

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
Sala Civil Familia

Ponente: Jaime Londoño Salazar
Bogotá D.C., treinta de septiembre de dos mil veintidós
Referencia. 25754-31-10-001-2020-00696-01
(Discutido y aprobado en sesión de 25 de agosto de 2022)

Se decide el recurso de apelación de la parte demandante contra la sentencia de 6 de mayo de 2022, dictada por el Juzgado de Familia de Soacha, en el proceso declarativo que inició María Helena Herrera Bermúdez contra Moisés Alexander Lerna Villa.

ANTECEDENTES

1. Con la demanda se pidió privar al convocado de la patria potestad que ejerce sobre su hija Madeleine Gabriela Lerna Herrera y, en consecuencia, que se otorgue el ejercicio de dicho derecho exclusivamente a la actora. Además, ordenar la inscripción de la sentencia en el registro civil correspondiente.

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

Los intervinientes son los progenitores de Madeleine Gabriela, quien nació en Barranquilla el 9 de enero de 2013 y para la fecha en que se interpuso el proceso tenía 7 años de edad.

El enjuiciado desde el nacimiento de la menor de edad al parecer no responde por alimentos, razón por la cual la actora lo citó en el Centro Zonal del ICBF de Barranquilla, lugar donde aquél el 19 de mayo de 2014 se comprometió a pagar \$235.000 por concepto de alimentos.

El encausado nunca se ha preocupado por visitar a su hija, prerrogativa de visitas que tampoco ha procurado en las instancias judiciales y administrativas pertinentes, situación que, en criterio de la gestora, afecta psicológicamente a su primogénita y hace viable la pretensión de privación de la patria potestad invocada, esto, con amparo en la causal 2° del precepto 315 del Código Civil que converge cuando uno de los padres abandona a su descendiente.

La postuladora del debate ha sido la encargada del cuidado personal, emocional, económico y educativo de su hija, ello, como producto del aparente desconocimiento de los deberes parentales del accionado, pues éste no la visita ni responde económicamente desde su nacimiento.

2. La demanda fue admitida a trámite, providencia notificada de manera personal al demandado, quien presentó oposición -sin denominar- en los términos que se sintetizan a continuación.

Aludió que cuando la menor de edad nació vivía con la demandante en Barranquilla, convivencia que se rompió al parecer por supuestas infidelidades de aquélla, quien luego abandonó el hogar y se vino a vivir con su hija Funza Cundinamarca.

Dijo que no ha podido ver a su hija porque la progenitora se fue a otra ciudad a residir y porque no le avisó donde podía localizarla y, además, comentó que siempre ha estado presto a cumplir con su obligación alimentaria, cual y lo demuestran los documentos militantes en el expediente.

Agregó que la convocante quiere quitarle la patria postead de la niña para que su actual esposo la adopte, prueba de ello, destacó, es que éste en el 2019 le envió un escrito ofreciéndole que le condonaba la deuda alimentaria que tiene con la menor de edad a cambio de que renunciara a sus derechos parentales, propuesta que, sostuvo, es ilegal y rechazó.

3. La demandante se opuso a lo dicho por el convocante, salvo con lo que tiene que ver con el ofrecimiento discurrido en precedencia y, además, agregó nuevos hechos y documentos.

Entre los nuevos fundamentos fácticos mencionó que el accionado labora en la Fiscalía General de La Nación (como investigador criminal), que en el año 2015 lo citó en la Comisaría de Familia de Funza para tratar asuntos de su primogénita, empero, él no asistió ni presentó excusa y de contera el comisario mediante la Resolución 030 de 2015 le impuso un canon alimenticio que asciende a \$317.000, donde tampoco se regularon las visitas.

Detalló que en virtud de que el enjuiciado se rehusó a pagar alimentos lo demandó en un proceso ejecutivo, juicio coercitivo que se siguió en el Juzgado 17 de Familia de Bogotá con el radicado 2015-00208-00, en donde el juez de conocimiento

decretó un embargo de nómina para descontarle lo adeudado por alimentos.

