



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA CIVIL – FAMILIA - LABORAL
RIOHACHA- LA GUAJIRA

Riohacha, nueve (09) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ

Proceso:	VERBAL
Demandante:	CELINA ROJAS FUENMAYOR
Demandado:	ANIELSON PERALTA MOSCOTE
Radicación:	44-001-31-10-001-2020-00241-02
Decisión:	Sentencia de Segunda Instancia
Especialidad:	Familia

Discutido y Aprobado en sesión de nueve (09) de septiembre de dos mil veintidós (2022), según consta en acta N° 07

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, HENRY DE JÉSUS CALDERÓN RAUDALES y CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ quien preside en calidad de ponente, profiere sentencia escrita conforme lo autoriza el Decreto 806 de 2020 artículo 14 inciso 3º, según lo establece el artículo 624 del C.G.P. esto es, se debe resolver conforme a la norma vigente al momento de formular el recurso y una vez surtido el traslado a las partes para alegatos de conclusión, resuelve recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia del once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021) proferida por el Juzgado de Familia en Oralidad del Circuito de Riohacha, La Guajira en el asunto de la referencia.

CAUSA PETENDI:

La demanda de divorcio fue presentada y adecuadamente notificada, luego, la parte demandada procede a contestarla, evacuadas las audiencias señaladas en el artículo 372 y 373 del C.G.P., se procedió a fallar de fondo.

La funcionaria a quo planteó problema jurídico, examinó y encontró reunidos los presupuestos procesales, procedió a estudiar la causal alegada por la demandante. Recordó el concepto de familia, el concepto de matrimonio y echo mano de la causal invocada, la cual encajó en las subjetivas, de las que afirmó “...se relacionan con la ruptura de los lazos afectivos que motivan el matrimonio lo que conduce al divorcio como mejor remedio para la situaciones vividas por ellos al divorcio que fluye por éstas causales suelen denominarse divorcio remedio...” más adelante expone: “...en el caso de autos tenemos...la señora demandante alega únicamente la ocurrencia de la causal 3ra indicada en el artículo 154 del código civil, a ello manifiesta que para el tiempo de convivencia con su cónyuge

ha sido víctima de maltratos físicos y psicológicos por parte del Sr. ANIELSON PERALTA MOSCOTE, ...agrade a ella y a su familia, incidiendo esto en su estado emocional y en el de su menor hija, aunado a ello denuncia la ocurrencia del abandono del hogar del Sr. ANIELSON PERALTA MOSCOTE el día 3 de Octubre del año 2020.”

Luego procede a estudiar la causal tercera (3ra) del artículo 154 del Código Civil, y argumentó “...los actos que constituían esta causal eran considerados que hiciesen peligrar la salud, la integridad corporal de vida de uno de los conyugues o sus descendientes o que hicieran imposible la paz y el sosiego doméstico...”, recordó que el cónyuge ofendido tenía que demostrarla causal.

Memoró el concepto de ultraje, “...comprende, palabras en escrito, señas, pose que hiera la justa sensibilidad del cónyuge que vulnera su honor, buen nombre, dignidad, le cause vejamen, trato cruel es el sufrimiento moral o síquico es causado por comportamiento mal intencionado, sufrimiento moral con sevicia y violencia maltrato de obra, es toda agresión física como lesiones personales.” Recordó sobre lo expuesto por la doctrina “...que es este tipo de violencia en Colombia es mayormente ejercida por los hombres y tiene lugar en el hogar...”.

Paso a estudiar las pruebas así: “...las pruebas documentales...conllevan ratificación de la existencia del vínculo matrimonial, mientras tanto en el interrogatorio de parte practicado a la demandante y demandado no se pudo extraer con claridad la ocurrencia de actos de agresión verbal en contra de la demandante...sin embargo lo que se fue posible para el despacho observar es que la unidad matrimonial se encuentra quebrantada, soporte de ello es la medida de alejamiento solicitada por la Sra. Celina Rojas Fuenmayor en contra del sr Anilson Peralta Moscote y que obra en el expediente, la cual fue con posterioridad a la presentación de la demanda de divorcio...referente a la denuncia penal, por violencia intrafamiliar...el despacho no se ha obtenido...puesto que no ha tenido la oportunidad de conocerla y era obligación de la parte interesada aportarla al proceso conforme lo dice 173 del código general del proceso...los testimonios...denotan la existencia del conflicto de la pareja al igual en el conflicto entre la familia de la cónyuge accionante con el demandado...el distanciamiento de los consortes, de dichas declaraciones...no tenga ocurrencia con la causal alegada, no hay reciprocidad en lo expuesto, pues mientras los testigo aportados por la parte accionante manifiesta ofensas verbales por parte del cónyuge accionado en contra de la Sra. Celina Rojas Fuenmayor, los testigo traídos al proceso a petición de la parte demandada resaltan comportamientos de respeto del señor Anielson Peralta Moscote con respecto a su esposa, concluyó que “...se vislumbra la ruptura familiar de los consortes que residen en viviendas separadas sin compartir techo, lecho y mesa...logrando el distanciamiento y decisión de no reconciliarse, así en condición lo más aconsejable para el despacho es la cesación del vínculo por ende se decretara el divorcio del matrimonio civil celebrado por los señores Celina Rojas Fuenmayor y Anielson Peralta Moscote el día 5 de noviembre del 2015 ante la Notaría 1ra del círculo notarial de Riohacha La Guajira...” y procedió a decretar “...el divorcio del matrimonio civil que celebraron los Sres. Celina margarita roja Fuenmayor y Anilson Peralta Moscote...” adicionalmente resolvió sobre la custodia, la patria potestad, la fijación de alimentos, regulación de visitas, ordenó el tratamiento psicológico.

RECURSO DE APELACIÓN

Muy respetuosamente Sra. juez interpongo recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Riohacha sala civil, familia, laboral de la sentencia que acaba de dictar con relación al primer resuelve, en razón a que los testigos que presentamos la parte demandante fueron claros y coincidentes para que el juzgado decreta el divorcio con las causales alegadas en la demanda y los testigos que presentó la parte demandada fueron de oídas, el primer testigo el sr Solano Campo Javier confirmo el en su dicho que dos bolsas de basura se llevaron de la puerta de la casa la mamá del demandado y resulta que el demandado en la contestación de la demanda dijo que él había sacado la ropa porque la había mandado a lavar y los jeans a reparar en la clínica del jean, el otro testigo el sr González Gonzáles no fue testigo presencial y no coincide tampoco su dicho ni su declaración con el otro testigo mientras que el otro testigo de la parte demandante fueron coincidentes, claras y presenciales sobre los hechos que dieron lugar al divorcio. Con relación que no se presentó la denuncia oportunamente es conocido que toda persona y víctima que sufre maltrato físico y emocional se convierte en dependiente del maltratador entonces ella solo cuando pudo liberarse fue consiente de la dependencia afectiva que tenía con el demandado mientras estuvo sometida y humillada

Lo único en lo que no interpongo la apelación es en contra de los alimentos y la patria potestad, lo demás lo sustentare mediante el honorable tribunal superior.

ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA

Parte demandante:

Reiteró su crítica a la decisión de instancia, porque se produce una sentencia alejada de los hechos y las pretensiones, además de ratificar la crítica a los testigos de la parte demandada y pide acoger los de la parte demandada. presenta a modo de peritaje sin ser perito y sin dar fundamento doctrinal de autores, su visión del tema de la violencia doméstica y subsume el caso de su cliente, presentó hechos que no fueron esgrimidos en la demanda ni referido por los testigos. Recordó su argumento según el cual, el demandado abandonó el hogar. Concluye que las causales alegadas están probadas hasta la saciedad. Se queja de la revictimización de la demandante cuando la funcionaria de primera instancia le preguntó a su cliente si provocaba a su esposo.

Frente a la prueba de la falta de documento que demuestre la denuncia penal al demandado, reprocha que el juez la hubiera podido haber decretado de oficio. Recordó que el demandando le consigno por efecty \$500.000.00 pero que ella no los cobró porque ya se había decretado el embargo. Recordó el trámite de regulación de visitas que se surte simultáneamente con el divorcio. En lo que concierne a esta apelación pide el cambio de la regulación de visitas decretadas en primera instancia.

Parte demandada:

Critica a los testimonios de la parte demandante, los que consideró sospechosos, porque no presenciaron los hechos, porque no visitaban la residencia conyugal y son testigos de oídas. Afirmó que no están probadas las causales que se alegaron, para ello soporta su alegato en la ausencia de prueba pericial o examen psicológico que permitiera demostrar las conductas traumáticas y estresantes que sufriera la demandante, cita una obra TESTIMONIO, EXAMEN PSICOLÓGICO, DENUNCIA PENAL DEL DELITO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, El informe pericial (Jouvencel), la denuncia penal fue posterior a la demanda de divorcio y recordó que de las denuncias presentadas se deja una copia al denunciante. Citó la sentencia T 967 de 2014, que “...el señor **PERALTA MOSCOTE Ilegaba indispuesto, amargado, que no le gustaba que le tocaran sus cosas**, eso no es violencia psicológica...” Arguyó que su representado no abandonó el hogar sino que su esposa no le permitió ingresar más a él, al cambiarle las cerraduras y le colocaron una cadena al portón. Respecto a las relaciones sexuales extramatrimoniales, afirmó que estas no fueron alegadas. Que su cliente no incumplió los débitos conyugales. Que la demandante no permite que su cliente comparta con su menor hija, que resulta irrelevante que algún progenitor ostente el cuidado personal de sus hijos, puesto que la normativa vigente autoriza al otro para visitarlo, con arreglo a las normas superiores. Recordó el incidente que refiere la apoderada demandante en su alegato, y respondió así: “*En cuanto a lo señalado por la apoderada de la señora CELINA MARGARITA ROJAS FUENMAYOR, en referencia de cómo me entere del oficio dirigido al Juzgado de Familia, a las 2:30 de la tarde en la misma fecha diecinueve (19) de junio de dos mil veintiuno (2021), que nada tiene que ver con la demanda de Regulación de Visita, pero si con la demanda de DIVORCIO que la conteste el día 11 de noviembre del 2020, si bien no me fue enviado a mi correo como señala la respetada colega, sí me entere no fue por los funcionarios del Juzgado de Familia, puesto que a mi WhatsApp a las 11:31 a.m., el demandado ANIELSON JOSE PERALTA MOSCOTE, me allego ese oficio que la doctora CAMPO le envió a su correo el día 19 de junio a las 8:40 am, como su apoderada judicial que soy en este proceso y en vista que la colega solicita al Juzgado que se fijara fecha para audiencia y de igual manera le informa al despacho que no conoce la contestación de la demandad de DIVORCIO hecho por el cual procedí a enviársela a su correo electrónico (adjunto pantallazo del chat y del correo enviado a mi poderdante)...*”

PRESUPUESTOS PROCESALES

1. CONSIDERACIONES

Se encuentran reunidos los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad para ser parte y para comparecer, así como la competencia del juzgador, para decidir de fondo el recurso de apelación interpuesto por la demandante, sin que se observe causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación. Además, existe Legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva porque tratándose de proceso de divorcio, está legitimada la demandante como esposa y como demandado su cónyuge.

PROBLEMA JURÍDICO

1. ¿Fue congruente la sentencia que decretó el divorcio por mutuo acuerdo con las pretensiones de la demanda,?
2. ¿Está probada la causal 2ª y 3ª de divorcio consagrada en el artículo 154 del C.C.?
3. ¿Se hizo una adecuada valoración conjunta de la prueba que se recaudó en el presente proceso?

MARCO CONCEPTUAL:

En esta providencia se deben tener en cuenta los siguientes aspectos preliminares:

Existe una prueba ilegal.

Los artículos (ARTÍCULO 29 de la Carta Política, ARTICULO 168 C.G.P.) regulan este tema que fue abordado en la sentencia de tutela T- 916 de 2008, que este Tribunal, en aras de la brevedad, recoge los apartes conceptuales relevantes:

“...la regla de exclusión en materia probatoria”...es un “remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso...En relación con el derecho a la intimidad, reiteradamente la Corte ha considerado que permite y garantiza contar con una esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin mas limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico.”... Igualmente, se trata de un derecho que plantea diferentes esferas o ámbitos, como son la personal, familiar, social y gremial, todas ellos comprendidos en el artículo 15 Superior, y que están manifestadas concretamente (i) en las relaciones familiares; (ii) costumbres; (iii) prácticas sexuales; (iv) salud; (v) domicilio ; (vi) comunicaciones personales; (vii) espacios para la utilización de datos a nivel informático; (viii) creencias religiosas; (ix) secretos profesionales; (x) todo comportamiento del sujeto que únicamente puede llegar al conocimiento de otros, siempre y cuando el mismo individuo decida relevar autónomamente su acceso al público.” Subrayado fuera de texto.

En el presente proceso, se traen al proceso hechos que corresponde a la vida íntima de la parte demandada, porque con la demanda se allegó una historia clínica del demandado; la manifestación de cómo la madre de la demandante obtiene información de la vida privada e íntima del demandante, que según lo manifiesta su apoderada, se obtuvo en una confesión.

La norma constitucional garantiza a las personas que de una u otra forma ejercen una profesión que los coloca en una imposibilidad de revelar aquella información que reciben en confesión o en una consulta, como lo sería un médico, abogado u quienes han recibido información privada de parte de quienes confían en él como

un sacerdote en confesión o una pastora. En el presente caso se presentó la hipótesis que manejó la Corte Constitucional en esta decisión así:

“(…)

(ii) En la divulgación de hechos privados incurre quien presenta al público una información cierta, veraz, pero no susceptible de ser compartida, es decir, perteneciente al círculo íntimo de cada quien, siempre y cuando no se cuente con autorización para hacerlo bien de su titular...En esta forma de vulneración, a contrario sensu, es necesario el estudio del producto obtenido con la intrusión en la intimidad del afectado, para compararlo con su realidad familiar, social, laboral, etc. y, (iii) Por oposición a la anterior, la presentación falsa de aparentes hechos íntimos no corresponde con la realidad y, en esa medida, puede atribuir a la persona afectada cualidades que no tiene o, en el peor de los casos, puede ser difamatoria, con lo cual, se repite, la vulneración del derecho a la intimidad podría traer consigo la violación de otros derechos también fundamentales, como la honra y el buen nombre.” Subrayado fuera de texto.

