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.

Expediente: 66170311000120170078701

Proceso: Privación de patria potestad

Demandante: PAAJ

Menor: SGA

Demandado: OFGG

**TEMAS: PATRIA POTESTAD / DEFINICIÓN Y ALCANCES / SUSPENSIÓN O PRIVACIÓN / SEGÚN LAS CIRCUNSTANCIAS / PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HIJO Y LOS DEL PADRE.**

La potestad parental… ha sido definida… como “… 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”.

… el ejercicio de esos derechos sobre los hijos legítimos corresponde a los padres conjuntamente, a menos que uno de ellos los delegue total o parcialmente en el otro…, y a falta de uno de ellos la ejercerá el otro…

El cuidado personal de la crianza y educación de los hijos, que igualmente conlleva “... vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente, dirigir de común acuerdo la educación moral e intelectual, de los hijos, colaborando en su crianza, sustentación y establecimiento...”

… el Código Civil colombiano en su artículo 310, que remite al artículo 315, impone el cumplimiento de esos deberes para la conservación de dicha potestad señalando, inclusive, sanciones para quienes los desconozcan, tales como la suspensión de la patria potestad o su pérdida de acuerdo con las circunstancias causantes de ese incumplimiento…

Por supuesto que esta situación debe ser suficientemente valorada, para no ir a sacrificar los intereses del menor, principalmente, pero también del padre a quien se le pretende despojar de tales atribuciones…

… quedó dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-1003 de 2007, que para que el maltrato ocasione la pérdida de la patria potestad no se requiere que sea habitual, como tampoco que ponga en peligro la vida del hijo, pero el análisis no quedó allí, sino que la alta Corporación, luego de recordar el artículo 42 de la Constitución Nacional, que proscribe cualquier forma de violencia en la familia, el 44, que prevé la protección de los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de violencia física o moral…

… en busca de la medida justa que procure equilibrar los derechos en conflicto, por un lado, el maltrato sufrido por la menor, y por el otro, el derecho a tener una familia, la Sala llega a dos conclusiones importantes: (i) el demandado sí ha ejercido violencia contra su hija, que justificaba como una forma de corregir, y en eso está equivocado, pues debe concientizarse acerca de que existen otros métodos disuasivos, para enseñar con límites, pero sin miedo; y ii) no todas las relaciones padre e hija son perjudiciales, existe un nexo de afecto entre ellos que vale la pena preservar y tratar de encausar hacia pautas de relaciones despojados de violencia…

# TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

**SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA**

Magistrado: **Jaime Alberto Saraza Naranjo**

Pereira, Diciembre tres de dos mil veintiuno

Sentencia: TSP. SF-0004-2021

Acta: 591 del 2 de diciembre de 2021

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 21 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado de Familia de Dosquebradas, en este proceso verbal de privación de patria potestad que **PAAJ,** representante legal de la menor **SGA**, inició frente a **ÓFGG[[1]](#footnote-1).**

1. **ANTECEDENTES**

**1.1. Pretensiones**[[2]](#footnote-2)

Solicitó la demandante que por el maltrato habitual ejercido contra la menor y el abandono total de los deberes de padre (causales 1 y 2 artículo 315 CC), se privara al demandado, señor OFGG, de la patria potestad que ejerce sobre su menor hija SGA, se le atribuyera esa potestad a ella de manera exclusiva, se ordenara la inscripción en el registro civil de nacimiento de la niña y se condenara en costas al demandado.

En vista de que los casos de violencia intrafamiliar tienen una pena de 4 a 8 años de prisión, y contra el demandado se presentó una denuncia por este delito, también solicita se le prive de la patria potestad por la eventual configuración del numeral 4º del citado artículo 315.

**1.2. Hechos**[[3]](#footnote-3)

De la relación surgida entre PAAJ y OFGG se procreó a la menor SGA, quien, para el momento de presentación de la demanda contaba con 9 años de edad; la demandante desde hace 3 años tiene la custodia y cuidado personal de la menor y se ha hecho cargo de todas sus necesidades, *“… brindándole todo lo necesario para su desarrollo adecuado…*”. Debido a la continua violencia que el demandado ejercía contra la hija y la madre, el 19 de marzo de 2015 fue instaurada denuncia penal por violencia intrafamiliar proceso que se surte ante la Fiscalía 33 Local de Itaguí – Antioquía, con radicado 66001-60-00-036-2015-01474.

Se agrega que el demandado *“… abandonó las obligaciones de padre frente a la menor desde el año 2016, pues desde la fecha rompió todo lazo de comunicación con la misma, no ha propendido por ubicarla y/o contarla (sic), ni ha realizado aporte alguno para su sustento, incumpliendo acuerdo conciliatorio de alimentos, suscrito ante la comisaria del Municipio de Dosquebradas Risaralda, hasta la actualidad.*”

**1.3. Trámite**

La demanda se admitió mediante auto del 7 de diciembre de 2017[[4]](#footnote-4); fue aclarada[[5]](#footnote-5) y reformada[[6]](#footnote-6).

