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.

**TEMAS: PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD / DEFINICIÓN / REGULACIÓN LEGAL / CAUSAL: CONDENA A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD SUPERIOR A UN AÑO / DEBE GARANTIZARSE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR / Y TENER EN CUENTA SU OPINIÓN.**

El artículo 288 del Código Civil que define la patria potestad, dice: “es el conjunto de derechos y obligaciones 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”.

Por su parte, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia enseña: “La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación…”

El artículo 315 del Código Civil, con las modificaciones y adiciones introducidas, dice que la patria potestad termina cuando los padres que ejercen la patria potestad incurren en alguna de las causales allí establecidas, dentro de las cuales se cita en el numeral 4º, el haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año, causal que se invocó en la demanda como fundamento de las pretensiones. (…)

Aunque como lo alega el recurrente, se demostró en el proceso que el demandado fue sancionado con pena restrictiva de la libertad superior a un año y que ese hecho lo consagra el legislador como causal para privarlo de ejercer la potestad parental sobre su hija menor, es menester analizar previamente si esa medida extrema es conveniente o no, atendiendo el interés superior de la menor y el carácter prevalente de sus derechos…

Ese interés superior del menor se relaciona con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, según el cual los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez…

En el asunto bajo estudio se satisfizo tal garantía, pues como ya se expresó, la menor tantas veces mencionada fue escuchada en entrevista, acto en el que se refirió a su papá como la persona con quien quiere estar y compartir los fines de semana; lo definió como un buen hombre, aunque toma licor y fuma; como un ser que la protege, a quien no teme, con quien juega y disfruta el hacerlo…

Surge de lo anterior que patrocinar el desarraigo, privando al demandado de ejercer la patria potestad sobre su hija, desconocería los derechos fundamentales de la pequeña al amor, a tener una familia y a no ser separado de ella, los que a juicio de la Sala deben ser garantizados a pesar de la reprochable conducta por la que el citado señor fue sancionado con pena privativa de la libertad…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, noviembre diez (10) de dos mil veinte (2020)

Acta No. 401 de noviembre 9 de 2020

Expediente 66001-31-10-004-2019-00154-01

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso el apoderado judicial de la demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, el 8 de julio de 2019, en este proceso sobre privación de la patria potestad, instaurado por la señora Lina María Cárdenas Giraldo, en interés de la menor Ana Sofía Rojas Cárdenas, contra Jaime Alexander Rojas Giraldo.

**ANTECEDENTES**

1. Con la acción instaurada pretende la actora se prive al demandado de ejercer la patria potestad sobre la menor Ana Sofía Rojas Cárdenas y se le otorgue su ejercicio a ella en forma exclusiva; se ordene la inscripción del fallo ante el competente funcionario del estado civil y se condene en costas al demandado.

2. Como fundamento de esas pretensiones se dijo que la menor Ana Sofía Rojas Cárdenas nació en Pereira el 10 de febrero de 2010 y es hija de los señores Lina María Cárdenas Giraldo y Jaime Alexander Rojas Giraldo; el demandado se ha sustraído desde siempre de todas las obligaciones que le incumben como tal y se comporta en forma absolutamente irresponsable; en la Comisaría de Familia se le fijó como cuota alimentaria la suma de $125.000 mensuales, cuyo pago incumple; además, fue condenado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira a pena privativa de la libertad superior a un año, por el delito de lesiones personales dolosas agravadas causadas a menor de edad, encontrándose actualmente recluido en la Cárcel de Varones “LA 40”; su comportamiento es deplorable, a pesar de que ha estado en centros de rehabilitación.