4. *La sentencia.* Denegó la pretensión de privación por no haberse probado la causal invocada y remitió a los intervinientes a un proceso terapéutico psicológico para que solucionen sus controversias, veredicto que no dispuso nada sobre los alimentos ni visitas.

Al efecto la juez *a-quo* memoró las reseñas del expediente para concluir que el convocado ciertamente ha estado ausente en el cuidado de la menor de edad, empero, que esa ausencia no ha sido absoluta porque aquél responde por sus alimentos, en consideración a que ese concepto se lo descuentan por nómina con ocasión del embargo expedido por el Juzgado 17 de Familia de Bogotá, dentro del proceso coercitivo 2015-00208-00.

Y agregó que el distanciamiento del accionado frente a su descendiente no ha sido voluntario, pues ese desapego es producto de que la demandante ha ocultado a la menor de edad, pues ha impedido que ellos se contacten desde hace varios años, alejamiento que también, conceptuó, es fruto de que la gestora se fue a vivir lejos del lugar donde reside el convocado, pues ella actualmente está domiciliada en Soacha y aquél en "*Barranquilla*"y, por consiguiente, sentenció que esos pormenores impiden que confluya la causal de suspensión de la patria potestad gobernada en el numeral 2° del artículo 315 del Código General del Proceso.

5. *La apelación.* La promovió la parte demandante quien consideró injustificado juzgar que el distanciamiento del demandado y su niña es secuela de que aquél reside en Barranquilla y ésta en Soacha, pues esa lejanía, en su parecer, no impide al padre visitar a la menor o solicitar sus visitas en un comisaria o juzgado de familia, prerrogativa que, destacó, tampoco fue invocada en las diferentes instancias donde se reclamaron alimentos.

Refirió que hay evidencias que constatan que el accionado abandonó a la menor de edad y prueba de ello es que no asistió a la Comisaría de Familia de Funza pese que lo citó en 3 oportunidades para conciliar la obligación alimentaria; preció que *“por el abandono del señor Moisés... con su hija... interpuso un proceso ejecutivo de alimentos el 28 de junio de 2015 en el Juzgado 17 de Familia de... Bogotá, para lo cual se reporta en Cifin, Ministerio de Relaciones Exteriores, se reporta a la Fiscalía Oficina de pagaduría para que se procediese a embargar su salario, por lo anterior, se evidencia que no ha suministrado alimentos **en forma voluntaria**”*.

Expresó que no hay pesquisa que refrende que el encausado hubiese intentado hacer valer su derecho de visitas en alguna instancia judicial, situación que, en su opinión, patentiza el abandono total endilgado en el escrito inicial; mencionó que el juez de primer grado prefirió defender los derechos del accionado, en lugar de amparar las prerrogativas de la menor de edad.

Sostuvo que desde el 2017 está casada con Fabián Barón, quien es el padre de crianza de la niña y a quien ella únicamente reconoce como figura paterna, pues no conoce al

accionado y, en efecto, sostuvo, el sentenciador se equivocó porque *“la familia no siempre debe estar compuesta por padre biológico y su madre biológica”*; y agregó que el enjuiciador no evaluó las pruebas testimoniales que, al unisonó, dan cuenta del abandono detallado en el *petitum*

6. La gestora, en el traslado concedido por este tribunal guardó silencio, según se avizora en el informe secretarial precedente.

CONSIDERACIONES

La promotora anhela porque al enjuiciado se le despoje la patria potestad de la menor de edad, esto, con amparo en la causal 2ª del precepto 315 del Código Civil, apartado normativo que autoriza prohijar ese propósito cuando uno de los progenitores abandona a su descendencia.