El demandado, por conducto de abogado en amparo de pobreza, contestó la demanda[[7]](#footnote-7), para referirse a los hechos, oponerse a las pretensiones y presentó tres excepciones de mérito que denominó (i) *“mala fe y/o temeridad”*; ii) *“inexistencia de maltrato habitual que coloque en peligro la vida o le cause un daño grave a la menor por parte del señor ÓFG”*; y (iii) *“Inexistencia de abandono de la hija”*, basadas en el hecho de que la demandante *“… tenía conocimiento de las cuotas alimentarias que ha venido suministrando el señor OFGG, para el sustento de su hija “SG”, las cuales fueron negadas en la demanda para aparentar un abandono de la menor por parte de su padre, al igual que la falta de comunicación entre padre e hija, es una retaliación que hace la señora PAA, por la terminación de la vida de pareja, sin dejar de lado que tenía conocimiento que el proceso penal no cuenta con una sentencia debidamente ejecutoriada…”*, en definitiva, en su orden, la falta de información en la demanda y la inexistencia de una historia clínica que acredite el maltrato habitual y daño físico a la menor sustentan los medios de defensa propuestos.

Se presentó excepción previa de “*pleito pendiente*” que fracasó[[8]](#footnote-8).

Una vez la parte demandante se pronunció frente a las excepciones[[9]](#footnote-9), decretadas[[10]](#footnote-10) y evacuadas las pruebas, entre ellas documentales, testimoniales y la entrevista social a la menor[[11]](#footnote-11), y superada la audiencia del artículo 372 del CGP[[12]](#footnote-12), se procedió a dictar la sentencia de fondo, que accedió a las pretensiones de la demanda[[13]](#footnote-13).

**1.4. La sentencia de primera instancia[[14]](#footnote-14)**

El Juez de primer grado accedió a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, al encontrar configurada la causal 1ª del artículo 315 del Código Civil, dispuso privar al demandado de la patria potestad que tiene sobre su hija SGA, otorgar de manera exclusiva la patria potestad a la demandante y la inscripción de la sentencia en el registro civil de nacimiento de la menor.

Para llegar a esa conclusión, el funcionario echó mano de las pruebas que obran en el plenario y que dan cuenta de que, en realidad, por parte del demandado existió un maltrato habitual contra la menor, sin que se pueda excusar en el hecho de que la estaba corrigiendo, pues la forma en que lo hacía denotaba más una forma de rudeza frente a la menor, que era repetitiva, y que para nada le ayudaba a su buen desarrollo.

**1.5 Apelación**

Apeló la parte demandada, que hizo estos reparos:

1. “La menor SGA tiene el derecho fundamental y prevalente de los niños a tener una familia y no ser separados de la cual hace parte el su padre OFGG.”
2. “Ponderación de las pruebas por parte del a-quo”

Sustentados, en un extenso escrito, principalmente en el hecho de que *“… si bien es cierto que existió una extralimitación del padre en la forma de reprender o corregir a su hija, no es menos cierto, que dichos episodios fueron superados por la menor como consecuencia del tratamiento PSICOLOGICO practicado por la psicóloga DRA. DIANA MARÍA CANO MONTOYA, donde en la prueba testimonial la profesional reconoció que la menor recuperó su estado emocional, recupero su rendimiento académico y ejecuta cada una de sus áreas de la vida de forma normal, sin que a la fecha de la rendición de la prueba testimonial la menor estuviera recibiendo tratamiento psicológico, circunstancia que el A-QUO, no ponderó al memento de emitir el fallo de primera instancia.”*

1. **CONSIDERACIONES**

2.1. Es viable resolver de fondo el asunto por encontrarse reunidos los requisitos procesales para ello; además, las partes están legitimadas para actuar en el proceso por activa y por pasiva de acuerdo con el registro civil de nacimiento de SGA[[15]](#footnote-15), en los términos del artículo 288 del C. Civil.

2.2. Radica la pretensión en que se prive al señor OFGG de la patria potestad que ejerce sobre su hija SGA, ante las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 315 del C. Civil, a la que remite el artículo 310 del mismo estatuto, esto es, en su orden, por maltrato y por abandono. Eventualmente, se dice, por la causal 4, o sea, la privación de la libertad.

2.3. El funcionario judicial de primer grado accedió a las pretensiones de la demanda por la primera de esas causas, con fundamento principal en las pruebas que obran en el plenario, que refieren que la menor fue objeto de agresiones fuertes por parte del demandado, afectando de manera grave su normal desarrollo, sin que sea excusa aceptable el hecho de que la estaba corrigiendo, pues los malos tratos hacia una menor no son señales positivas de ello.

2.4. Los reparos del apoderado del demandado, consisten en que a pesar de que existió la extralimitación al reprender o corregir a la menor, no es menos cierto que dichos eventos ya fueron superados por ella debido al tratamiento sicológico a que fue sometida, así lo acepta en su declaración la misma profesional que la trató en la que reconoció que la menor recuperó por completo su estado emocional, circunstancia que el juez de instancia no ponderó al momento de valorar las pruebas.

2.5. La potestad parental como mejor se denomina hoy la patria potestad[[16]](#footnote-16), ha sido definida por el artículo 288 del C. Civil, subrogado por el artículo 19 de la Ley 75 de 1968 como “… *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*”.

La misma norma, en su inciso segundo, modificado por el artículo 24 del Decreto 2820 de 1974, establece que el ejercicio de esos derechos sobre los hijos legítimos corresponde a los padres conjuntamente, a menos que uno de ellos los delegue total o parcialmente en el otro como lo permite el artículo 40 ibídem, al modificar el 307 del C. Civil, y a falta de uno de ellos la ejercerá el otro.

El cuidado personal de la crianza y educación de los hijos, que igualmente conlleva “... *vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente, dirigir de común acuerdo la educación moral e intelectual, de los hijos, colaborando en su crianza, sustentación y establecimiento...*”[[17]](#footnote-17), son deberes que impone el artículo 253 del C. Civil para el correcto ejercicio de la potestad parental y que la ley deposita en cabeza de los padres, en procura de la protección, el bienestar, la educación y, en general, el normal desarrollo de los hijos.