3. La demanda se admitió por auto del 22 de abril de 2019.

4. Dentro del término de traslado otorgado al demandado para ejercer su derecho de defensa, guardó silencio.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA E IMPUGNACIÓN**

1. Se dictó el 8 de julio de 2019. En ella, el funcionario de primera sede negó las pretensiones de la demanda. Consideró que las causales invocadas no fueron probadas, pues se estableció que padre e hija tienen una relación armoniosa y por ende, el abandono enrostrado al demandado no es absoluto por lo que no se configura la causal segunda del artículo 315 del Código Civil. Y en relación con la cuarta, porque si bien es cierto su conducta resulta reprochable, también lo es que los hechos por los cuales resultó investigado y sancionado fueron producto de una discusión “… entre parejas o ex parejas, en la que en un forcejeo resultó lesionada una menor…”. Agregó que el delito en cuestión, a su juicio, no resulta de gran envergadura como para privarlo de la patria potestad en relación con la menor Ana Sofía.

2. Inconforme con el fallo, lo impugnó la parte actora. Sus argumentos serán analizados más adelante.

**CONSIDERACIONES**

1. Los presupuestos procesales para dictar sentencia de mérito se encuentran reunidos y no se observa causal alguna de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

2. Además, las partes están legitimadas en la causa como lo acreditan los siguientes documentos:

2.1 Copia auténtica del folio del registro civil de nacimiento de Ana Sofía Rojas Cárdenas, con indicativo serial 55252576, expedida por la Notaría Quinta de Pereira, en el que se expresa que tal hecho acaeció el 10 de febrero de 2010 y que es hija de Lina María Ortiz Hoyos y Jaime Alexander Rojas Giraldo. A ese documento se le insertó una nota en la que se lee que ese reemplaza el indicativo serial 43642989, por cambio de apellidos de la madre, que modifica el segundo de la inscrita. La respectiva inscripción se produjo el 20 de enero de 2017[[1]](#footnote-1).

2.2 Copia auténtica del folio del registro civil de nacimiento de Ana Sofía Rojas Ortiz, con indicativo serial 43642989, expedida por la Notaría Quinta de Pereira, en el que se expresa que tal hecho acaeció el 10 de febrero de 2010 y que es hija de Lina María Ortiz Hoyos y Jaime Alexander Rojas Giraldo. Este último la reconoció como tal. A ese documento se le insertó una nota en la que se lee que pasa al indicativo serial 55252576, por cambio de apellidos de la madre, que modifica el segundo de la inscrita. La respectiva inscripción se produjo el 19 de febrero de 2010[[2]](#footnote-2).

Con tales pruebas se demuestra que Ana Sofía Rojas Cárdenas está sometida a la potestad parental de sus progenitores, por ser menor de edad y no aparecer inserta nota de que se haya privado o suspendido el ejercicio a alguno de ellos, y por ende, como ya se había anunciado, que las partes están legitimadas en la causa.

3. De acuerdo con los reparos que al fallo de primera instancia hizo el citado profesional y al escrito de sustentación, corresponde a esta Sala establecer si la sentencia que se revisa debe ser revocada, para acceder a las súplicas de la demanda, porque perfeccionada la causal cuarta del artículo 315 del Código Civil, modificado por el Decreto 2820 de 1974 y adicionado por el 10 del Decreto 772 de 1975, contrario a lo que concluyó el juez de primera sede, se justificaba privar al demandado de ejercer la patria potestad sobre su menor hija Ana Sofía Rojas Cárdenas.

En relación con la otra causal que también se invocó como fundamento de las pretensiones, la prevista en el numeral 2º del mismo artículo, se declaró la deserción del recurso por auto del 29 de septiembre pasado.

4. El artículo 288 del Código Civil que define la patria potestad, dice: “*es el conjunto de derechos y obligaciones 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”.*

Por su parte, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia enseña: “*La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.- En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos.”*

La Corte Constitucional en sentencia C-1003 de 2007, en relación con la patria potestad, expresó:

*“En armonía con la citada disposición, esta corporación ha considerado que 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…”*

5. El artículo 315 del Código Civil, con las modificaciones y adiciones introducidas, dice que la patria potestad termina cuando los padres que ejercen la patria potestad incurren en alguna de las causales allí establecidas, dentro de las cuales se cita en el numeral 4º, el haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año, causal que se invocó en la demanda como fundamento de las pretensiones.

