TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN
SALA CIVIL - FAMILIA

Magistrado ponente: JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA

Popayán, veinte (20) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

(Discutido y aprobado en Sala de decisión de fecha 20 de febrero de 2024, según acta No. 02)

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el JUZGADO PROMISCUO DE FAMILIA DE CALOTO, dentro del proceso de PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD de que trata el radicado de la referencia.

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES de la DEMANDA y HECHOS RELEVANTES. Mediante demanda presentada el 4 de marzo del 2021 [1], la señora LINA PATRICIA ALFARO MEDINA por conducto de apoderado solicita: i) privar al demandado del ejercicio de la patria potestad que tiene sobre el menor de edad AMTA [2], de conformidad con la causales 1 y 3 del artículo 315 del CC.; ii) Se le otorgue exclusivamente a la demandante el ejercicio de dicha patria potestad; iii) se inscriba la sentencia en los registros civiles pertinentes y iv) se condene en costas al demandado.

Como sustento de sus pretensiones manifestó, que la demandante y el demandado sostuvieron una relación sentimental desde el año 2009 y la cual perduró por 9 años, dentro de la cual se procreó al menor AMTA nacido el 24 de agosto del 2016.

El señor Tobito Jaramillo prestó el servicio militar con la policía Nacional en los años 2011 y 2012, tras lo cual terminó con estrés postraumático que lo llevó a ser recluido en una clínica de reposo y a que en el año 2014 entablara una demanda de reparación directa en contra de la Nación-MinDefensa-Policía Nacional, siendo a la postre indemnizado por los daños y perjuicios sufridos "*mientras pagaba el servicio militar como auxiliar regular*", "*por una lesión que le generó una incapacidad mental con un deterioro cognitivo equivalente al 99.30%*".

Dada esta situación la relación de la pareja se fue deteriorando debido al comportamiento agresivo producto de la enfermedad del señor Yoan Sebastian y

[1] Archivos 01 a 04, carpeta de primera instancia del expediente digital.
[2] A quien a lo largo de esta providencia y como medida de protección a su identidad se hará referencia a su nombre con las siglas del mismo (Angel Matías Tobito Alfaro).

de la adicción a las drogas por parte del demandado "*quien después de dicho accidente se volvió consumidor constante de alucinógenos*".

El señor JOAN SEBASTIAN puso en grave peligro la vida de su menor hijo el 16 de julio del 2017, cuando en horas de la noche (9:30 pm) irrumpió en el hogar de la demandante "*en evidente estado de haber consumido drogas*" y le arrebató al niño en medio de un altercado con groserías y empellones, se lo llevó a la casa de un hermano a donde lo siguió la demandante acompañada de su padre, relatando la interesada que lo primero que vio al llegar a esa casa fue "*al señor Tobito con un cuchillo en su mano derecha y al niño zarandeándolo con la mano izquierda porque se lo querían quitar*"; que en medio del revuelo había personas afuera del lugar que le pedían que entregara al niño, una hermana del demandado recibió un cabezazo de Yoan en la nariz y éste luego de entregar al niño y de salir corriendo ante la llegada de la policía, terminó llevado por esta a la estación en donde pasó la noche "*y sus padres deciden ir por él*".

El 28 de agosto del 2017 la demandante decide terminar su relación con el demandado debido a las constantes agresiones físicas y sicológicas a las cuales era sometida, presentadas aún estando separados y por las que llegó a denunciarlo ante la Fiscalía -narra para ello varios incidentes de rencillas y agresiones de su expareja, algunos de los cuales involucran a los padres de Lina María y quien fue su pareja, señor José Hernán campo Zapata.

Que el demandado se encuentra con medida de aseguramiento en su domicilio producto del proceso penal que cursa en su contra por violencia intrafamiliar en contra de la demandante.

2. ACTUACIÓN RELEVANTE DE LA PRIMERA INSTANCIA

2.1. Mediante auto del 18 de marzo del 2021 [3] , el JUEZ PROMISCUO DE FAMILIA DE CALOTO admitió la demanda, disponiendo la notificación del demandado, del Ministerio Público -personero municipal- y de la Defensoría de Familia; solicitó a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional la historia clínica del demandado que incluyera las valoraciones psiquiátricas y psicológicas del mismo y decretó la práctica por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal de dictamen psiquiátrico sobre el estado de salud mental actual del señor Joan Sebastián.

2.2. CONTESTACIÓN de la DEMANDA. El demandado YOAN SEBASTIAN TOBITO JARAMILLO por conducto de apoderado, se opone a los pedimentos del libelo

[3] Archivo 05, carpeta de 1ª inst., exp. digital.

porque no ha incurrido en ninguna de las causales invocadas por la demandante y presentó como excepción la que denominó "*inexistencia de requisitos para que se configure la privación de la patria de potestad invocada…*".

Admite sin reparos ser el padre del menor AMTA y reconoce con variantes en los detalles lo de la relación sentimental sostenida con la demandante desde antes de la procreación de aquel, el evento presentado cuando prestó servicio militar con la policía y lo de haber recibido en el pasado tratamiento psiquiátrico en una clínica de DAPA con posterioridad al incidente aludido -y cuando apenas eran novios con la demandante-, así como el haber recibido indemnización por el hecho, señalando que por esto último comenzaron "*todos los problemas con la madre del niño porque no se le dio parte de esta indemnización*", negando a su vez "*que hubiera presentado comportamientos agresivos como lo indica la demandante*".