Más evidente es la cuestión ahora que el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006[[18]](#footnote-18) trajo como complemento de la patria potestad la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, lo que incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que aquellos puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En virtud de ello, el Código Civil colombiano en su artículo 310, que remite al artículo 315, impone el cumplimiento de esos deberes para la conservación de dicha potestad señalando, inclusive, sanciones para quienes los desconozcan, tales como la suspensión de la patria potestad o su pérdida de acuerdo con las circunstancias causantes de ese incumplimiento, entre las que se encuentran, en los numerales 1 y 2 de la última norma citada, las alegadas por la demandante, es decir, “*por maltrato del hijo*”[[19]](#footnote-19) y “... *haber abandonado al hijo...*”.

Quien falte a esas obligaciones, que son imposiciones de orden legal, mal puede continuar en ejercicio de sus derechos como representante de quienes no están en capacidad de responder por sí mismos, y menos aún con la administración del patrimonio de sus hijos menores de edad, lo que hace que las consecuencias derivadas del maltrato o injusto abandono, consagradas en las citadas normas sean lógicas y razonables.

Por supuesto que esta situación debe ser suficientemente valorada, para no ir a sacrificar los intereses del menor, principalmente, pero también del padre a quien se le pretende despojar de tales atribuciones. Como se ha sostenido profusamente por la doctrina y la jurisprudencia es un derecho fundamental del niño tener una familia y no ser separado de ella, en razón de que son de altísima consideración para todos que se le brinden por ella misma y el Estado los elementos que aseguren el desarrollo integral destinado a la conformación de personas que estén llamadas a desempeñar un digno papel como ciudadanos y coparticipes de un orden social justo y armónico. No hay duda, entonces, que por razón de ser la patria potestad una de las herramientas que coadyuvan a ese propósito, quitarla y anular la presencia del padre o de la madre en la vida del hijo, no es medida que pueda adoptarse sin un análisis ponderado de las circunstancias de cada caso.

2.6. Así las cosas, se analizará cada una de las causales que se invocan como incumplidas por el demandado para despojarlo de la patria potestad, iniciando por la causal 1ª del citado artículo 315, que es la que el juez de primer grado encontró demostrada.

Sobre ella, quedó dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-1003 de 2007, que para que el maltrato ocasione la pérdida de la patria potestad no se requiere que sea habitual, como tampoco que ponga en peligro la vida del hijo, pero el análisis no quedó allí, sino que la alta Corporación, luego de recordar el artículo 42 de la Constitución Nacional, que proscribe cualquier forma de violencia en la familia, el 44, que prevé la protección de los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de violencia física o moral y no solo la habitual o la que ponga en peligro su vida o le cause grave daño, y el artículo 19 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño[[20]](#footnote-20) agregó sobre el punto que:

En el marco de la Constitución de 1991, la potestad parental o patria potestad no constituye ya la investidura de un poder de mando discrecional y absoluto en cabeza de los padres, ni puede ejercerse legítimamente en provecho personal de quien la detenta, sino que debe concebirse como un instrumento basado en la relación jurídica paterno-filial, a través de la cual los padres han de ejercer sus derechos y cumplir los deberes que tienen para con los hijos, siempre bajo el respeto de sus derechos, que son fundamentales, atendiendo a su interés superior, y garantizando su desarrollo armónico e integral, es decir, sin ejercer sobre ellos ninguna clase de maltrato**.**

Para esta corporación, el artículo 315 del Código Civil, numeral primero, en cuanto consagra el maltrato del hijo como causal que da lugar al decreto judicial de emancipación del hijo, y por ende a la pérdida de la patria potestad, si bien persigue un fin constitucionalmente válido como es la protección del menor, en cuanto exige además que dicho maltrato sea *habitual* y además, que sea *en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño,* ofrece una protección tardía que a la luz de la nueva escala axiológica de nuestra constitución es inadmisible.

En efecto, la causal del numeral primero que da lugar a la pérdida de la patria potestad resulta desproporcionada al someter la vigencia de la patria potestad a los maltratos habituales que pongan en peligro la vida del menor o le causen grave daño. Medida consagrada por el legislador hace más de un siglo, que no esta en capacidad de lograr la protección oportuna a los niños, niñas y adolescentes exigida por la nueva Constitución de 1991.

En consecuencia, la Corte declarará inexequible las expresiones “*habitual”* y “… *en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño.”,* del numeral primero del artículo 315 del Código Civil. Y, declarará exequible la expresión *“Por maltrato del hijo”.*

En tal medida, si la causal para que un juez decrete la emancipación del menor es solamente el maltrato del hijo, le corresponderá al juez de conocimiento respectivo valorar en cada caso las circunstancias que rodean al menor afectado, para efectos de determinar si amerita decretar la pérdida de la patria potestad del padre o padres que incurren en tales conductas.

Como puede colegirse de esta parte final, en cada evento hay que analizar los hechos que han suscitado la demanda de privación de la patria potestad, para determinar si esa es la medida aconsejable, no sea que con ello resulte causándose un agravio mayor al niño, niña o adolescente, y, de paso, al padre o madre al que se le veda ese derecho, pues puede acontecer, como en este caso, que lo que hubo fue un exceso en las acciones correctivas emprendidas por el padre, que pudieron ser más moderadas sí, pero sin la entidad suficiente para romper el vínculo paterno-filial con la hija.

