El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de segundo grado - Familia

Proceso : Verbal - Cesación de efectos civiles

Demandante : Lida Marcela Mejías Largo

Demandada : Carlos Alberto Valencia Valencia

Procedencia : Juzgado 1º de Familia de Pereira

Radicación : 6600-131-0001-2018-00290-01

Mg. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA

**TEMAS: CESACIÓN EFECTOS CIVILES DE MATRIMONIO RELIGIOSO / MALTRATO FÍSICO E INFIDELIDAD / CONFESIÓN DEL DEMANDADO / ALIMENTOS / CUSTODIA COMPARTIDA DEL HIJO MENOR / ANÁLISIS PROBATORIO.**

La falladora de primer nivel encontró probadas las causales con la confesión del señor Valencia Valencia, aunque respecto a hechos diferentes a los narrados en la demanda, aptos para fundar la causa para pedir, según se explicó, por razón de la congruencia flexible que autoriza el legislador en estos asuntos de familia.

Revisada la declaración rendida por el demandado, se tiene que en efecto, aceptó haber tenido una relación de noviazgo con la señora Sandra Milena en enero de 2018, posterior a la separación matrimonial…; también aceptó otra relación semejante con una menor de edad, Mayerly Gallego…

Escrutada la sentencia de primer grado, bien se aprecia que la tasación probatoria resultó razonable y ajustada al material allegado, por manera que el juicio de imputación por las dos causales estuvo debidamente fundado y no amerita reproche alguno en esta sede. La confesión simple hecha por el señor Valencia V., reúne los requisitos del artículo 191, CGP. (…)

No debió fijarse cuota alimentaria para la cónyuge. No hubo valoración adecuada de la necesidad en cuanto la señora Mejías, pues trabaja ya que tiene un restaurante y recibirá parte del haber social luego de la liquidación de la sociedad conyugal.

… No es cierto que se omitió la valoración; aunque fue bastante breve, examinó la necesidad de la actora y la capacidad del demandado. Tuvo por sobreentendido el nexo, derivado de la constatada culpabilidad en la cesación.

El cónyuge culpable es el señor Valencia por haber desconocido su deber de fidelidad, por lo tanto, se deduce adjudicarle los efectos del artículo 411-4º, CC, que prescribe: “Se deben alimentos: (…) 4º A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado sin su culpa”. (…)

En lo atinente a la necesidad de la señora demandante, se tiene que, en seguimiento de la sentencia del 23-09-2019 de este Tribunal, dicha manifestación es indefinida, por ende invierte la carga probatoria, y para este caso se radica en el demandado, quien no la desvirtuó…

Se censura no haber oído al niño, tal cual manda el artículo 26, CIA, sin embargo, en el auto del 14-09-2018, que decretó las pruebas, se dijo: “(…) Johan Steven a quien se entrevistará para efectos de conocer el querer, pensar y sentir frente a la problemática que nos ocupa, conforme lo dispone el artículo 26 de la Ley 1098 de 2006 y según lo solicitado por el Procurador (…).Y en efecto, así aconteció como puede verse en los informes aparejados al proceso. (…)

Cierto es que el niño ha exteriorizado que desea convivir con el papá, pero también ha mostrado la necesidad de conservar vínculos estrechos con su madre, al punto que acogió compartir con ella desde noviembre de 2018.

Vistas así las cosas, emerge para esta Sala Especializada como una solución justa y razonada, fijar la custodia o guarda de Jhoan Steven de manera conjunta o compartida, tanto en el padre como en la madre, pues como se dijo antes, ambos tienen solvencia económica y afectiva para brindarle estabilidad a su hijo. En ninguno de ellos se aprecia alguna condición especial que afecte la idoneidad para el ejercicio de sus roles, ni tampoco se percibe que coloquen en riesgo sus derechos.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

AUDIENCIA PÚBLICA

En la ciudad de Pereira, Rda., hoy cuatro (4) de octubre de dos mil diecinueve (2019), siendo las diez de la mañana (10:00 a.m.), fecha y hora programadas con auto del 25-09-2019, para desatar la alzada interpuesta contra la sentencia del **12-02-2019**, el Magistrado Duberney Grisales Herrera, se declara constituido en Audiencia Pública, en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, Edder Jimmy Sánchez Calambás y Jaime Alberto Saraza Naranjo, conforme al artículo 327, CGP, en la sede donde habitualmente laboran en el Palacio de Justicia de la ciudad.

## La síntesis de la demanda

* 1. Los hechos relevantes. Los señores Carlos Alberto Valencia Valencia y Lida Marcela Mejías Largo, contrajeron matrimonio católico el 03-01-2004 en Cúcuta, de cuya relación hay un hijo, Johan Steven Valencia M. La pareja convivió hasta julio de 2017, cuando la demandante se fue de la casa, por los maltratos físicos y sicológicos del señor Valencia, además sabía de infidelidades. La custodia del menor fue concedida, por la Comisaría de Familia al papá (Folios 65 y 66, cuaderno primera instancia).
	2. Las pretensiones. (i) Declarar la cesación de efectos civiles del matrimonio, entre las partes; (ii) Entregar la custodia y tenencia del menor hijo, a la demandante; (iii) Fijar la cuota alimentaria y régimen de visitas al padre; (iv) Ordenar la disolución de la sociedad conyugal y “*decretarla*” en estado de liquidación; (v) Fijar pensión alimentaria a favor de la demandante; y, (vi) Condenar en costas al demandado *(sic)* (Folios 70 y 71, cuaderno primera instancia).
1. La defensa de la parte pasiva

Se refirió a los hechos y se opuso a las súplicas, salvo a la 1ª (Cesación) y 4ª (Disolución), que aceptó. No formuló excepciones, en forma genérica esgrimió “*Razones de defensa*” y explicó que su contraparte desatendió la carga probatoria, faltaba prueba de las causales alegadas; afirmó que la demandante abandonó sus deberes de cónyuge. Respecto al menor hijo, justificó la custodia para el padre (Avalada por la Comisaría de Familia), en razón a la grave enfermedad de la madre y el deseo del niño (Folios 145 a 154, cuaderno primera instancia).

1. El resumen de la sentencia apelada

En la resolutiva: (i) Decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio; (ii) Declaró disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal; (iii) Dispuso cuota alimentaria a favor de la demandante y a cargo del demandado, por $350.000; (iv) Ordenó la inscripción de la sentencia; (v) Asignó la custodia del menor a la señora madre y fijó como pensión alimentaria $400.000, a cargo del papá; (vi) Condenó en costas al demandado; y, finalmente (vii) Dispuso oficiar al ICBF para que brinden orientación profesional familiar, a los padres.

Para decidir así consideró que la causal 3ª, del artículo 154, CC, “*ultrajes, trato cruel y maltratamiento de obra*”, quedó acreditada con el interrogatorio de parte y los informes de investigación socio-familiar y sicológico. La otra causal (1ª), consistente en la “infidelidad”, fue confesada de manera expresa por el demandado.

Dado lo anterior, fijó la cuota alimentaria a favor de la demandante, porque halló probada tanto, la necesidad de la alimentante, según la pericia incorporada; como la capacidad económica del señor Valencia V. Para determinar la custodia y cuidado personal del menor hijo, acudió a los informes de trabajo social y sicología allegados, que dijo daban cuenta de la idoneidad de ambos progenitores, sin embargo se le asignó a la madre por estimar que está en proceso de restablecer su proyecto de vida y ha mostrado “*adherencia al proceso sicológico iniciado*”.

Finalmente, para subvenir la crianza del hijo, determinó la pensión alimentaria a cargo del padre, con indicación de la importancia de la necesidad de los alimentos y la capacidad del alimentante, mas omitió concretar, en este caso, cuáles eran (Tiempo 01:50:27, registro de audio, folio 246, cuaderno No.1).

1. La síntesis de la apelación
	1. Los reparos. La parte demandada adujo que: **(i)** No debió fijarse cuota alimentaria para la cónyuge; **(ii)** No se demostraron las causales de cesación alegadas; y, **(iii)** La custodiadel menor debió concederse al padre (Folios 247 a 250, cuaderno de 1ª instancia).
	2. La sustentación. En la audiencia fueron argumentados los reparos.
2. la fundamentación jurídica para decidir
	1. Los presupuestos de validez y eficacia. Sin reparos capaces para invalidar el procedimiento; la demanda es idónea y las partes tienen aptitud jurídica para participar en el proceso.
	2. Los presupuestos sustanciales. Este examen es oficioso[[1]](#footnote-1)-[[2]](#footnote-2), se revisa con prescindencia de que lo discutido; así sostiene la CSJ[[3]](#footnote-3) (2016), en criterio pacífico, acogido por este Tribunal[[4]](#footnote-4). Es presupuesto de las pretensiones para emitir una decisión de mérito, es decir, resolutoria de lo postulado, que no de una sentencia favorable.

La legitimación en la causa está satisfecha en ambos extremos de la relación procesal. Esa habilitación legal para debatir los hechos expuestos está en quienes son cónyuges, lo que se acredita con el registro civil de matrimonio aparejado con la demanda, idóneo para demostrar la mencionada calidad de cónyuges en las partes aquí trabadas en litigio (Folio 2, ibídem).

* 1. La resolución del problema jurídico
		1. La pretensión impugnaticia: límite decisional en la apelación

El análisis en esta sede se circunscribe a lo que fue materia de recurso[[5]](#footnote-5), patente aplicación del modelo dispositivo en el proceso civil patrio (Artículos 320 y 328, CGP), con salvedades como las excepciones declarables de oficio (Artículo 282, CGP), los casos prescritos en forma expresa por el artículo 281, CGP, y otros como los presupuestos procesales y sustanciales, las nulidades absolutas y las prestaciones mutuas[[6]](#footnote-6), pero en todo caso eventos inaplicables a este caso.

Con la vigencia del CGP, el juez está autorizado también, en asuntos de familia, para decidir *ultra y extra petita* (Parágrafo 1º, artículo 281), por lo que nada se opone a que establezca otros hechos que no hayan sido invocados[[7]](#footnote-7).

* + 1. La resolución de los reparos formulados

Como en la contestación de la demanda se dijo “no oponerse” a las pretensiones 1ª y 4ª, esto es, la terminación del matrimonio y la disolución de la sociedad conyugal, reluce que la alzada se centra en determinar la culpabilidad del demandado, base de la condena por alimentos en pro de la cónyuge demandante, pues del planteamiento del recurso se infiere que la desazón radica en ese específico aspecto, así como en la custodia del menor hijo, es decir en las súplicas consecuenciales. Se itera: *las partes están conformes con la extinción del vínculo nupcial*.

En todo caso, debe tenerse presente que la CSJ[[8]](#footnote-8), en sede de tutela (Criterio auxiliar por no ser el órgano vértice constitucional), en seguimiento de la CC[[9]](#footnote-9), ha dicho que aun cuando la causal de divorcio invocada sea objetiva, el juez está facultado para valorar la situación concreta, determinar culpabilidad de alguno de los cónyuges e imponer cuota alimentaria a favor del consorte inocente.

Cabe igualmente, asentar que basta la acreditación de una de las causales para fundar la pretensión de cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso celebrado. De fracasar una de ellas, subsigue analizar la otra.

**REPARO No.1.** *No se demostraron las causales de cesación alegadas.* La infidelidad moral aducida, según sentencia del 10-08-1983 de la CSJ, existe en la imaginación y pertenece al fuero interno, por lo tanto, al ser de la intimidad del demandado en nada se puede obstruir, culpar o responsabilizar.

Tampoco se probaron las relaciones sexuales extramatrimoniales. Se desconoció que la demandante incurrió en grave e injustificado incumplimiento de sus deberes como esposa (Art.154-2º, CC), pues abandonó el hogar al irse a vivir a Duitama y desatendió sus deberes con el hijo y el esposo mismo.

No hay cónyuge culpable porque ambos tienen responsabilidad en la separación y el divorcio. Se omitió allegar denuncia alguna contra el demandado u otra prueba; tampoco es explicable que haya soportado durante 14 años la situación de maltrato expuesta. Las “*relaciones sentimentales no formales*” del señor Valencia fueron posteriores a la separación de hecho.

**RESOLUCIÓN.** *Fracasa este reparo*.La falladora de primer nivel encontró probadas las causales con la confesión del señor Valencia Valencia, aunque respecto a hechos diferentes a los narrados en la demanda, aptos para fundar la causa para pedir, según se explicó, por razón de la congruencia flexible que autoriza el legislador en estos asuntos de familia.

Revisada la declaración rendida por el demandado, se tiene que en efecto, aceptó haber tenido una relación de noviazgo con la señora Sandra Milena en enero de 2018, posterior a la separación matrimonial; dijo de manera expresa que tuvo contacto íntimo con ella; también aceptó otra relación semejante con una menor de edad, Mayerly Gallego, sin admitir contacto carnal alguno (Tiempo 01:44:00, registro de audio, folio 246, cuaderno de primera instancia).

La sentencia impugnada encontró demostrada la causal en sus dos (2) especies o modalidades, según enseña el derecho judicial de la especialidad familia, así: la (i) infidelidad material y (ii) la moral. La primera definida como aquella que: “*(…) equivale al adulterio, queda configurada al mediar relaciones sexuales extraconyugales de cualquiera de los esposos, probadas fehacientemente,*”[[10]](#footnote-10); la moral se hace consistir en: “*(…) todas aquellas conductas que sin constituir “(...) trato sexual, algunas por los menos, constituyen violaciones al deber de fidelidad moral, como quiera que, por ejemplo, cualquier relación aún simplemente sentimental con personas diferentes al cónyuge, bien puede crear apariencia o el aspecto exterior de relación amorosa y, por ende, herir susceptibilidades del cónyuge inocente.”,* noción citada por los profesores Montoya Osorio y Montoya Pérez[[11]](#footnote-11), en su obra, tomada de la CSJ[[12]](#footnote-12). De igual parecer el profesor Suárez Franco[[13]](#footnote-13) y el doctor Torrado[[14]](#footnote-14). Categoría que de antaño tiene reconocimiento en la CSJ[[15]](#footnote-15) (1954).

En todo caso, bien diferente es la “*infidelidad intelectual*”, porque hace referencia a las fantasías o pensamientos de índole sexual con personas diferentes al consorte[[16]](#footnote-16). Y con claridad se aprecia que no es la reconocida en este caso, como parece malentendió la defensa.

Escrutada la sentencia de primer grado, bien se aprecia que la tasación probatoria resultó razonable y ajustada al material allegado, por manera que el juicio de imputación por las dos causales estuvo debidamente fundado y no amerita reproche alguno en esta sede. La confesión simple hecha por el señor Valencia V., reúne los requisitos del artículo 191, CGP.

En adición cabe decir que la infracción al deber de fidelidad atribuido al demandado Valencia V., requiere de una sola conducta, es decir, no se exige pluralidad, como reconoce la doctrina[[17]](#footnote-17), sin miramiento alguno; y, fue justamente lo aquí acontecido, aunque este particular aspecto no fue discutido.

Y la razón para entender que la transgresión al contrato matrimonial, por el deber de guardarse fe, operó, es sencilla “*en apariencia*”: dicha relación jurídica no había terminado para la época de la ruptura de la convivencia, esto es, aún sin cohabitar la pareja, las obligaciones maritales estaban vigentes, pues su extinción es por vía del divorcio o la muerte, según regla nuestro sistema positivo (Art.152, CC); persistía, entonces, en cada parte la obligación de acatarlas con rigor. Acota sobre la fidelidad nupcial el doctor Quiroz M.[[18]](#footnote-18):*”(…) es una obligación de tracto sucesivo, que debe cumplirse mientras subsista el matrimonio.”*. Es la tesis mayoritaria acogida en la comunidad jurídica nacional.

Sobre el mismo pensamiento anotan otros autores nacionales[[19]](#footnote-19): “*Para un amplio sector de la doctrina y de la jurisprudencia, subsiste el deber de fidelidad, pues, como bien se anotó la separación no extingue el vínculo matrimonial.”.*

En sentido crítico el profesor Medina Pabón[[20]](#footnote-20), comparte el razonamiento hermenéutico para tal conclusión, pero insinúa un ajuste según el panorama actual de las uniones maritales de hecho. En el derecho argentino, dada la semejanza de sus instituciones con las nuestras, se reporta una interesante polémica entre quienes abogan por la subsistencia del deber y aquellos que la desconocen, así documenta la doctrina de familia[[21]](#footnote-21).

En suma, como viene de verse la declaratoria de cónyuge culpable en cabeza del señor demandado es absolutamente plausible.

**REPARO No.2.** *No debió fijarse cuota alimentaria para la cónyuge*. No hubo valoración adecuada de la necesidad en cuanto la señora Mejías, pues trabaja ya que tiene un restaurante y recibirá parte del haber social luego de la liquidación de la sociedad conyugal.

**RESOLUCIÓN.** *Se desestima este reparo*. No es cierto que se omitió la valoración; aunque fue bastante breve, examinó la necesidad de la actora y la capacidad del demandado. Tuvo por sobreentendido el nexo, derivado de la constatada culpabilidad en la cesación.

El cónyuge culpable es el señor Valencia por haber desconocido su deber de fidelidad, por lo tanto, se deduce adjudicarle los efectos del artículo 411-4º, CC, que prescribe: *“Se deben alimentos: (…) 4º A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado sin su culpa.*”, así la prestación alimentaria, en su vínculo jurídico queda satisfecha, restan los otros dos elementos, a saber: capacidad del deudor o demandado; y necesidad de la alimentaria. Sin duda es un examen indispensable, tal cual es el predicamento constante de la CSJ[[22]](#footnote-22).

Sobre la capacidad económica, arguyó la jueza que si bien no se concretó, se infería que “*ganaba lo suficiente*”, según el informe de la trabajadora social (Folios 237 y ss, cuaderno de primera instancia). Al examinar dicho concepto se tiene que en el acápite “*condiciones económicas*”, se da cuenta de tal aspecto por boca del mismo demandado, quien afirmó no tener carencias, ser trabajador independiente en la administración de fincas productoras de aguacate; recibir $2.500.000 en la actualidad como ingresos, disminuidos en la mitad de tiempo acá. Tampoco admitió tener más hijos u obligaciones alimentarias vigentes.

Ahora, en la respuesta a la demanda se aceptó, en forma expresa (Folios 148 y 149, ibídem), la propiedad de unos inmuebles del señor Valencia, a saber: (i) una casa en La Virginia, R., MI No.290-148737 (Folio 23, ibídem); (ii) El 50% de la finca de MI No.103-28062 (Folio 45, ibídem); (iii) Un predio rural con MI No.103-6995 (Folio 57, ibídem); y, (iv) Una camioneta (Folio 114, ibídem); y se allegaron los documentos conducentes para acreditar la titularidad. Valga resaltar que no opera aquí confesión alguna, puesto que el hecho (Propiedad inmobiliaria) es solemne, una de las excepciones prescritas, que hace ineficaz el mencionado medio probatorio.

En lo atinente a la necesidad de la señora demandante, se tiene que, en seguimiento de la sentencia del 23-09-2019 de este Tribunal[[23]](#footnote-23), dicha manifestación es *indefinida*, por ende invierte la carga probatoria, y para este caso se radica en el demandado, quien no la desvirtuó. Obra declaración de parte de la demandante, afirma que hoy su sustento proviene de lo que recibe de trabajar en un restaurante propio, en Duitama, B., que inició en compañía de una amiga y con el que, para la época de la diligencia llevaba un mes; el capital para iniciarlo fue un préstamo (Tiempo 00:21:03, registro de audio, folio 246, cuaderno de primera instancia). Téngase en la cuenta que los hechos narrados no fueron infirmados, ni siquiera discutidos en el decurso procesal.

Con el panorama descrito, y considerando que se trata de alimentos congruos, es decir, aquellos que permiten al alimentario “*(…) subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social.*”, según el artículo 413, CC, que son los asignados por la ley sustantiva para el cónyuge inocente (Art.414, CC); aprecia esta Sala Especializada que la suma de $350.000 mensuales, no resulta desproporcionada como pensión alimentaria, pues ambas partes concordaron en que la señora Lida Marcela se sostenía en lo personal con su trabajo con “revistas” y el arrendamiento de la casa de La Virginia ($450.000), sin que ayudara para subvenir el hogar.

En suma, para solventar sus necesidades básicas de subsistencia, enfrentada al nuevo comienzo de su proyecto de vida, de manera independiente, luce proporcionado y razonable que reciba la cuota, pues fácil se aprecia que carece de bienes de fortuna que le habiliten proseguir con el nivel de vida que antes tenía, por contera, se ofrece necesaria aquella contribución para sobrellevar las cargas económicas que en la actualidad afronta, máxime cuando la ruptura matrimonial no le es imputable.

Como se analizó, tiene el señor Valencia Valencia capacidad económica para subsidiar la manutención de su ahora, excónyuge, en conjunto con su menor hijo Johan Steven. Aunque resulta deseable que se hubiese ahondado con mayor exactitud en este aspecto, lo cierto es que ni las partes, altamente interesadas en la demostración de tal hecho, como el mismo Despacho judicial, prevalido de sus poderes oficiosos, atinaron en una gestión semejante, también lo es que el material probatorio acopiado, alcanza para impartir aprobación a la tasación hecha.

Se desestiman las razones argüidas por la defensa en cuanto refieren a los bienes de la sociedad conyugal como aptos para aniquilar la necesidad de la alimentaria, debe repararse con llaneza que se trata de un acto jurídico, la partición y disolución, para futuro; además paladino se muestra que la administración la tiene el señor demandado. Y lo atañedero al restaurante, nótese que apenas está en sus inicios y ninguna otra prueba existe para desvirtuarlo.

En todo caso, pertinente recordar que por la naturaleza misma de la prestación alimentaria, es susceptible de modificación o incluso exoneración, a condición de que se demuestre la incapacidad económica del alimentante, que ha mermado o bien que la persona que recibe alimentos ya no los necesita o los requiere en menor cuantía; para tal propósito se acudirá al procedimiento dispuesto en el numeral 6º, artículo 397, CGP, que indica: *“(…) Las peticiones de incremento, disminución y exoneración de alimentos se tramitarán ante el mismo juez y en el mismo expediente y se decidirán en audiencia, previa citación a la parte contraria.”*

**REPARO No.3.** *La custodia**del menor debe concederse al padre*. El menor estaba en mejores condiciones con él, el niño mismo así lo dijo en las diversas entrevistas que ha rendido. Debió ser escuchado, según el artículo 26 de la Ley 1098, y sus opiniones tenidas en la cuenta.

**RESOLUCIÓN.** *Tampoco tiene vocación de triunfo*. Se censura no haber oído al niño, tal cual manda el artículo 26, CIA, sin embargo, en el auto del 14-09-2018, que decretó las pruebas, se dijo: “*(…) Johan Steven a quien se entrevistará para efectos de conocer el querer, pensar y sentir frente a la problemática que nos ocupa, conforme lo dispone el artículo 26 de la Ley 1098 de 2006 y según lo solicitado por el Procurador (…)*”, (Folio 155, ibídem). Y en efecto, así aconteció como puede verse en los informes aparejados al proceso. Dicha postura resulta pacífica en el derecho judicial viviente de la especialidad civil (2019[[24]](#footnote-24)) y también constitucional[[25]](#footnote-25), acogida por el precedente local[[26]](#footnote-26).

A pesar de lo anterior, si comprende esta Colegiatura que en aplicación del postulado de la inmediación, cuyo enunciado normativo prescribe: “*El juez deberá practicar personalmente todas las pruebas y las demás actuaciones judiciales que correspondan. (…)*” (Art. 6º, CGP), y atendida la edad del menor (11 años), es recomendable que se estudie siempre la posibilidad de escucharlo en testimonio en forma directa; considerando que dice la CC[[27]](#footnote-27) en reciente sentencia, sobre el mentado derecho: *“Esto implica reconocer que los niños, niñas y adolescentes son seres humanos plenos, consciente de su propia existencia y con una “libertad y autonomía en desarrollo” en proceso de consolidar sus rasgos característicos, afinidades y potencialidades. Sin embargo, la incidencia de su opinión en determinada decisión debe tener en consideración su edad y grado de madurez[[28]](#footnote-28).”.* Sublínea puesta a propósito.

Es que la formación del juicio de valor sobre su custodia, con profundas repercusiones en distintas esferas de su vida, ha de obtenerse sin mediaciones. Es decir, mayores elementos de persuasión se tienen si se cuenta, no solo con los informes de la especie aquí recolectada, *sino también con la versión testimonial del menor*, cuya edad en este evento lo permite. Los intereses de los menores se califican como superiores y privilegiados en el sistema normativo, por eso ameritan un trato acorde con esa consideración.

En la difícil tarea de determinar la medida que mejor se aviene a la protección de los superiores intereses del menor Johan Steven, ha de considerarse que se trata de un derecho de los menores de edad y una obligación de sus progenitores, en principio (Puede radicarse en otro pariente), dispone el artículo 253, CC: “*Toca de consuno a los padres, o al padre o la madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.*”, y el artículo 23, CIA: “*Custodia y cuidado personal. Los niños, las niñas y adolescentes tiene derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende, además, a quienes convivan con ellos en los ámbito familiar, social e institucional o sus representantes legales.*”. Sublínea de esta Sala.

Pero no es solo el interés superior el que ha de consultarse para fijar la custodia, enseña la CC[[29]](#footnote-29): “*(…) el ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos en el marco de la progenitura responsable, no se relaciona sólo con el interés superior del menor de edad, sino que también encuentra una base importante en el derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella, que se concreta en su derecho a recibir amor y cuidado de la familia, por excelencia de sus padres, para así desarrollarse de manera integral. (…).”.* Resaltado de esta Colegiatura. Más adelante se anotó:

27. (…) se puede concluir que, las decisiones sobre la custodia y el cuidado personal de los menores de edad, se han centrado sobre todo en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y en el derecho que les asiste a tener una familia y a no ser separados de ella. En esa medida, en el curso de los procesos en los cuales debe decidirse sobre la custodia y el cuidado personal de los niños, la autoridad administrativa o el juez competente debe propiciar entre las partes la celebración de acuerdos de custodia compartida, si ello se reporta en beneficio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Incluso, si a pesar de no lograrse dicho acuerdo, la autoridad al evaluar el material probatorio en su conjunto, advierte del contexto familiar que ambas partes son idóneas para ejercer la custodia y el cuidado personal de los niños menores de edad, *debe centrarse en fijar la custodia compartida y el cuidado personal a ambas partes* para proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia, al cuidado y al amor, siempre con miras a garantizar el interés superior del menor de edad[[30]](#footnote-30).

Ahora, subsigue tasar las motivaciones del fallo, que se afincó en los dos (2) informes de las trabajadoras sociales, las declaraciones y las peritaciones sicológicas.

De cara al caso concreto, se incorporó “*formato informe de valoración psicológica de verificación de derechos*” (Folio 182, ibídem), realizado al menor el 21-05-2018, cuyas conclusiones indican que está en buenas condiciones, y que, si bien manifiesta su deseo de convivir con el padre, también tiene un vínculo fuerte con la madre a quien reconoce como “*buena cuidadora*”.

Por su parte el informe de trabajo social hecho el 13-12-2018 en Duitama, en la vivienda de doña Lida Marcela arroja que encuentra al menor en “*(…) buenas condiciones, en presentación personal y física; actitud receptiva estable y con capacidad de interactuar. No evidencia descuido, suciedad, se ve un buen desarrollo mental. Responde con claridad.*” (Folio 229 ss, ibídem).

El informe obtenido de la vista al señor Carlos Alberto, del 18-01-2019, concluye que ofrece a su hijo un medio familiar garantista de los elementos para su bienestar y calidad de vida, resalta que tiene interés en la crianza y formación de Johan Steven, que brinda un ambiente de cordialidad y afectividad (Folio 233 y ss, ibídem).

Los testimonios recolectados, se sintetizan enseguida de la siguiente manera, referidos en forma exclusiva a los hechos relacionados con la capacidad de cada progenitor para cuidar al hijo.

*Hernán Augusto Hernández Loaiza.* (Tiempo 00:09:11, registro de audio, folio 246, ib.). Es amigo del señor demandado y vecino de la familia, compartía con ellos. Desconoce si hoy la madre podría sostener al menor. Dice haber visto cambios en el niño, antes (Cuando estaba con la mamá) lo veía “*resabiado con las comidas*”, ahora “*come de todo*”. Afirmó que Lida Marcela era alcahuete, se abstenía de corregirlo cuando debía, no era rígida. Destacó una buena relación entre Carlos Alberto y el menor, era “*súper*”, estaba pendiente, no lo dejaba solo en la casa, siempre lo acompañaba, le ayudaba en las tareas del colegio, lo sacaba a pasear; aunque desconocía los horarios de llegada del papá. En general dice que era “*súper drástico a beneficio hijo*”. Calificó a la señora Lida M. como descuidada en la casa, mas no fue preciso en esta manifestación.

*Luis Alberto Valencia Bedoya.*(Tiempo 00:33:00, registro de audio, folio 246, ib.). El abuelo paterno del Jhoan Steven. Comentó que la mamá enviaba al hijo con ropa sucia al colegio. Expresa que visitaba la casa con alguna frecuencia, sin precisar tiempo (10, 20 u 8 días). Sabe que el niño está hoy con la mamá, pero dice que mejor estaría con el papá, por la capacidad económica; desconoce si con ella corre algún peligro, porque poco sabe de la familia, ni siquiera sabe a qué se dedica.

Narró, así mismo, que veía desorden en la casa cuando ellos convivían, no “*organizaba*” al niño para ir al colegio, iba con ropa sucia. Durante el año y medio que lo tuvo Carlos A., era el encargado de llevarlo al colegio, iba con ropa limpia, más ordenado con sus útiles; había empleada interna en la casa para cuidarlo y el papá se esmeraba por cuidarlo y acompañarlo, le ayudaba en las tareas escolares. Señaló que cuando el padre viajaba, entre la empleada y él, quedaban al cuidado del menor.

Escrutados los informes reseñados, se coincide con la apreciación de la jueza de primer nivel en cuanto que los dos progenitores tienen suficientes condiciones personales para garantizar a su menor hijo, propicias para su adecuado crecimiento y formación como ser humano.

Las versiones testificales acopiadas, de la parte demandada, pues no comparecieron los anunciados por la demandante, si bien resaltan críticas sobre el cuidado de la madre, carecen de entidad sólida como para avizorar una situación de peligro que comprometa con gravedad los derechos del menor, máxime que como se resaltó en el fallo de primer grado, gracias al tratamiento sicológico que adelanta, que se percibe provechoso, sus condiciones actuales, luego de tener al niño, han cambiado; así entonces, es razonable pensar que se haya en franco proceso de recuperación de su proyecto de vida, en el que sin duda incluye a su hijo.

Cierto es que el niño ha exteriorizado que desea convivir con el papá, pero también ha mostrado la necesidad de conservar vínculos estrechos con su madre, al punto que acogió compartir con ella desde noviembre de 2018.

Vistas así las cosas, emerge para esta Sala Especializada como una solución justa y razonada, fijar la custodia o guarda de Jhoan Steven de manera conjunta o compartida, tanto en el padre como en la madre, pues como se dijo antes, ambos tienen solvencia económica y afectiva para brindarle estabilidad a su hijo. En ninguno de ellos se aprecia alguna condición especial que afecte la idoneidad para el ejercicio de sus roles, ni tampoco se percibe que coloquen en riesgo sus derechos.

La “*custodia o guarda compartida*” es una figura sin regulación específica en nuestro ordenamiento positivo, sus inicios datan de la década de los 80 en Suecia, Francia y Alemania, luego se extendió en las distintas regulaciones europeas, así documenta con profusión la autorizada profesora argentina Kemelmajer de C[[31]](#footnote-31)., citada por la doctrina patria[[32]](#footnote-32), así como por la misma CSJ[[33]](#footnote-33). Más reciente puede consultarse para mayor ilustración académica un documento en línea[[34]](#footnote-34), denominado “*Estudio de derecho comparado sobre la custodia compartida*”, sobre un panorama más completo en Europa. Todo para decir se trata de una figura con desarrollo en otras latitudes.

A esta institución familiar se le define como aquella custodia en la que ambos progenitores se encargan del cuidado, atención y educación de los hijos, de forma conjunta, periódica y rotatoria, se caracteriza por ser un sistema de alternancia de tiempos o estancias de los hijos con el padre y la madre.

La inexistencia expresa de una regulación sobre la guarda o custodia compartida, no es un obstáculo para su aplicación, así lo ha refrendado el órgano vértice del área constitucional, por ejemplo en la sentencia C-239 de 2014[[35]](#footnote-35), dijo la custodia podía ser “*compartida*”, luego en la C-569 de 2016[[36]](#footnote-36) expresó, al referirse al marco normativo aplicable a la custodia de los menores de edad, que podría ser conciliada y compartida por los padres.

Por su parte la CSJ[[37]](#footnote-37) también patrocina el mismo argumento y su aplicabilidad en Colombia, indicó: “*6.5 Así las cosas, la ausencia de una regulación expresa sobre la materia, no es impedimento para que en Colombia se admita el régimen de custodia compartida, (…)”.* El profesor Parra Benítez, especializado en la materia, en su reciente obra (2019[[38]](#footnote-38)) entiende como su fundamento normativo el artículo 598-5-b), CGP.

En consecuencia, para este caso concreto se estima prudente dar aplicación a la mencionada figura de la “guarda conjunta” como una opción válida, que permita a padre y madre, el ejercicio de su co-responsabilidad parental en la crianza y formación de su menor hijo Jhoan Steven, a efectos de que no lo priven de compartir con ambos.

La señora Lida Marcela tendrá al menor durante el periodo regular de estudios y en las siguientes épocas compartirá con el señor Carlos Alberto: (i) Vacaciones de semana santa; (ii) Vacaciones de mitad de año; (iv) Semana de receso de octubre; y, (v) La mitad del período vacacional de diciembre, en forma alternada. Inicia la primera mitad el papá y la 2ª la mamá, al año siguiente iniciará la mamá y luego el papá, y así en forma sucesiva.

Lo anterior no impide que de común acuerdo puedan decidir que otros espacios de tiempo, como fines de semana con feriados o celebraciones especiales, el menor comparta con el papá. En todo caso, las regulaciones aquí previstas son susceptible de modificación por voluntad de las partes; y si no pudieren llegar a un acuerdo, también cuentan con las demás vías legales.