Niega que en el suceso del 16 de julio del 2017 hubiera puesto en peligro la vida de su hijo y que hubiera amenazado con cuchillo al niño o a otras personas para que no le quitaran al menor, y aclara que lo del golpe en la cara a su hermana Paola Tobito se dio en forma distinta a la narrada por la demandante (un intempestivo manotazo y el sangrado de la nariz se dio por una cirugía reciente que le habían hecho a ella).

Que "*La relación del señor YOAN TOBITO y la demandante siempre fue tormentosa desde el comienzo por la edad tan jóvenes cuando comenzaron…*" en una "*relación manipulada por los padres de la demandante*". [4]

3. LA SENTENCIA APELADA. En ella se resolvió: "*i) declarar probada la excepción de mérito de inexistencia de requisitos para que se configure la privación de la parte potestad invocada en el artículo 315 del Código Civil, en sus numerales primero y tercero; ii) negar en consecuencia las pretensiones de la demanda toda vez que la patria potestad sobre el menor…seguirá siendo ejercida por ambos padres"; iii)* ordenar "*se dé inicio al proceso de restablecimiento de derechos del menor de edad…*" precisándole al ente administrativo que "*deberá, con el apoyo de su equipo interdisciplinario, realizar la correspondiente valoración psicológica del niño…para establecer, la eventual afectación psíquica, respecto al conflicto parental evidente y tomar las medidas adecuadas de ser necesario para restablecer su estabilidad emocional en garantía de su desarrollo armónico e integral, deberá realizarse asesoría profesional individual y conjunta de ser posible con los padres del niño con el fin de unificar un mecanismo de orientación y apoyo desprovisto de*

[4] Archivos 13, 14 y 15 (Contestación de la demanda…), carpeta de 1ª inst., exp. digital.

cualquier forma de violencia física o psicológica, respecto del menor y de los padres mismos, deberá regularse, de acuerdo a los hallazgos dentro del proceso de restablecimiento de derechos, las visitas en lo que se refiere a tiempos y determinará si continúa siendo necesario o no la presencia de terceros al momento de los contactos en materia de visitas entre el padre e hijo y se propenderá por el equilibrio en los tiempos de compartimiento con cada padre, deberá también establecerse, si existe o no es lo posible, alguna forma de alienación parental y de ser asi tomar las medidas correspondientes para evitar que esta situación continúe, que constituye también una forma de maltrato o abuso emocional" y iii) condenar en costas a la parte demandante.

Lo anterior, tras citar en extenso la definición legal y conceptos jurisprudenciales sobre la patria potestad, sus características, y que "*en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular.*" -para lo cual trae también a colación los preceptos del Art. 44 de la C.N., el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Convención de los Derechos del Niño-. "*Por consiguiente, al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho de éste a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso, y el cuidado de protección y la seguridad del niño procurando la conservación del entorno familiar cuando los padres están separados y viven en lugares diferentes*".

Al descender al caso concluyó que la relación entre los padres del menor -demandante y demandado-, se encuentra deteriorada por los conflictos surgidos entre ellos, siendo "*evidente que ambos excompañeros se realizan críticas, comentarios y juicios de valor negativos entre sí y respecto de las familias del otro padre*", circunstancias que "*también se reflejan en los padres de la…demandante…abuelos maternos del menor, cuando se refieren al demandado*"; que sobre el evento de mayor entidad -esto es el del 16 de julio del 2017 [5]- a partir del cual se demanda la privación de la patria potestad hay versiones y testigos disimiles y que si bien "*Respecto del padre demandado se observa, sin lugar a dudas una reclamación inadecuada de sus derechos como padre*", este "*sustenta su reclamación en un ánimo de compartir con su hijo*".

Para el *a quo* quedó claro conforme a lo referido por los testigos de ambas partes, "*que los mayores inconvenientes…se presentan al momento de llevarse a cabo la visita del padre a su hijo*", siendo evidente que el contacto entre estos

[5] Día indicado en el hecho 4 la demanda, aunque posteriormente tanto las partes como el estrado indicaron el día 17.

"se circunscribe a los días sábados de 2 a 4 de la tarde", resaltando *"que en la ocasión en que se dio el incidente del 17 de julio del año 2017,…ya no convivían juntos la pareja integrada por la señora Lina Patricia Alfaro Medina y por el señor Yoan Sebastián Tobito Jaramillo"* y *"que para ese entonces no existía restricción, es decir, no se habían regulado las visitas por parte de la comisaría de familia y el padre hacía uso de las visitas…con ciertas libertades de horarios y de fechas"*, también fue evidente para el juez de conocimiento *"que se presentan serias dificultades para negociar y encontrar puntos de convergencia respecto de la manera como se lleva a cabo la visita a que se ha hecho referencia y respecto de los tiempos de contacto en las visitas del padre a su hijo, y la imposibilidad del menor de edad de compartir con la familia extendida del padre"*.

De la prueba recaudada observó también el juzgador que *"muy a pesar de que se manifestó por parte del abuelo materno y por la propia madre del menor, que los vídeos que se allegaron por la parte demandada, a la foliatura, tratan de insinuar que son vídeos manipulados por el padre del menor y que casi que obligadamente al menor se le colocó en esa circunstancia para que manifestara que no quería volver pronto a casa de sus abuelos"*, *"que, de acuerdo a lo que se evidencia en dicha filmación, pues no es posible establecer ningún tipo de presión para con el menor, se observa espontáneo y voluntario y se observa entonces que se puede concluir un vínculo afectivo filial entre el padre y su hijo"* que *"vale la pena preservarlo y debe encausarse a mejores patrones de relacionamiento entre padre e hijo"*, siendo *"inocultable que en el presente asunto, ambos padres del menor y los abuelos maternos reeditan vivencias del pasado y malestares no resueltos, situación que impide que se focalicen en una posible resolución o acuerdo actual"*.