6. Al proceso se incorporó copia auténtica de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, el 25 de enero de 2019, por medio de la cual se condenó al señor Jaime Alexander Rojas Giraldo a la pena principal de 21 meses y 10 días de prisión, por el delito de lesiones personales dolosas agravadas, la cual se encuentra debidamente ejecutoriada[[3]](#footnote-3).

A tal documento se le confiere mérito demostrativo en los términos de los artículos 244 y 257 del Código General del Proceso y en consecuencia, se considera demostrado el hecho que contiene la hipótesis normativa a que se refiere la última disposición citada.

7. Al sustentar el recurso alegó el apoderado de la demandante que como se encontraba probada la causal de que se trata, para privar al demandado de ejercer la potestad parental sobre su hija menor, la sentencia de primera sede violó de manera flagrante la disposición que la consagra, al amparo de la discrecionalidad que le permitió al juzgado minimizar los graves hechos por los que fue juzgado y condenado, lo que a la luz de los artículos 5, 42 y 44 justificaba imponerle la sanción reclamada por medio de este proceso y que así se produjo una tácita derogación de las normas aplicables al caso; no se analizó la grave conducta en que incurrió el citado señor y que involucra a un menor de tres años, a quien utilizó para maltratar a su pareja y lograr sus torcidos propósitos, actuando peligrosamente bajo el influjo de las drogas; se trata de un individuo peligroso para la madre, aquí demandante, y para su hija, toda vez que existe una razonable amenaza de que incurra nuevamente en sus actos de agresión, dada su dependencia a las drogas, su resentimiento y carácter violento.

Insiste en la gravedad del delito doloso en que incurrió el demandado y concluye que carece de idoneidad para ejercer la patria potestad sobre su hija; aduce que deshonró a la familia; no se erige en el mejor paradigma para la menor en proceso de formación, no cumple sus deberes y sigue ostentado derechos que le permite incurrir en desafueros, imponer condiciones caprichosas y desestabilizar a la madre y a la niña, quedando expuestas a su reincidencia en el actuar doloso y violento, como quiera que su actuar irracional es recurrente.

8. Aunque como lo alega el recurrente, se demostró en el proceso que el demandado fue sancionado con pena restrictiva de la libertad superior a un año y que ese hecho lo consagra el legislador como causal para privarlo de ejercer la potestad parental sobre su hija menor, es menester analizar previamente si esa medida extrema es conveniente o no, atendiendo el interés superior de la menor y el carácter prevalente de sus derechos, como lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-997 de 2004 que declaró exequible la disposición que autoriza imponer aquella sanción con fundamento en la causal de que se trata:

*“En efecto, la terminación de la patria potestad por la causal contemplada en el numeral cuarto del artículo 315 Código Civil es una medida tendiente a la protección de los derechos del menor, en este sentido, el Estado cumple con su deber de garantizar la prevalencia de los derechos de los niños, con disposiciones como estas, que permiten a cualquier persona exigir a las autoridades la defensa del menor (C.P., art. 44). Debe recordarse que la emancipación judicial, es uno de los casos excepcionales en que el juez de familia puede incluso actuar de oficio.*

*Nótese que la disposición acusada en manera alguna dispone la pérdida de la patria potestad de pleno derecho, puesto que no es por el solo hecho de la condena a pena privativa de la libertad superior a un año que termina la patria potestad de los padres. El texto normativo en cuestión se orienta a establecer uno de los motivos que pueden permitir a cualquier persona e incluso al juez de familia iniciar un proceso declarativo a fin de establecer si los padres que actúen como demandados brindan las condiciones éticas, morales, familiares y de convivencia para el pleno desarrollo del hijo menor que garantice plenamente la protección especial que éste requiere dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión.*