Así, las pruebas documentales presentadas por la parte demandante, que obran a folios 20, 21 y 22 del cuaderno principal y las afirmaciones que hace la señora madre de la demandante y que corresponden a la vida íntima y padecimientos de salud, serán excluidas del debate probatorio porque violan su derecho a la intimidad.

Concepto de matrimonio:

El artículo 113 del C.C. define el matrimonio, pero se debe aclarar que este concepto fue ampliado, y por eso la sentencia de constitucionalidad instó al congreso de la república en la sentencia C- 577 de 2011 para que legislara sobre el matrimonio de parejas del mismo sexo.

Concepto de familia:

Tiene su marco constitucional en el artículo 42, 43 y 44.

El matrimonio es un contrato sinalagmático, esto es, contrato bilateral que genera obligaciones para todas las partes del contrato.

Divorcio:

El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial, civil o religioso.

El presente proceso se pide el divorcio de un matrimonio civil.

Las causales alegadas por la parte demandada son:

Causal 2º

2. *El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.*

Causal 3º

3. *Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.*

RESPUESTA A CADA UNO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS:

Primero.

¿Fue congruente con las pretensiones de la demanda, la sentencia que decretó el divorcio por mutuo acuerdo?

Examinemos las pretensiones de la demanda:

“(…)

PRIMERA: Decretar **DIVORCIO CONTENCIOSO** de matrimonio civil realizado entre Los Señores **CELINA MARGARITA ROJAS FUENMAYOR y ANIELSON JOSE PERALTA MOSCOTE**, cuyo matrimonio civil se celebró en Riohacha – La Guajira, en la Notaria Primera del Circulo Notarial de Riohacha La Guajira el día veinticuatro (24) de agosto de dos mil quince (2015), indicativo serial N° 5783012 expedido por la Notaria Primera del Circulo Notarial de Riohacha por las causales consignadas en los hechos cuarto y quinto, de esta demanda, es decir las contempladas en el artículo 154 del Código Civil Colombiano, modificado por la ley 1ª de 1976, articulo 4 modificado por la ley 25 de 1992, articulo 6, numerales 2 y 3.

Como consecuencia de la anterior declaración queda suspendida la vida en común de los Esposos **PERALTA - ROJAS.**

SEGUNDA: Decretar la disolución y liquidación de la sociedad conyugal de los esposos Señores **CELINA MARGARITA ROJAS FUENMAYOR y ANIELSON JOSE PERALTA MOSCOTE.**

(…)”

De una simple lectura a la demanda, se concluye que, la parte demandante no peticionó el divorcio por mutuo acuerdo, sino que su pretensión iba encaminada a las causales de divorcio 2ª y 3ª, establecidas inicialmente en el artículo 154 del C.C. norma modificada por el artículo 6 de la Ley 25 de 1992, además, si la funcionaria consideró que se había logrado un mutuo acuerdo, en estricto sentido procesal, no debió avanzar con las demás etapas del proceso, sino producir sentencia anticipada, según lo manda el artículo 278 numeral 1º. del C.G.P.

Al escuchar el audio a la hora y treinta y cuatro minutos siete segundos (1:34:07) de la audiencia inicial se puede apreciar que al momento de la fijación del litigio la funcionaria de primera instancia determinó como causal de divorcio la del mutuo acuerdo, las partes, sus apoderados, no hicieron ninguna manifestación al respecto, ni tampoco al momento del saneamiento del proceso registrado en el audio a la hora y treinta y cinco minutos cinco segundos (1:35:05).

El artículo 132 del CGP, fue demandado en acción de constitucionalidad, que fue definido en la sentencia C-537 de 2016

“(…)

2. *Al tiempo, el legislador previó que la causal de nulidad no alegada por la parte en la etapa procesal en la que ocurrió el vicio, se entenderá saneada (artículo 132 y parágrafo del artículo 133), lo mismo que si la parte actúa después de su ocurrencia, sin proponer la nulidad correspondiente (artículo 135). También, estableció que las nulidades sólo pueden alegarse antes de proferirse la sentencia, salvo que el vicio se encuentre en la sentencia misma (artículo 134). Una interpretación sistemática del régimen de las nulidades en el CGP lleva fácilmente a concluir que la posibilidad de sanear nulidades por la no alegación o por la actuación de parte, sin alegarla, se refiere necesariamente a las nulidades saneables. A este respecto, el parágrafo del artículo 136 del CGP establece una lista de nulidades insaneables, la que no incluye la derivada de la falta de jurisdicción o de competencia del juez, por los factores subjetivo y funcional. También establece, en el artículo 133, que las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente y en la lista de las nulidades que no se entienden subsanadas, no se encuentra la de actuar en el proceso y dictar sentencia con falta de jurisdicción y de competencia por los factores subjetivo y funcional. La combinación de estas dos normas, a primera vista, podría dar lugar a concluir, de manera concordante con el demandante, que ésta es saneable. Sin embargo, como quedó establecido en el párrafo anterior, de acuerdo con el artículo 16 del CGP, esta nulidad debe ser declarada de oficio por el juez el que se percatará del vicio en cumplimiento de su deber de control permanente de legalidad del proceso (artículo 132) y la competencia es improrrogable, es decir, que el juez no podrá dictar válidamente sentencia, la que expresamente se dispone que será nula. En estos términos, habrá que concluirse, de manera concordante con varios de los intervinientes que, a pesar de que el CGP mantuvo un sistema taxativo de nulidades, la lista completa no se encuentra de manera exclusiva en el artículo 136 y la nulidad de la sentencia derivada de la incompetencia por los factores subjetivo y funcional, es insaneable.”*

De esta forma, interpreta esta corporación, que la funcionaria de primera instancia produce la decisión por mutuo acuerdo conforme quedó definido al momento de la fijación del litigio, alejada de los hechos y las pretensiones de la demanda.

Con apego estricto a la filosofía del sistema, se debe señalar que, procesalmente la actuación quedaría saneada conforme a la norma citada, esto es, por el silencio de la parte demandante ante la fijación del litigio diferente al que planteó en la demanda. Si se adecuara esta hipótesis legal al acontecer procesal, a lo sumo, se configuraría una irregularidad procesal, porque la inadecuada fijación del litigio no se erigió como causal de nulidad. Esto es, la parte en cuya presencia se fija un litigio diferente y no impugna esa decisión, ni cuando se hace el control de legalidad no alega tal irregularidad, y como dice la norma, continuó actuando sin advertir esa falencia.

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-455/16, expuso:

“...el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá

proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento. El principio de congruencia de la sentencia, además garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello.”

En otra providencia la Corte Suprema de Justicia sala de casación civil, con ponencia del Dr. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO, SC4116-2021, radicación 05266-31-03-001-2014-00605-01, del diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021, sobre el tema expuso.

“(…)

2. Es deber de los jueces, al sentenciar los procesos sometidos a su conocimiento, resolverlos “en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”, de modo que les está vedado condenar “por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido (...) ni por causa diferente a la invocada (...)” (art. 281, Código General del Proceso; se subraya).

Con otras palabras, la definición de los juicios supone resolverlos con sujeción a los límites que los determinan, establecidos, de un lado, por las partes, en la demanda y en la contestación, así como en las demás oportunidades idóneas para ello; y, de otro, por la ley, en cuanto hace a aquellos aspectos de la acción o de las excepciones, que exigen un pronunciamiento oficioso.”

Es decir, del examen de constitucionalidad del acontecer procesal que se analiza, se debe resaltar que no era permitido a la falladora, alejarse de los hechos y pretensiones de la demanda, aunque la defensa técnica de la demandante fuera deficiente en este punto, la parte no se debe afectar en su derecho material con ese descuido.

Si más argumentos, le asiste razón a la apelante en este reparo, para pasar así al examen del segundo problema jurídico.

VALORACIÓN PROBATORIA

Como se alegan por la demandante dos causales de divorcio, por orden metodológico, se deberá analizar por separado. Veamos:

2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.

De esta causal nacen dos hipótesis legales:

Incumplimiento de los deberes que la ley le impone a los cónyuges

Incumplimiento de los deberes de padre.

Analicemos las pruebas:

Declaraciones de parte, testimonios, prueba documental, fotografías, videos, audios, visita de la trabajadora social.

1) LAS DECLARACIONES DE PARTE:

Se rigen por los artículos 191 a 205 del CGP, en el numeral 2 del artículo 191 de la obra adjetiva, se dice “2. *Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria...*” esto es, solamente se tendrán en cuenta como medio de convicción si la parte admite hechos que favorezca a su contraria. Así, al restringir el valor probatorio a ese escenario, impide que la parte fabrique su propia prueba, ver sentencia de casación SC14426-2016, Radicación No. 41001-31-03-004-2007-00079-01, ponencia del Dr. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, siete (7) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

En la declaración de parte, de la demandante y del demandado, ninguno admitió hechos que le perjudicaran, se limitaron a exponer la versión de los hechos, y aunque la apoderada demandante reprocha a la funcionaria de primera instancia que le hiciera preguntas a la demandante sobre si había dado motivo para las presuntas agresiones verbales del demandado, no se debe extrañar de ello, por el principio de bilateralidad de la audiencia, al juez le corresponde indagar sobre su teoría del caso, bien para confirmarla, ora, para negarla. Tal vez lo único que se debería tener por confesión, es la expresión de la demandante cuando afirmó, que el demandado no le dirigía la palabra.

2) TESTIGOS:

Los testigos, que, por esencia, son terceros ajenos al proceso y no tienen interés en el asunto litigado.

En el desarrollo del proceso, durante las oportunidades procesales, los apoderados que representan a las partes no presentaron ninguna tacha a los testigos, empero, en los alegatos de conclusión critican sus dichos, por ser familiares o dependientes de aquellos.

La Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SC 10053- 2014, radicación 11001 31 10 004 2008 01147 01 del 31 de julio del año 2014 con ponencia de la magistrada doctora Ruth Marina Díaz Rueda, cita su precedente, sobre este tópico:

“Sobre el tema, esta Corporación, en sentencia CSJ SC, 31 ago. 2010, rad. 2001-00224-01, señaló:

(...)no puede considerarse que un testigo, ligado por vínculos de consanguinidad con una de las partes, ‘va a faltar deliberadamente a la verdad para favorecer a su pariente. Esa declaración si bien debe ser valorada con mayor rigor, dentro de las normas de la sana crítica, puede merecer plena credibilidad y con tanta mayor razón si los hechos que relata están respaldados con otras pruebas o al menos con indicios que la hacen verosímil’; que si las personas allegadas a un litigante pueden tener interés en favorecerlo con sus dichos, no puede olvidarse que ‘suelen presentarse a menudo conflictos judiciales en los que sus hechos determinantes apenas si son conocidos por las personas vinculadas con los querellantes...son solamente ellos los que naturalmente se encuentran en capacidad de transmitirlos a los administradores de justicia’ (...).

De esta forma, conforme a la sentencia citada ut supra, el alto tribunal citó su propio precedente, así:

“(…)

En relación con dicho aspecto, la Corte, en fallo CSJ SC, 2 dic. 2011, rad. 2005-00050-01 sostuvo:

(…) ‘cuando se enfrentan dos grupos de testigos, el Tribunal puede inclinarse por adoptar la versión prestada por un sector de ellos, sin que por ello caiga en error colosal, único que autorizaría el quiebre de la sentencia, pues ‘en presencia de varios testimonios contradictorios o divergentes que permitan conclusiones opuestas o disímiles, corresponde al juzgador dentro de su restringida libertad y soberanía probatoria y en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica establecer su mayor o menor credibilidad, pudiendo escoger a un grupo como fundamento de la decisión desechando otro (...) (G.J. tomo CCIV, No. 2443, 1990, segundo semestre, pág. 20)...(Sent. Cas. Civ. de 26 de junio de 2008, Exp. No. 15599-31-03-001-2002-00055-01)’ (cas. civ. sentencia de 25 de mayo de 2010, exp. 1998-00467-01). Subrayado fuera de texto.

Así, nos corresponde examinar los testimonios, para saber si son completos, exactos, responsivos, contradictorios, o si se denota algún interés en el resultado del proceso, si fueron presenciales o recibieron información de oídas, si por la línea del tiempo podían estar presentes o no, para discernir si ha de dárseles o no credibilidad de la mano -con los principios de la sana crítica, la lógica y la experiencia.

Los testigos de la demandante son su madre y hermano quienes dan su versión sobre los hechos que motivan el presente asunto. La Corte Suprema de Justicia sentó que, no se pueden descalificar las declaraciones de los familiares en este tipo de procesos por cuanto ellos son los más cercanos a la relación de la pareja, empero la valoración de aquellos debe ser más exigente.

Veamos en lo esencial que dijeron cada uno de los testigos:

En armonía con expuesto, se debe valorar esta prueba en conjunto con los demás medios de convicción que obran en el proceso, hubiera sido muy útil para este proceso si las afirmaciones de los parientes de la demandante tuvieran respaldo en una denuncia penal respecto a los señalamientos que, según afirman, les hacía el demandado.

Igualmente se tiene que señalar la simetría temporal, porque tiene razón la apoderada demandada al señalar que, sólo interpusieron la denuncia de violencia doméstica una vez presentada la demanda de divorcio.