Destacó también el juzgador que aunque se han referido otros hechos donde se ha manifestado que el demandado agredió a la demandante *"cuando se movilizaba en una moto con el menor y en compañía de otra persona"* y que existen *"medidas de protección que se han solicitado por la señora madre del menor… y la abuela del menor y que fueron concedidas, en ninguna parte aparece relacionada como víctima y como medida de protección para el niño ÁMTA, estas medidas de protección son a favor de la señora Lina Patricia Alfaro Medina y de la señora María Elena Medina"*.

Que para ese despacho quedó claro que el demandado *"tiene unos problemas de conducta originados en su trauma que se le originó a raíz del accidente cuando prestaba servicio en la policía"*, que existe una relación inadecuada entre los

padres del menor e incluso que el señor Tobito Jaramillo llegó a originar situaciones que colocaron en riesgo a su menor hijo; empero tales **situaciones distan de lejos del maltrato y la depravación, y no se resuelven con la privación de la patria potestad demandada**, como medida que para el caso "*no satisface ni beneficia al menor*", y "*por el contrario, contraría el principio pro infans*", insistiendo en "*que **no se encuentra demostrado el maltratamiento del menor ni la depravación que le incapacite al señor Tobito Jaramillo para ejercer la patria potestad***", lo que no obsta para que en procura del equilibrio de los derechos en conflicto se disponga iniciar proceso de restablecimiento de derechos del menor de edad ÁMTA, por parte de la autoridad administrativa competente, en el caso del municipio de Caloto por la Comisaría de Familia de esa localidad.

4. LA APELACIÓN [6]. La formuló el apoderado de la demandante una vez notificado por estrados de la sentencia, deprecando la revocatoria del proveído, el que crítica porque "*era una decisión que ya venía armada con anterioridad a este día*" y "*solo le faltaba añadir los testimonios que presenciamos el día de hoy, para armarla*" -refiriéndose al día de la audiencia de juzgamiento-, expresando su desacuerdo frente a las misma en los siguientes puntos:

- Que el juez solamente hizo referencia "*de una manera somera a las pruebas testimoniales, pero no hace una valoración*" de ellas "*ni tampoco de las pruebas documentales*" y además decretó unos testimonios "*de una forma arbitraria*", cuando como lo manifestó en la contestación de las excepciones, "*no cumplían con ese requisito del artículo 212 del Código General del Proceso, pero aun así el señor juez los decretó de oficio*" y no tuvo en cuenta "*las contradicciones que tuvo la testigo del señor Joan Sebastián Tobito Jaramillo, la señora Paola, que ni siquiera se acordaba de quién era la fiesta que le estaban celebrando el día 17 de julio*".

- Que si el juzgador no niega que el demandado haya puesto en peligro al niño, "*¿Cómo va a manifestar esto y va a tomar una decisión contraria? Dice que sí, que efectivamente puso en peligro el niño, dice que los hechos sí existen, pero que no constituye un maltrato ni depravación contra el menor, solo hace referencia a los hechos del 17 de julio, pero no toma en cuenta el riesgo en que se puso al menor por parte de su padre, ni el maltrato psicológico y los eventos en que bajo el*

[6] Audiencia de instrucción y juzgamiento, record 3:48'55''-3:57'50'', carpeta de 1ª inst., exp. digital.

consumo de sustancias psicoactivas constituyen una depravación contra el menor y que efectivamente se probaron con los testimonios que trajo este abogado a este proceso".

- Que la sentencia dice que el demandado "*solo tiene problemas de conducta y no toma en cuenta el dictamen pericial de medicina legal, ni siquiera hace referencia a ese dictamen"; "ni se refirió a las conductas de drogadicción del señor Joan Sebastián Tobito Jaramillo, que fueron ampliamente reconocidas por él, por su hermana, por todos los testigos,…pero para el señor juez efectivamente esto no es un problema de depravación, esto no le hace ningún daño al menor que el papá se drogue, que el papá lo recoja en estado bajo los efectos de la marihuana y que el niño llegue impregnado a marihuana, esto para el señor juez no pasa nada, es un pasatiempo del señor Tobito Jaramillo"*.

5. ACTUACION DE SEGUNDA INSTANCIA. Efectuando el examen preliminar, fue necesario requerir al despacho a quo para que remitiera los archivos faltantes para dicho estudio [7] y recibidos los mismos se profirió auto calendado el 17 de febrero del 2023 que admitió la alzada, tuvo por sustentada de manera anticipada la apelación [8], sin perjuicio de la facultad que confiere el inciso tercero del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, ordenándose correr traslado de la misma a la parte contraria y dispuso la prórroga del término para emitir decisión de fondo [9].

5'. El término de traslado de la sustentación anticipada referida, transcurrió en silencio [10].

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales están satisfechos en este asunto, luego no hace falta pronunciamiento particularizado al respecto distinto al de mencionar, que tampoco se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta este momento ni las partes presentaron alegato en tal sentido.

