

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA

Sala Civil Familia

Ponente: Jaime Londoño Salazar
Bogotá D.C trece de abril de dos mil veintitrés
Referencia. 25286-31-10-001-2021-00455-01
(Discutido y aprobado en sesión de 23 de marzo de 2023)

Se decide la apelación promovida por la actora contra la sentencia de 13 de septiembre de 2022, dictada por el Juzgado 1° de Familia del Circuito de Funza, en el proceso declarativo que inició Ana Ligia Illera contra Darío Alejandro Solano Correa.

ANTECEDENTES

1.- La demanda pidió decretar la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso contraído entre las partes el 16 de agosto de 2008, con fundamento en las causales 3° y 8° del artículo 154 del Código Civil; fijar a cargo de la actora la custodia del menor Christopher Adrián Solano Illera; condenar al accionado a pagar por concepto de cuota alimentaria la suma de \$300.000 y regular el régimen de visitas.

A cuyo fin se relató, en lo medular, que la sociedad conyugal conformada entre la pareja fue disuelta y liquidada el 10 de julio de 2017, además, dentro del aludido vínculo los cónyuges concibieron al referido menor -nacido el 19 de marzo de 2013-, siendo que la relación entre aquéllos se deterioró por problemas que surgieron, por lo que se separaron de hecho en el año 2017; afirmó

la actora que tomó esa decisión debido a que en el año 2015 se presentó una situación con su hija mayor, pues el padre de la menor denunció al demandado por actos sexuales abusivos con menor de 14 años -hecho desencadenante de la ruptura-; precisó que se presentaron inconvenientes en lo referente a las visitas de Christopher, por lo cual el 26 de julio de 2017 acudieron a la comisaria de familia y mediante acta de conciliación acordaron que la custodia del menor quedaba en cabeza de Ana Ligia, no obstante, por temas económicos en el mes de septiembre de ese año decidió entregar de manera voluntaria el menor a su padre.

Díjose que por el padre estar en mejores condiciones económicas, decidió no retornar la custodia del menor, en consecuencia, el 29 de abril de 2020 asistieron nuevamente ante la comisara de familia y acordaron el ejercicio de custodia de esa forma. Dadas las circunstancias de la pandemia por Covid-19 el padre decidió enviar a su hijo al municipio de Anapoima, al cuidado de su abuela la señora María Yubeli Correa, quien estuvo con el niño hasta el mes de agosto de ese año, sin embargo, la actora en agosto de esa anualidad decidió ir por su hijo en compañía de la policía, quedando a su cuidado hasta el mes de septiembre, pues en ese instante decidió nuevamente entregar a Christopher al demandando.

Añadió el libelo que en el mes de enero de 2021 Solano Correa le informó a Ana Ligia que iba a hacer un viaje a la Guajira, llevándose a su hijo, estadía que se prolongó en ese municipio por más tiempo del que la madre tenía conocimiento, pues el demandando estaba trabajando; en el mes de febrero de 2021 Christopher y Darío Alejandro regresaron a Mosquera, municipio en el que actualmente residen, no obstante, la madre se sintió afectada

al no poder ver a su hijo durante ese tiempo y, por tanto, decidió reclamar nuevamente la custodia.

Por lo demás, señaló la promotora que Solano Correa la agredió varias veces y, por lo que estuvo en tratamiento psicológico; consideró aquella que su hijo debe estar bajo su cuidado, máxime que el padre no garantizaba los derechos que como madre le asisten para ver a su prohijado.

2.- El auto de admisión se dictó el 4 de junio de 2021, providencia notificada debidamente al demandado, quien replicó los hechos, y se opuso a las pretensiones, proponiendo las excepciones de *"inexistencia de la causal esgrimida"*, *"ultrajes"*, *"trato cruel"*, *"maltratamientos de obra"*, *"temeridad"* y *"mala fe"* exceptuando la referente al divorcio.

3.- En audiencia de 28 de agosto de 2021 las partes interesadas acordaron, respecto a la pretensión de cesación de efectos civiles del matrimonio, que se accediera a ella por la causal 9° del artículo 154 del Código Civil, es decir, por mutuo consentimiento, además, que cada uno mantuviera residencia separada y velara por su sostenimiento. El 8 de febrero de 2022 se efectuó el decreto adicional de pruebas de oficio, entre las cuales se encontraban: las certificaciones de ingresos de las partes, certificación respecto al estado del proceso en contra del demandado, prueba pericial por parte del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la entrevista del Christopher por parte de la defensora de familia.