Frente al hecho que relata el testigo del demandado, respecto a la entrega de la ropa, en esa disputa que aquí se resuelve, es más creíble la versión de éste, en el sentido que lo refieren, teniendo en cuenta que como al demandado no lo dejaban ingresar a su casa, es plausible pensar, que lo correcto sería haber llamado al demandado para entregársela, y no dejarla afuera de la casa de la madre de aquel, además, si está reconocido que se sacaron unos jeans, empero, se pregunta esta

Corporación, sería la única ropa que tenía el demandado, la respuesta es no. Este hecho denota el grado de desconfianza hacia el demandado y como las versiones de los parientes no son imparciales.

Ya frente a la causal que se analiza, la conclusión que emerge es que, fue la decisión de cambiar las guardas de la puerta y de ponerle candado al portón, la causa del incumplimiento de los deberes de esposo del demandado. De otra parte, aunque hubiera relaciones sexuales dolorosas, ni la demandante ni el demandado, allegaron prueba alguna que demostrara que consultó con médicos sobre este problema, no sólo para solucionar el problema de salud, sino para salvar su matrimonio, una de cuyas obligaciones es el débito conyugal. No hay prueba que soporte que el demandado haya incumplido los deberes de padre, sólo se presenta esa circunstancia por que le impidieron entrar a la casa, como se dijo anteriormente y por alejamiento decretado por la fiscalía.

De suerte que, aunque el demandado se alejó de su hogar, ello sobrevino con ocasión del cambio de guardas y colocación de un candado en la vivienda de la pareja, además de la medida de alejamiento que adoptó la fiscalía. En suma, no aparece demostrada la culpa del demandado en el cumplimiento de sus deberes de esposo y padre.

Respecto a la causal tercera, examinemos la prueba recaudada:

3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.

Cuando las partes rinden su declaración de parte, ni la demandante, ni el demandado indicaron que hubo palabras soeces, porque, esas hipotéticas ultrajes, no fueron confirmadas por extraños a la familia. Levantar la voz, en una discusión tampoco es señal de ultraje, tampoco esta referenciado, y los videos que se analizaron, lo cierto es que, no hay una mínima prueba de esas afirmaciones. Solo su dicho.

Frente a esta causal, empecemos por señalar los hechos en los cuales coinciden los testigos:

En la línea del tiempo podemos señalar tres momentos: Antes de la salida del demandante de la casa donde vivía con su esposa e hija, durante el momento del de su salida del hogar y después de ello.

Antes de la separación de los cónyuges, los testigos familiares de la demandante no vivían en la residencia de la pareja, que, en interpretación de esta Corporación, determina que el dicho de estos sea de oídas, y no de hechos ocurridos, sino de la interpretación que de estos le hacía la demandante.

Del momento de la separación de hecho de la pareja, no hay una prueba directa de ella, sólo manifestaciones de los testigos de las partes, después de cuando el demandante sacó parte de su ropa y posterior a ello no pudo regresar a la casa donde vivió con su esposa e hija.

Después de la salida del demandado de la residencia conyugal, los familiares de la demandante se mudan a vivir allí, y es esa época en la que pueden tener conocimiento directo de los hechos, y frente a los malos tratos verbales,

psicológicos, las humillaciones, concluye esta Corporación que no se presentaron en esta etapa por dos circunstancias, la primera es que el demandado ya no vivía en el inmueble de residencia conyugal y segundo, por la orden de alejamiento conyugal.

Se habla de humillaciones, empero, de la misma declaración de la demandante, esta reconoce que el demandado no le dirigía la palabra durante meses. Así, la pregunta es ¿cómo iba a tener un trato hostil, o como iba a maltratarla verbalmente? si el demandado no le dirigía la palabra.

Sobre las relaciones sexuales bruscas que tenía la pareja, solamente hay una manifestación, la de la demandante, respecto a este hecho, la madre de la demandante y su hermano guardan absoluto silencio, tiene que ser así, porque el trato sexual queda bajo el velo de la intimidad de la pareja.

Frente al hecho que afirman los familiares de la demandante, que aquel se llevó las llaves del portón, el control del garaje, y que desconectó las cámaras, era su casa y la demandante no ha referido que ella instaló las cámaras, empero, si se sabe, que la demandante cambió las guardas de la puerta de acceso a la casa y puso un candado al portón.

La declaración extrajuicio rendida ante Notaría por la señora MYRIAM ANAYA CARRILLO, folio 24 y 25 cuaderno digital, está borrosa y se pierde la integridad del documento, hay partes que se pueden leer y otra que no. Además, fue decretada como prueba testimonial y no se presentó a declarar.

