetar el derecho al debido proceso de los niños, niñas y adolescentes, éstos deben ser escuchados en toda actuación administrativa o judicial en que estén involucrados y su opinión deberá ser atendida; es importante señalar que la tarea de los jueces no se reduce a la sola recepción de la entrevista al menor, pues, dado que el "parecer" y el "sentir" de éste juegan un papel determinante en la definición del litigio, a los funcionarios les corresponde realizar una valoración detenida y razonada de sus manifestaciones.*
>
> ***Ello implica, la consideración de ciertos criterios que permiten a los jueces alcanzar un mayor grado de convencimiento sobre la formación de la opinión del niño, tales como su edad, su desarrollo psicológico y del lenguaje, el grado de escolaridad, el contexto socio-económico e incluso sus antecedentes clínicos.***
>
> ***Además, la entrevista debe ser apreciada en conjunto con las demás probanzas recopiladas en el decurso, en aras de descartar un eventual caso de alienación parental****…*
>
> *En punto a la alienación parental, esta Corte ha señalado: "(…) El comportamiento manipulador de los padres hacia los hijos, corresponde a un tipo de violencia de género en donde la víctima no es solo el menor involucrado, sino también el progenitor que se ve injustamente vilipendiado por el excompañero transgresor"*[5]*.*

[5] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL – FAMILIA, STC2017 del 3 de marzo de 2021. Magistrado Ponente AROLDO QUIROZ MONSALVO.

-Finalmente se anota que la demandada en el curso de la segunda instancia allegó escrito solicitando se emita decisión de fondo "*a la menor brevedad*", y subsidiariamente "*se ordene reglamentar las visitas provisionales mientras se adelanta lo pertinente en el presente proceso*", último pedimento frente al que se resalta: i) Que no es el recurso de apelación la vía idónea para fijar o modificar el régimen de visitas, ii) la A Quo no fue ajena a las circunstancias en que se desarrolla la relación entre los progenitores y las menores de edad, disponiendo diferentes medidas "*tendientes a restablecer el contacto, interacción, y las buenas relaciones entre madre e hijas, y entre ambos padres, para de esta manera poder dar cumplimiento, y retomar sin inconvenientes las visitas pactadas para la madre y sus menores hijas".*

LA DECISIÓN:

Como corolario de las consideraciones precedentes, se confirmará la sentencia de primera instancia, dado que la decisión adoptada por la *a quo* se ajusta al principio de interés superior de las niñas, no del demandante, pues en este tipo de asuntos, no se trata simplemente de sancionar o reprochar la conducta que se le endilga a la demandada, sino esencialmente de **adoptar medidas para el bienestar y la protección de las niñas: sus derechos, por mandato constitucional, son preferentes y prevalentes en relación con los derechos de las demás personas.**

Ante el resultado negativo del recurso interpuesto, en los términos del artículo 365 del CGP, se condenará en costas de esta instancia a la parte demandante aquí apelante.

Por lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, SALA CIVIL-FAMILIA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 29 de agosto del año 2022, por el JUZGADO PROMISCUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE PUERTO TEJADA – CAUCA, dentro del proceso de PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD, promovido por MAURICIO PUERTA DIAZ, en contra de JENNY CAROLINA VALLEJO CARDOZA.

SEGUNDO: Condenar en costas de esta instancia a la parte demandante aquí apelante, para el efecto se fijan las agencias en derecho en monto equivalente a **UN SMLMV.**

TERCERO: Comunicar lo dispuesto en esta providencia al Juzgado de origen, enviando únicamente lo actuado en esta instancia, atendiendo que el expediente fue remitido en medio digital.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES

JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA

DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN