

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
Sala Civil Familia

Ponente: Jaime Londoño Salazar
Bogotá D.C., veinte de abril de dos mil veintidós
Referencia. 25290-31-10-001-2018-00618-01
(Discutido y aprobado en sesión de 24 de marzo de 2022)

Con arreglo en lo dispuesto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, se decide el recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia de 10 de noviembre de 2021, dictada por el Juzgado de Familia del Circuito de Fusagasugá, en el proceso declarativo que inició Luis Andrés Cubillo Samudio contra Ivón Maritza Rodríguez Torres.

ANTECEDENTES

a.- Con la demanda se pidió privar a la convocada de la patria potestad que ejerce sobre su hijo Andrés Felipe Cubillos Rodríguez y, en consecuencia, que se otorgue el ejercicio de dicho derecho exclusivamente al actor. Además, ordenar la inscripción de la sentencia en el registro civil correspondiente.

A cuyo sustento se relataron los hechos que se compendian así:

- El actor es el padre del aludido menor, nacido el 1º de mayo de 2015, encontrándose bajo su custodia desde el 28 de agosto de 2015.

- El menor Andrés Felipe fue rescatado por su progenitor en el municipio de Espinal-Tolima, luego de que su madre lo regalara en una reacción de enfermedad post-parto; se encontraba en alto grado de desnutrición y en su momento se abrió proceso de restablecimiento de derechos, dejándose al niño en el seno familiar paterno.

- Mediante decisión de 18 de noviembre de 2015 el I.C.B.F. resolvió dejar en protección provisional al menor -entonces de 6 meses de edad- en cabeza del actor, por haberse probado su estado de salud y las condiciones de su rescate (en abandono y vulnerados totalmente sus derechos), resolución que se notificó a la demandada sin que ejerciera recurso alguno.

- El 10 de marzo de 2016 se dictó resolución por el I.C.B.F. declarando el estado de vulnerabilidad de los derechos del niño Andrés Felipe, confirmándose la ubicación en cabeza de su progenitor, tras comprobarse que es él quien le garantiza sus derechos, especialmente el de tener una familia y no ser separado de ella. Dicha resolución tampoco fue recurrida por la demandada.

- El 15 de agosto de 2018 se celebró audiencia de conciliación para obtener la privación de la patria potestad, a causa del abandono, pretensión que la madre no aceptó, declarándose fracasadas esa actuación.

- Desde la última audiencia surtida ante el I.C.B.F. (en diciembre de 2017) y hasta la fecha, Ivon Maritza Rodríguez Flórez ha estado desentendida de su hijo, no lo visita ni lo llama, y en las pocas ocasiones que lo visitó apenas le aportó pañales o pañitos, sin habersele exigido cuota alimentaria, la cual se le propuso de modo voluntario, sin que tampoco hubiera efectuado algún aporte. El menor ya cuenta con 3 años y medio de edad, sin que la madre haya tratado de ejercer su rol.

- Desde que el menor tuvo 3 meses de nacido fue el actor, su madre y hermanas, quienes han estado al frente de su cuidado y protección; desde esa corta edad identifica al demandante como como su padre, quien ha

visto las enfermedades normales de su desarrollo, velado por su buena salud, estando al pendiente de su vacunación.

- Andrés Felipe ha estado siempre afiliado por su padre al servicio de salud (mediante la EPS MEDIMAS). Sostuvo el demandante que combina su profesión con el comercio que ejercen sus parientes, devengando de allí lo necesario para la manutención de su hijo, sin que le haya faltado nada para su normal desarrollo.

- En cuanto a la educación de Andrés Felipe estuvo matriculado en el establecimiento Hogar Grupal Gotitas de Amor, y en la actualidad se encuentra en el Jardín los Periquillos.

- Dijo el promotor que en su condición de ingeniero de sistemas he tenido la oportunidad de aceptar trabajos en otras ciudades, oportunidades a las que ha renunciado por el amor a su hijo, y por estar pendiente a su lado, brindándole amor para que crezca con las condiciones adecuadas para ser un niño feliz como lo es hoy en día, sin sentir el abandono de su madre biológica.

- La demandada se ha empoderado de su rol materno, abandonó a su menor hijo cuando más lo necesitaba. Andrés Felipe ha crecido sin su madre desde su nacimiento cuando requería lactancia y los cuidados propios que una madre le brinda a sus hijos. Por el contrario, está demostrado que el actor y su familia extensa son los únicos que han brindado lo mejor al niño.

b.- Tras concederse amparo de pobre al demandante y gestionarse su apoderamiento, se dictó auto de admisión de la demanda el 26 de junio de 2019, providencia notificada de manera personal a la demandada, quien contestó directamente oponiéndose a las pretensiones.

c.- *La sentencia.* Denegó la pretensión de privación por no haberse probado la causal invocada; fijó cuota alimentaria en favor del menor y a cargo de su progenitora en cuantía de un 20% del smlmv; estableció la custodia definitiva del niño en cabeza de su progenitor; reguló el régimen de visitas de cara a la madre e instó a las partes a recibir tratamiento terapéutico a efectos de mejorar la relación filial.

Al efecto la juez *a-quo* fijó las bases jurídicas, normativas y jurisprudenciales en torno a la institución de la patria potestad, poniendo de relieve el derecho que tienen los niños de tener una familia y no ser separado de ella. Refirió enseguida el fundamento fáctico que sustentaba el pedido de privación y los medios probatorios allegados al expediente, exponiendo el contenido de las declaraciones y testimonios, los resultados de la visita social y los hallazgos en la historia clínica de la convocada, citando enseguida apartes del pronunciamiento de 25 de mayo de 2006, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Señaló que respecto a las causales de larga ausencia y abandono del hijo se configuraban, la primera, cuando el padre o madre desaparecía del entorno habitual sin ninguna explicación, mientras que el abandono debía darse de modo total sobre el hijo, evidenciando ausencia de cuidado, protección, e incumplimiento de obligaciones propias como la de manutención, entre otras establecida en el Código Civil. Manifestó así la funcionaria que, acorde con la valoración conjunta de las pruebas, se tenía que eran patentes los conflictos en los que habían estado involucrados los progenitores, los que fracturaron ostensiblemente el rol de padres que debían sostener, haciendo ver que las problemáticas de la

pareja no debían comprometer al niño ni generar agravio en sus derechos fundamentales, denotando que esos conflictos se habían dado con la participación de la familia por línea paterna, lo que también había truncado el desarrollo de la relación materno filial entre el menor y su progenitora.

Adujo la sentencia, en cuando a la afirmación según la cual Ivon Maritza presuntamente regaló a su hijo en el terminal del Espinal, que la misma carecía de respaldo demostrativo y basada estaba en meras manifestaciones, apuntando de otra parte que lo que sí era dable inferir es que la progenitora padeció de una enfermedad mental de depresión post-parto, según lo certificaba la historia clínica allegada por el Hospital Federico Lleras de Ibagué, junto con las declaraciones que su tía materna y el esposo de ésta, quienes de manera unánime manifestaron haber brindado apoyo y acompañamiento a Ivon Maritza durante este trance, citándose en forma complementaria el fallo SU-096 de 2018.

Concluyó la falladora que en esas condiciones no estaba acreditada la causal de abandono absoluto invocada, pues amén de que la convocada había acompañado a su hijo en diferentes celebraciones y eventos especiales, la ausencia que eventualmente se ocasionó pudo darse durante el periodo en el que se sometió a tratamiento psiquiátrico para recuperarse del cuadro clínico que presentaba -el cual definió- e indicó que pese tener Luis Andrés Cubillos Zamudio y su familia pleno conocimiento del padecimiento de salud de la progenitora, apreciaron sus conductas como omisiones propias de su rol, desconociendo su estado y sometiéndola a un alejamiento provocado de su hijo, lo cual ha fracturado su relación materno filial.

De ese modo sentenció que no fue demostrado que Ivon Maritza incurrió en un abandono total hacia su prohijado, aunado a que su médico ha determinado que se encuentra con las capacidades para ejercer su papel materno, sin presentar ningún tipo de alteración mental que ponga en riesgo la integridad y la garantía de los derechos fundamentales del niño, en tanto que la deteriorada relación entre los padres no puede comprometer garantías del menor que inciden en su desarrollo integral, emocional y familiar, debiéndose permitir el disfrute de la estructura familiar y del derecho que tiene de no ser separado de ella, satisfaciendo así su interés superior.

Por lo demás, se anunció que la pasiva viene cumpliendo con la pensión provisional que se le fijó, siendo necesario fijar la custodia y el régimen de visitas para garantizar las prerrogativas del menor implicado.

d.- *La apelación.* La promovió la parte demandante quien perseveró en las circunstancias que a su juicio daban cuenta del abandono del niño por la madre, por total desprendimiento, lo que privó de darle a este los cuidados que requería al nacimiento, volviéndose sobre la tesis acerca de que el menor fue regalado y rescatado en el municipio de Coyaima, que presentaba desnutrición y desapego por su progenitora, y que fue acogido en el entorno paterno para brindarle cuidado y protección.

Reprobó el recurso las versiones recogidas en el juicio por los testigos convocados por la parte pasiva, insistiendo en los pormenores del relato que se invocó como sustento del pedido de

privación de la patria potestad. Se quejó además la censura por la reducción de la cuota alimentaria, que venía de fijarse en un 25% del smlmv y que se rebajó a un 20%, omitiéndose la regulación sobre gastos escolares y vestuario. Mostró finalmente la parte actora su desacuerdo frente al derecho de visitas que se otorgó, en tanto se solicitó que las mismas fuera supervisadas mientras se fortalecían las relaciones filiales por línea materna, siendo que Ivón Maritza es una completa desconocida para el menor y ha sembrado sentimientos de animadversión hacia el padre.

CONSIDERACIONES

1.- Con la finalidad de desatar el recurso de apelación propuesto una cosa por el momento debe precisar este tribunal, y es que la configuración de la causal 2° del artículo 315 del Código Civil, como supuesto necesario para acceder a la declaración judicial de pérdida de la patria potestad, exige ciertamente la demostración de un abandono total y absoluto de los deberes parentales, determinado por un querer propio y consciente, sin que sea suficiente para esos efectos un incumplimiento parcial, pues la mera inobservancia de los deberes de padre o madre -aún injustificada-, no conduce de suyo a una decisión de ese tipo.

Así lo ha decantado la jurisprudencia civil, desde su fallo de 22 de mayo de 1987, criterio reiterado en la providencia de 25 de mayo de 2006¹ -con acierto citado por la juzgadora *a-quo*-, y cuya fuerza además ha sido avalada por la Corte Constitucional, en su fallo T-953 de 2006, de donde se sigue que las argumentaciones y

¹ Exp. T. No. 11001 02 03 000 2006 00714 -00, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

postura contenidas en esas providencias constituyen fundamento jurídico idóneo para resolver la pretensión *sub-júdice*.

2.- Entre tanto, tampoco pasa por alto esta Sala de Decisión que la orden judicial de privación de la patria potestad ostenta carácter definitivo e implica la inmediata emancipación del hijo, es decir, la correspondiente determinación apareja consecuencias importantísimas no solo para el progenitor demandado, sino también para el menor, quien compelido se ve a perder el vínculo con su ascendiente -sobre todo cuando es su madre-, con las repercusiones que ello tiene de cara a su formación personal y al ejercicio de derechos prevalentes como el de tener una familia.

Con esa orientación se ha pronunciado de igual modo la doctrina constitucional, que privilegiando el interés superior del niño ha expresado que ante *“... la imperiosa necesidad de determinar la responsabilidad subjetiva cuando se pretenda suspender, limitar o extinguir cualquiera de los derechos que la madre ostenta sobre sus hijos, hay que tener en la cuenta, cualquiera sea el trámite en el que se delibere y discuta la existencia de una infracción cometida por ella en el desarrollo de sus deberes, que paralelo a la obligación de proteger al menor existe el compromiso de mantener, hasta donde sea posible, una estructura familiar en la que el niño o niña pueda disfrutar de la figura materna y paterna. A menos que sea absolutamente necesario, o sea, a partir del estado comprobado de peligro o abandono, el operador judicial o administrativo debe propender por la permanencia del infante en el hogar y permitir que disfrute de la compañía de sus dos progenitores, conforme al mandato contenido en los artículos 5°, 42 y 44 de la Carta. La prevalencia de derechos y el interés superior del menor no implican per-sé que frente a cualquier irregularidad o infracción parental sobrevenga la separación jurídica o material del niño o la niña de cualquiera de sus padres. Existen variedad de medidas intermedias que el operador puede tomar para castigar al padre infractor y para asegurar que sus actuaciones se*

acoplen al interés del menor. La más grave y extrema de todas ellas, tanto para la madre como para el hijo, la constituye la extinción o suspensión de cualquiera de las facultades parentales o la patria potestad misma. Por supuesto, cuando se investigan posibles irregularidades en la conducta y gestiones de un padre respecto del hijo, sobrevendrá un dilema y una tensión jurídica entre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y las fórmulas de salvaguardia aplicables; para dar solución a tal conflicto el operador judicial o administrativo debe actuar con extrema cautela y prudencia, y sustentar cuidadosamente cuál es la medida más apropiada para amparar los derechos del niño o niña. En cualquier caso, la intervención de la sociedad y el Estado en defensa del menor no puede engendrar un daño mayor de aquel que hubiere sido ocasionado por su padre o madre” (C-1003 de 2007)².

3.- Pues bien, sin perder de vista las premisas generales señaladas y dados los motivos de inconformidad que de modo inaugural se presentaron por la parte recurrente, se propuso esta corporación analizar los medios con los que fue abastecido el juicio, en función de determinar si se estructuró o no el motivo invocado por el demandante para privar a la demandada de la potestad parental que por ley tiene sobre su menor hijo.

Debiéndose advertir con prontitud que el enjuiciamiento que al respecto realizó la juez de primera instancia devino ajustado a derecho, pues aparte de que en el juicio no fue comprobado de modo certero que Ivón Maritza abandonó definitivamente a su menor hijo, o que desapareció completamente de su entorno habitual en forma deliberada, la eventual ausencia que tuvo y que en algún punto comprometió el cuidado y crianza de su prohijado, pudo estar justificada en una serie de

² En un sentido similar ver el fallo STC-13911 de 6 de septiembre de 2017, Rad. 2017-02361-00, de la Corte Suprema de Justicia.

circunstancias, en las que despunta su condición médica, contexto bajo el cual no podría despacharse prósperamente el pedido de privación.

3.1.- En efecto, el tribunal repasó los relatos que entregaron los testigos Diana Marcela Cubillos, Blanca Nieves Escamilla Calderón y la propia declaración del promotor Luis Andrés Cubillos Zamudio, sin encontrar allí evidencia del abandono pleno que se invocó como soporte de la demanda, siendo que la versión acerca de que Ivón Maritza regaló a su hijo en la terminal de transportes del municipio de El Espinal no tiene ningún elemento de confirmación, tanto menos cuando el propio actor reconoció que ese acto nunca se produjo, pues al parecer un pariente de la madre la condujo a ella y al niño a su residencia, de lo cual fue enterada su hermana Diana Marcela Cubillos, quien se desplazaba en la búsqueda del infante.

Y destaca de las mismas narraciones el hecho de que Ivón Maritza estuvo al cuidado de su menor hijo posteriormente, durante la época en que convivió en casa de la familia paterna y hasta que se marchó de dicho lugar -por razones que no son del todo claras-, como asimismo lo corrobora Luis Andrés. Más importante poner de manifiesto que ninguno de los testigos dio cuenta de la absoluta ausencia de la progenitora en la vida del menor Andrés Felipe, reconociendo por el contrario la presencia de ella cuando menos de forma transitoria y breve, la cual se ha dado en visitas y en virtud de algún acompañamiento afectivo y económico, de lo cual también obra evidencia en la actuación administrativa adelantada por el ICBF -incorporada debidamente a este trámite-.

3.2.- Ahora bien, la prueba recabada en este juicio respalda con mayor vigor la segunda inferencia relievada, en cuanto a que las eventuales ausencias parciales de la madre han sido el resultado de su estado de salud. Nótese, primero, que según lo consigna el formato de historia de atención emitido por el ICBF, al promoverse el proceso de restablecimiento de derechos en favor de menor, el progenitor hoy demandante refirió de modo inaugural que Ivón Maritza era paciente psiquiátrica, situación confirmada por la convocada y que se adujo como hecho relevante para propiciar la intervención de tal entidad, obteniéndose así la medida de protección provisional -ubicación del niño en el medio familiar del padre-, que posteriormente se confirmaría.

La condición médica que por entonces tenía la progenitora quedó igualmente demostrada con la historia clínica que se arrió a dicha actuación administrativa, donde constan las consultas que por depresión postparto e inadecuados comportamientos con el bebé efectuó Ivón Maritza, identificándose allí los trastornos afectivos y de bipolaridad que padecía, así como el tratamiento terapéutico que recibió por la especialidad de psiquiatría. Sobre sus padecimientos psíquicos -que se aludieron variadas veces ante el ICBF- también testificaron María Irma Lugo de Oliveros y Orlando Oliveros Serrano, quienes presenciaron y asistieron a la demandada durante tales padecimientos.

Desde luego que el descrito panorama, vinculado a la condición médica de la madre, fluye como justificación atendible para entender la razón de sus ausencias parciales, que no absolutas, sobre su hijo Andrés Felipe. Y en el análisis de la relación materno filial no podrían tampoco pasar desapercibidos, al menos como

indicios, otras cuestiones como la probable falta de acompañamiento del padre durante el periodo de gestación del menor, los conflictos propios de la pareja y los que han podido escalar con la familia paterna, todo para descartar el supuesto de abandono absoluto e intencional como motivo de privación de la patria potestad.

Con todo, tampoco olvida el tribunal que la demandada se ha sometido a los tratamientos médicos y terapéuticos del caso para recuperarse de sus patologías iniciales, las cuales ha superado, al punto de que su médico por psiquiatría, según la historia clínica remitida a este juicio, ha diagnosticado que dicha paciente ya *“no presenta síntomas psicóticos o afectivos, presenta una adecuada evolución clínica. La paciente no es ningún riesgo para la comunidad, y es capaz de trabajar y cumplir con su rol materno sin dificultad”*, situación que desde luego debe asimismo ponderarse para la definición del litigio.

3.3.- Lo que hasta aquí se concluye es que las argumentaciones esgrimidas con el recurso de apelación devienen infundadas, debiéndose confirmar la providencia combatida en cuanto denegó prosperidad a la pretensión de privación de la patria potestad ejercida por Ivón Maritza Rodríguez Torres sobre su menor hijo, esto, por no estar cabalmente demostrada la causal 2° del artículo 315 del Código Civil invocada con ese fin.

4.- Queda por analizar, de un lado, el reclamo del actor por la disminución porcentual de la cuota de alimentos fijada a cargo de la convocada. De cara a lo cual percibió esta Sala de Decisión que en audiencia de 14 de julio de 2021 efectivamente la juzgadora *a-quo* fijó provisionalmente la pensión alimentaria con

un equivalente al 25% del smlmv, sin que entonces las partes presentaran alguna reprobación y estando la convocada satisfaciendo tal prestación en los términos fijados; observándose por igual que al dictarse la sentencia de primer grado la juez redujo a un 20% tal cuota, sin mediar al respecto ninguna explicación.

Por lo que sobre el punto le asiste razón a la censura, debiéndose ajustar la cuota alimentaria al 25% del smlmv tal y como fue inicialmente fijada, debiéndose recordar la siempre vigente posibilidad que tienen las partes para discutir con amplitud en un nuevo proceso la cuestión relativa a la prestación alimentaria, donde podrá exponerse todo lo relativo a las cambiantes y probadas condiciones objetivas de las partes y atendiendo el examen de aspectos tales como la capacidad del alimentante y las necesidades del alimentario (C.S.J. S.C. de 1º de noviembre de 2006, expediente 2002-01309), tanto más cuando se sabe que estas decisiones no hacen tránsito a cosa juzgada material, sino apenas formal (C.S.J. STC 15175 de 2019, expediente 05001221000020190017501).

5.- Por otro lado, en cuanto al régimen de visitas, y siendo indiscutible que su regulación es procedente en esta clase de asuntos, tanto más si se tienen en la cuenta que el juzgador de familia tiene facultades *ultrapetita* y *extrapetita*, para brindarle protección adecuada, entre otros, al niño, la niña o adolescente (según el párrafo 1º del artículo 281 del C.G.P), encuentra esta corporación que la medida que dispuso al respecto la falladora de primea instancia no amerita reparo.

Y es así porque en el plenario no obran evidencias que indiquen que en la actualidad perviven conductas reprochables a

cargo de la progenitora y en contra de los derechos e intereses de su menor hijo, que lleven a inferir que debe ser privada de tal derecho; al contrario, como se anotó arriba, existe dictamen médico de psiquiatría que avala el ejercicio de su rol materno sin problemas, debiéndose anotar que carecen de sustento los señalamientos efectuados por la parte actora, en cuanto a la inconveniencia de que la madre ejerza el comentado derecho sin supervisión. Por supuesto que esa regulación que se ha dado se abre paso sin perjuicio de que las partes en una nueva actuación reabran el debate con mayor amplitud, mediante la invocación de las circunstancias de orden fáctico y legal que estimen pertinentes.

6.- Recapitulando, se tiene que será desestimada la alzada que encaró el demandante respecto a la negativa dispuesta en el fallo de primera instancia respecto a la pretensión de privación de la patria potestad; se ajustará la condena por cuota de alimentos y se mantendrá lo relativo al régimen de visitas y custodia. Por lo demás, se condenará al recurrente en costas de segunda instancia ante la improsperidad de su alzada.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, resuelve:

Primero: Modificar el numeral segundo de la sentencia de fecha y procedencia anotadas en el sentido de indicar que la cuota alimentaria definitiva en favor del niño Andrés Felipe Cubillos

Rodríguez y a cargo de su progenitora Ivón Maritza Rodríguez Torres es equivalente al 25% del smlmv.

Segundo: Confirmar en lo demás el aludido fallo.

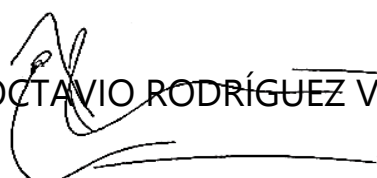
Tercero: Condenar en costas de segunda instancia al actor. Al momento de ser liquidadas inclúyase la suma de \$200.000 a título de agencias en derecho.

Notifíquese y cúmplase,

Los magistrados,



JAIME LONDOÑO SALAZAR



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ



ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