Tal ponderación, lleva a la Sala a concluir que, a diferencia de lo definido en primera instancia, a pesar de que está demostrado con las pruebas que obran en el plenario el hecho de que, en realidad, se presentó un maltrato del padre hacía la menor, la situación no puede mirarse de manera aislada, pues, se insiste, el mismo derivaba del abuso de su poder correccional, por lo que, las circunstancias que rodean el asunto implican poner lo alegado en la demanda en perspectiva del interés superior de la niña.

Es claro, por la prueba documental allegada, que el demandado está siendo investigado por el delito de violencia intrafamiliar, por varios episodios de maltrato frente a su menor hija, hechos que son corroborados como maltrato por expertos en el tema, tanto de la Fiscalía General de la Nación, como del Colegio donde estudia y del mismo despacho judicial de primer grado.

En el *“informe de psicoorientación para remisión”* del Colegio Cooperativo de Pereira de fecha 15 de marzo de 2015, se relata que:

“Sofía en entrevista evidencia afecto modulado, orientada, receptiva frente a la institución, realiza lo solicitado de manera creativa logrando terminar lo propuesto. Cambia su estado emocional, cuando se le pregunta por su padre y relación que se tenía, se percibe un poco ansiosa, insegura y temerosa. Relata su historia de manera libre coherente en pensamiento y lenguaje, se observa un buen nivel cogniscitivo. (…) Sofía viene de la ciudad de Medellín, allí vivía con su papá y mamá, al parecer según familia y la misma niña narran episodios de violencia doméstica, en varias ocasiones fueron agredidas físicamente por el padre, la niña permanecía más al cuidado de él, comentó la niña en casa e institución (docente y orientadora) todos los maltratos recibidos por el padre, generaba temor en la niña amenazaba con golpearle más fuerte o ahogarla en el baño si contaba a su mamá la manera en que él la trataba” [[21]](#footnote-21).

Y concluye el informe que *“El comportamiento de Sofía en el Colegio actualmente ha mejorado, sigue instrucciones con facilidad y respeto, su rendimiento académico también ha subido de nivel, pero si demuestra aun temor e inseguridad cuando la profesora cuestiona alguna falta o llama la atención.”[[22]](#footnote-22)*

Además, la psicóloga Diana María Cano Montoya, que realizó el anterior análisis, llamada a declarar en las presentes diligencias, cuando se le preguntó si “*Lo sucedido a la menor está catalogado dentro del concepto de maltrato*”, puntualizó: “*Sí señor sobre todo por su manifestación en su comportamiento y afecto emocional al referir sus hechos para ella es maltrato y digamos que todos esos síntomas y signos entonces ese hecho manifestaba el comportamiento y emocionalmente unas afectaciones sicológicas y emocionales generadas por violencia en este caso”.*

Y agregó que el maltrato no es *“… físico como tal que haya signos puntuales nunca los vi, referenciaba que sí era golpeada, pero signos no se evidenció, pero si se evidenció el maltrato sicológico y simbólico”* [[23]](#footnote-23)*.*

Todo esto, ratificado en diferentes momentos (31 de mayo de 2016 y 21 de junio de 2019) de manera concreta, por la entrevista social, verificada tanto por la profesional en sicología de la Fiscalía, Sandra Y. Torres Rua, adscrita a la Unidad CAIVAS ITAGUÍ, como por la profesional de trabajo social del Juzgado de primer grado.

La primera de las profesionales, indicó:

“… La niña es tímida, inhibida, pero logra relatar lo antes referenciado. El tono de voz es bajo. El lenguaje es entendible. Expresa emociones y sentimientos negativos y positivos. Los procesos cognitivos son acordes con la edad evolutiva. Conoce con ejemplos la diferenciación de verdad y mentira. La importancia de decir la verdad. Es necesario mencionar que la niña necesita apoyo y contención en proceso terapeútico debido a que siente rabia, tristeza e incluso desprecio hacia el progenitor por la forma como era castigada. En conclusión: la niña manifiesta que el papá la castigaba por que no se cepillaba los dientes o no quería comer y el castigo era que la metía al baño le abría la boca y ella se sentía ahogada con el agua de la ducha, que caía en la boca y en ocasiones, además, le pegaba con una chancla de caucho o correa que le quedaba doliendo la nalga y con colorados” [[24]](#footnote-24).

Y la segunda, como “concepto social” señala:

“Se logra establecer en la intervención, de acuerdo lo expresado por la niña, que el vínculo afectivo con su padre se ha roto debido a la falta de contacto entre ambos, la niña no refiere haberse comunicado ni siquiera telefónicamente con su progenitor desde hace más de 4 años y enfatiza dentro de sus recuerdos el trato que le daba su padre en ocasiones, cuando no quería comerse la comida, el cual se constituye en un maltrato así la niña que se encuentra muy arraigado en su recordación, pese a no expresar dicha situación con resentimiento ni rabia hacía el señor OF” [[25]](#footnote-25).

Ahora, debido a todos estos hechos, la Fiscalía que adelanta la investigación penal adoptó como medidas de protección para la menor la “*protección policiva y evitar afectaciones futuras en la vida e integridad del señor SGA*”[[26]](#footnote-26), todo lo cual deja en evidencia el riesgo que corría la menor en su momento, por el maltrato de que fue objeto.

Así que, tal como lo definió el juzgado de primer grado, estas pruebas son suficientes para endilgar el maltrato invocado por la demandante, sin que los testimonios allegados tengan el soporte suficiente para ratificar o desechar esta conclusión, en vista del escaso poder suasorio, pues los deponentes tienen un conocimiento muy general o de oídas de los incidentes aquí expuestos.

