

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CUNDINAMARCA
Sala Civil – Familia

Magistrado Ponente:
Germán Octavio Rodríguez Velásquez

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Ref: Verbal de Adriana Páez Herrera c/. Julián Mauricio Durán Cristiano. Exp. 25754-31-10-001-2018-00550-01.

Con arreglo a lo dispuesto en el decreto 806 de 2020, pasa a decidirse el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 25 de marzo pasado proferida por el juzgado de familia de Soacha dentro del presente asunto, teniendo en cuenta los siguientes,

I. – Antecedentes

Se pide privar al demandado de la patria potestad sobre su hija María Camila Durán Páez, por haber incurrido en la causal 2ª del artículo 315 del código civil, otorgándosela exclusivamente a la demandante en su calidad de progenitora.

Adújose, como sustento, que las partes sostuvieron una relación sentimental en la que fue procreada la niña, que nació el 11 de junio de 2011; a pesar de que mediante acta de conciliación 737 de 2012 de la comisaría de familia de Bogotá fijaron los alimentos, custodia, vivienda, educación, salud, vestuario y visitas en relación con su hija, el demandado la abandonó por completo, pues nunca se ha interesado por ayudarla, no la busca ni pregunta por ella, y se desentendió por completo de su manutención, de ahí que desde hace cinco años la menor está bajo el

cuidado de su progenitora y de su esposo, Jhonatan Alexander Galindo López, a quien reconoce como su padre.

Se opuso el demandado, aduciendo que ha cumplido sus deberes para con su menor hija, aportando la cuota alimentaria a que se comprometió, pero ha sido la demandante quien de forma “*desobligante, irresponsable y temeraria*”, ha impedido el ejercicio de ese rol paterno, porque no permite el acercamiento entre ellos, ni las visitas que fueron pactadas, al punto que desconoce el lugar de domicilio donde podía recoger a la niña; con base en esto formuló las excepciones que denominó ‘culpa exclusiva de la demandante’, ‘cumplimiento de la obligación alimentaria’ e ‘inexistencia de las pretensiones por falta de prueba’, fincadas en que no ha existido abandono de su parte, sino impedimento por parte de la progenitora para tener comunicación directa con su hija; aunque ha presentado algunos atrasos en el pago de la cuota alimentaria, ha mostrado su interés en colaborar con el bienestar de la niña.

La primera instancia fue clausurada con sentencia desestimatoria, decisión apelada por la demandante en recurso que, concedido en el efecto suspensivo y, debidamente aparejado, esta Corporación se apresta a resolver.

II.- La sentencia apelada

A vuelta de un extenso recuento del trámite cumplido y de algunas apuntes teóricas donde resaltó que lo que debe ponderarse en estos casos no es la responsabilidad del padre o cuánto aportó para la educación y bienestar del infante, sino de comprobar que existió un abandono total de esos menesteres por su voluntad, hizo ver que en este caso no se cumplen los presupuestos necesarios para suspenderle al demandado la patria potestad sobre su hija.

Pues valorando en conjunto los documentos aportados, los interrogatorios de las partes y especialmente las declaraciones de la hermana y progenitora del

demandado, puede concluirse que no ha habido el abandonado denunciado, pues el padre reconoció a su hija y ha venido sufragando la cuota alimentaria a que se comprometió en 2012 ante la comisaría de familia, no obstante que no ha tenido ningún acercamiento con ella por la tormentosa relación que existe entre él y el núcleo familiar de la actora, tan difícil que ha recibido amenazas y agresiones; por su parte, ha sido la demandante quien ha asumido una actitud omisiva, deliberada y de mala fe con el objeto de impedir el acercamiento entre el padre biológico y la niña, a la que nunca le ha hablado de él y a quien se refiere apenas como un ‘donante’, inculcándole que su actual esposo es su progenitor y negándole a la niña el derecho a tener una familia y a no ser separada de ella, lo cual quedó en evidencia en la entrevista que se le hizo, donde le pidió al juzgado no mencionarle a la menor el nombre de su verdadero padre, lo que demuestra la actitud reprochable que ha exhibido en relación con ese acercamiento personal entre el demandado y su hija.