---

[7] En especial los de las audiencias de primera instancia (Expediente digital, carpeta de segunda instancia, Archivo 002).
[8] Acatando lo establecido por la Corte en sentencias STC5497-2021, 18 may. 2021, rad. No. 11001-02-03-000-2021-01132-00 MP. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO, y STC2478- 2022, 7 mar. 2022, rad. No. 11001-02-03-000-2022- 00480-00 MP. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, entre otras que resultan aplicables respecto del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, por cuanto reproduce en su integridad la redacción original del Decreto 806 de 2020 en ese aspecto.
[9] Archivo 004, carpeta de segunda instancia del expediente digital.
[10] Siendo simplemente de anotar que en un lapsus secretarial, y sin que el recurrente allegara sustentación complementaria, dicha dependencia puso en traslado el acta de la audiencia de primera instancia contentiva de la apelación interpuesta. Archivos 007 a 009, carpeta de 2ª inst. del exp. digital.

2. Es además a esta Colegiatura a la que le corresponde conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia proferida por el *a quo* bajo la órbita de la competencia fijada en razón del factor funcional consagrado en el art. 31-1 en concordancia con el 35 del C.G.P., siendo del caso pronunciarse *"solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante"* (inciso primero del art. 328 ibídem) para revocar o reformar la decisión si fuera el caso.

3. El **problema jurídico** que compete desatar a esta Sala, acorde con los reparos expuestos por el apelante, se centra en determinar, si contrario a lo decidido por el funcionario de primer nivel se encuentran acreditadas las causales legales para privar al demandado de la patria potestad sobre su hijo menor. Ello impone verificar si como lo cuestiona el recurrente, omitió efectuar la valoración de la prueba allegada.

4. La tesis de la Sala es, que NO se hallan demostradas las causales invocadas para privar al demandado de la patria potestad sobre su menor hijo, amen de que no cabe endilgársele al juez de conocimiento omisión trascendente en la valoración de las pruebas acopiadas. A las anteriores conclusiones se arriba luego de realizar el siguiente análisis jurídico y probatorio:

4.1. Como primera medida, debe señalarse, que las citas normativas y jurisprudenciales sobre la **patria potestad** leídas por el juez de primer grado, pueden entenderse en su mayoría replicadas en esta decisión al no ser ellas blanco del ataque del apelante, más allá de su lamento inicial de que -probablemente por la profusa extensión en ese apartado del proveído- lo llevaron a indicar que la decisión ya estaba montada con anterioridad a su proferimiento y que solamente se le agregó lo de los testimonios, parecer que en nada conmueve lo finalmente decidido pues ningún reproche puede hacerse a los operadores judiciales por el hecho de tener previamente dispuestas y a la mano, las fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales con las que apoyaran sus veredictos.

4.2. Es pertinente sí volver a recordar, que la patria potestad *es el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres para que puedan cumplir con las obligaciones que el ordenamiento jurídico les impone frente a sus hijos menores de edad* (art. 288 del C.C.), 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" [11].

Ha explicado también la jurisprudencia constitucional con apoyo en el aludido artículo 288 del Código Civil, que:

«*dada su naturaleza, la patria potestad está conformada por poderes conjuntos que deben ejercer ambos padres, o a falta de uno de ellos le corresponde al otro, y refiere a la administración del patrimonio de los hijos, al usufructo de los bienes que les pertenecen, a la representación judicial y extrajudicial en todos los actos jurídicos que se celebren en beneficio de los hijos, y a la facultad de autorizar sus desplazamientos dentro y fuera del país. (…). Se trata entonces de una institución jurídica de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible y temporal, de la cual se deriva que los padres no pueden sustraerse al cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que tienen con sus hijos, a menos que* ***la patria potestad sea suspendida o terminada por decisión judicial cuando se presenten las causales legalmente establecidas*** [T-041/96]. *De allí que, la patria potestad sea reconocida en la actualidad no como una prerrogativa o derecho absoluto de los padres* [C-727/15]*, sino como una institución instrumental que permite a éstos garantizar los derechos de sus hijos y servir al logro del bienestar de los menores*» [12] (Subrayado extratextual).

Se tiene igualmente y para lo que interesa directamente resolver en este proceso, que es posible, en aras de proteger el interés superior del menor, proveer sobre la terminación de la patria potestad de cualquiera de los padres, siempre y cuando haga presencia sin margen de duda, alguna de las causales expresamente señaladas en la ley, concretamente las del artículo 315 de la normativa civil.

4.3. En el sub examine, la demandante solicita privar al señor YOAN SEBASTIAN TOBITO JARAMILLO de la patria potestad que por ley ejerce sobre el menor hijo de los dos -AMTA-, petición que busca encontrar fundamento de acuerdo con la demanda, en **las causales previstas en los numerales 1º y 3º del artículo 315 del C.C.**, consistentes en **el maltrato del hijo y por depravación que incapacite al padre para ejercerla**.

4.3.1. El *a quo* despachó negativamente las pretensiones del libelo, por cuanto no encontró que a la postre se tipificaran las mencionadas causales, conclusión que tras el embate de la parte actora, no encuentra desvirtuada esta colegiatura.

---

[11] C.S. de J., Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de mayo de 2006, exp. 11001020300020060071400.
[12] Corte Constitucional, sentencia T-384/18, M.P. Cristina Pardo S.

