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.

Proceso: Privación patria potestad

Expediente: 66001-31-10-001-2017-00392-01

Demandante: Víctor Eduardo Fernández Duque

Apoderada: Luz Mary García Restrepo (apelante)

Demandada: Alejandra Santamaría (antes Diana Jasmín Arana Suaza)

Apoderada: Luz Myriam Gómez Suárez

Magistrado ponente: Dr. Edder Yimmy Sánchez Calambás

**TEMAS: PRIVACIÓN PATRIA POTESTAD / POR ABANDONO DEL HIJO / EL ABANDONO DEBE SER ABSOLUTO / NO LO CONSTITUYE EL MERO INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES COMO PADRE / CARGA PROBATORIA DEL DEMANDANTE.**

… el artículo 310 dispone que: “La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315…”

Una de las causales de terminación es precisamente la invocada en este caso concreto, esto es: el abandono del hijo.

Los efectos de la terminación tienen carácter definitivo, siendo imposible su recuperación, puesto que su consecuencia es la emancipación del hijo, sin embargo no libera ni exonera a los padres de los deberes paterno filiales (artículo 310 inc. 3º C.C.). (…)

Para que se configure la causal del numeral 2 del artículo 315, la Corte Suprema de Justicia en providencia del 25 de mayo de 2006, proferida en sede constitucional, señaló que debe haberse comprobado de manera irrefragable que el demandado se desentendió totalmente de sus deberes como tal. (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. T. No. 11001 02 03 000 2006 00714 -00). Además dijo lo siguiente:

“Olvidó el juzgador ad quem que ni siquiera el incumplimiento injustificado de los deberes de padre, conduce per se a la privación de la patria potestad, pues al efecto se requiere que el abandono sea absoluto y que obedezca a su propio querer. Así lo destacó esta Corporación en sentencia del 22 de mayo de 1987, al decir que: en verdad el incumplimiento de los deberes de padre, grave e injustificado, no conduce por si a la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, pues para ello se requiere que dicho incumplimiento se derive del abandono del hijo, circunstancia ésta prevista en el artículo 315-2 del C.C. como causa de una u otra”. (…)

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

**AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN Y FALLO**

**FECHA: JUEVES 14 DE MARZO – 2:00 DE LA TARDE**

Se da apertura a la audiencia en la que escucharemos la sustentación de los reparos formulados dentro de la apelación propuesta por la apoderada judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Familia de Pereira, el día 5 de marzo de 2018 en el proceso ya anunciado. Surtido este trámite se decidirá la alzada.

Se identifica a los asistentes. (…)

**SI ASISTE EL APELANTE Y SUSTENTA**

A continuación se le concede la palabra a la doctora **LUZ MARY GARCÍA RESTREPO**, abogada del actor, para la sustentación del recurso. Esta ha de versar sobre los reparos concretos expuestos ante la funcionaria judicial de primer grado, conforme lo dispone el artículo 322 del C.G.P.; para ello dispone de un tiempo máximo de 20 minutos.

Ahora se le concede a la doctora **LUZ MYRIAM GÓMEZ SUÁREZ,** abogada de la demandada,para que si a bien tiene formule la réplica del caso.

Se le otorga también la palabra al doctor **MARIO FERNANDO ORTEGA JURADO**, Procurador de Familia, para que si a bien tiene intervenga.

Como la decisión que ha de tomarse es colegiada, ello implica que debe elaborarse un proyecto de fallo que será puesto en conocimiento de los Magistrados que conmigo conforman la Sala. Para tal efecto se suspende la audiencia por 10 minutos y en seguida se proferirá el correspondiente fallo.

Esta decisión queda notificada en estrado.

**CONTINUACIÓN DE LA AUDIENCIA**

Se deja constancia de la asistencia de quienes inicialmente se registró su presencia.

**SENTENCIA**

Agotada la etapa de sustentación de los reparos, se profiere sentencia, la que está precedida de las siguientes

**CONSIDERACIONES**

**1.** Están reunidos los presupuestos procesales y no hay motivo de nulidad que imponga invalidar lo actuado. En cuanto a la legitimación en la causa, este presupuesto de la pretensión en el caso examinado no acusa ninguna deficiencia.