Por ejemplo, los testigos que convocó la parte demandante, esto es, Martha Lucía Cano Jiménez[[27]](#footnote-27), Maritza Mejía Jiménez y Liliana María Jiménez Cano[[28]](#footnote-28), hablan de un supuesto maltrato en el aeropuerto, pero antes de que la pareja viviera en la ciudad de Medellín, donde ocurrieron los hechos que aquí se analizan, y nada más conocen del asunto; lo poco que saben es porque la misma menor les contó.

Y mucho menos los testimonios de la parte demandada[[29]](#footnote-29), derriban esta causal, pues el conocimiento de los hechos aquí narrados no es directo, es más por información de terceros que conocen de los pormenores de los sucesos de maltrato hacia la menor. Si observamos las declaraciones de los padres del demandado, María Cecilia Gutiérrez y Oscar Gómez, lo que saben es muy vago, hablan de un incidente que ocurrió en presencia hasta de la demandante, nada más, sin que el padre haya presenciado otra cosa, pues no permanecía todo el tiempo en la casa. Y la señora Claudia Vallejo tampoco aporta algo para esclarecer lo alegado en la contestación, pues lo que sabe o conoce es *“… porque otra vecina me contó el escándalo que habían armado que la había metido a la ducha porque estaba pataletosa*”, sin que tenga conocimiento directo de otros sucesos diferentes, lo que hace que su declaración pierda toda credibilidad.

Ahora, no se puede pasar por alto que la alzada misma acepta la extralimitación del padre en la corrección de su hija. Allí expresamente dice que “… *Si bien es cierto que existió un extralimitación del padre en la forma de reprender o corregir a su hija, no es menos cierto, que dichos episodios fueron superados por la menor como consecuencia del tratamiento PSICOLOGICO…*”, es decir, que esa conclusión del juzgado fue aceptada.

* 1. No obstante lo dicho, como se expuso al inicio del estudio de esta causal, y sin perder de vista la gravedad de la situación, esta Sala es partidaria de ponderar[[30]](#footnote-30) la situación en relación con el interés superior de la menor. No se trata de cortar, de tajo, las relaciones que existen entre padre e hijo, sino de observar todas las circunstancias que rodean el asunto, con el fin de tomar la mejor decisión, no para los intereses de los padres, según su conveniencia, sino para los de la menor que es la que se encuentra en el medio de toda esta discusión.

Con las pruebas, como se dijo, no existe duda alguna del maltrato propiciado a la menor por parte del aquí demandado. Pero no se puede pasar por alto, como insistentemente se ha dicho, que él tuvo origen en la inadecuada reprensión de su parte, por algunos comportamientos que consideraba inadecuados en la niña; además, es claro que SAG ha estado en tratamiento con profesionales y ha superado en mucho los problemas que en su momento le generó su señor padre con la forma en que la reprendía.

La psicorientadora del Colegio donde estudia Sofía, el 20 de abril de 2016, informó:

“Sofía se muestra dispuesta, receptiva, atenta, con afecto adecuado, sigue instrucciones durante la entrevista, su aspecto es muy positivo, comenta que está muy contenta en la institución y con su familia, reconocen sus avances y es valorada por su mamá y tías. Realiza el test de la familia cuyo personaje principal es su mamá siendo la más buena, según la instrucción, y ella se dibuja a su lado, siendo la más feliz; y en otro espacio dibuja la familia de sus tías y primas. Comenta mientras realiza el test que se siente muy contenta porque está viviendo sola con su mamá y es muy divertido, es sumamente creativa y mientras dibuja crea historias con connotación positiva.

Sofía evidencia un cambio significativo este año, su rendimiento académico cada vez es mejor, se concentra con facilidad, atiende con respeto y consideración a docentes y adultos, realiza con juicio y en el tiempo programado las tareas dentro del aula, al igual que sus trabajos y talleres extra clase con entregados a tiempo y de manera adecuada.

Su relación con sus pares es buena, socializa con facilidad, comparte, juega y se percibe muy contenta dentro y fuera del salón de clases.

En conclusión se percibe pautas comportamentales y comunicativas asertivas, un acompañamiento adecuado en su proceso psicológico y académico.” [[31]](#footnote-31)

En igual sentido, el concepto social de la Trabajadora Social del Juzgado de primer grado[[32]](#footnote-32), respecto de los sucesos de maltrato, dice que *“… se encuentra muy arraigado en su recordación, pese a no expresar dicha situación con resentimiento ni rabia hacía el señor Oscar Fabián*”.

Y a continuación concluye:

“No se observa ninguna afectación emocional de la niña al mencionar a su padre, ella se muestra tranquila y expresa con facilidad lo que ella conoce de su historia de vida, en la cual resalta permanentemente el apoyo afectivo y económico que ha recibido de su madre, su bisabuela y su abuela materna a quien desea visitar en el exterior.”

Y cuando en el mismo informe se le pregunta a la menor sobre *“que recuerdos tienes cuando vivías con tu padre?”* destaca que:

“R/yo tengo buenos y malos recuerdos, yo recuerdo que él era el que me cuidaba más mientras mi mamá trabajaba como en un almacén, pero él me obligaba a comerme toda la comida me la metía a la fuerza y si yo no quería él me metía a la ducha y me mojaba y era muy regañón igual que mi abuela, la mamá de él con quien me dejaban algunas veces cuando mi papá consiguió un trabajo en el metro, ella vivía al frente del apartamento en otro conjunto, pero los que si eran buenos eran la abuela y el papá de él, eso fue en Itagüí.”[[33]](#footnote-33)

Así que el maltrato que se le endilga al demandado hacia su hija, que más bien se traduce en un manejo inadecuado de la forma de corregir, puede encausarse mejor a la búsqueda del fortalecimiento de las relaciones mediante la concientización de los padres de sus deberes y derechos, antes que propender a la privación definitiva de la patria potestad, que redundaría en daño seguramente irreversible para Sofía, al no permitirle la oportunidad de disfrutar del acompañamiento, afecto y cariño de un padre, el que además de tener obligaciones materiales también le asiste el deber de apoyar moralmente a su prole.