4.3.2. Y es que en verdad, las glosas de estirpe probatorio con las que el recurrente pretende echar por tierra las conclusiones de primera instancia y provocar una decisión sustitutiva de la de primer grado completamente plegada a sus intereses, carecen de esa virtualidad. Empezando con el cargo por el supuesto decreto arbitrario de la prueba testimonial de oficio, que queda descartado de plano con la constatación que sobre el expediente puede hacerse de ese proceder concreto del juzgador, quien simplemente hizo uso de la facultad y/o deber que le conceden los artículos 169 y 170 del Código General del Proceso, que aluden a que *"las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte* ***o de oficio*** *cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes*", y que "***el juez deberá decretar pruebas de oficio****, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia*"; lo que desplegó de cara a las partes en la primera sesión de audiencia de instrucción y juzgamiento del 16 de diciembre del 2001, al proferir oralmente el auto # 306 mediante el cual *"negó la práctica de los testimonios solicitados por la parte demandada por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 212 del Código General del Proceso en lo que tiene que ver con la concreción sobre los hechos en que deberán practicarse los testimonios"* pero *"en aras de esclarecer la situación máxime tratando ese derecho de menor de por medio decreta como prueba oficiosa los testimonios de la señora Paola Andrea Tobito Jaramillo del señor José Armando Tobito y la señora Jimena Leal mencionados en la contestación de la demanda…"*, decisión que puesta en conocimiento de las partes recibió del ahora recurrente la siguiente manifestación: "*Su señoría, pues no, la verdad no me opongo al decreto de pruebas, aunque el abogado no cumplió con los requisitos formales que se requiere para esa solicitud de pruebas y no veo realmente lo que está decretando el despacho que afecte los intereses de mi representada. No me opongo*" [13].

No es de recibo por lo tanto que con posterioridad el aquí apelante intente reciclar tan frágil argumento, contraviniendo incluso la anuencia explicita que en el trámite había dado a dicho aspecto, del que basta memorar se encuentra respaldado por reiteradas pautas jurisprudenciales, contundentes desde antaño en prescribir:

"*En síntesis,* ***el decreto de pruebas de oficio, en materia civil, no es una mera facultad discrecional del juez, como tampoco una obligación que se imponga de modo necesario en todas las circunstancias; sino que el caso concreto indicará, de manera razonable, cuándo esa atribución se erige en un verdadero deber legal****. Para*

[13] Record 1:51'-… de la Audiencia de instrucción y juzgamiento.

tal efecto ***el funcionario deberá emplear los poderes que el estatuto procesal "le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes"*** *(num, 4°, art. 37 C. de P.C.); cuando "las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes" (art. 179 ibídem);…»* (CSJ STC, 7 de jun. 2012, Rad. 01083-00, citada entre otras en STC1274-2014 y STC6563-2016).

4.3.3. De otro lado el insular señalamiento de contradicciones que de manera genérica le hace a una de las testigos *-Paola Tobito Jaramillo-,* y que en últimas se limitó a reprocharle "*que ni siquiera se acordaba de quién era la fiesta que le estaban celebrando el día 17 de julio*" se mostraba tan trivial desde un primer momento que el mismo juzgador en el desarrollo de la diligencia y de esa particular discusión se dirigió expresamente al abogado de la demandante -quien estaba interrogando a la testigo- indicándole al interrogador: "*Es irrelevante. Finalmente, el despacho concluye que se le estaba celebrando el cumpleaños a un menor. Al grano doctor*".

En la versión de esta testigo (hermana del demandado), la misma aseveró haber sido ella quien llamó a Yoan para que trajera al niño a la reunión familiar que en ese momento tenían en la casa de otro de sus hermanos; que "*Él llegó a pie, él no venía borracho, me dijo que se ha tomado dos cervezas*"; "*estábamos compartiendo cuando nosotros estábamos ahí cuando la que dijeron que iban a llamar a la policía porque él, supuestamente, el niño, él se lo ha traído a las malas y no fue a las malas porque a la mamá no le gusta que el niño comparta con nosotros.*"; que su hermano no llegó con ningún cuchillo y "***En ningún momento él me metió un cabezazo***" y que ni "*el abuelo ni la abuela ellos no estaban allí*" -los 2 testigos de cargo del mismo hecho-.

Por eso es que auscultada en su integridad la antedicha declaración, lo que se señala como "contradicción" en la misma, dada su precariedad lejos está de descalificar por completo el testimonio de la mencionada deponente y mucho menos de servir de elemento para refutar las conclusión del a quo, prohijada por esta Sala, que ante las disimiles y encontradas versiones en lo referente a ciertos detalles del hecho que la propia demandante considera como el de mayor relevancia (en particular lo de la supuesta manipulación de un cuchillo por parte del demandado, máxime que ni siquiera en la hipótesis acusatoria se llega a postular que el mismo se hubiera empleado para maltratar al niño [14] o lo de la agresión a la hermana con un cabezazo) no encontró reconstruido un supuesto

[14] Incluso en dicha hipótesis, que niega el demandado, se asevera que este lo blandía en una mano para que no le quitaran al niño.

fáctico que tipificara los maltratos al menor y la depravación que se le achacan por la demandante al demandado con miras a despojarlo de la patria potestad sobre el menor AMTA.