Conclusión, la causal segunda de divorcio no alcanzó a ser probada, porque la salida de la residencia conyugal se originó sin culpa del demandado, él no cambió las guardas de la puerta o colocó un candado al portón. Además, está demostrado que este bien fue adquirido en vigencia de la sociedad conyugal, así, independiente de quien figure como propietario en él, fue la residencia de la pareja.

Respecto a la causal tercera de divorcio, queda reducida al ultraje y trato cruel porque ni la demandante en su declaración, ni sus testigos afirmaron que el demandado hubiera realizado maltratamientos de obra.

Bajo esta perspectiva caen de su peso los argumentos de la apelación de la demandante. Además, no se allegó un dictamen pericial que determinara los efectos de la violencia doméstica en la vida de la demandante, como lo afirma la apoderada de la demandada. Sobre este tema, se consultó en internet a la Revista Internauta de Práctica Jurídica, numero 21, enero-junio 2008, páginas 15-29 2 “LA PRUEBA PERICIAL PSICOLOGICA EN ASUNTOS DE VIOLENCIA DE GENERO”

Como los ultrajes caen en el concepto de violencia psicológica, esto es la opinión de la autora:

“II. VIOLENCIA PSICLÓGICA

Se consideran tres tipos de violencia que se interrelacionan dentro de las situaciones de malos tratos: ...el maltrato psicológico..., cuya severidad y frecuencia varían de una situación a otra, pero cuyo objetivo común es el control de la víctima (Labrador, Rincón, de Luis y Fernández, 2004)...Se puede dar, únicamente,

violencia psicológica, provocando numerosas secuelas tanto a nivel físico como emocional. Entendemos pues la violencia psicológica, en aras a su evaluación, tanto como proceso violento en sí mismo, como efecto de cualquier tipo de agresión violenta...”

Esta presentación abstracta de este tema, debe concretarse por un perito psicólogo para determinar: Áreas de evaluación: A) Constatar la existencia del maltrato. B) Consecuencias psicológicas, daño psíquico y secuelas. C) nexos causal.

Aparte de lo anterior, se deben cumplir los requisitos del CGP, esto es, la presentación del experticio con la demandada, o la solicitud de él durante el término señalado en el artículo 227 del CGP el cual se deberá valorar conforme al artículo 232.

Así, entendiéndose que el juez, no es un psicólogo, debe auxiliarse de peritos que aclaren los puntos ajenos a su saber disciplinar, máxime que, la violencia psicológica, al ser subjetiva, se debe discernir por el perito psicólogo lo atinente a ello, que incluye entrevista, test que aplicó, interpretación del resultado, métodos empleados y conclusiones. Prueba que se echa de menos en el presente caso. Además avanza una investigación penal por el delito de violencia intrafamiliar, donde se puede demostrar la existencia o no de este tipo penal.

Esta Corporación al examinar el proceso encontró que no se allegaron los audios y videos que se anunciaban por las partes, por lo que con auto de veintiuno (21) de junio del año que avanza, procedió a solicitarlos.

En lo que respecta a estas dos causales, tanto el audio de WhatsApp que recoge la conversación con una persona que se nombra Jennifer, marcado 2021-10-11, no ofrece ni su identificación, ni hizo manifestación alguna respecto a si autorizaba la grabación de la conversación, ni que se hubiera referido la posibilidad de presentarla como prueba al proceso, además, más de la mitad de esa conversación se refiere a temas ajenos al proceso y a una causal no alegada por la apoderada demandante. Adicionalmente no fue peticionada como testigo en la demanda. Así, este medio probatorio es desechado, y en cuanto a la manifestación de la madre de la demandante respecto a la presunta infidelidad del demandado, cae en el vacío porque frente a este hecho es una testigo de oídas, repite lo que le dijo Jennifer.

El video marcado como Video 27 de octubre cumpleaños de Isabella, recoge una discusión en la puerta de la residencia de la demandante, que es anterior a la fecha del decreto provisional de visitas a la menor hija de las partes del proceso, no se aprecia ni palabras soeces.

Los demás videos titulados Isabella 1, Isabella 2, Isabella 3 e Isabella 4 y el que recoge las fotografías, muestran una relación cercana y cordial entre el demandado padre de la menor y su hija.

De esta forma, no se logró demostrar por la parte demandante las causales de divorcio alegadas, teniendo la carga probatoria de hacerlo.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR íntegramente la sentencia de once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021) proferida por el Juzgado de Familia en Oralidad del Circuito de Riohacha, La Guajira en el asunto de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: En consecuencia, no dar mérito a las pretensiones de la demanda.

TECERO: Costas en esta instancia a cargo del apelante. Fíjense como agencias en derecho DOS (02) SMLMV a cargo de la apelante (parte demandante), conforme al Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, artículo 5.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

HENRY DE JÉSUS CALDERON RAUDALES
Magistrado.