4.- *La sentencia de primer grado.* Denegó la pretensión de la actora en torno a la custodia y cuidado personal del menor y en su lugar las mantuvo en cabeza del convocado; reguló las visitas en favor de la progenitora y exhortó a las partes para que de manera individual asistieran a terapias psicológicas. A ese propósito verificó la juez *a-quo* los diferentes presupuestos normativos relativos a esas instituciones, refirió los mandatos de la Ley 1048 de 2006 y el artículo 44 de la constitución política, mencionó la importancia de los vínculos familiares como soporte indispensable de desarrollo, el derecho de los niños a nacer y crecer en una familia y a no ser expulsados de ella para obtener el mayor nivel de satisfacción de sus derechos y, entre otras cosas, aludió contenidos de la Convención Interamericana del Niño y de la Corte Constitucional.

Además, insistió la falladora en que el progenitor que no tiene la custodia y cuidado del hijo debe ceñirse a unos horarios y condiciones para mantener una relación proactiva con el otro padre, enseguida señaló que para otorgar el cuidado personal de un menor de edad no puede decidirse de manera mecánica sino que hay lugar a valorar respectivamente la situaciones para definir quién debe proporcionar el bienestar y el desarrollo integral, con el objetivo de poner en práctica el interés superior del niño, imperativo con el propósito de satisfacer en mayor medida lo descrito en el artículo 44 de la carta política.

Por otra parte, pasó a enlistar la falladora las probanzas recolectadas y compendió inicialmente los resultados de las visitas domiciliarias que se hicieron a cada uno de las partes, señalando que se recolectaron con el fin de determinar prudentemente cuál debe tener la custodia; analizó asimismo los testimonios de Javier

Carnes (compañero permanente de Ana), de la madre del demandado y del señor Fabio Ramos, testimonios que en su sentir permitían obtener con mayor claridad el estado actual del menor y las diferentes razones para inferir quien debía tener la custodia; entre tanto estudió las pruebas documentales referentes a unos chats sostenidos entre las partes desde el año 2020 al 2021 y lo que concierne a las actas de conciliación celebradas ante la comisaria de familia, las cuales indicaban que Ana Ligia en un comienzo ostentaba la custodia y cuidado personal, pero que con el tiempo la pasó a estar en cabeza del padre, evidenciándose que la madre estaba de acuerdo con ello.

En atención a lo mencionado, procedió la falladora a analizar el caso en concreto y determinó que los argumentos de la demandante quedaban desvirtuados, dado que quedó claro que la entrega del menor a su padre se hizo de manera voluntaria y no opuso resistencia cuando en el año 2020 el progenitor obtuvo formalmente la custodia. Resaltó que es él quien ha venido ostentando la custodia desde el año 2017 y que se demostró que le ha garantizado a Christopher sus derechos, incluso las respectivas visitas y llamadas realizadas por la madre, siendo que si bien se presentaron inconvenientes entre los padres, ellos se deben hacer eso a un lado para que el niño pueda gozar de la compañía de ambos.

De igual manera, mencionó que se constató que el menor ha generado un arraigo muy fuerte con el padre, dado que al realizarse la respectiva entrevista manifestó que deseaba seguir viviendo con él, pues no quería que nada de su cotidianidad fuera alterado, dado que se logró determinar que la madre en repetidas

veces lo retiró de estudiar ocasionándole afectaciones en su rutina diaria, en tanto que, se demostró que el padre le transmite a Christopher estabilidad, lo ayuda con sus tareas y demás temas dados entre padre e hijo, garantizándole sus derechos y siendo una figura de autoridad sin llegar al maltrato físico.

Finalmente sostuvo la sentencia que aunque se verificó una buena relación entre madre e hijo, el padre es quien debía seguir estando a cargo del menor, dado que según los elementos materiales probatorios se evidenció que es garante e idóneo, ya que es un rol que viene ejerciendo desde el año 2017, creándose un vínculo fuerte entre el niño y su progenitor apoyándose a su vez en la entrevista realizada al menor, de donde logró determinar que en el hipotético caso en que la madre tuviera su custodia el niño reaccionaría de manera preocupante y triste, estimando la juez *a quo* que dicha opinión era determinante, pues como sujeto de derechos merece ser escuchado y no sufrir una alteración de la vida solo por estar en desacuerdo los padres.