**2.** Como se recordará, se narra en la demanda que la señora **DIANA JASMÍN ARANA SUAZA**, hoy **ALEJANDRA SANTAMARÍA**, en el mes de diciembre de 2016, entregó su hijo **KENNETH EDUARDO FERNÁNDEZ ARANA** a Beatriz Elena Campuzano y Otoniel Vallejo Correa, sin el consentimiento de su padre y luego en el mes de marzo de 2017 mediante documento privado legalizó dicha entrega. De esta forma, desde el mes de diciembre de 2016 la madre abandona a su hijo y presuntamente sale del país, por lo cual ha incurrido en la causal del numeral 2º del artículo 315 del Código Civil, que da lugar a la pérdida de la patria potestad.

**3.** La funcionaria judicial de primer nivel negó las pretensiones, con fundamento en que el material probatorio con que cuenta el asunto no conduce a demostrar plenamente la existencia del abandono que se le endilga a la demandada, respecto de su hijo **KENNETH EDUARDO**, razón por la cual no se configuran los elementos esenciales para privarla de la patria potestad.

**4.** Los reparos al fallo de la apoderada del actor, consisten en que sí hay una situación de abandono por parte de la madre del niño **KENNETH EDUARDO**, por cuanto este se encuentra en un “hogar amigos”, delegando su cuidado en terceros, perjudicándolo sicológicamente.

**5.** Planteadas así las cosas, corresponde a la Sala definir si la funcionaria judicial de primer nivel, incurrió en un desacierto, al no haber dado por demostrado el abandono del niño por parte de su madre y, por lo tanto, terminarse la patria potestad.

**6.** En este punto del análisis, es pertinente recordar que según el artículo 288 del Código Civil, modificado por el artículo 19 de la Ley 75 de 1968: "***La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone****”*.

A su vez, el artículo 14 del Código de Infancia y Adolescencia complementa este instituto jurídico, consagrando la responsabilidad parental, compartida y solidaria, en la que se condensan las obligaciones de los padres inherentes a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, y proscribe todo acto de violencia física o psicológica en el ejercicio de esa responsabilidad o los actos que impidan el ejercicio de sus derechos.

La patria potestad podrá ser suspendida y terminada, cuando cualquiera de los padres incurre en alguna de las causales que ha erigido el legislador como motivos para su procedencia. En efecto, el artículo 310 dispone que: *“****La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315…****”*

**7.** Una de las causales de terminación es precisamente la invocada en este caso concreto, esto es: ***el abandono del hijo.***

**8.** Los efectos de la terminación tienen carácter definitivo, siendo imposible su recuperación, puesto que su consecuencia es la emancipación del hijo, sin embargo no libera ni exonera a los padres de los deberes paterno filiales (artículo 310 inc. 3º C.C.). En realidad, la pérdida o suspensión de la patria potestad se proyecta concretamente sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo, manteniéndose en cabeza de los padres los deberes de crianza, cuidado personal y educación. Así lo ha pregonado la Corte Constitucional en la sentencia C-997 de 2004.

**9.** También frente al tema de la potestad parental, la Corte Constitucional en sentencia C1003-2007 expuso:

***“…la patria potestad mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). Igualmente ha considerado, que el ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, y en consecuencia, el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión.***

***(…)***

***Los derechos sobre la persona del hijo que derivan de la patria potestad se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección del hijo. El Código Civil dispone que toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza de sus hijos (art. 253). Derechos que, dado que la patria potestad tiene como fin primordial la protección del hijo en la familia, involucran la obligación de mantenerlo o alimentarlo (Cód. Civil., art. 411); y de educarlo e instruirlo; es decir, tienen la dirección de la educación del hijo, con la facultad de corregirlo (Cód. Civil., art. 262, modificado por el D. 2820/74, art. 21) la que sólo será legítima en la medida que sirva al logro del bienestar del menor. En efecto, a los padres les está prohibido abandonar al hijo, so pena de perder la patria potestad (Cód. Civil., art. 315 inc. 2°)."***

Cuando se incumplen estas obligaciones impuestas por el legislador en cabeza de los padres, el mismo establece las sanciones, drásticas algunas, para el padre infractor, consagradas en los artículos 310 y 315 de nuestro estatuto civil, entre las que se encuentra la alegada por la parte demandante en el caso de autos, esto es, el abandono del hijo por parte de la madre.