Tal vez convenga recordar un pasaje de la sentencia C-368-2014, en la que la Corte Constitucional señaló que:

Para reprender al niño no es necesario causarle daño en su cuerpo o en su alma. Es suficiente muchas veces asumir frente a él una actitud severa despojada de violencia; reconvenirlo con prudente energía; privarlo temporalmente de cierta diversión; abstenerse de otorgarle determinado premio o distinción; hacerle ver los efectos negativos de la falta cometida. La eficacia de la sanción no estriba en la mayor intensidad del dolor que pueda causar sino en la inteligencia y en la firmeza con que se aplique, así como en la certidumbre que ofrezca sobre la real transmisión del mensaje implícito en la reprensión. En tal sentido, no se trata de ocasionar sufrimiento o de sacrificar al sujeto pasivo de la sanción sino de reconvenirlo civilizadamente en aras de la adecuación de sus posteriores respuestas a los estímulos educativos. El uso de la fuerza bruta para sancionar a un niño constituye grave atentado contra su dignidad, ataque a su integridad corporal y daño, muchas veces irremediable, a su estabilidad emocional y afectiva. Genera en el menor reacciones sicológicas contra quien le aplica el castigo y contra la sociedad. Ocasiona invariablemente el progresivo endurecimiento de su espíritu, la pérdida paulatina de sus más nobles sentimientos y la búsqueda -consciente o inconsciente- de retaliación posterior, de la cual muy seguramente hará víctimas a sus propios hijos, dando lugar a un interminable proceso de violencia que necesariamente altera la pacífica convivencia social.

Tampoco puede pasarse por alto la importancia de la potestad parental, referida a ambos padres, en lo que atañe a los derechos sobre la persona del hijo que, según resalta la doctrina constitucional, se relacionan *“… el derecho de guarda, dirección y corrección, materializado en acciones dirigidas al cuidado, a la crianza, a la formación, a la educación, a la asistencia y a la ayuda del menor, aspectos que a su vez constituyen derechos fundamentales de éste…”*.[[34]](#footnote-34)

Así que en busca de la medida justa que procure equilibrar los derechos en conflicto, por un lado, el maltrato sufrido por la menor, y por el otro, el derecho a tener una familia, la Sala llega a dos conclusiones importantes: (i) el demandado sí ha ejercido violencia contra su hija, que justificaba como una forma de corregir, y en eso está equivocado, pues debe concientizarse acerca de que existen otros métodos disuasivos, para enseñar con límites, pero sin miedo; y ii) no todas las relaciones padre e hija son perjudiciales, existe un nexo de afecto entre ellos que vale la pena preservar y tratar de encausar hacia pautas de relaciones despojados de violencia, pues la misma menor dice en su última declaración que tiene buenos y malos recuerdos, y estos últimos encausados principalmente a los hechos de corrección cuando no quería comer o cepillarse los dientes, por lo que con apoyo sicológico se puede procurar reorientar la relación.

Cuando se presentan esta clase de situaciones, la Corte Constitucional ha señalado:

La prevalencia de derechos y el interés superior del menor no implican per sé que frente a cualquier irregularidad o infracción parental sobrevenga la separación jurídica o material del niño o la niña de cualquiera de sus padres. Existen variedad de medidas intermedias que el operador puede tomar para castigar al padre infractor y para asegurar que sus actuaciones se acoplen al interés del menor. La más grave y extrema de todas ellas, tanto para la madre como para el hijo, la constituye la extinción o suspensión de cualquiera de las facultades parentales o la patria potestad misma. Por supuesto, cuando se investigan posibles irregularidades en la conducta y gestiones de un padre respecto del hijo, sobrevendrá un dilema y una tensión jurídica entre el derecho a tener una familia y no ser separado de ella y las fórmulas de salvaguardia aplicables; para dar solución a tal conflicto el operador judicial o administrativo debe actuar con extrema cautela y prudencia, y sustentar cuidadosamente cuál es la medida más apropiada para amparar los derechos del niño o niña. **En cualquier caso, la intervención de la sociedad y el Estado en defensa del menor no puede engendrar un daño mayor de aquel que hubiere sido ocasionado por su padre o madre”**[[35]](#footnote-35)

Así las cosas, en garantía del interés superior de la menor, estima esta Sala del Tribunal, como lo ha sostenido desde antaño[[36]](#footnote-36) y se ha reiterado posteriormente por otras Salas de la Corporación[[37]](#footnote-37) que se puede propiciar una solución intermedia que permita restablecer la resquebrajada relación padre e hija. Tal medida, es la de la suspensión de la potestad parental que corresponde a ÓFGG sobre su menor hija SGA, que, dadas las condiciones que se señalarán, puede ser restablecida, dependiendo de la voluntad del mismo padre, en los términos del artículo 310 del C. Civil. Entre tanto, quedará radicada exclusivamente en la señora madre de SGA.