III. – El recurso de apelación

Aduce que no se realizó una adecuada valoración de las pruebas; empezando porque la demandante expuso el abandono del que ha sido víctima su hija desde el momento en que terminó la relación de pareja entre las partes, pues ni el padre ni su familia extensa intentaron acercarse a la niña, pese a que asistían a la misma iglesia y vivían a escasas cuadras; es más, a pesar de tener los datos de contacto de la progenitora por estar señalados en la demanda, durante el trámite del proceso no buscó ningún acercamiento, ni llamó para preguntar por la niña a pesar de la pandemia, pues se escudó en un episodio que aconteció varios años atrás cuando supuestamente recibió la amenaza de un hermano de la demandante, que para esa época tenía apenas 13 años, por lo que no existe una justa causa para el abandono de la menor por parte de su padre. Sin contar con que el demandado se limitó a consignar esporádicamente algunos dineros, pero no cumplió cabalmente con la obligación alimentaria en los términos pactados en el acuerdo al que arribaron en 2012, y por ello debió promover

en 2013 un proceso ejecutivo en su contra; a pesar de que se le habían autorizado las visitas un domingo al mes, nunca acudió a recogerla para compartir con ella, ni hizo el deber de tener comunicación con su hija, no obstante que con base en el acuerdo podía perfectamente iniciar las acciones para solicitar legalmente las visitas; sin embargo, prefirió alejarse, porque sostenía otra relación de pareja, alejamiento que no es atribuible a la demandante cuando fue ella quien lo citó para conciliar en 2012, lo demandó ejecutivamente en 2013 y luego, inició esta demanda para privarlo de la patria potestad, precisamente porque no tenía noticia de él, abandono que no puede desconocerse simplemente porque se haya referido a él como un donante, pues esa es la calificación que cabe a alguien que no se ha preocupado por el bienestar de su hija; y si pidió no mencionarlo, fue por evitarle un conflicto psicológico, porque al único padre que ha conocido la niña es a su esposo, pues no es que ella haya impedido el acercamiento, sino que éste no lo ha procurado y por eso la niña no tiene ningún vinculado afectivo con éste, como lo reporta el informe realizado por la trabajadora social del juzgado.

Aunque el demandado aportó unas consignaciones, la cuenta fue cerrada porque desde febrero de 2018 dejó de hacerlo y pese a ello no realizó los depósitos judiciales correspondientes; no se valoró la versión de los abuelos maternos, quienes coinciden en que ha sido la demandante la que ha estado a cargo de la menor, cuidándola y velando por su manutención, mientras que los abuelos paternos no comparecieron; así, debe accederse a la privación de la patria potestad, especialmente si el derecho de la niña a tener una familiar se satisface con el vínculo afectivo que tiene con su padre de crianza.

Consideraciones

Sabido es que la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres para que puedan cumplir con las obligaciones que la ley y la Constitución les impone frente a sus hijos menores y que dentro de dichos poderes se encuentran, entre otros, el de representarlos en

todos los actos jurídicos y el de administrar y gozar del usufructo de los bienes que éstos posean; no obstante, aunque encierra un conjunto de “*deberes establecidos en favor del hijo*”, también envuelve “*los vínculos afectivos, económicos, disciplinarios y, en general de todo orden, que la relación filial determina*” (Cas. Civ. Sent. de Tutela de 25 de mayo de 2006, exp. 2006-00714-00).

Esa patria potestad, a su turno, puede ser suspendida o terminada cuando los padres incurren en las causales previstas en los artículos 310 y 315 del código civil, determinación que trae como consecuencia el cese temporal o definitivo de la titularidad de dichas facultades, conservándose apenas los deberes que el padre o la madre tienen con los hijos, entre ellos la obligación alimentaria, lo que en últimas deja entrever que la médula de este tipo de procesos está en eso que la doctrina autorizada, con apoyo en normas superiores, conoce como el interés superior y prevalente del menor.