*Así, es el juez del proceso, en cada caso concreto, el que determina a la luz del principio del interés superior del menor si resulta benéfico o no para el hijo que la patria potestad que ejercen sus padres se dé por terminada, pero ello, se insiste no opera de manera objetiva dado que esa circunstancia haría injustificada la existencia de un proceso judicial con esa finalidad. De esta manera, corresponde al juez en cada caso adoptar la mejor decisión para los intereses del menor.*

*Dentro de la libertad de configuración normativa de que es titular el legislador, la fórmula utilizada por este si bien puede, a juicio del demandante, ser considerada como la menos afortunada dado que con ella se cobija a todos los padres condenados incluso por delitos políticos y culposos respecto de los cuales la propia Carta en ocasiones reconoce un tratamiento especial, pues no constituyen inhabilidad para ejercer ciertos empleos (C.P., arts. 179-1, 232-3, 299) o se tienen como criterio para otorgar ciertos beneficios (C.P., arts. 35, 150-17, 201-2), no por ello la norma es inconstitucional…*

*En este sentido, la disposición acusada se ajusta a los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 5º, 42 y 44 puesto que permiten que un padre que ha realizado una conducta punible, sea privado de los derechos que la ley otorga para el cumplimiento de los deberes que esa condición impone el ordenamiento jurídico, siempre que esa decisión sea la que mejor corresponda a los intereses del menor, debiendo el juez en cada caso, hacer la valoración correspondiente; ello implica que la aplicación de la causal no es objetiva, sino que por el contrario, como toda actuación tendiente a restringir derechos deberá analizarse desde un punto de vista subjetivo y, en el caso de los menores, a partir del principio constitucional del interés superior del menor…”*

El artículo 44 de la Constitución dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos y que cualquier persona puede exigir a la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. El mismo artículo dice que los niños tienen derecho a tener una familia y a no ser separados de ella y esa garantía debe ser respetada en razón al carácter prevalente de sus derechos.

Así, para determinar si en este caso es procedente privar de la patria potestad al señor Jaime Alexander Rojas Giraldo respecto de su menor hija Ana Sofía teniendo en cuenta los intereses y derechos de esta última, resultaba menester analizar la cuestión bajo la óptica del interés superior de la niña, respecto del cual ha dicho la Corte Constitucional:

“*A partir de la Constitución de 1991, art. 44, los derechos de los niños son fundamentales y prevalentes, y atienden al principio del interés superior del menor, norma constitucional que involucra al bloque de constitucionalidad los demás derechos consagrados en tratados internacionales, contexto constitucional que consagró un deber de protección especial a favor de la niñez, así como la garantía de su desarrollo armónico e integral.*

*Además, el mismo artículo citado dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.*

*En efecto, el ejercicio de la patria potestad debe armonizar con los nuevos postulados constitucionales, pues como lo ha considerado esta corporación, los derechos que componen la patria potestad no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en el del interés superior del hijo menor, facultades que están subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado. En este sentido, la Corte Constitucional ha explicado que: "los derechos que se derivan de la patria potestad son derechos instrumentales, cuyo ejercicio, restringido única y exclusivamente a sus titulares, sólo será legítimo en la medida en que sirva al logro del bienestar del menor."[[4]](#footnote-4)*

*A partir del nuevo texto constitucional, la patria potestad es un elemento material en las relaciones familiares en la medida que su ejercicio es garantía de la integración del hijo menor al núcleo familiar el cual debe brindarle cuidado, amor, educación, cultura y en general una completa protección contra los eventuales riesgos para su integridad física y mental. Desde esta perspectiva, el derecho constitucional preferente que le asiste a las niñas y niños, consistente en tener una familia y no ser separados de ella, no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad) sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos…” (Sentencia C-1003 de 2007)*