**10.** Para que se configure la causal del numeral 2 del artículo 315, la Corte Suprema de Justicia en providencia del 25 de mayo de 2006, proferida en sede constitucional, señaló que debe haberse comprobado de manera irrefragable que el demandado se desentendió totalmente de sus deberes como tal. (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. T. No. 11001 02 03 000 2006 00714 -00). Además dijo lo siguiente:

***“Olvidó el juzgador ad quem que ni siquiera el incumplimiento injustificado de los deberes de padre, conduce per se a la privación de la patria potestad, pues al efecto se requiere que el abandono sea absoluto y que obedezca a su propio querer. Así lo destacó esta Corporación en sentencia del 22 de mayo de 1987, al decir que: en verdad el incumplimiento de los deberes de padre, grave e injustificado, no conduce por si a la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, pues para ello se requiere que dicho incumplimiento se derive del abandono del hijo, circunstancia ésta prevista en el artículo 315-2 del C.C. como causa de una u otra. En el caso presente dadas las particularidades que lo rodean, se concluyó en el aquel incumplimiento como causa de separación, pues la situación de enfrentamiento conyugal que de hecho separó a los esposos le dio origen, más no se puede concluir, por el mismo camino, que el demandado ha abandonado -por su querer- al hijo".***

**(…)**

**No se trata, entonces de predicar un juicio de valor, de más o menos, sobre la responsabilidad que le atañe al padre, ni de establecer cuánto aportó para la educación y bienestar material de la infante, sino de comprobar de manera irrefragable que éste se desentendió totalmente de estos menesteres…”**

**11.** Hecha la precedente reseña normativa y jurisprudencial pertinente, ha de decirse, entonces, que correspondía al padre demandante probar dentro del proceso (carga de la prueba), el abandono absoluto y por su propio querer de la madre demandada, respecto de su hijo **KENNETH EDUARDO**, para que procediera la privación de la patria potestad.

**12.** Aquí no ofrece duda ni discusión alguna, que el niño **KENNETH EDUARDO**, se encuentra bajo el cuidado de los señores **BEATRIZ ELENA CAMPUZANO** y **OTONIEL VALLEJO CORREA**, toda vez que la madre les hizo entrega desde el 26 de diciembre de 2016, como efectivamente en el interrogatorio de parte y en la contestación de la demanda, la señora **DIANA JASMÍN** así lo reconoce, lo mismo que las citadas personas encargadas de su manutención, cuando acudieron a declarar al proceso.

**13.** En el extenso interrogatorio practicado a la señora **DIANA JASMÍN ARANA SUAZA**, hoy **ALEJANDRA SANTAMARÍA**, hizo un relato de cómo fue que entregó inicialmente su pequeño hijo al padre, debido a que no tenía como cuidarlo personalmente, sin que perdiera contacto con él. Dijo que **VÍCTOR EDUARDO** recibió a su hijo y lo cuidó con su esposa **LUISA** hasta cuando él se fue a vivir a Brasil, quedando bajo el cuidado de esta última. Sin embargo, la señora **LUISA** también se fue a vivir a Brasil y entonces **DIANA JASMÍN** se llevó al niño.

Manifestó que por razones laborales y de su actividad de coach, no vive en Pereira, por lo cual dejó el niño bajo el cuidado de los señores **BEATRIZ ELENA CAMPUZANO** y **OTONIEL VALLEJO CORREA**, desde el 26 de diciembre de 2016, a quienes siempre ha dado un dinero para su manutención; dice entregar actualmente $300.000 mensuales, valor que incluye $135.000 que aporta el padre del niño. Afirma, tiene posibilidad de quedarse en esa casa con su niño cuando viene a esta ciudad. De **BEATRIZ** señala es su amiga de toda la vida y ella ha recibido el niño con único fin de cuidarlo.

Además, expuso que su hijo tiene problemas de visión, nació sin el ojito izquierdo, por lo cual deben implantarle una prótesis y es ella quien ha estado pendiente de esa situación. Y también relató que mantiene contacto todo el tiempo con su niño por videollamadas, por whats app o telefónicamente, y que en el mes de agosto de 2017 y en enero siguiente estuvo todo el tiempo con su hijo. (CD audio video T - 00:39:00 a 01:35:00)

**14.** De lo expuesto por la señora **DIANA JASMÍN ARANA SUAZA**, hoy **ALEJANDRA SANTAMARÍA**, ninguna aceptación de incumplimiento de sus deberes para con su hijo **KENNETH EDUARDO** se puede inferir; por el contrario, resalta la madre del niño su permanente contacto con él y la contribución para su manutención y salud, de manera que mal podría inferirse del interrogatorio una confesión de abandono o que se haya desentendido totalmente de estos menesteres.