A partir de este principio, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas [normatividad de rango superior según la doctrina constitucional (sentencias C-1003 de 2007 y C-203 de 2005 entre otras)] obliga a procurar que el niño, en lo posible, crezca al amparo de sus progenitores, pues, como lo reza su artículo 9°, es imperativo velar “*porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño*”, de suerte que por ello se ha dicho que para el “*proferimiento, de una determinación de semejante naturaleza (...) el juzgador debe actuar con especial esmero, haciendo uso, si fuere del caso, de sus facultades oficiosas para que la causal invocada esté debidamente comprobada, pues no debe olvidarse que el amor, la presencia, guía e imagen paternal es necesaria para el desarrollo integral del niño*” (Cas. Civ. Sent. de 17 de abril de 2013, exp. 2013-00748-00 en la que reiteró el fallo de 25 de mayo citado); por supuesto que un cargo de tal

gravedad exige una comprobación fática irrefutable, a partir de la cual pueda concluirse que, en efecto, ha existido un completo desapego para ejercer ese vínculo que los une por virtud del parentesco, que por su misma gravedad haga al padre indigno de mantener, aunque sea temporalmente, esa relación con su descendiente.

Pues bien. A juicio del juzgador a-quo, las pruebas del litigio no evidencian un abandono deliberado que justifique la privación de la patria potestad que ejerce el demandado sobre la niña; y, refutándolo, dice la censura que una valoración en conjunto de esas pruebas conduce en dirección opuesta, pues acusa ese abandono, desde que éste no ha tenido ningún acercamiento con ella, no ha cumplido a cabalidad con sus deberes alimentarios y no ha intentado, usando los medios a su alcance, enterarse de todo cuanto acontece en la vida de la pequeña, ni promovido las acciones correspondientes para que se le garanticen sus derechos a las visitas.

Mas, si la jurisprudencia, al unísono, ha considerado que *“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”*, pues ello sólo tiene ocurrencia cuando *“el demandado ha abandonado –por su querer- al hijo”* (Cas. Civ. Sent. de 22 de mayo de 1987; se subrayó), no parece consecuente afirmar algo semejante respecto del demandado; a decir verdad, el haz demostrativo no revela, con esa supuesta contundencia que plantea la impugnación en este caso, que Julián Mauricio haya mostrado una actitud como esa de aquéllas que según la ley, allanan la privación de la patria potestad, de donde mal puede la demanda ser auspiciada en esas condiciones.

Cierto. La progenitora es la que siempre ha ostentado la custodia y cuidado personal de la niña, mas ello no implica necesariamente que el padre deba perder la patria potestad sobre ésta, pues en el fondo se trata de instituciones disímiles; mientras la *patria potestad* se refiere al “conjunto

de derechos que atribuye a los progenitores no solo la facultad de representar a sus hijos de familia, sino también la de ‘administrar su patrimonio y gozar de los frutos que éste produce’ (Casación Civil, sentencia de 10 de marzo de 1987; reiterada en auto de Cas. Civ. de 31 de octubre de 2002; exp. 1999-00252), es decir, como su nombre lo indica, es una ascendencia sobre los hijos al decir del artículo 288 del código civil, *la custodia y cuidado personal*, de acuerdo con el artículo 253 de ese mismo código, *“establece una obligación a los padres de responder por la crianza y educación de los hijos”* (Sentencia C-1026 de 21 de octubre de 2004).

Por esto es que la capacidad moral exigida por el legislador a los padres para *“confiar el cuidado personal de los hijos”* (artículo 254 de la codificación civil), no es, ni puede ser, un requisito para el ejercicio de la patria potestad, ni tampoco puede creerse que el aporte económico en los gastos de la crianza, es decir el cumplimiento de la obligación alimentaria, lo sea, como quiera que, itérese, *“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 (...) sino de comprobar, de manera irrefutable que éste se desentendió totalmente de estos menesteres”* (Cas. Civ. Sent. de 25 de mayo de 2006; exp. T 2006-00714-00, citada; resaltado ajeno al original).

