

OINFORME SECRETARIA: Cali, julio 26 del 2021. A despacho del señor Juez, Se llegó por correo electrónico la decisión dentro el recurso de apelación propuesto dentro de proceso de la referencia. Favor Proveer.


DIEGO SALAZAR DOMÍNGUEZ
Secretario

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI

Providencia Nro. 1119
Radicación Nro. 2018-0410-00

Santiago de Cali, seis (06) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

OBEDEZCASE Y CUMPLASE. Teniendo en cuenta lo dispuesto por el Tribunal Superior de Cali – Sala de Familia, mediante acta No. 085 del veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021), dentro del proceso de la referencia, se estará a lo resuelto.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali – Valle,

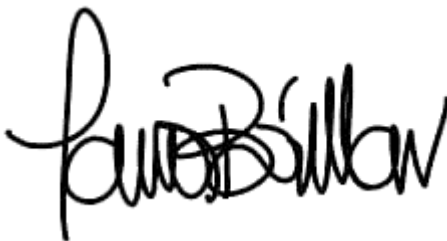
R E S U E L V E:

PRIMERO: **ESTARSE** a lo resuelto por el Honorable Tribunal Superior de Cali – Sala de Familia.

TERCERO: **NOTIFICAR** la presente providencia a quienes corresponda conforme a la ley.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



LAURA MARCELA BONILLA VILLALOBOS

JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI

En Estado No. 109 de hoy se notifica a las partes la providencia anterior.

Fecha: 09 de agosto de 2021


El Secretario

Firmado Por:

Laura Marcela Bonilla Villalobos

Juez Familia 003 Oral

Juzgado De Circuito

Valle Del Cauca - Cali

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 26f849cb18b54a471c2efbedbee52af0f45f3da69cbf3e4e993a139d1d469466

Documento generado en 06/08/2021 01:03:48 PM

**RV: COMUNICACIÓN SENTENCIA PROFERIDO EN PROCESO VERBAL DE DIVORCIO
PROMOVIDO POR DOGBO DANIEL ATCHEBRO CONTRA ANA MILENA
PORTOCARRERO SINISTERRA. RAD. 76 001 31 10 003 2018 00410 01. (M.P CCGR)**

Juzgado 03 Familia - Valle Del Cauca - Cali <j03fccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 26/07/2021 15:26

Para: Giovanni Caicedo Caicedo <gcaicedc@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Diego Salazar Dominguez <dsalazad@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Laura Marcela Bonilla Villalobos <lbonillv@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 2 archivos adjuntos (847 KB)

20.00 SENTENCIA DIV ATCHEBRO VS PORTOCARRERO .pdf; 21.00. Constancia Notificación x Estado 97 (26-julio-2021).pdf;

De: Secretaria Sala Familia Tribunal - Seccional Cali <ssfamcali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: lunes, 26 de julio de 2021 15:03

Para: milenadelince@hotmail.com <milenadelince@hotmail.com>; milena ceballos de lince <mileninabogada@hotmail.com>; mileninabogada@gmail.com <mileninabogada@gmail.com>; Felipe Ramírez Portela <f.ramirezp92@gmail.com>; Juzgado 03 Familia - Valle Del Cauca - Cali <j03fccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: COMUNICACIÓN SENTENCIA PROFERIDO EN PROCESO VERBAL DE DIVORCIO PROMOVIDO POR DOGBO DANIEL ATCHEBRO CONTRA ANA MILENA PORTOCARRERO SINISTERRA. RAD. 76 001 31 10 003 2018 00410 01. (M.P CCGR)

Santiago de Cali, julio 26 de 2021

Doctora

Alba Milena Ceballos de Lince

Apoderada de la demandante

milenadelince@hotmail.com

mileninabogada@hotmail.com

mileninabogada@gmail.com

Carrera 5 #12 - 16 oficina 407 Edificio Suramericana de Seguros

8892129 - 8892262 - 3104292320 - 3163211447

Cali

Doctor

Carlos Felipe Ramírez Portella

Apoderado de la demandada

f.ramirezp92@gmail.com

3163589279

Carrera 7 #12 B - 84 oficina 505

Bogotá D.C.

Doctora

LAURA BONILLA VILLALOBOS

Juez Tercera de Familia de Oralidad de Cali

j03fccali@cendoj.ramajudicial.gov.co

Cali (Valle)

Me permito **COMUNICARLES** que, dentro del asunto, la Magistrada Sustanciadora Dra. CLAUDIA CONSUELO GARCIA REYES, ha emitido sentencia del 23 de julio de 2021.

Para su conocimiento, **adjunto archivo digital** (en formato PDF) del auto mencionado, cuya notificación realizó esta secretaría mediante inserción en el estado el día 26 de julio de 2021.

Se le advierte que la presente comunicación no sustituye la notificación por estado (art. 295 C.G.P.) que diligenció esta Secretaría de manera electrónica haciendo uso del Sistema Justicia XXI Web (TYBA) de la Rama Judicial.