No puede desaprovechar esta Sala, la oportunidad para invitar a las partes en su condición de progenitores, para que en lo sucesivo, en la medida de lo humana y socialmente posible, solucionen con inteligencia y de forma civilizada sus diferencias, pues deben recordar que las consecuencias perturban de manera grave los sentimientos del niño, inciden sobre su formación como persona, más si se mira la etapa en que se encuentra. Ya tiene bastante sufrimiento Johan Steven con ser testigo inocente y obligado de las desavenencias suyas y de las crisis familiares a las que conduce el distanciamiento de los mismos.

Como garantía para el pago de la obligación alimentaria, se mantendrá la medida de embargo sobre el vehículo (Artículo 130-2º, CIA), pues no se dan los supuestos del artículo 129, CIA, que reza: *“El embargo se levantará si el obligado paga las cuotas atrasadas y presta caución que garantice el pago de las cuotas correspondientes a los dos años siguientes.*”.

1. LAS DECISIONES FINALES

A tono con lo disertado, (i) Se confirmará la sentencia reprochada, salvo en la custodia del menor, que será compartida y no exclusiva para la madre, en razón a las motivaciones expuestas; (ii) Se conservará la cautela; y, (iii) Se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, a la parte demandada y a favor de la demandante, por no haber triunfado en su integridad el recurso (Artículo 365-3º, CGP).

Era improcedente fijar en el fallo de primer grado agencias en derecho, sin atender la nueva regulación. En efecto, aquellas se fijan en auto posterior y no en la sentencia misma, porque esa expresa novedad, introducida por la Ley 1395 de 2010, desapareció en la nueva redacción del ordinal 2º del artículo 365, CGP.

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

F A L L A

1. CONFIRMAR la sentencia apelada, fechada el 12-02-2019, excepto el numeral 5º, para en su lugar DECRETAR la custodia compartida del menor Jhoan Steven Valencia Mejías, para sus dos progenitores, en los precisos términos indicados en esta sentencia.
2. CONSERVAR la medida de embargo ordenada sobre el automotor que aparece como propiedad del señor Valencia Valencia.
3. NO CONDENAR en costas en esta instancia.
4. DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen.

Esta decisión queda notificada en estrados. NO se pidió aclaración o adición. No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada.