Frente a esa causal de privación de la patria potestad, hay que decir que cualquier abandono no la estructura por motivo de que es necesario que ese desapego parental sea absoluto y sea secuela de un distanciamiento voluntario; así lo preceptuó la Sala de Casación Civil en la providencia de 25 de mayo de 2006: *“olvidó el juzgador ad quem que ni siquiera el incumplimiento injustificado de los deberes de padre, conduce per se a la privación de la patria potestad, pues al efecto se requiere que el abandono sea absoluto y que obedezca a su propio querer. Así lo destacó esta Corporación en sentencia del 22 de mayo de 1987, al decir que: en verdad el incumplimiento de los deberes de padre, grave e injustificado, no conduce por sí a la privación o suspensión del ejercicio de la patria*

*potestad, pues para ello se requiere que dicho incumplimiento se derive del abandono del hijo, circunstancia ésta prevista en el artículo 315-2 del C.C. como causa de una u otra....”(...) No se trata, entonces de predicar un juicio de valor, de más o menos, sobre la responsabilidad que le atañe al padre ni de establecer cuánto aportó para la educación y bienestar material de la infante, **sino de comprobar de manera irrefragable que éste (el padre, se anota) se desentendió totalmente de estos menesteres...**”; (énfasis fuera del texto).*

Con fundamento en ese precedente, emerge irrefutable que hoy por hoy el pedimento de privación de la patria potestad no puede salir airoso con cimiento en la causal de abandono descrita, en consideración a que en el expediente militan elementos de sinigual valía que apuntan a que el progenitor no ha abandonado por completo a su descendiente.

Y aunque el dossier delata que el demandado ha sido irresponsable con su hija en lo que atañe al cumplimiento de su obligación alimentaria, si se tiene que la demandante lo convocó en el ICBF de Barranquilla, en la Comisaría de Familia de Funza y en el Juzgado 17 de Familia de Bogotá, lo cierto es que ese incumplimiento no deriva en la posibilidad de privarlo (actualmente) de la patria potestad de la niña.

Son así las cosas porque la progenitora confesó que el demandado ha intentado tener contacto con su hija, de donde no brota una actitud absoluta de abandono parental, prueba de ello es que aquélla declaró que el progenitor esporádicamente la contacta

para averiguar sobre el estado de la menor de edad y que ha intentado comunicarse telefónicamente con ella, empero, que ese contacto no ha sido posible porque él llama en horario laboral.

En esas condiciones, actualmente no hay un abandono imperioso porque el demandado vía telefónica ha intentado comunicarse con su descendiente, sobre lo cual él mismo dio fe en su interrogatorio, tras afirmar que siempre ha estado prestó a hablar con la niña, quien además, afirmó, que en repetidas ocasiones ha pedido a la demandante que, cuando menos, le permita el acercamiento con la menor de edad por medios virtuales, toda vez que el reside en Cartagena –según expresó- y porque su primogénita vive en Soacha Cundinamarca.

Hay documentos que patentizan que el encausado ha estado presto a conciliar los alimentos de la menor de edad, y ello es señal inequívoca de que no se ha desprendido por completo de ella, de donde se evidencia que no hay un abandono cabal de los deberes parentales que abra camino a la prosperidad de la acción judicial activada.

a) Lo anterior por cuanto en el legajo militan las diligencias seguidas en el ICBF de Barranquilla, las cuales muestran que el accionado el 29 de mayo de 2014 concurrió a esa dependencia y voluntariamente admitió proporcionar a la menor de edad un canon alimentario mensual de \$200.000, panorama que exterioriza su intención de seguir teniendo responsabilidad con su descendiente.

b) También obra en el plenario la Resolución que el Comisario de Familia de Funza expidió 1º de julio de 2015 para

aumentar a \$317.000 la consabida mesada de alimentos. Ciertamente de ese documento se desprende que el convocado no asistió a las diligencias programadas por esa dependencia y que no presentó excusa para pretextar su inasistencia; sin embargo, como pasará a explicarse, ello de suyo no estructura un abandono total.

Lo anterior por cuanto en la consabida resolución quedó apuntado que la demandante sostuvo lo siguiente: *“al día de hoy dicho señor (el accionado) no ha comparecido, manifestando que está trabajando y que no puede pedir permiso para asistir a las audiencias de conciliación, el padre de mi hija me llama con la intención de que conciliemos verbalmente que le fije una cuota y buscar la forma de resolver el problema”*, de lo cual se desprende que, aunque el enjuiciado no asistió a la comisaria de familia, lo cierto es que se comunicó con la progenitora para pretextar esa inasistencia, como además que le transmitió su intención de aumentar voluntariamente la cuota alimentaria y, por consiguiente, ello es prueba de que no renunció por completo a sus obligaciones parentales.

c) Y la última actuación tiene que ver con el proceso ejecutivo de alimentos 2015-00208-00 que la convocante siguió contra el convocado en el Juzgado 17 de Familia de Bogotá, cuya existencia documental solo viene recogida en los oficios que embargaron el salario de aquél para recaudar forzosamente los alimentos de su primogénita.