Cordialmente,

Secretaría Sala de Familia

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali

Calle 12 No. 4 - 33 Oficina 111

Edificio Palacio Nacional

Telefax: 898 08 00 Ext. 8124 a 8126

Mail: ssfamcali@cendoj.ramajudicial.gov.co

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI



SALA DE FAMILIA

MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA CONSUELO GARCÍA REYES

Verbal: 760013110003-2018-00410-01

Aprobado y discutido mediante acta No. 085 del veintitrés (23) de julio de dos mil veintiuno (2021).

1. ASUNTO A TRATAR

Se procede a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante, contra la sentencia nº 014 del 3 de marzo de 2020, emitida por el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de esta ciudad, en el proceso verbal de divorcio de matrimonio civil propuesto por Dogbo Daniel Atchebro contra Ana Milena Portocarrero Sinisterra.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hechos Relevantes

El demandante y Ana Milena Portocarrero Sinisterra, actualmente residente en Cali, contrajeron matrimonio civil el 21 de mayo de 2011, ante la Notaría Veintiuno del Círculo de Cali, unión de la que fueron procreados los menores de edad **L E** y **K A** Atchebro Portocarrero. Según se narra en la demanda, la señora Portocarrero Sinisterra incurrió en las causales segunda y tercera de divorcio contenidas en el artículo 154 del Código Civil, por haber abandonado sus deberes de esposa, y sometido a su cónyuge a un trato cruel y degradante; dado que muy a pesar que el domicilio conyugal era la ciudad de Dakar, Senegal en un viaje de vacaciones a Colombia, sorprendió a su consorte anunciando su decisión de no regresar con él al país africano, para quedarse en este país con sus hijos menores de edad.

Así mismo, durante la convivencia matrimonial sometió a su esposo a un maltrato verbal y: *“conocedora de las costumbres de su esposo quien es de nacionalidad africana machista aferrado a sus ideas y costumbres, empezó a compartir más con sus grupos de amigas, ausentándose por largas horas del hogar llegando a su casa a las 2 de la mañana costumbre que volvió rutinaria afectando la convivencia y vida familiar acabando con la paz y sosiego doméstico”*.

2.1. Pretensiones.

Con fundamento en lo anterior solicitó se decretara el divorcio del matrimonio civil, se disolviera y liquidara la sociedad de gananciales, se ordenara la inscripción de la sentencia en el registro civil correspondiente y se mantuviera el acuerdo al que previamente llegaron los cónyuges con relación a los alimentos de los hijos menores de la pareja.

2.3. Contestación.

En su respuesta la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, planteando que ciertamente tomó la decisión de no regresar a Senegal debido al *“constante maltrato psicológico, afectivo y, por último, físico a que fue sometida”* por parte del demandante durante la convivencia en Dakar, Senegal, así como en la ciudad de Cali, Colombia, dado que en el país africano se aprovechó el demandante de su estado de indefensión por no conocer el idioma y encontrarse sin su familia de apoyo, le anuló completamente como mujer en todas decisiones y labores del hogar, a tal punto que la única comunicación que tenía con él *“se realizaba a través de los servidores del señor Atchebro”*.

Agregó que su situación de violencia empeoró en agosto de 2018 cuando la familia arribó de vacaciones a Colombia, por los siguientes sucesos: *i).* el demandante realizó sin explicación alguna un viaje solo a Estados Unidos por una semana; *ii).* La negativa del actor a participar en las reuniones de la familia de la señora Portocarrero; y, *iii).* El día 15 de agosto de 2018, durante su estancia en la casa materna de la demandada, el señor Dogbo Daniel Atchebro agredió físicamente a su cónyuge haciendo uso de su superioridad física, le dio empujones, posteriormente trató *“de asfixiarla mecánicamente sujetándola por el cuello en presencia de la madre de mi poderdante y de sus hijos”*, siendo auxiliada por un vecino del sector. Sin embargo *“no demanda en reconvencción al señor Dogbo Daniel Atchebro y solicita el divorcio, pues abriga la esperanza de recobrar la unidad familiar y reconciliarse con su esposo, en especial por las especiales condiciones de este, en especial, su estado de avanzada edad y la constante pérdida de visión que está padeciendo”*.

Finalmente, y con fundamento en los anteriores fácticos, presentó como excepciones de mérito que: *“LOS HECHOS FORMULADOS POR EL DEMANDANTE NO CONFIGURAN LA CAUSAL DE DIVORCIO ALEGADA”*, en relación a las causales segunda y tercera del artículo 154 del Código Civil, negando así la estructuración a su cargo de las mismas, e insistiendo en la culpabilidad del demandante en ellas.