4.3.4. No es cierto tampoco que el juez de instancia hubiera omitido la valoración de las declaraciones y la prueba testimonial. El que no hubiera consignado extensas transcripciones de los dichos de los declarantes en los considerandos de la sentencia opugnada, en forma alguna constituye yerro de esa especie, visto además que a lo largo de las prolongadas sesiones de audiencia [15], el juzgador desplegó activamente sus deberes instructivos tanto con los interrogatorios exhaustivos oficiosamente realizados a las partes (Art. 372-7), como con el especial empeño en lo que a los testigos se refiere, para que sus testimonios fueran "exactos y completos" y con observancia de las reglas que para la práctica del interrogatorio a los testigos establece el art. 224 ibídem, sorteando además las dificultades presentadas en el decurso virtual en el que se desarrollaron las audiencias.

4.3.4. No puede hacerse entonces mayor reproche al juzgador, en lo que a la práctica de las pruebas se refiere, pues cumplió a cabalidad con el principio de inmediación al estar presente y activo en su recaudo y atento a los correspondientes ritos probatorios, lo que se reflejó en la valoración efectuada en la sentencia, en donde a manera de paneo es detectable la apreciación que hizo de la prueba testimonial y de las conclusiones derivadas de la misma. Se extractan así del segmento correspondiente a la grabación los siguientes apartes denotativos de lo que acaba de señalarse:

"*en el interrogatorio de parte rendida por la madre del menor Ángel Matías Tobito Alfaro, la señora Lina Patricia Alfaro Medina y los abuelos maternos del referido menor, que en esta fecha se presentó un incidente donde el señor demandado, Joan Sebastián Tobito Jaramillo, retiró de manera brusca e inadecuada del hogar de la señora Lina Patricia Alfaro Medina, alrededor de las ocho y media al nueve de la noche a su hijo Ángel Matías Tobito Alfaro para trasladarlo a una reunión familiar en casa de uno de sus hermanos, se asegura que ante este hecho procedieron a desplazarse hasta el sitio donde se encontraba el menor a reclamar que se les entregara el referido niño, situación a la que se negó el señor demandado Joan Sebastián Tobito Jaramillo, que este tenía el menor en la mano izquierda, dice la madre del mismo que lo sangoloteaba, dice la abuela del menor materna que lo apretaba y que en la otra mano portaba un cuchillo para evitar que le quitaran el menor. Estos mismos hechos han sido negados por el demandado, los testigos que se relacionaron primero y la*

[15] La inicial con una duración de algo más de 2 horas y media y la de instrucción y juzgamiento de casi 4 horas, en las que el mayor tiempo invertido fue en la practica de interrogatorios y testimonios.

*declaración de parte indican que estaba tan violento el señor demandado Joan Sebastián Tobito Jaramillo, que propinó un cabezazo rompiendo la nariz de una de sus hermanas de nombre, Paola Tobito, como se indicó estos hechos fueron negados rotundamente por él demandado, en el sentido de asegurar que no tenía ningún cuchillo en su mano y que la lesión que sufrió su hermana Paola Andrea Tobito, obedeció a un movimiento brusco que realizó, con el cual con el codo lesionó a su hermana en la nariz lo que originó sangrado en razón de una reciente cirugía de nariz, es decir, existen testimonios que indican que efectivamente los hechos ocurrieron como lo relata la demanda y testimonios que indican que los hechos no ocurrieron como lo relata la demanda, sino como lo relata el abogado del representante de los intereses del señor Tobito Jaramillo, en la contestación. Se ha manifestado por parte de los testimonios de los abuelos maternos y de la propia señora Lina Patricia Alfaro Medina, al igual que del testimonio del señor Pablo Cortés, que en todas las ocasiones en que el señor Johann Sebastián Tobito Jaramillo, acudía a la visita del menor, se le asegura que se encontraba bajo los efectos de marihuana, dicen deducirlo por el olor que siempre desprendía de su cuerpo, se manifiesta también que acostumbraba el señor Tobito ir hasta la casa de la madre del menor en común, a llevarlo en motocicleta colocándolo de alguna manera en riesgo, el señor Pablo Cortés indica que de manera irresponsable y un poco riesgosa lo subía en la moto y con una mano conducía y con la otra llevaba al menor, **para el despacho entonces existen un grupo de testigos que evidencian cómo ocurrieron los hechos y de la manera como lo relata el abogado de la parte demandante y otros que niegan que así ocurrieron y que no existió tal agresión en los términos en que lo plantea la demanda** (…)*

sin embargo, observa el despacho, de la prueba recaudada y atendiendo en especial, muy a pesar de que se manifestó por parte del abuelo materno y por la propia madre del menor, que los vídeos que se allegaron por la parte demandada, a la foliatura, tratan de insinuar que son vídeos manipulados por el padre del menor y que casi que obligadamente al menor se le colocó en esa circunstancia para que manifestara que no quería volver pronto a casa de sus abuelos, el despacho debe manifestar que, de acuerdo a lo que se evidencia en dicha filmación, pues no es posible establecer ningún tipo de presión para con el menor (…)"

4.3.5. **Queda visto que sí hubo valoración de la prueba declarativa. Diferente es que el apelante discrepe de lo decidido a partir de ella por ser contrario a sus aspiraciones**.

4.3.6. En cuanto a la omisión de valorar la prueba documental, la escueta sustentación de la alzada no indica a que documento en particular se refiere como omitido y la posible trascendencia de esa hipotética omisión. El apelante, parece refundir bajo dicho concepto lo relacionado con el dictamen pericial rendido por el Instituto de Medicina Legal, que no obstante su ausencia de mención en el texto de la sentencia tampoco ofrece soporte para acceder a las pretensiones.