Ciertamente, como lo dice la apelante, desde una mirada apresurada podría inferirse que el accionado no respondió voluntariamente por los alimentos que le corresponden, en

consideración a que el dinero que adeuda por ese concepto se lo descuentan como fruto de una orden judicial; sin embargo, fue la misma demandante quien confesó que el progenitor en ese debate *"concilió la forma en cómo debía entregarse el dinero"*, de donde se sigue que el encausado en esa controversia coercitiva expresó su intención -verbal- de seguir respondiendo económicamente por la menor de edad, no por nada sugirió que las cuotas alimentarias se las descontaran por nómina, lo que, aunado a lo anterior, devela que no ha sobrevenido sobre él una actitud pasiva que desemboque en una dejadez parental absoluta.

Viene oportuno destacar que el demandado -en su contestación- sostuvo que el esposo de la recurrente en el 2019 le envió un escrito proponiéndole que renunciara a ser el padre de la niña a cambio de condonarle la deuda alimentaria supra, dato que se erige como indicio para comprobar que el convocado aún no ha desamparado por completo a su primogénita, esto, atendiendo a que éste fue enfático en detallar que rechazó ese ofrecimiento, y aunque aquel comunicado no obra en el expediente su existencia se tiene como veraz porque la actora no se opuso a ese hecho cuando se resistió a las excepciones.

De lo hilvano es prístino que hoy por hoy no es procedente privar al accionado de la patria potestad de la menor de edad, en consideración a que el expediente devela que, aunque ha sido irresponsable, ausente y no ha procurado por visitarla o establecer un régimen de visitas, lo cierto es que esa incuria no ha trascendido al campo del abandono total y voluntario, lo que de suyo impide proveer con favor la pretensiones de la gestora, pues recuérdese que *"que ni siquiera el incumplimiento injustificado de*

los deberes de padre, conduce per se a la privación de la patria potestad, pues al efecto se requiere que el abandono sea absoluto y que obedezca a su propio querer... No se trata, entonces de predicar un juicio de valor, de más o menos, sobre la responsabilidad que le atañe al padre, ni de establecer cuánto aportó para la educación y bienestar material de la infante, sino de comprobar de manera irrefragable que éste (el padre, se anota) se desentendió totalmente de estos menesteres...”, (Sala de Casación Civil en la providencia de 25 de mayo de 2006).

Ese abordaje, torna inane evaluar los testimonios, pues, a lo sumo, solo dan cuenta de que el accionado ha sido un padre ausente e irresponsable, empero, lo dicho en precedencia certifica que esa ausencia no ha sido definitiva.

Despejado lo anterior, es necesario llamar la atención al juez de Soacha por motivo de que en un acto de intolerancia descalificó a la demandante, lo cual sucedió cuando la interrogaba; son así las cosas porque el fallador a viva voz la encaró -como si fuera la parte demandada- y la acusó de ser una madre irresponsable, imputación que lanzó porque ésta no ha pedido el incremento de la cuota alimentaria de su descendiente, reproche que a las claras se torna desafortunado por motivo de que ese incremento no puede desembocar en esa acusación de negligencia, menos cuando la promotora, como lo demostró, ha sido la única que ha velado por la crianza, el bienestar emocional y económico de su descendiente.