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali emitió fallo de primer grado en el cual: *(i).* Declaró *“PROBADA la EXCEPCION DE FONDO respecto de la CAUSAL SEGUNDA y DECLARAR NO PROBADA la EXCEPCION DE FONDO respecto de la CAUSAL TERCERA”*; *(ii).* Decretó *“el DIVORCIO de MATRIMONIO CIVIL celebrado entre el señor DOGBO DANIEL ATCHEBRO y la señora ANA MILENA PORTOCARRERO SINISTERRA”*, *(iii)* declaró disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal conformada; *(iv).* Determinó que la custodia y cuidado personal de los hijos menores quedarían a cargo de la madre, *v).* fijó una cuota de alimentos a

cargo del demandante en el *“Treinta por Ciento (30%) del ingreso Salarial y Prestacional o en la eventualidad del Beneficio Pensional en igual porcentaje”*; **(vi)**. Fijó como cuota de alimentos que deberá pagar el demandante a favor de su ex cónyuge por *“el quince por ciento (15%) del ingreso Salarial y Prestacional e igualmente el mismo porcentaje en la eventualidad del Beneficio Pensional”*; **(vii)**. ordenó el registro de la sentencia; **(viii)**. Se abstuvo de condena en costas y **(ix)**. Compulsó copias con destino a la Fiscalía: *“con relación a los hechos que da cuenta la actuación referidos a la presunta conducta punible de Violencia Intrafamiliar”*.

Su decisión en la que anticipó que se debía tener en cuenta la normatividad y jurisprudencia de perspectiva de género, se edificó frente a la causal segunda que *“no encuentra por tanto esta instancia que se hubiera acreditado”* (minuto 2:53:00), siendo que el incumplidor de los deberes de esposo fue precisamente el demandante al faltar al respeto, institución familiar y cumplimiento de los deberes afectivos, con el maltrato ejercido hacía su pareja que estaba diezmada como mujer, pero que, no da lugar a pronunciamiento judicial por la no presentación de demanda de reconvención. Adujo que el testigo del demandante nada supo de la dinámica familiar, a *contrario sensu* de las pruebas acompañadas por la demandada en las que quedó en evidencia el maltrato hacía ella, en especial el del 15 de agosto de 2018 en hechos que *“tuvieron otra entidad, una entidad que no sólo afectó las partes, sino también los niños”*, se observa una *“conducta desmedida del demandante”*. y *“sin tener en cuenta el ámbito en que se encontraba, en el hogar de la familia extensa, en el hogar de la abuela materna que les había acogido”*.

En relación a la causal tercera concluyó que: *“no se hace próspera la excepción de mérito presentada verificada su existencia, lo que da lugar necesariamente al acogimiento de las pretensiones de la demanda para la declaratoria del divorcio solicitado, pero en las condiciones descritas y en perspectiva de género y con enfoque diferencial para remarcar que si bien hay concurrencia de responsabilidades en dicho escalamiento conflicto interpersonal en este caso de los cónyuges, también es cierto que el mismo tiene una etiología de su desarrollo una dinámica, en donde claramente se evidencia el deseo de una mujer de salir de una encrucijada de una cultura, de un continente, de un país, no le brinda protección y garantía de sus derechos como mujer, como madre, como profesional, como persona, y es por ello que concluida la existencia de la causal y la culpabilidad remarcada en cabeza de la parte demandante, que debe esta instancia conforme a la normativa y la jurisprudencia indicada”*. Por lo anterior fijó una cuota de alimentos a favor de la demandada carente de recursos para subsistir, lo que debe: *“tener en cuenta para brindar dicha garantía que no sería una justicia integral sino tomara en cuenta dicha medida compensatoria establecida los presupuestos para los establecimientos de la obligación alimentaria”*. (A partir del minuto 2:58:44).

4. LOS REPAROS CONCRETOS Y SU SUSTENTACIÓN

I. Inconforme con la decisión, la procuradora judicial del demandante interpuso recurso de apelación, respecto del cual planteó en la audiencia los siguientes reparos, que amplió en escrito posterior:

(i). Planteó que el juez *a quo* “*desfasa su autoridad, incurriendo con dicho proceder en DEFECTO FACTICO POR INDEBIDA VALORACION DE LA PRUEBA Y APARTARSE DEL ORDEN PROCESAL ESTABLECIDO*”; puesto que quedó suficientemente acreditado la configuración de las causales de divorcio invocadas, en especial el incumplimiento de los deberes de esposa de la demandada, debiendo en consecuencia “*declarar la excepción de mérito infundada y/ o impróspera por cuanto la causal alegada por mi poderdante estaba basada en la actitud asumida por la demandada quien mediante engaños logro (sic) que su esposo creyera que venían en viaje de vacaciones para finalmente cuando se aproximaba la fecha de regreso al país donde vivían salirle con la perla de que ya no regresaría con él*”, lo que sin lugar a equívocos constituye un abandono, que no fue justificado y además resultó maquinado, como se desprende de la declaración de la madre de la demandada, quien aceptó que su hija le informó sobre sus planes antes de llegar a Colombia.