Las conclusiones de la perito forense especializado, Liliana Charry Lozano, sobre la evaluación psiquiátrica realizada al demandado el día 28 de octubre del 2021 [16], fueron

A la evaluación psiquiátrica realizada al señor Yoan Sebastian Tobito, se encuentra sintomatología compatible con un Trastorno por Estrés Postraumático Crónico. En la personalidad clínicamente se observa que es extrovertido, impulsivo, tendencia depresiva, dificultad para el manejo de la ira, que informa se ha controlado, actualmente disfruta más las actividades solitarias.

Requiere continuar tratamiento ambulatorio con equipo interdisciplinario y rehabilitación integral, controles por psiquiatría, psicología, terapia ocupacional, con apoyo de la red familiar, que propenda por el control de la psicopatología, control de impulsos, incluyendo rehabilitación cognitiva; respetando la Dignidad y los Derechos Humanos del peritado.

No fue aportada la copia de la investigación, ni copia de valoraciones psicosociales del grupo familiar, por lo que no es factible dar una opinión, sobre situaciones de riesgo que afecten el ejercicio de los derechos del menor y los roles parentales. Una vez allegada, la información solicitada a través de su despacho, se podrá realizar una complementación el presente informe pericial.

La conclusión que como recomendación se formula en el presente informe pericial se refiere únicamente a la situación existente en el momento de practicarse esta entrevista y con los elementos sumariales dispuestos por la autoridad, por ello los resultados no pueden extrapolarse a circunstancias o condiciones ambientales diferentes. De presentarse variación en tales circunstancias convendría una nueva valoración y un nuevo análisis situacional.

Enfatiza la Sala que **en el examen adelantado por parte del Instituto Nacional de medicina Legal y Ciencias Forenses al mencionado padre, no se indicó de manera categórica que el trastorno de conducta por el que viene siendo tratado desde mucho tiempo atrás -varios años antes de que incluso naciera su hijo AMTA- se reflejara en situaciones de riesgo concretas que pudieran afectar *"el ejercicio de los derechos del menor y los roles parentales"***. Lo anterior, obviamente sin perjuicio de variación en las circunstancias a futuro.

4.3.7. Concuerda ello incluso con las últimas evoluciones que le aparecen en la historia clínica que por sanidad de la policía nacional fuera remitida -la última fue del 21 de diciembre del 2020- en la que el médico Fabio Mantilla B., de la especialidad de salud mental siquiatria, dejó consignado que el paciente con "*antecedente de esquizofrenia indiferenciada, auxiliar de la policía, pensionado, vive con los padres,* ***presenta buena relación con los familiares, no refieren síntomas psicoticos, refieren buena adherencia a medicación, coherente, no ideación suicida, no conducta agresiva"***, entre otras [17].

[16] Archivo 26, carpeta de 1ª inst., exp. digital.
[17] Archivo 26, carpeta de 1ª inst., exp. digital.

4.4. Lo que alcanza a traslucirse es que la parte actora pretende encontrar apoyo para sus pretensiones en antecedentes remotos, anteriores incluso al nacimiento del hijo en común -24 de agosto del 2016-, de eventos cuando el estado de salud mental del demandado estuvo mucho más crítico que para el momento en que fue presentada la demanda, incluido lo del consumo de marihuana aceptado por el mismo demandado, pero del que se refiere estar superado o superándolo, y aunque se esfuerza por ligar todo ello a posibles maltratos físicos y/o psicológicos del padre para con el menor coetáneos con la tierna infancia de éste, **lo cierto es que no aparecen hallazgos y mucho menos diagnósticos clínicos que evidencien de manera fehaciente que el niño ha recibido maltratos físicos, sicológicos o depravaciones de parte de su progenitor**.

En el caso concreto, refulge de la reseña fáctica que los presuntos maltratos y depravación al menor, tienen en la versión de la parte actora su mayor dimensión en el evento que cronológicamente se remonta al 16 de julio del 2017, fecha en la que el infante era prácticamente un bebé -aún no cumplía el primer año de edad- versión acusatoria que además se amplifica con otras interacciones desagradables entre los progenitores y/o entre el padre y la familia de la madre -los abuelos maternos de AMTA-, que en verdad no constituyen patentes actos de maltrato o depravación del señor Tobito Jaramillo sobre su menor hijo AMTA.

Tales acusaciones no pasan de ser apreciaciones personales de la demandante y su entorno, que siguen calificando al demandado como "drogadicto" y "marihuanero" y que como bien lo explicó el juez de primera instancia, reeditan situaciones conflictivas del pasado, que independientemente de que puedan considerarse indebidas e inadecuadas por parte del demandado no llegaron comprobarse con la entidad suficiente para tipificar las causales de privación de la patria potestad enrostradas.