4.- *La apelación.* La propuso la actora reprochando que el proceso se inició porque el padre cambió de domicilio al niño en 2021, sin consentimiento de la madre y sin garantizar el derecho del niño a ver a su mamá, además, según el informe de medicina legal realizado al menor, éste manifestó que las personas que lo cuidan son su hermano mayor (por parte de papá) y su abuela y a veces su padre, no obstante que el niño manifestó no querer cambiar de sitio de habitación por su cotidianidad, por sus amigos no por su padre. Insistió en que se deben regular los gastos de transporte dado que la actora vive en Bogotá y el convocado en Mosquera, pero de no

ser posible la custodia en nombre suyo solicitó que se regularan las visitas a su favor y que el padre debía garantizarlas.

CONSIDERACIONES

Conforme se deduce de la reseña fáctica compendiada y, en particular, de los motivos de inconformidad planteados por la demandante, la cuestión de la que debe ocuparse el tribunal atañe no más que a la definición del derecho de custodia y cuidado personal de Christopher Adrián, ello es, a quien corresponde su ejercicio, al igual que la definición del régimen de visitas, asuntos para los cuales vienen bien las premisas que enseguida se exponen.

1.- En primer lugar, es preciso recordar que en la definición de estos asuntos cobra significativa importancia el interés superior del menor, el cual no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar con cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinación judicial pueda justificarse en nombre de este principio es necesario según los dictados de la doctrina jurisprudencial, que se reúnan cuatro reglas básicas: *“en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir, debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo; en tercer lugar, se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; por último, debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor.”* (T-587/2008)

En este sentido, la sentencia T-261/2013 ha fijado algunas pautas entre las cuales se resalta: *“los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos al resolver casos relativos a la garantía de los derechos fundamentales de un menor de edad. Eso, entre otras cosas, implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad”*

De la misma manera, el alto tribunal ha insistido en que: *“la interpretación del artículo 44 de la Constitución contempla que la protección de la familia no se limita a su forma nuclear. La circunstancia descrita lleva a que sea imperativo visibilizar la recomposición de la familia y la existencia de nuevos desafíos para la sociedad, el Estado y los padres en la relación con sus hijos, entre los cuales se cuenta la necesidad de garantizar que, pese a la ruptura de los lazos afectivos entre los padres, se deba velar porque el niño conserve las relaciones con los dos, en igualdad de condiciones»; y que el «derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella (art. 44 C.P.) cobija a los niños o adolescentes que hagan parte de una familia nuclear, de una que haya sufrido ruptura en los vínculos de los padres así como a las familias de crianza, monoparentales y ensambladas. (STC2017-2021)*

2.- Por otra parte, importa igualmente significar que asuntos en los que intervengan niños, niñas y adolescentes, el artículo 26 del CIA ha señalado 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.”* En concordancia, la sentencia T-259 de 2018

resaltó la importancia de esta norma como materialización del interés superior del menor.

A su vez, la Convención de los Derechos del Niño prevé en el artículo 12 que se le debe garantizar que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta su opinión, en función de la edad y madurez, para lo cual se le dará la oportunidad de ser escuchado. En ese sentido el alto tribunal ha señalado que *"se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso"* (T-844 de 2011).

De igual forma se ha determinado que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes se traduce en: *"la efectividad de numerosas garantías en favor de estos, dentro de las cuales se encuentra el derecho a ser escuchados, a formarse su propio juicio y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todas las decisiones que los afecten o los involucren"*. Por consiguiente, *"los funcionarios administrativos y los jueces deben aplicar un especial grado de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones cuando el asunto sometido a su conocimiento comprometa los derechos de los menores, en especial, cuando se trate de temas asociados a la custodia y el cuidado personal de los mismos, de manera que el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes debe ser el faro iluminador al momento de evaluar los temas relacionados con la custodia y el cuidado personal que los padres ejercen respecto de los hijos."* (C.C T-033-2022)