(ii). Aseguró que hubo una inadecuada valoración probatoria para justificar ese abandono, y además establecer un supuesto maltrato del demandante, cuando es la misma demandada quien reconoce que tenía una relación de familia amena con su consorte en el país Africano y nunca lo demandó por una maltrato en dicho lugar, ni por violencia alguna, siendo que, ninguno de los declarantes fue testigo de la convivencia de la pareja; a más que el demandante indicó que la demandada podía estudiar, trabajar, que tenía empleada de servicio, que vivía en forma confortable, siendo él antes el maltratado, como se infiere de la prueba documental aportada al proceso como la denuncia penal instaurada en contra de la señora Portocarrero Sinisterra: “*por las agresiones de que era víctima por parte de ella, prueba documental que no tuvo en cuenta el juez de conocimiento quien se limitó a hacer su apreciación subjetiva de la escalada del conflicto según su dicho siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional*”.

(iii). Que hubo una inadecuada valoración probatoria en lo sucedido el 15 de agosto de 2018, puesto que los planteamientos de los testigos de la parte demandada, distan del informe policial en el que simplemente se plasmó que se obtuvo mediación policial advirtiendo que en caso de persistir en la conducta contraria a la convivencia se procedería a imponer la respectiva medida; al turno que la demandada no denunció el supuesto de hecho de maltrato ni acudió a medicina legal por las lesiones presuntamente graves, denotándose así que el objetivo era dañar la imagen del demandante y lograr una “*obligación alimentaria en su favor*”.

(iv) Expuso que el despacho no estudió en debida forma la contestación de la demanda, toda vez que pasó por alto la solemnidad enmarcada en el ordenamiento procesal, debido que unos hechos indicó como ciertos y otros no, lo que debió ser valorado como una confesión, y al no haber oposición al decreto de divorcio, por no presentar demanda de reconvención, se debió dictar sentencia anticipada y declarar infundadas las excepciones, sin haberse “*pronunciando sobre una pretensión que no había lugar a declarar*”, por lo que se vulneró el principio de congruencia, lo único que debía hacer el juez era “*dar aplicación a los parámetros previstos en el art.96 y 97 del Código General del Proceso en consonancia con el art.281 Ibídem, esto es tener por ciertos los hechos al no existir oposición de parte de la demandada al no presentar demanda de reconvención*”.

(v). El *iudex a quo* extendió su decisión sin fundamentación, dado que primeramente desconoció el acuerdo voluntario a que llegaron los cónyuges frente a las obligaciones de los menores hijos, cuando es precisamente el demandante quien asume todos los gastos de aquellos, como se estableció en el acuerdo que le fue puesto en conocimiento; pero que, en su lugar pasó a *“despacharse con un porcentaje del 30% de los ingresos salariales y prestacionales de mi poderdante como si este hasta ese momento hubiere sido un padre irresponsable que no cumpliera con sus deberes, negándole el derecho a tener una relación afectiva con sus hijos”*. Así mismo fijó unos alimentos a la cónyuge sin considerar su postura de radicarse en este país y obtener un provecho económico, *“a pesar de ella ser una psicóloga de profesión, joven que puede trabajar y ayudar a solventar los gastos de su propia subsistencia y la de sus menores hijos”*.

II. Surtido el traslado de los recursos en esta instancia, la procuradora judicial del actor presentó memorial en el que insistió en que deben considerarse los planteamientos esgrimidos en sus reparos, reiterando en que hubo una inadecuada valoración probatoria al declarar prósperas las objeciones formuladas, bastándole con señalar la violencia de género y escalamiento del conflicto *“sobre una sentencia proferida por la Corte sin el debido sustento probatorio sobre los hechos aquí debatidos”*. Agregó que:

(i). La parte demandada hizo el llamado a declarar de unos testigos simplemente sobre lo que le convenía, siendo *“clara la declaración parcializada y amañada de los testigos arrimados a este proceso, uno por la amistad que los une y la otra por el parentesco de afinidad con la parte pasiva”*, sin que a ninguno de ellos les conste sobre la convivencia de la pareja, ni su dinámica familiar, pero eso sí, revelando la progenitora de la parte pasiva, el plan de su descendiente de abandonar el hogar conyugal; y por eso es que esas declaraciones se centran en el 15 de agosto de 2018, *“Fecha escogida para fraguar en su contra un intento de violencia intrafamiliar que aparece sin prueba alguna, pues ni siquiera los policías que acudieron al lugar de los hechos anotaron en el comparendo sobre el fallido intento de homicidio”*.

(ii). Resalta que, al no haberse opuesto la parte demandada al divorcio, y además no accionar en reconvenición, resulta incomprensible, bajo el principio de congruencia, bajo qué causal el operador judicial decretó la cesación del vínculo, cuando la violencia intrafamiliar o violencia de género no es causal de divorcio en los términos del artículo 154 del Código Civil; y al hacer uso de una causal *“en forma oficiosa pues ello trasgrede flagrantemente el debido proceso, máxime si es de público conocimiento que en nuestro país la justicia es rogada”*.