Auscultado el material probatorio obrante, y contrariamente a lo genéricamente aseverado por el recurrente, no obra evidencia clara que demuestre maltratos físicos o sicológicos inferidos al menor por su padre o una repudiable depravación de este, actual o reciente, que habiliten a privarlo legítimamente de la patria potestad. Para esto último cabe agregar que si bien la causal 3ª del artículo 315 se relaciona con aquellos vicios de los padres que pueden atentar contra el bienestar de los hijos impidiendo su buen desarrollo

físico y emocional, y lo del consumo de marihuana teóricamente podría encasillarse en la referida causal, no llegó a demostrarse que el que aceptó en el pasado el propio demandado haber realizado, tenga las características de una depravación incapacitante que le impida ejercer en la actualidad la patria potestad, máxime que ni en la historia clínica ni en el concepto de medicina legal se consigna referencia relevante con relación a ese factor o se indica que el demandado tenga dependencia viciosa al mencionado psicotrópico, a lo que se suma que la custodia sobre el niño ha venido siendo ejercida de manera preponderante por la madre mientras que el padre se encuentra sometido al régimen de visitas, sin que obren valoraciones de expertos que permitan concluir que en el desarrollo de las mismas el señor Tobito Jaramillo hubiese desplegado maltrato físico o sicológico o conducta aberrante o depravada que hubiere siquiera potencialmente pudiera provocar afectación al niño en su integridad o desarrollo.

En ningún momento el juzgador, ni está colegiatura están avalando que el padre interactúe *bajo los efectos de la marihuana* con su hijo, o que adopte el consumo del cannabis como pasatiempo -como coloquialmente lo añade en su apelación el recurrente-. Otra cosa es, que sumado a lo incipiente de la acusación que se hace en ese sentido, a la tardanza en plantearla -si se tiene en cuenta que el hecho de mayor gravedad, según la propia parte demandante había ocurrido más de 3 años antes de que se presentara la demanda, al margen de las ambigüedades en distintos detalles de la misma- diste en efecto de tipificar sin margen de duda y de acuerdo a todo el contexto apreciado por el sentenciador, las causales endilgadas para imponer la más drástica sanción con relación a la patria potestad, la cual, como con acierto lo determinó la primera instancia, debe ser el último mecanismo por el que se debe propender.

5. Y no hay lugar a decir que por ello, se desatendió el principio de velar por el interés superior del menor (Art. 44, C.N.), tan es así, que el juzgador cuestionado en el último ordenamiento de la sentencia apelada, adoptó medidas dirigidas a la verificación de los derechos del menor en los términos del art. 52 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en cuanto pueden verse afectados por las sostenidas disputas entre sus progenitores [18], actuando de esta forma dentro del marco del art. 281 del CGP que en su parágrafo contempla que "*en los asuntos*

[18] Numeral 3, acápite de antecedentes de este proveído.

de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente... y prevenir controversias futuras de la misma índole".

Sea de agregar además, que las decisiones que hasta ahora se hayan adoptado por distintas autoridades, sobre régimen de visitas, restablecimiento de derechos, custodia y cuidado personal, alimentos y demás instituidas en función de los derechos del menor AMTA, no hacen tránsito a cosa juzgada material y pueden ser sustituidas o modificadas en caso de que hacia el futuro las circunstancias lo exijan, al igual que lo referente a la patria potestad en caso de que llegaran a darse los presupuestos para ello, todo ello a través de los mecanismos legalmente previstos y con respeto del debido proceso.

6. Así las cosas, y por coincidir en lo esencial con la formulación [19] y respuesta dada a los problemas jurídicos por el juzgador de primer grado [20] y descartada la trascendencia de las falencias -presuntas o reales- de tipo probatorio que le atribuye el apelante, se impartirá confirmación a la decisión atacada, siendo claro que no toda actuación irregular por parte de un padre respecto de sus hijos debe concluir necesariamente con la drástica sanción de privar a este de la patria potestad, pues sin desconocer que han existido fallas del demandado en su rol de padre, las mismas no llegaron a configurar las causales por las que se demandó fuera decretada la terminación de la potestad parental.

7. Pese al fracaso de la alzada y dado que en esta instancia no hubo despliegue alguno de la parte demandada, no se impondrá condena en costas por no haberse causado (núm. 8 art. 365 C.G.P.).

---

[19] Que se recuerda, fueron formulados en primera sede así: "*Establecer si con la prueba aportada en el proceso y con la recaudada en esta audiencia, si procede o no la privación de la patria potestad que ejerce el señor YOAN SEBASTIAN TOBITO JARAMILLO sobre el menor AMTA, de conformidad con las causales 1 y 3 del art. 315 del C.C.*
Establecer si la medida de privación de la patria potestad resuelve el conflicto y si es la que más satisface el interés superior del menor de edad". (Archivo 32, Acta Audiencia, carpeta de 1ª Inst., Exp. digital)

[20] Que se tradujo en declarar "*probada la excepción de inexistencia de requisitos para que se configure la privación de la parte potestad, invocada en el artículo 315 del código civil y sus numerales uno y tercero, por no darse los requisitos, tanto de lo que se ha, referido al maltrato del niño ÁMTA, como a la depravación que incapacite al padre para ejercer la patria potestad, es decir, en el presente asunto…existen unas conductas inadecuadas del padre, pero que no lo ubican en su calidad de depravado que le incapacite para ejercer la parte potestad y la medida que mejor satisfacen los derechos superiores del menor, es la medida del inicio de la actuación administrativa en proceso de restablecimiento de derechos*" (Audiencia de instrucción y juzgamiento).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de diciembre de 2021 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Caloto (Cauca), dentro del asunto de la referencia.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Una vez ejecutoriado el presente fallo, y en vista de que las diligencias se remitieron a esta Corporación por medio digital, por conducto de Secretaría comuníquese la presente determinación al Despacho de origen, anexando también por dicho medio solamente la actuación correspondiente a la segunda instancia, efectuándose las desanotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado ponente

DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada

MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
Magistrado