Con tal fin, se condicionará el restablecimiento a que el demandado ingrese a un tratamiento psicológico y terapéutico que le permita un acercamiento sano y adecuado con su hija, lo cual se hará a través de la respectiva área de la EPS o medicina pre-pagada a la que se encuentre afiliado, o en su defecto a la del ICBF.

2.8. Todo esto, claro está, bajo el entendido de que no se halla demostrada la causal de abandono prevista en el numeral 2º del artículo 315 del Código Civil que se alega en la demanda.

Se recuerda que no siempre que hay un distanciamiento del padre respecto del hijo puede calificarse la situación dentro de la específica circunstancia del citado artículo 315-2; razones pueden existir que lo justifiquen. Es más, como atinadamente se ha sostenido, incluso por la jurisprudencia civil y constitucional, para que la causal aludida se abra paso, el abandono tiene que ser total; no basta, el incumplimiento de ciertas obligaciones, por grave que sea, para separar al padre de aquellas facultades definitivamente, se requiere que la sustracción de sus deberes como progenitor sea absoluta, tanto en lo económico, como en lo afectivo, situación que aquí no ha ocurrido.

La Corte Constitucional, recogiendo lo que ha sido tesis de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho sobre el particular:

"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 sí a la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, pues para ello se requiere que dicho incumplimiento se derive del abandono del hijo, circunstancia ésta prevista en el artículo 315-2 del C. C. como causa de una u otra. En el presente caso, 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 dieron 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 este se desentendió totalmente de estos menesteres…"[[38]](#footnote-38)

Y nada distinto ocurre en este caso, puesto que toda la prueba, esto es, la testimonial, interrogatorios y documental, apunta a demostrar que el demandado, aunque con algunas deficiencias, producidas más por la situación económica debido a que sus empleos no eran estables y por los problemas legales con la madre de la menor, que por su propio capricho, no se ha sustraído totalmente de sus deberes de padre y si lo ha hecho en lo afectivo en parte ha sido por las circunstancias de maltrato que se presentaron no solo con su hija sino con la demandante, que hizo que la misma justicia pusiera una medida de protección.

En efecto, del mismo interrogatorio de parte a la demandante[[39]](#footnote-39), se puede extractar que por la medida de protección que tenía cambio en 3 ocasiones de dirección, y no le informó al demandado. Expresamente dice que *“… la misma policía me indicó que es mejor que el señor no sepa dónde estábamos viviendo*”. En igual sentido el celular que el padre le regaló a la menor, la madre se lo quitó por castigo y por temor al contenido al que podía acceder, y añade que le ha llevado dos regalos *“… el primer regalo que él le llevó fue al colegio efectivamente no tenían estudio estaban en labores institucionales por ende no estaba la niña y lo recibió el director del colegio la cual me hizo entrega a mí que es el bolito de la princesita Sofía como unas sombritas de HelloKatty y el último obsequio fue como un morral que dejó en la portería*.”

En igual sentido se pronuncian Martha Lucía Cano de Jiménez, Maritza Mejía Jiménez y Liliana María Jiménez Cano, (testigos de la parte demandante, en su orden, abuela, prima y tía de la mamá de Sofía) que relatan al unísono sobre el regalo que el demandado le llevó a la menor cuando cumplió años.

Y no solo eso, también se detalla que la tuvo afiliada a salud como beneficiaria en la EPS SURA[[40]](#footnote-40) y le abrió una cuenta a la menor el 28 de diciembre de 2018[[41]](#footnote-41). Además, el 30 de agosto de 2016 solicitó a la Comisaría de Familia de Dosquebradas, “Revisión Cuota Alimentaria” en la que expresamente señaló que “La señora Arroyave me está violando mi derecho como padre a saber de mi hija y verla.”.

Por tanto, no se puede aducir, que el abandono en este caso haya sido total. Más bien, lo que se deduce del acervo probatorio es que es más el temor de la demandante de dejar sola a la menor con su señor padre debido a los antecedentes de maltrato de que fue objeto y esto al final resultó en un alejamiento entre ellos, pero a pesar de esa situación el demandado trató con unos pocos regalos y los pocos recursos que tenía de seguir en contacto con la menor, sin que fuera posible tal cometido.

Si se observa en el “ACTA DE NO CONCILIACIÓN DE REGULACIÓN DE VISITAS” visible en la página 24 del cuaderno digital principal, allí la actora señala que “… solo acepta visitas del padre hacía mi hija, si alguien lo está vigilando porque tengo conocimiento que el cuándo ha estado con mi hija la maltrata y por eso no quiero que se la lleve para Medellín y quiero que la visita sea vigilada…”, todo esto llevó a que la relación padre – hija se fuera diluyendo, aunado a la distancia de las ciudades en las que se encuentran domiciliados, Pereira (hija) y Medellín (padre).

Así las cosas, lo que se observa es que el demandado ha mantenido la intención de relacionarse con su hija, y prueba de ello es la actitud asumida por él en este proceso en particular, en el que se puso a derecho, lo que es poco usual en quien ha abandonado a su hija que, por lo regular, no atiende el llamado que judicialmente se le hace.

* 1. Tampoco se estructura la causal cuarta que, según la demanda, eventualmente se configuraría. Ella refiere a la condena a pena privativa de la libertad superior a un año. Todo, por cuanto, en este asunto se desconoce que en el asunto penal surtido ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Itagüí[[42]](#footnote-42), se hubiera adoptado una decisión de ese talante.