(III). Traslado. La parte demandada por su parte en su escrito de réplica, en lo que a esta sentencia respecta, arguyó que el escrito de sustentación de su contraparte carece de fundamentación jurídica, concreción y claridad, debiendo en consecuencia declararse inadmisibile; con todo y de considerarse admisible la alzada se debe confirmar el fallo proferido por *“la integridad jurídica y debida valoración probatoria de la sentencia impugnada, por ser respetuosa del ordenamiento jurídico y fundarse en la recta interpretación de la ley Colombiana”*.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Advertencia inicial. Atendiendo la petición realizada por la parte no recurrente para inadmitir la alzada, debe desde ya anticiparse que esta Sala de Decisión se aparta de las conclusiones en que edifica tal petitorio, dado que comparta dicho extremo o no, los planteamientos de su contraparte tanto en los reparos presentados en la primera instancia, como la sustentación desarrollada en ésta, lo cierto es que en términos generales se manifestó las razones fácticas, probatorias y jurídicas de discrepancia con la decisión impugnada, formulándose cargos concretos en contra de ella; agregándose que, como más adelante se abordará, al ser la decisión de primera instancia en general enunciativa en muchos aspectos y abstracta en otros, que no fueron concretamente desarrollados, mal podría exigírsele a quien la recurre, que sus planteamientos enrosten cargos específicos contra una providencia gaseosa y ambigua.

Aunado a lo anterior debe relievase que sustentar un recurso de apelación no obedece a un rigorismo formal, ni mucho menos a una fórmula sacramental de cómo debe procederse; de ahí que, la aplicación estricta de presupuestos para deslegitimar ese proceso, conllevarían a un escenario de desequilibrio procesal, proscrito en nuestro ordenamiento jurídico por resquebrajar elementales garantías de los sujetos involucrados, más aún cuando debe prevalecer el derecho sustancial y el principio *pro recurso*, que demarca las posturas procesales.

5.2. Nulidades.

Ninguna concurre, pues muy a pesar de que el domicilio conyugal de la pareja era la ciudad de Dakar, Senegal, como lo afirmó el demandante, en un viaje de vacaciones a Colombia en 2018, la demandada sorprendió a su consorte con su decisión de quedarse aquí y no regresar con él al país africano, por lo que en tal circunstancia aplica el art. 5° ley 33 de 1992, por medio de la cual se incorporó a nuestra legislación interna el: *“Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional, firmados en Montevideo el 12 de febrero de 1889”*, según el cual ***“La ley del lugar en el cual reside la persona determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio”***, de modo que como la demandada se quedó aquí sin intención de regresar, ello significa que se domicilió en Colombia, por aplicar la regla del art. 76 del C.C., conforme al cual ***“El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella”***, lo que le confiere competencia a los jueces nacionales por aplicación de la regla de tipo general prevista en el art. 28-1 del C.G.P., de la que carecerían si ella conservara el domicilio conyugal en SENEGAL, porque en tal caso la jurisdicción de ese país sería la competente para desatar la disputa, de conformidad con lo establecido en el art. 62 de esa ley, que para tal hipótesis dispone que ***“El juicio sobre nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y en general todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal”***, por lo que no se estructura la causal de nulidad por falta de jurisdicción que consagra el artículo 16 del Código General del Proceso.

Ahora, aunque cierto resulte que el mencionado tratado establece en su artículo 8° que *“El domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio y en defecto de éste, se reputa por tal el del marido(...)”*, al turno que el 12 ejúsdem precisa que la ley del domicilio matrimonial rige a) *“La separación conyugal”*, y b) *“La disolubilidad del*

matrimonio, siempre que la causa alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró”¹.

No puede pasar inadvertido para esta Sala de Decisión, las circunstancias que a continuación se enuncian para acudir entonces a la regla general de competencia elegida en este caso por el demandante, que corresponde a demandar en el domicilio de la demandada, así:

(i). Como se sabe el Tratado de Derecho Civil Internacional fue suscrito el 12 de febrero de 1889, en el que para aquella época aún se conservaba la absurda distinción entre hombres y mujeres, y le imponía una carga desproporcionada a la mujer de tener como su domicilio el de su marido, a más de otros gravámenes que debía soportar en razón de su sexo; empero lo cual, anterior a ese instrumento en la legislación patria había sido expedido el Decreto 2820 de 1974: por el *“cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones”*, con el que se modificaron varios artículos del Código Civil que privilegiaban la condición de varón en nuestra normativa. Al igual que con la ley 28 del 12 de noviembre de 1932, que en su artículo 5° claramente determinó que: *“La mujer casada, mayor de edad, como tal, puede comparecer libremente en juicio, y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital ni licencia del Juez, ni tampoco el marido será su representante legal”*.