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

 M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CSJ, Civil. Sentencias: (i) 14-03-2002, MP: Castillo R.; (ii) 23-04-2007, MP: Díaz R.; No.1999-00125-01; (iii) 13-10-2011, MP: Namén V., No. 2002-00083-01. [↑](#footnote-ref-1)
2. TSP, Civil – Familia. Sentencia del 08-02-2018; MP: Grisales H., No.2013-00359-01. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ. SC1182-2016, reiterada en la SC16669-2016. [↑](#footnote-ref-3)
4. TS, Pereira, Civil-Familia. Entre otras, sentencias de (i) 21-03-2018, No.2015-00021-01 y 16-02-2018, No.2012-00240-01; MP: Grisales H.; (ii) 06-11-2014, No.2012-00011-01; MP: Arcila R.; y, (iii) 19-12-2014, No.2010-00059-02; MP: Saraza N. [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ, Civil. Sentencia del 08-09-2009; MP: Villamil P., No.2001-00585-01. [↑](#footnote-ref-5)
6. CSJ, Civil. Sentencia del 24-11-1993; MP: Romero S. [↑](#footnote-ref-6)
7. ROJAS G., Miguel E. Lecciones de derecho procesal, procesos de conocimiento, tomo 4, ESAJU, 2016, Bogotá DC, p.377. [↑](#footnote-ref-7)
8. CSJ. STC-442-2019. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. C-1995-2000. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ, Civil. Sentencia del 09-11-1990; MP: Jaramillo S. [↑](#footnote-ref-10)
11. MONTOYA O., Martha E. y MONTOYA P., Guillermo. Derecho de familia, tomo I, relaciones matrimoniales, Librería Jurídica Dikaia, 2013, Medellín A, p.428. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ, Civil. Sentencia del 19-07-1989; MP: García S. [↑](#footnote-ref-12)
13. SUÁREZ F., Roberto. Derecho de familia, derecho matrimonial, 6ª edición, Temis SA, Santafé de Bogotá DC, 1994, p.205. [↑](#footnote-ref-13)
14. TORRADO, Helí A. Derecho de familia, matrimonio, filiación y divorcio, 2ª edición, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá DC, 2016, p.105. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ, Civil. Sentencia del 09-02-1954. [↑](#footnote-ref-15)
16. MONTOYA O., Martha E. y MONTOYA P., Guillermo. Ob. cit., p.428. [↑](#footnote-ref-16)
17. MONTOYA O., Martha E. y MONTOYA P., Guillermo. Ob. cit., p.429. En el mismo sentido: SUÁREZ F., Roberto. Ob. cit., p.203. [↑](#footnote-ref-17)
18. QUIROZ M., Aroldo. Manual civil, matrimonio civil y religioso, unión marital de hecho, nuevo régimen de guardas, ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá DC, 2014, p.349. [↑](#footnote-ref-18)
19. MONTOYA O., Martha E. y MONTOYA P., Guillermo. Ob. cit., p.479. [↑](#footnote-ref-19)
20. MEDINA P., Juan E. Derecho civil, derecho de familia, 2ª edición, Universidad del Rosario, Bogotá DC, 2010, p.254. [↑](#footnote-ref-20)
21. KEMELMAJER DE C., Aida. Nuevo derecho de familia, Pontificia Universidad Javeriana y editorial Ibáñez, Bogotá DC, 2010, p.419. [↑](#footnote-ref-21)
22. CSJ, Civil. Sentencia del 09-11-1988, G.J., t. CXCII, págs. 256 y 257. Reiterada en STC-17191-2017. [↑](#footnote-ref-22)
23. TSP, Pereira, Sala Civil-Familia. Sentencia del 23-09-2019; MP: Sánchez C., No.2016-00596-01. [↑](#footnote-ref-23)
24. CSJ. STC-9255-2017; reiterada en STC-8294-2019. [↑](#footnote-ref-24)
25. CC. T-639-2006, T-202-2018 y T-259-2018. [↑](#footnote-ref-25)
26. TS, Pereira, Sala Civil-Familia. Sentencia del (i) 07-05-2019; MP: Arcila R., No.2019-00103-01; (ii) 19-11-2018; MP: Sánchez C., No.2018-00028-01. [↑](#footnote-ref-26)
27. CC. T-319-2019. [↑](#footnote-ref-27)
28. En la sentencia SU-642 de 1998 esta Corporación estudió el caso de una menor de cuatro (4) años de edad, quien debía asistir a un jardín manejado por la penitenciaria “La picota” en donde su padre se encontraba recluido, pero para su admisión debía cortarse el pelo para evitar el contagio de piojos, circunstancia que, según se manifestó en la acción de tutela desconocía su derecho al libre desarrollo de la personalidad. En esta providencia se decidió conceder este derecho en favor de la menor tras considerar que “*no existe duda alguna de que todo colombiano, sin distingo alguno de edad, es titular del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, el cual, como lo ha manifestado la Corte, constituye emanación directa y principal del principio de dignidad humana (C.P., artículo 1°). Sin embargo, el hecho de que el libre desarrollo de la personalidad sea uno de los derechos personalísimos más importantes del individuo, no implica que su alcance y efectividad no puedan ser ponderados frente a otros bienes y derechos constitucionales o que existan ámbitos en los cuales este derecho fundamental ostente una eficacia más reducida que en otros. Ciertamente, en tanto lo que este derecho protege son las opciones de vida que los individuos adoptan en uso de sus facultades de juicio y autodeterminación, es natural que la protección constitucional a las mismas sea más intensa cuanto más desarrolladas y maduras sean las facultades intelecto-volitivas de las personas con base en las cuales éstas deciden el sentido de su existencia* (…)” [↑](#footnote-ref-28)
29. CC. T-443 del 13-11-2018. [↑](#footnote-ref-29)
30. *Cfr.* Sentencia T-348 de 2018, MP Cristina Pardo Schlesinger. [↑](#footnote-ref-30)
31. KEMELMAJER DE C., Aida. Ob. cit., p.133. [↑](#footnote-ref-31)
32. TORRADO, Helí A. Ob. cit., p.265. [↑](#footnote-ref-32)
33. CSJ. STC-12085-2018. [↑](#footnote-ref-33)
34. Aramburu Muñoz, Isabel y otros (s.f.) *Estudio de Derecho comparado sobre la custodia compartida.* Coordinadora: Rosa Pérez-Villar Aparicio. Recuperado de:http://www.amecopress.net/IMG/pdf/estudio\_custodia\_compartida\_def.pdf. [↑](#footnote-ref-34)
35. M.P. Mauricio González Cuervo. En esa oportunidad la Corte resolvió una acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 7 de la Ley 890 de 2004, que adicionó el artículo 230A al Código Penal Colombiano, tipificando el delito del ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad. El problema jurídico se circunscribió a determinar si la norma acusada *“al prever una pena de uno a tres años de prisión y de uno a dieciséis salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, para el padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre el que ejerce la patria potestad, cuando obre con el propósito de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, y al no prever la misma pena cuando esta conducta la realice el padre con el propósito de privar al otro padre del derecho de visitas, ¿vulnera los derechos a la igualdad de trato de los padres y el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, previstos en los artículos 13 y 44 de la Constitución?* La norma censurada fue declarada exequible, por el cargo analizado, estableciendo como regla de decisión que *“dar diferente protección penal a la situación del padre que tiene a su cargo la custodia y cuidado del hijo menor y a la situación del padre a quien corresponde el régimen de visitas al mismo, no implica una discriminación injustificada ni desconoce el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella”.* [↑](#footnote-ref-35)
36. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Allí se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra la expresión *“que acredite vínculo de consanguinidad,* consagrada en el parágrafo 1° del artículo 153 de la Ley 1709 de 2014. Esa norma en su contexto consagra que los niños, niñas y adolescentes menores de 3 años podrán permanecer con sus madres en los establecimientos de reclusión, salvo que un Juez de la República ordene lo contrario. No obstante, en los casos en que se demuestre que el niño no puede permanecer en el establecimiento carcelario o es mayor de 3 años de edad, el juez está facultado para conceder la custodia del niño al padre o al familiar *“que acredite vínculo de consanguinidad”*. // En esa oportunidad, el problema jurídico se centró en determinar si ¿constituye una vulneración a los derechos a la igualdad, a la familia y a no ser separado de ella, y al interés superior de los niños, según dichos mandatos constitucionales se encuentran contenidos en los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución, exigir como condición para otorgar la custodia de las niñas y los niños que no pueden permanecer en los establecimientos carcelarios o cuando sean mayores de tres (3) años, la acreditación de vínculos de consanguinidad? // Al resolver el problema jurídico planteado, la Corte precisó que *“la responsabilidad principal en lo que respecta a la custodia, la crianza y la provisión de los medios económicos básicos para el bienestar de los niños, reposa en la familia. La familia, en este contexto, no puede entenderse solamente en su acepción tradicional, sino que abarca todas aquellas formas de unidad social fundamental en la que se inserte el niño, incluso extendiéndose a la familia ampliada, esto es, no se limita a aquella del modelo clásico compuesta por vínculos de consanguinidad, sino que se extiende a otras estructuras, conformadas por vínculos jurídicos o naturales, que surgen a partir de la convivencia y que se basan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad”*. En ese sentido, encontró que la expresión censurada desconoció los derechos de los niños y las niñas a crecer en el seno de la familia sin importar su estructura, es decir, también las naturales y las de crianza, por ejemplo. De allí que declaró inexequible la locución demandada. [↑](#footnote-ref-36)
37. CSJ. STC-564-2018 Y STC-12085-2018. [↑](#footnote-ref-37)
38. PARRA B., Jorge. Derecho de familia, tomo I, 3ª edición, Temis, Bogotá DC, 2019, p.572. [↑](#footnote-ref-38)