Ese interés superior del menor se relaciona con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, según el cual los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez, fin para el cual se le dará la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En el asunto bajo estudio se satisfizo tal garantía, pues como ya se expresó, la menor tantas veces mencionada fue escuchada en entrevista, acto en el que se refirió a su papá como la persona con quien quiere estar y compartir los fines de semana; lo definió como un buen hombre, aunque toma licor y fuma; como un ser que la protege, a quien no teme, con quien juega y disfruta el hacerlo; quien la corrige cuando hace mal alguna cosa, y recibe de él un buen trato, la llama su princesita, le dice que la extraña y la quiere mucho

De esas aseveraciones puede inferirse con seguridad que la niña no quiere perder la relación con su padre; por el contrario, muestra su interés en estar con él y recibir el amor que puede brindarle.

A la misma conclusión se llega de las manifestaciones que hizo la madre en el interrogatorio absuelto, en cuanto dijo que ha patrocinado la relación entre padre e hija, porque esta última lo adora, le pide que lo lleve a verlo y no es su deseo que la priven de hacerlo.

Surge de lo anterior que patrocinar el desarraigo, privando al demandado de ejercer la patria potestad sobre su hija, desconocería los derechos fundamentales de la pequeña al amor, a tener una familia y a no ser separado de ella, los que a juicio de la Sala deben ser garantizados a pesar de la reprochable conducta por la que el citado señor fue sancionado con pena privativa de la libertad, la que ya purgó; además, el grave error cometido no puede ser circunstancia que le impida ahora ejercer la potestad parental sobre su hija, frente a la cual no hay prueba de que haya sido violento o agresivo.

De esa manera las cosas, como forma de garantizar el interés superior de la menor Ana Sofía, por la causal que se analiza, no resulta posible privar al demandado de ejercer sobre ella la potestad parental.

7. Por lo hasta aquí expuesto, no comparte la Sala los argumentos del apelante, siendo necesario agregar que son circunstancias nuevas las relacionadas con la amenaza que representa el demandado para la seguridad de su hija y de la actora, cuando quiera que pretenda hacer valer sus intereses y ponerla como instrumento para lograr posibles pretensiones aviesas, en momentos de desafuero, bajo los efectos del alcohol o de otra sustancia; al calificarlo como una persona peligrosa para la demandante y la menor en cuyo interés se promovió la acción por esas adicciones, su resentimiento y carácter violento.

En consecuencia, no pueden ser analizadas sin desconocer el derecho fundamental al debido proceso de que es titular el citado señor y que consagra el artículo 29 de la Constitución Nacional, sin que sobre anotar que de la existencia de esas conductas tampoco obran pruebas en el proceso y reiterar que el asunto debe ser resuelto teniendo en cuenta el interés superior de la niña.

**CONCLUSIONES Y DECISIÓN**

Se confirmará la decisión de primera sede.

La demandante será condenada a pagar las costas causadas en esta instancia, las que se liquidarán por el juzgado de primera sede, de acuerdo con el artículo 366 del Código General del Proceso, previa fijación de las agencias en derecho, lo que se hará en Sala Unitaria, por auto posterior.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Pereira, Sala de Decisión Civil Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**1º CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, el 8 de julio de 2019, en el proceso sobre privación de la patria potestad, instaurado por la señora Lina María Cárdenas Giraldo, en interés de la menor Ana Sofía Rojas Cárdenas, contra el señor Jaime Alexander Rojas Giraldo.

**2º** Costas a cargo del recurrente en esta sede, las que serán liquidadas por el juzgado de primera sede, de acuerdo con el artículo 366 del CGP, previa fijación de las agencias en derecho, lo que se hará en Sala Unitaria, por auto posterior.

Por su pronunciamiento oral, las decisiones anteriores quedan notificadas en estrados.

No siendo otro el objeto de este acto se termina.

Los Magistrados,

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Con aclaración de voto

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Folio 7, cuaderno No. 1 digitalizado [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 25 del mismo cuaderno [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 10 a 27, cuaderno No. 2 digitalizado [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-474 de 1996. [↑](#footnote-ref-4)