El lenguaje que el sentenciador destinó contra la progenitora se erige como arbitrario y discriminatorio, máxime cuando la negligencia que le endilgó fue producto de un estado de

exaltación que no encuentra justificación, situación que no puede pasar por alto sin amonestación, ya que, según los dictados de la sentencia STC3771-2020, *“el lenguaje jurídico debe procurar ser objetivo e imparcial. La construcción de una sentencia no tiene reglas lingüísticas, gramaticales o literarias que sean camisas de fuerza, por cuanto emprenderlo de tal o cual manera, despierta polémicas sobre la utilidad de hacerlo de este u otro modo; empero, cuando en ese laborío se utilizan metáforas, analogías, símiles loables o burdos, figuras literarias que implican una valoración política, ética, social o de género, que enaltecen a alguien o a una parte, y ridiculizan o afectan a la otra, o a terceros; y utilizan, como en el caso, un discurso expreso o intertextual contra **la parte débil o contra un sujeto históricamente discriminado, por ejemplo, la mujer...** El lenguaje debe ser medio para la búsqueda de un trato de respeto, digno, incluyente y de reconocimiento de la plena igualdad para con las mujeres; sabiendo que éste no es el único causante de su discriminación, sino que muchos otros factores como los políticos, culturales y económicos, etc., inciden en la inequidad, frente a la cual, los jueces pueden contribuir enormemente para el restablecimiento de los derechos, (énfasis fuera del texto).*

En suma, el juez ninguna averiguación adelantó para detallar qué régimen de visitas es el apropiado para que el enjuiciado visite a la menor de edad, investigación que resultaba importante para no desencadenar traumatismos en la niña, esto, por un lado, porque al parecer ellos desde hace varios años no tienen contacto y, por el otro, en virtud de que residen en espacios geográficos distantes atendiendo a que aquél vive en Cartagena y su descendiente en Soacha, siendo además que en la primera instancia no se escuchó a la niña, cuya opinión, de conformidad con

el artículo 26 de la Ley 1098 de 2006, debe tenerse en cuenta y es crucial para esos menesteres, toda vez que *“los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados. En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”*.

Otro hecho que impediría disponer sobre las visitas, es que el demandado tiene una actitud incuriosa porque en las comisarías donde fue citado no solicitó su regulación, actitud displicente que aquí también presentó porque no reprimió en apelación la sentencia del juez en función de que se establezca un régimen de visitas; debiéndose advertir que es poco creíble sostener que aquél no sabe dónde está localizada su hija y que ello le impide contactarla, eso, atendiendo a que su labor de investigador criminal de la Fiscalía General de la Nación (con una experiencia superior a 15 años) naturalmente le confiere habilidades y medios para ubicar su paradero.

De todas formas, tampoco resultaba procedente establecer un régimen de visitas por motivo de que el demandado no certificó que se encuentre al día en los alimentos de su hija, acusación que no combatió con ningún insumo pese a que se la endilgaron desde la demanda y hasta la apelación, premisa que encuentra fundamento en el artículo 129 del Código de Infancia y Adolescencia, según el cual *“mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del*

niño, niña o adolescente, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella (...)" (énfasis fuera de texto).

En idéntico sentido la Sala de Casación Civil en sentencia STC9230-2020 conceptuó que: *"nótese, el legislador estableció una sanción clara y contundente para el padre o la madre que no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria, consistente en la imposibilidad de ser oído(a) en demandas relacionadas no solo con la custodia y cuidado personal de sus descendientes, sino también con el ejercicio de cualquier otro derecho respecto de él o ella, lo cual, desde luego, incluye el "derecho de visitas".*

Y, específicamente, en punto a la procedencia de esta limitación para el caso de los procesos de regulación de visitas, ha puntualizado: "(...) para reclamar derechos sobre los menores, tales como custodia, cuidado personal, o regulación de visitas, entre otros, se exige que el demandante acredite estar al día con el pago de su obligación alimentaria, porque de lo contrario no puede ser escuchado dentro del proceso, lo que constituye una sanción para el padre o representante que se sustraiga de su carga (...)" (énfasis fuera de texto)¹.

Por las razones descritas, se confirmará la sentencia.

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 **confirmar** el fallo apelado.

¹ CSJ, STC 14811-2015

Condenar en costas de segunda instancia al demandado. Al momento de ser liquidadas inclúyase la suma de \$2.000.000 a título de agencias en derecho.

Notifíquese y cúmplase,

Los magistrados,



JAIME LONDOÑO SALAZAR

GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ

(En ausencia justificada)



ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