O sea, analizando las cosas bajo dicho enfoque, en realidad, es hartó difícil hablar aquí de un *“total abandono de los deberes filiales”* por parte del demandado frente a su hija y hartó más complicado atribuirlo a su querer, pues si bien las pruebas recaudadas, como lo propone la censura, describen el incumplimiento de sus deberes como padre, como quiera que de ellas se evidencia que no ha satisfecho *“plenamente la obligación de cuidar, asistir y proteger a la menor desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo,*

intelectual, ético, social”, cual él mismo lo aceptó, ello no es suficiente para decir que *“se produjo un abandono absoluto en los términos exigidos por la jurisprudencia”* y, desde luego, también del mismo legislador, para que sea procedente esa causal de privación.

Los recibos y consignaciones traídos al proceso por el demandado, acreditan que éste entregó en efectivo dineros a la madre para los gastos de maternidad y cuotas alimentarias, así como también que realizó diferentes depósitos en la cuenta de ahorros dispuesta para los alimentos de la niña entre los años 2011 y febrero de 2018, lo que deja al descubierto no precisamente que aquél se ha desentendido absolutamente de sus deberes como padre, sino que en algunos períodos se ha sustraído de esa obligación, por supuesto que esa intermitencia de esos pagos así permiten deducirlo, y que tampoco ha sufragado la mitad de los gastos de educación, cual se acordó en la conciliación, todo lo cual se refleja en la certificación aportada por la demandante relativa al último movimiento que registró la cuenta en la que se consignaban los alimentos, que data de inicios del mes de marzo de 2018.

Y aunque éste reconoció que no ha compartido personalmente con la niña desde cuando tenía cuatro meses y que nunca adelantó acción alguna buscando hacer efectivo el régimen de visitas acordado, no debe olvidarse que al expresarse de ese modo, también aclaró que ese distanciamiento obedeció a la relación conflictiva que siempre tuvo con la demandante, a la actitud que asumieron ella y su núcleo familiar, de no permitirle ni a él ni a su familia tener contacto con la niña si no estaba la demandante con ellos, contrariando lo dispuesto en el acuerdo, y a las amenazas que contra su integridad y la de su nueva pareja y su otra hija recibió por parte de un hermano de la actora; asimismo, que durante ese tiempo procuró, así fuera a través de otros medios, estar pendiente de las cosas de la niña y que contribuía con los alimentos, cual se comprueba de esos recibos a que se aludió, lo que confirma la intención que tuvo éste de hacerse cargo de sus deberes como padre.

Claro, la demandante, en una postura que se corresponde con el propósito de la demanda, asegura que el distanciamiento lo explica en el proceder deliberado del demandado frente a sus deberes como padre y que éste nunca mostró su intención de acercarse a la niña, pese a los intentos que hizo ella para que así fuera, aprovechando esas razones de vecindad que existían para cuando María Camila contaba unos 6 años y estudiaba en el mismo barrio, algo que es bastante difícil de creer; y no solamente porque el dicho de la parte, en estricto sentido, no es órgano de prueba, pues, como lo tiene dicho de modo inveterado la doctrina, por más acrisolado que alguien sea, no por ello está relevado de probar, como que esa es la regla general que sobre el particular tiene sentada la ley procesal civil acogiendo el antiguo apotegma que concebido por el derecho romano, impone a quien alega un hecho, la carga de probarlo para hacerse a los efectos jurídicos de la norma en que busca ampararse, sino porque, del litigio y de su comportamiento procesal, pueden extraerse claros elementos que indican que esa no es la realidad de las cosas.