3.- Pues bien, con fundamento en las premisas decantadas, poniendo especial énfasis en el principio del interés

superior del menor y en la garantía subyacente a ser escuchado, se propuso esta Sala de Decisión realizar el análisis pertinente del caso, hallando que fue acertado el enjuiciamiento de primer grado, en virtud de las siguientes razones:

a. De acuerdo con los elementos materiales probatorios recaudados se tiene que, en opinión de la profesional que estuvo a cargo de la elaboración del informe socio familiar del padre, a saber, la asistente social Hortúa Lancheros, el menor debe seguir bajo la custodia del progenitor, por cuanto es él quien ha venido desarrollando un rol de autoridad gran parte de su vida. El comentado informe expresamente señala que *"...Darío Alejandro se muestra garante para tener la custodia y cuidado personal del niño; ha establecido una dinámica familiar que vela por satisfacer las necesidades afectivas y materiales de Christopher, quien se encuentra realizando las actividades que le son propias para la edad, siendo un indicador de crianza, los excelentes resultados académicos"*.

b. Entre tanto, se infiere igualmente del informe que el menor implicado tiene un desarrollo normal de acuerdo a su edad, tiene una visión de autoridad referente a su padre, lo que demuestra que su desarrollo ha sido adecuado, sin que se haya llegado a la violencia física; asimismo, según las entrevistas y visitas realizadas a las partes se logró determinar que si bien el niño tiene una buena relación con su madre, es lo cierto que hay un vínculo de mayor entidad con Solano Correa, de donde se desprende una clara postura de la profesional que sugiere que el niño debe seguir bajo el cuidado de su progenitor.

c. Aunado a lo anterior, para el tribunal cobra significativa importancia el relato del niño Christopher Adrián vertido al momento en que se le practicó la entrevista, cuyo análisis, según lo informado por la defensora de familia, da cuenta de que aquél resistió la idea de regresar con su madre y manifestó voluntariamente y de manera positiva su deseo de seguir viviendo con su padre, dado que se encontraba conforme con los aspectos de su vida cotidiana, sin querer que estos sufrieran alteraciones, insistiendo en su voluntad de compartir vivienda con el padre y en diferentes momentos visitar a su progenitora.

d. No pierde de vista esta corporación, por otra parte, que Christopher ha vivido gran parte de su vida con su progenitor, generándose así un arraigo y una estabilidad tanto económica como emocional, ya que desde el 2017, es decir, desde cuando el menor contaba con 4 años de edad, Ana Ligia decidió voluntariamente entregar el cuidado personal del niño al padre, aun cuando ella ostentaba en ese tiempo su custodia, resultando notable que la figura paterna ha estado más presente dentro del desarrollo del niño.

e. Lo que emerge entonces del material probatorio, ponderado en su integridad y bajo las reglas de la sana crítica, es que las necesidades de Christopher han sido cubiertas y plenamente satisfechas bajo la presencia del padre, esto, en sus ámbitos físico y emocional, lo que se reafirma con el hecho de que el hijo ha compartido gran parte de su vida con su progenitor.

f. Por supuesto, no por querer los padres privilegiar un interés personal e imponer un criterio acerca de quién debe estar a

cargo de la custodia y cuidado personal del menor, es dable afectar la estabilidad emocional y física de este ni menos trastornar sus condiciones de existencia, cuando su verificación refleja un entorno favorable y sustentado para su proyecto de vida, esto es, quedó demostrado en el juicio que el convocado Solano Correa ha venido garantizando durante más de 6 años vivienda, estudio, alimentos, apoyo afectivo, entre otros aspectos que redundan en la garantía de los derechos del menor hijo y que repercuten en su adecuado desarrollo y desempeño.

g. Vale la pena mencionar que pese a que Ana Ligia ha insistido en su intención de ejercer ahora el cuidado y custodia de su menor hijo, obran en contra de esa aspiración unos antecedentes que no pueden ser ignorados, esto es, que en dos oportunidades entregó el cuidado personal del infante a su padre, incluso cuando era ella la que ostentaba la custodia, circunstancia que revela que no ha estado siempre la progenitora en posibilidad de brindar a Christopher la estabilidad económica y emocional que puede demandar, siendo que de hecho en la segunda de esas ocasiones estuvo de acuerdo en que la custodia se radicara en el padre, aceptando un régimen de visitas, lo cual quedó registrado en el acta de conciliación que suscribieron en su momento ante la comisaría de familia.

e. Con todo, juzga el tribunal que la variación del entorno habitacional del menor en el periodo pandémico, ello es, el cambio de domicilio a la municipalidad de Anapoima, hecho en que la actora afinca la justificación para variar el ejercicio de la custodia y el cuidado del niño, no alcanza a configurar una infracción o desatención grave reprochable al padre, porque amén

de que ese cambio tiene explicación en un evento extraordinario y con un impacto severo desde todo punto de vista en la población, no necesariamente puede verse como un actuar lesivo para los derechos del Christopher, siendo que se garantizó el contacto con la madre en la medida de las posibilidades comunicativas de entonces.