(ii) Así mismo, la Declaración Universal de Los Derechos Humanos, fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, estableciendo en el artículo 16: 1 que *“Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”*.

(iii) Si lo anterior no es suficiente, Colombia en virtud de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980 y, aprobada en nuestro ordenamiento interno por la Ley 51 del 2 de junio de 1981, se obligaba a *“a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio”*. Se dispone igualmente en ese tratado:

“ARTÍCULO 15. 1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.

2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales. (...)”

¹ Negrilla extra texto

4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

ARTÍCULO 16.1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; (Resaltado fuera de texto)

Bajo este derrotero exigir a estas alturas que el domicilio de la demandada debe ser el domicilio de su marido, constituye a todas luces una afrenta que debe ser superada con la legislación aquí demarcada; lo que conlleva a afirmar que es el mismo Tratado de Derecho Civil Internacional que en materia de jurisdicción establece con claridad que “Las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio. Podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado”²; que como aquí se vio, no interesa si esta última condición le compete a un hombre o una mujer, como es el caso de la aquí demandada que se domicilia en Cali, Colombia y que en virtud del instrumento internacional en cita, así como de la regla contenida en el ordinal 1 del artículo 28 del Código General del Proceso puede ser ejercida la acción contra ella en este lugar, como en efecto aconteció

5.2. Problema Jurídico. Superado lo anterior, y bajo el entendido que no existe obstáculo alguno que impida dictar sentencia de fondo, el eje cardinal del recurso interpuesto básicamente se dirige a determinar, los siguientes aspectos puntuales: **(i).** si existió una indebida valoración probatoria para concluir que no estaba edificada la causal segunda invocada por la parte demandante, por estar justificado el incumplimiento de los deberes de esposa; **(ii).** Si decretar el divorcio, sin oposición de la parte demandada, pero a favor de aquella, constituye una violación al principio de congruencia; **(iii).** Si había lugar a fijar los alimentos a favor de la cónyuge y modificar los alimentos de los hijos menores de la pareja en contienda previamente acordados por ellos.

i) ¿Existió una indebida valoración probatoria para concluir que no estaba edificada la causal segunda invocada por la parte demandante, por estar justificado el incumplimiento de los deberes de esposa?

Del incumplimiento de los deberes de cónyuge.

Por sabido se tiene que con el matrimonio, como uno de los actos de voluntad constitutivos de la familia -*artículo 42 de la Constitución Política*-, los cónyuges se comprometen a cumplir una serie de obligaciones que le son inherente, dirigidas en gran medida a guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente, “*en todas las circunstancias de la vida*”, que salvo contadas excepciones se mantienen mientras el vínculo que los une persista, –*artículos 176 y siguientes, así como 167 del Código Civil*-.

² Negrilla extra texto

Es así como, consciente el legislador de su importancia, instituyó como causal de divorcio, la consagrada en el numeral 2° artículo 154 del Código Civil: “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***”, para aquel cónyuge que quebranta de manera grave e injustificada los deberes matrimoniales, dando lugar así, a que el cónyuge inocente pueda solicitar el decreto judicial, con las consecuencias sancionatorias que genera esta causal subjetiva³.

Los anteriores lineamientos resultaban útiles para dispensar la solución al caso *sub examine*, en el que el demandante puso de presente desde el libelo genitor, que su cónyuge, no asume los deberes conyugales a los que se obligó, especialmente el de cohabitación, cuando encontrándose en agosto de 2018 de paso por Colombia por temporada vacacional, se abstuvo de retornar a su hogar conyugal fijado desde el año 2015 en Dakar, Senegal, continente Africano, lo que desde ya se advierte no es un hecho debatido, sino aceptado en la contestación, correspondiéndole así a la demanda probar que su ausencia obedece a culpa imputable a su consorte o que existe una justificación de peso para su alejamiento del hogar, debido a la “*inversión de la carga de la prueba*” con “*verdaderos hechos impeditivos de la eficacia en principio reconocida a la prueba del abandono para hacer lugar a la separación, que tuvo razones legítimas y valederas para adoptar esa actitud o, mejor aún, que no se presenta el dato subjetivo de la precisa y arbitraria intención de truncar permanentemente la comunidad de vida matrimonial*”⁴.

En el caso de marras, la demandada fundamentó ese incumplimiento en la presunta violencia hacía ella ejercida por su cónyuge, lo que implicaba que, tal y como advirtió el juzgador de instancia, aun cuando de manera simplemente enunciativa, ante una escasa valoración probatoria, este asunto debía definirse desde una perspectiva de género.