Las escasas pruebas del proceso, en realidad, son muy poco para decir que la falta de acercamiento entre el demandado y la niña se debió a la intención deliberada de aquél de abandonarla. Aunque Sandra Milena Bejarano Pérez y Nataly Andrea Monsalve Vela, relataron que ha sido la madre quien ha tenido el cuidado de su hija y que nunca la han visto departir con su padre, también dijeron que desconocen las razones de ese distanciamiento, de donde su dicho, en la averiguación que interesa para el proceso, no brinda mayores elementos para considerar que ese alejamiento tenga como causa la negligencia del padre y no esas desavenencias y enfrentamientos de los que, a propósito, dan cuenta los testimonios de Liliana Patricia Durán Cristiano y Rosa Cecilia Cristiano Durán, hermana y madre del demandado.

Y si a ello se suma el comportamiento procesal de la parte, el que, según la regla actual prevista por el artículo 280 del código general del proceso, debe ser valorado en todos los casos por el sentenciador a la hora de definir los extremos litigiosos, es claro que cualquier duda

que se tuviera al respecto quedaría totalmente erradicada después de hacerlo; por supuesto, habiendo quedado acreditado dentro del proceso que desde el nacimiento de la niña el padre estuvo aportando ciertas sumas para su manutención hasta unos meses antes de presentarse la demanda en 2018, algo que a la postre terminó aceptando la actora cuando el debate probatorio transitó por ese rumbo, resulta incomprensible que la demanda haya dicho que a pesar de esa conciliación a que arribaron en relación con los alimentos, el demandado “*abandonó a su hija por completo*” y “*se desentendió de su manutención*”, como si el tema careciera de influjo en los resultados de la litigiosidad, donde buena parte de las pesquisas que se adelantaron tenían por fin determinar si realmente era dable predicar abandono por parte del progenitor; y no solo eso. Dijo también allí desconocer el domicilio del demandado o su paradero y por ello pidió su emplazamiento, cuando lo que se tiene, de acuerdo con el relato que hizo en el interrogatorio, es que el demandado siempre conservó su residencia en el barrio Los Libertadores de Bogotá aproximadamente a dos cuadras de la casa donde ella habitaba con sus padres, la que dejó en 2018, cuando fijó su domicilio en Soacha, con su esposo y su menor hija, como si la afirmación que había hecho en principio no jugara en su contra.

A criterio de la Sala, esto comporta una conducta procesal susceptible de erigirse como indicio en contra de la demandante, pues tal grado de alteración de los hechos materia de debate sin explicación, parece obedecer a una intención de tergiversar la realidad; indicio que, ciertamente, no resulta solitario en el panorama probatorio, pues que a él se añade el que la actora nunca le haya dicho a la niña que su progenitor no es Jhonatan Alexander Galindo López, su actual esposo, sino el demandado, lo que denota que su interés no ha sido propiamente el de permitir y garantizar ese acercamiento entre la niña y su padre, sino todo lo contrario. O qué decir de lo ocurrido en la visita que le fue practicada por el trabajador social del juzgado, donde reconoció que “*la niña no sabe de la existencia del papá, yo nunca le he dicho nada de él, no se lo he nombrado ni le he dicho que mi esposo no es el papá, para ella mi esposo*

siempre ha sido su papá (...) mi esposo siempre es quien ha estado pendiente de mí y de la niña, él nos ha colaborado tanto como ha podido y siempre ha ejercido el papel del padre, tanto que nosotros queremos este proceso para que él pueda adoptarla y que la niña lleve el apellido de mi esposo”. O, cómo explicar la atestación que se dejó en la entrevista practicada a la niña, donde al ser preguntada por su relación con el demandado, respondió que “su madre en alguna ocasión le dijo que él era un donante, que simplemente colaboró con ello”, algo en lo que no llegaron a profundizar porque la madre, so pretexto de proteger a la niña, rogó no indagar al respecto, habida cuenta que en el “hogar, nunca se la ha nombrado al señor Julián Mauricio”.