**15.** Ahora, fueron llamados a declarar **BEATRIZ ELENA CAMPUZANO** y **OTONIEL VALLEJO CORREA**. En sus relatos no hacen otra cosa que confirmar lo dicho por la demandada, sobre cómo es que se han encargado de la manutención del niño, la suma de dinero que mensualmente les entrega para su sostenimiento y la permanente preocupación por la madre por el estado del niño; también que tiene contacto personal esporádico con su hijo y por medios electrónicos de manera permanente. Afirman que el niño reconoce a la señora **DIANA JASMÍN** como su madre, aunque también a la señora Beatriz. Manifiestan que el niño nació sin un ojito y que es la madre la que ha estado pendiente para que se corrija tal defecto y le realicen un implante.

**BEATRIZ ELENA** dice ser amiga de toda la vida con **DIANA JASMÍN**, por haber sido vecinas; se consideran muy amigas y por ese motivo **DIANA JASMÍN** le confió el cuidado de su hijo y que las decisiones sobre el menor las toma es la madre, ella, la declarante simplemente lo cuida.

Esos testimonios, que provienen de quienes cuidan al niño **KENNETH EDUARDO**, por encargo de la madre, resultan claros, completos y responsivos, y por ende, son dignos de credibilidad, De sus dichos no se puede pregonar un abandono por parte de la madre respecto de su menor hijo, o que se haya desentendido totalmente de sus obligaciones para con él.

Las declaraciones aparecen vertidas en el CD de audio y video. De Beatriz T 00h 22´ 00´´ a 01h 07´ 30´´ y de Otoniel T 01h 07´ 00´´ a 01h 48´ 10´´.

**16.** Como testigos del actor se llamó a declarar a **LUZ AMPARO GAVIRIA FERNÁNDEZ, GUSTAVO ADOLFO OCAMPO IBARRA, YENY PAOLA LÓPEZ GUZMÁN** y **MARÍA LESBIA FLÓREZ DE CARRILLO**.

En sus relatos coinciden en que la señora **DIANA JASMÍN ARANA SUAZA**, cuando su hijo contaba con aproximadamente dos meses de nacido, aduciendo no tener ella condiciones, se lo entregó a su padre **VÍCTOR EDUARDO FERNÁNDEZ DUQUE**, quien convivía para la época con **LUISA**; **DIANA JASMÍN** no perdió contacto con su hijo. En el mes de septiembre de 2016 el padre del niño se fue a vivir a Brasil y su hijo **KENNETH EDUARDO** quedó con la señora **LUISA**, allí lo visitaba la madre, inclusive vivió allí unos días; posteriormente la señora **LUISA** también se fue para Brasil, por tal razón **DIANA JASMÍN** se llevó el niño con ella y señalan que supieron después que la mamá “se lo regaló” a una señora, que ahora se conoce que es **BEATRIZ**.

Los testigos **LUZ AMPARO GAVIRIA FERNÁNDEZ** y **GUSTAVO ADOLFO OCAMPO IBARRA** son pareja; **LUZ AMPARO** dice ser prima de **LUISA**, la esposa de **VÍCTOR**, padre del niño **KENNETH EDUARDO**. Frecuentaban la casa de **VÍCTOR** todos los días, porque allí recogían a su hijo después de que salía del colegio ya que ahí lo dejaban, además compartían en familia. Así que, por esta razón dan cuenta de lo que se acaba de mencionar. Ambos refieren que **VÍCTOR** suministra una cuota de $135.000 mensuales para su hijo.

De cómo es la relación de **DIANA JASMÍN** con su hijo **KENNETH EDUARDO**, después de que se lo llevó y si está aportando para su manutención, dicen no tener conocimiento, ya que desconocen donde está.

**YENY PAOLA LÓPEZ GUZMÁN** refiere ser amiga de **LUISA** la esposa de **VÍCTOR** (papá de **KENNETH**). Dice, conoció a este niño cuando fue a conocer al bebé de su amiga **LUISA**, estaba allí, tenía como cuatro meses y **LUISA** lo cuidaba. Relata que al niño **KENNETH** lo tuvieron donde su amiga y además que la señora **DIANA JASMÍN** vivió un tiempo allí porque estaba mal económicamente, su amiga **LUISA** le contó. Asegura que sus amigos se fueron y sabe que están en Brasil; nunca vio a la mamá de **KENNETH**, no sabe actualmente quien lo tiene. Conoce que **VÍCTOR** lo sostenía económicamente. Manifiesta que sabe del niño **KENNETH** es por lo que le ha contado **LUISA**, como por ejemplo, que la mamá no preguntaba por el niño, nada más. No sabe si la madre del niño aportaba para él, ni con qué frecuencia se relaciona él. (Testimonio vertido en el respectivo CD de audio video T 01H 42´ 20´´ a 01h 54´20´´)