Así, cuando se pone se presente en una actuación judicial o administrativa, que una mujer ha sido víctima de violencia, los jueces no sólo deben aplicar el ordenamiento interno y la Carta Política, sino también efectuar el control difuso de convencionalidad, que impone el deber de integrar la normatividad internacional contenida en la Convención Interamericana de Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica, aprobada en la legislación interna mediante la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972, además de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “*Convención De Belém Do Pará*”, suscrita en esa ciudad el 9 de junio de 1994, aprobada en la legislación interna con la Ley 248 del 29 de diciembre de 1995 y ratificada por Colombia desde el 10 de marzo de 1996⁵; al igual que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, aprobada en nuestro ordenamiento interno por la Ley 51 del 2 de junio de 1981 (ya citada), todas ellas dirigidas a eliminar todo tipo de discriminación, en especial contra

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, casación de 5 de diciembre de 1932, XLI, 52; 14 de mayo de 1954, LXXVII, 578; 23 de noviembre de 1955, LXXXI, 635, SC, 26 abr. 1982. M. P. Dr. Alberto Ospina Botero. reiteradas en sentencia del 5 de febrero de 1985

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 8 de abril de 1.988. Magistrado ponente Dr. José Alejandro Bonivento Fernández

⁵ Ley declarada exequible por la Corte Constitucional con la Sentencia C 408 del 4 de septiembre de 1996 de la que fue ponente el magistrado Alejandro Martínez Caballero.

este grupo poblacional y a impulsar las acciones afirmativas para su aplicación y protección.

En ese contexto, la normatividad interna a través de las leyes 294 del 16 de julio de 1996⁶, 575 del 9 de febrero de 2000⁷ y 1257 del 4 de diciembre de 2008⁸ desarrollan las medidas de protección para las víctimas de la violencia intrafamiliar y que la Corte Constitucional en la revisión de asuntos de este linaje introdujera notables cambios en procura de la eficacia de los instrumentos jurídicos vigentes a la luz de los estándares del derecho internacional sobre la materia, creando especiales reglas como las contenidas en la sentencia C-410 del 15 de septiembre de 1994⁹, T-624 del 15 de diciembre de 1995¹⁰, T-220 del 8 de marzo 2004¹¹, T-04 del 29 de marzo de 2004¹², T-646 del 23 de agosto de 2012¹³, T-967 del 15 de diciembre de 2014¹⁴, T-145 del 7 de marzo de 2017¹⁵, T-735 del 15 de diciembre de 2017¹⁶, T-126 del 12 de abril de 2018¹⁷ y T-311 del 30 de julio de 2018¹⁸, a manera de ejemplo.

De esta manera y en casos en donde se advierta violencia de género, se impone como deber a los operadores judiciales, entre otros¹⁹: *“Analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial”*; y ***“flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes”***.

Bajo similares derroteros en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de la que valga citar, entre otros, los proveídos STC-4499 del 20 de abril de 2015²⁰, STC-12840 del 23 de agosto de 2016, STC-17090 del 25 de noviembre de 2016²¹, STC-2287 del 21 de febrero de 2018²² y STC14035-2018 del 25 de octubre de 2018²³, aplicando la perspectiva de género trasunta las siguientes directrices: *i)* se debe promover la igualdad material entre hombres y mujeres, por lo que es preciso que el funcionario judicial examine con sumo cuidado aquellas manifestaciones y/o situaciones que pretenden poner a la mujer en una posición de subordinación hacia el hombre y que persiga el desconocimiento de sus derechos; *ii)* asumir la perspectiva de género *“no es una generosidad del juez cognoscente, ni sobrepasa los límites a él impuestos por el legislador”* (STC-12840 de 2016), pues se trata de un postulado de valoración de parámetros constitucionales, convencionales y legales, cuyo fin es atender el derecho de igualdad; *iii)* juzgar con perspectiva de

⁶ “Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar”

⁷ “por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996”

⁸ “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”,

⁹ con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz

¹⁰ con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández Galindo

¹¹ con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett

¹² de la que fue ponente el magistrado Jaime Araújo Rentería

¹³ con ponencia del doctor Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁴ con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁵ magistrada ponente María Victoria Calle Correa.

¹⁶ de la que fue ponente el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹⁷ de la que fue ponente la magistrada Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁸ Magistrado ponente: José Fernando Reyes Cuatras.

¹⁹ Sentencia T-012 de 2016, reiterada en la T 145 de 2017.

²⁰ Radicado: 7300131100042008-00084-02, con ponencia del doctor Fernando Giraldo Gutiérrez

²¹ Radicado: T 1100122100002016-00613-01 Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona

²² Radicado: T 2500022130002017-00544-01 magistrado ponente Margarita Cabello Blanco

²³ en el radicado: 11001-02-03-000-2018-02975-00 de la que fue ponente el magistrado Luis Armando Tolosa Villabona

género es dilucidar la prueba y valorarla a efectos de romper la desigualdad, por lo que al aplicarse el criterio de justicia, su materialización deberá hacerse *“no con rostro de mujer ni con rostro de hombre, sino con rostro humano”* (STC- 2287 de 2018).