Así pues, obran razones suficientes para concluir que, en atención de los principios de interés superior del menor y considerada la garantía que tiene de ser escuchado, la custodia y cuidado personal de Christopher Adrián debe mantenerse el cabeza del demandado, sin advertirse en el recurso de apelación razones que lleven a una conclusión diferente, de suerte que en este punto la impugnación está llamada al fracaso.

4.- Por otra parte, en cuanto al régimen de visitas, por cuya regulación también abogó la madre, memórese que *“se encuentra establecido en la ley, lo que no obsta para interpretarse a la luz de la Constitución y del interés superior. El Código Civil en el artículo 253 precisa que la crianza y la educación de los hijos está a cargo de los padres; no obstante, cuando, por vía de ejemplo, exista una ruptura en la relación entre ellos que le impida a uno de ellos convivir junto con el niño existirá un derecho de visitas, de conformidad con el artículo 256 del mismo código”*. Claro, las visitas le permiten al niño mantener y seguir desarrollando las relaciones afectivas con sus progenitores, constituyendo un sistema que garantiza mantener un equilibrio entre los padres separados para ejercer sobre su hijo los derechos derivados de la patria potestad.

En el mismo sentido, el artículo 256 del Código Civil menciona que *"...al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el Juez juzgare conveniente"*. La visita entonces es un derecho reservado al padre o la madre que no tiene la custodia de hijo, para poder mantener una relación personal directa con éste; implica una potestad-deber del padre que no detenta la custodia de sostener encuentros y reuniones que permitan mantener el vínculo paterno-filial a través de la comunicación con su hijo.

La jurisprudencia patria ha determinado que el principal objetivo del régimen de visitas es *"(...) el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo (...) las visitas no deben ser perjudiciales para los menores, pero tampoco deben desarrollarse de manera de lesionar la dignidad de quien las pide (...)"* (CSJ. SC. de 25 de octubre de 1984), citada en STC2717 de 2021).

Acorde con lo dicho y vuelta la mirada al caso *sub-examine*, es pertinente indicar que las visitas reguladas en las diferentes conciliaciones desarrolladas ante la comisaria de familia en favor de la promotora Ana Ligia Illera se han venido cumpliendo, sin atisbarse hechos o situaciones que hayan truncado el ejercicio de ese derecho, esto, a excepción de un interregno de 4 meses durante el periodo de la emergencia sanitaria por Covid-19, durante el cual el menor estuvo en compañía de su abuela y condicionado por las circunstancias de movilidad para tener contacto físico con la madre, lo que no supone entender que allí hubo una transgresión de ese derecho de la demandante, tanto menos cuando se demostró que pudo comunicarse con menor por vía telefónica, lo

que evidencia que el padre garantizó la plena comunicación entre ellos durante ese lapso.

Restando decir que la regulación sobre visitas determinada por la juez de primer grado consulta las circunstancias personales del menor y armoniza con los parámetros legales y jurisprudenciales vigentes en la materia, de donde no encuentra esta corporación motivaciones, como que tampoco las da el recurso, para dispensar un régimen diferente. Debiéndose acotar, por último, que en el derecho de visitas no subyace, en principio, la posibilidad de autorizar o imponer una provisión de gastos en favor del progenitor beneficiario de la respectiva regulación, en orden a que cubra los gastos de desplazamiento en atención del lugar de residencia del menor, por lo que en ese punto no pueden emitirse medidas adicionales, máxime cuando el domicilio del menor lo fue también en alguna época el de la pareja.

En suma, en punto de esta temática tampoco la apelación tiene vocación de prosperidad, la que en consecuencia de despachará de manera adversa, camino por el cual se dispondrá la íntegra confirmación del fallo combatido, con la consecuente condena en costas a cargo de la actora con arreglo a la previsión del numeral 3° del artículo 365 del C.G.P.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca, en Sala de Decisión Civil Familia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad

de la ley, resuelve, **confirmar** la sentencia de fecha y procedencia anotadas.

Costas de segunda instancia a cargo de la demandante ante la improsperidad de su recurso. Al momento de ser liquidadas inclúyase como agencias en derecho aquí causadas la suma de \$300.000.

Notifíquese y cúmplase,

Los magistrados,



JAIME LONDOÑO SALAZAR



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ



ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