Y **MARÍA LESVIA FLÓREZ DE CARRILLO**, dice ser amiga de **LUISA** y **VÍCTOR**, porque vivieron en la parte baja de su casa con los niños, esto es **KENNETH** y el hijo de **LUISA**. No conoce a la señora **DIANA JASMÍN**. Dice que **VÍCTOR** se tuvo que ir por cuestiones de trabajo, se quedó su esposa con los dos niños, hasta que vino la mamá de **KENNETH** y se lo llevó, estuvo como cinco o más días y se lo llevó, afirma haberla visto. Dice que el niño permanecía la mayor parte del tiempo con **VÍCTOR**, se lo llevaba a la mamá y lo volvía a traer. Cuando **VÍCTOR** se fue para Brasil ella vino y se llevó al niño y no volvió. Víctor le contó que se lo llevó y lo tiene una señora pero no sabe dónde se encuentra.

No sabe de las relaciones de la madre con el niño, porque no la ha vuelto a ver, ni a ella ni al niño. (Testimonio vertido en el respectivo CD de audio video T 02h 17´ 00´´ a 02h 28´ 00´´)

**17.** Para esta Magistratura, de los testimonios traídos a instancias de la parte actora, que también son claros, espontáneos y responsivos, tampoco se puede inferir el abandono que se aduce en la demanda, como causal de perdida de la patria potestad, pues desconocen los declarantes cuál es la situación del niño **KENNETH EDUARDO**, una vez su madre **DIANA JASMÍN** se lo llevó de la casa de su padre.

**18.** Del análisis y valoración de las pruebas que obran en el expediente, para esta Magistratura no surge nítido que la causal invocada por el señor **VÍCTOR EDUARDO FERNÁNDEZ DUQUE**, para que se prive de la patria potestad que ostenta la señora **DIANA JASMÍN ARANA SUAZA**, hoy **ALEJANDRA SANTAMARÍA**, respecto de su hijo **KENNETH EDUARDO**, se encuentre configurada, dado que no se probó el abandono total de los deberes que la ley le impone como madre del menor.

**19.** Nótese, que de los elementos probatorios aludidos, no se deriva un total desentendimiento de la señora **DIANA JASMÍN**, para con su hijo **KENNETH EDUARDO**, para que tuviese prosperidad la pretensión principal de la demanda, y por otro lado, la conducta de la madre del menor, contrario a los argumentos de la parte apelante, no tienen la entidad suficiente para despojarla de la potestad que le otorga la ley, pues si bien parece que no hubiere satisfecho plenamente la obligación de cuidar personalmente al menor desde el punto de vista físico, también es cierto que no aparece demostrado el abandono.

**20.** En la sustentación del recurso, la señora apoderada de la parte demandante hace referencia a unos hechos que no fueron consignados en la demanda inicial, por consiguiente son nuevos, y además de ser no constitutivos de causal de pérdida de la patria potestad, pues de dársele un tratamiento en esta audiencia, se estaría vulnerando el derecho de defensa de la demandada, pues no tendría como rebatir esos hechos nuevos.

21. De manera que, queda el abandono invocado por el actor como una simple afirmación, que no encuentra respaldo en ninguna prueba, como así lo señaló la jueza de primera instancia, por lo cual la decisión adoptada en la sentencia proferida por Juzgado Primero de Familia de Pereira, venida en apelación, ha de confirmarse, con la consecuente condena en costas a la parte apelante, porque se resolverá desfavorablemente el recurso.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia de fecha cinco de marzo de dos mil dieciocho, proferida por el Juzgado Primero de Familia de Pereira, en el presente proceso.

**SEGUNDO:** Se condena en costas de esta instancia a la parte apelante, por habérsele resuelto desfavorablemente el recurso (art. 365-1 C.G.P.). Se liquidarán en primera instancia previa fijación de las agencias en derecho de esta sede, a lo que se procederá en auto posterior (art. 366 C.G.P.).

Esta providencia queda notificada en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada. Se autoriza el retiro de los asistentes.

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**