2.9. De todo lo dicho se puede concluir que: i) no hubo abandono; ii) tampoco se acreditó una condena privativa de la libertad que tuviera que ser analizada; iii) el maltrato por parte del padre hacía la menor existió, en cuanto hubo un exceso de aquel al momento de reprenderla; y iii) no obstante este hecho demostrado, prima el interés superior de la menor a tener un padre, todo lo cual lleva a revocar el numeral “primero” de la sentencia de primer grado y en su lugar se procederá a la suspensión de la potestad parental del demandado con las adiciones ya indicadas.

2.10. En vista de que la alzada prospera parcialmente, la Sala se abstiene de condenar en costas (art. 365-4 CGP).

1. **DECISIÓN**

En armonía con lo dicho, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

1. **REVOCAR** el numeral “primero” de la sentencia dictada por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas el 21 de octubre de 2020, en este proceso verbal de privación de patria potestad iniciado por **PAAJ,** representante legal de la menor **SGA**, inició frente a OFGG**.**

En su lugar:

1. Se **SUSPENDE** la potestad parental que el señor OFGG tiene sobre la menor SGA. Mientras dure la suspensión, la misma estará en cabeza de la madre PAAJ.
2. Se **ADICIONA** la sentencia para conminar al demandado, señor OFGG a que asista a un tratamiento psicológico y terapéutico que le permita un acercamiento sano y adecuado con su menor hija SGA, la cual se hará a través de la respectiva área de la EPS o medicina pre-pagada a la que se encuentre afiliado, o en su defecto a la del ICBF, como requisito necesario para que pueda pretender el restablecimiento de la patria potestad.
3. Sin costas.
4. Devolver el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese

Los Magistrados

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

1. En garantía de los derechos de la menor, se omitirán los nombres, que reposan en el expediente. [↑](#footnote-ref-1)
2. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, 01Expediente, p. 29. [↑](#footnote-ref-2)
3. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, 01Expediente, p. 28 y 29. [↑](#footnote-ref-3)
4. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, 01Expediente, p. 33. [↑](#footnote-ref-4)
5. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, 01Expediente, p. 64 y 65, 105 y 106. [↑](#footnote-ref-5)
6. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, 01Expediente, p. 68 a 106 [↑](#footnote-ref-6)
7. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, 01Expediente, p. 158 a 165. [↑](#footnote-ref-7)
8. 01PrimeraInstancia, CuadernoExcepcionesPrevias. [↑](#footnote-ref-8)
9. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, 01Expediente, p. 167 a 171. [↑](#footnote-ref-9)
10. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, 01Expediente, p. 176 a 178. [↑](#footnote-ref-10)
11. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, 01Expediente, p. 222 a 224. [↑](#footnote-ref-11)
12. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, 01Expediente, p. 239 y 240. - 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, 02ActaContinuacionAudiencia13Marzo2020. [↑](#footnote-ref-12)
13. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, 05ActaAudienciaSentencia. Audiencias, 03AudienciaJuzgamiento. [↑](#footnote-ref-13)
14. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, Audiencias, 03AudienciaJuzgamiento [↑](#footnote-ref-14)
15. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, 01Expediente. p. 23. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Constitucional, sentencia C-997-2004 [↑](#footnote-ref-16)
17. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de octubre 25 de 1984 [↑](#footnote-ref-17)
18. Código de la Infancia y Adolescencia [↑](#footnote-ref-18)
19. Sentencia C-1003-2007 [↑](#footnote-ref-19)
20. La Convención Internacional de los Derechos del Niño fue aprobada por nuestro país mediante la Ley 12 de 1992 [↑](#footnote-ref-20)
21. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, P. 80. [↑](#footnote-ref-21)
22. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal. P. 81 [↑](#footnote-ref-22)
23. 01PrimeraInstanica, Audiencias, 01AudienciaInicial, 2:00:00 [↑](#footnote-ref-23)
24. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, P. 93 y 94. [↑](#footnote-ref-24)
25. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, P. 224. [↑](#footnote-ref-25)
26. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, P. 101 [↑](#footnote-ref-26)
27. 01PrimeraInstanica, Audiencias, 01AudienciaInicial. [↑](#footnote-ref-27)
28. 01PrimeraInstanica, Audiencias, 02ContinuacionAudienciaInicial. [↑](#footnote-ref-28)
29. 01PrimeraInstanica, Audiencias, 02ContinuacionAudienciaInicial [↑](#footnote-ref-29)
30. CSJ, Sala Civil. Sentencia del 16 de junio de 2011, en sede de tutela, Rad. No. 2011-01738-01, MP Edgardo Villamil Portilla. [↑](#footnote-ref-30)
31. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, P. 103 [↑](#footnote-ref-31)
32. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, P. 224 [↑](#footnote-ref-32)
33. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, P. 223 [↑](#footnote-ref-33)
34. Sentencia C-145-10 [↑](#footnote-ref-34)
35. Sentencia C-1003 de 2007. [↑](#footnote-ref-35)
36. Sentencia del 3 de noviembre de 2009 [↑](#footnote-ref-36)
37. Sentencias del 29 de febrero de 2016, Radicado 2015-00202, y del 20 de marzo de 2019, radicado

    2017-00183, M.P. Duberney Grisales Herrera. [↑](#footnote-ref-37)
38. Sentencia T-953 de 2006. [↑](#footnote-ref-38)
39. 01PrimeraInstancia, Audiencias, 01AudienciaInicial [↑](#footnote-ref-39)
40. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, P. 137 [↑](#footnote-ref-40)
41. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, P. 219 [↑](#footnote-ref-41)
42. 01PrimeraInstancia, CuadernoPrincipal, 03ProcesoPenalJuzgadoItagui [↑](#footnote-ref-42)