Obviamente, todo ello termina por corroborar que ha sido la demandante quien no ha permitido ese acercamiento y que su interés está en que se mantenga ese distanciamiento; de haber sido su deseo que la relación padre-hija se fortaleciera, jamás le habría ocultado algo tan importante en la vida de la menor, ni mucho menos le habría pedido a una autoridad judicial que mantuviera esa reserva, desde luego que si es capaz de proceder de ese modo en el marco de un proceso judicial, ¿qué podría esperarse de un intento de acercamiento directo por el demandado o de su familia extensa?

Ahora bien, aunque en efecto el fallo apelado ninguna alusión hizo al relato que brindaron los abuelos maternos Neccy Yolanda Herrera Herrera y Gregorio Páez Díaz, la verdad es que sus dichos no alcanzan para desvirtuar las conclusiones extraídas hasta ahora, pues nótese cómo lo que señalaron es que el demandado nunca se ha interesado por la niña, no ha procurado contacto ella ni ha contribuido económicamente para sus gastos, pues que es la progenitora la que responde por todo lo de la menor; acontece, sin embargo, que la *fides*, tratándose de la prueba testimonial, pende es de que los declarantes “brinden un relato preciso, responsivo, exacto y cabal, esto es, en síntesis, razonado y particularizado en todo cuando dieren noticia”, es decir, cuando su dicho “carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después -acaso lo más

prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio” (Cas. Civ. Sent. de 19 de septiembre de 2001; exp. 6624); mas si en el proceso se estableció que el demandado, durante esos años posteriores al nacimiento, contribuyó con la cuota alimentaria, así no haya sido de la forma acordada mediante conciliación, es decir, que cuando menos una de esas afirmaciones que hicieron carece de veracidad, ¿entonces cómo aceptar a fardo cerrado esos señalamientos acerca del abandono, si las leyes de la experiencia enseñan que quien miente una vez es proclive a hacerlo?

Lo analizado impone señalar que así la relación padre e hija no haya sido tal, pues la realidad es que éste no ha estado en su vida, y si bien hay un régimen de custodia y cuidado personal, este no se ha honrado, lo cierto es que mientras el punto de partida sea, en casos como el de ahora, el interés superior y prevalente del menor, lo que hace que sean los padres quienes deben garantizar y permitir que el niño o la niña puedan fijar sus nexos de familia con su padre y madre biológicos, en cuanto que *“dentro del amplio espectro de derechos fundamentales del niño, reluce por su transcendencia el de tener una familia y no ser separado de ella, pues es incontestable que en su interior encuentra el menor el cuidado y el amor necesarios para su desarrollo armónico, requeridos para su sana estructuración mental y física”* (Cas. Civ. Sent. de 28 de julio de 2005, Exp. T. 00049–01), es innegable que mientras las cosas estén dadas para que esto suceda, no puede disponerse la privación de la patria potestad demandada, menos todavía si se tiene en cuenta que el concurso y la intervención del progenitor, no solo de la progenitora y la familia extensa, es indispensable para que ello ocurra.

La sentencia impugnada, por lo dicho, habrá de confirmarse; las costas, ya para terminar, se impondrán con sujeción a la regla 3ª del artículo 365 del citado ordenamiento.

IV.- Decisión

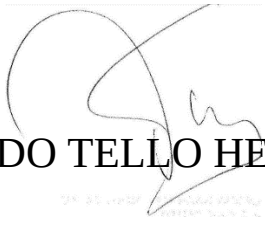
En mérito de lo expuesto, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de fecha y procedencia preanotadas.

Costas del recurso a cargo de la demandante. Liquídense por la secretaría del a-quo, incluyendo como agencias de esta instancia, la suma de \$500.000 por concepto de agencias en derecho.

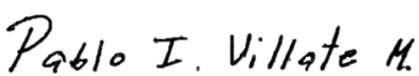
Oportunamente, vuelva el proceso al juzgado de origen para lo de su cargo.

Esta sentencia fue discutida y aprobada en sesión virtual de la Sala Civil-Familia de Decisión de 8 de julio pasado, según acta número 18.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ



PABLO IGNACIO VILLATE MONROY



GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