De ese marco jurídico internacional adoptado por Colombia, así como por el resto del continente americano, tampoco ha sido ajeno el **continente africano**, bajo el entendido que en el caso de marras parte de la convivencia marital de desarrolló en él, de donde es nacional el demandante, hoy apelante. Así y en *“el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de la Mujer en África, aprobado por la Unión Africana en 2003, se exige que los Estados parte adopten y apliquen medidas apropiadas para asegurar la protección del derecho de cada mujer a que se respete su dignidad y la protección de la mujer contra todas las formas de violencia, particularmente la violencia sexual y verbal (artículo 3). En el artículo 4 se exige que los Estados parte adopten medidas apropiadas y eficaces a fin de adoptar otras medidas legislativas, administrativas, sociales y económicas que sean necesarias para asegurar la prevención, el castigo y la erradicación de todas las formas de violencia contra las mujeres”*²⁴.

La violencia contra la mujer puede presentar diferentes matices que comprende toda una progresión de actos violentos que van desde el maltrato emocional, psicológico, hasta el físico y es *“quizás la más vergonzosa violación de los derechos humanos. Mientras continúe, no podemos afirmar que estemos logrando progresos reales hacia la igualdad, el desarrollo y la paz”*²⁵.

Se colige de lo anterior, que, cuando se presenta la violencia contra la mujer, es deber de las autoridades judiciales encaminar sus actuaciones con perspectiva de género, y en observancia de los principios de igualdad y respeto.

De la justificación del incumplimiento de los deberes de cónyuge.

El asunto a dilucidar, requiere necesariamente, el análisis desde dos líneas de tiempo, así la conclusión pueda llegar a ser la misma; esto bajo el entendido que la pareja que celebró su connubio en Cali, donde estableció inicialmente su domicilio, para luego establecerlo en Senegal a mediados del 2015, donde se presentaron los supuestos hechos constitutivos de violencia en los que se justifica la demandada para incumplir su deber matrimonial de cohabitación al tomar la decisión de permanecer en Colombia una vez arribaran al país; así como una segunda línea, en hechos que acaecieron en nuestro país cuando esa decisión ya estaba tomada, esto es, los del 15 de agosto de 2018, que culminaron por resquebrajar la relación de pareja.

Bajo esa premisa, la demandada expuso desde la contestación y que reafirmó en el interrogatorio (Minuto 1:28:48), que era víctima de violencia emocional, verbal y psicológica por parte su cónyuge, quien ejercía una posición dominante sobre ella, le humillaba, le anulaba como esposa, no le hacía partícipe en las decisiones del hogar, ni

²⁴ Tomado del “MANUAL DE PLANES DE ACCIÓN NACIONALES SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES”, de la Organización de las Naciones Unidas –mujeres-, en el link en español <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2012/7/handbooknationalactionplansonvaw-es%20pdf.pdf?la=es&vs=1840>

²⁵ Kofi Annan, Secretario General de las Naciones Unidas Mensaje del 25 de noviembre de 2005, tomado del texto de compilación de naciones unidas. file:///C:/Users/Casa/Downloads/compilacion.pdf

en los destinos a los que iban en temporadas vacacionales, que no le dejaba ni instruir al personal del servicio doméstico; no le daba dinero suficiente, por lo que tuvo que recurrir a ventas de productos para solventar sus necesidades, aunado a que no tenían intimidad como pareja, él le dejaba de hablar, *“era más amable con las empleadas que conmigo”*, por lo que *“cuando él me dijo que me iba a traer al país yo me puse contenta”*.

Si bien es cierto, como lo plantea el apelante, ninguno de los declarantes fueron testigos directos de la dinámica familiar y el desarrollo de la convivencia de la pareja en el país Africano, ya que ninguno les visitó en el hogar conyugal, como se deduce de lo declarado por Jorge Araujo Ramírez (minuto 35:05); Fernando Ocampo Rodríguez (minuto 1:41:21), Nubia Sinisterra Rodallega (Minuto 56:39), últimos dos convocados por la demandada, que centraron su relato en el hecho de agosto de 2018, el modo violento de actuar del Sr. Dogbo Daniel Atchebro en la propia casa materna de su mujer, induce a pensar con bastante probabilidad, que si así obró aquí, en medio de la familia de su cónyuge, de ese talante sea su modo de actuar en su propio territorio que, no probado mediante prueba directa, sí es hecho indiciario del maltrato alegado por la demandada como justificativo de su decisión, razonamiento este ajustado a los ya indicados lineamientos de la normatividad y jurisprudencia alusiva a la perspectiva de género, que junto con otros palpables en la actuación, permiten arribar a la conclusión de que el demandante sí ejerció el maltrato del que se acusa, tipo de violencia que debe decirse en general, se presenta en la intimidad del hogar, y que suelen ser actos que no se exteriorizan, tanto así que muchas veces pasan inadvertidos; más aún con el cuidado que podría tener el actor en esa exteriorización, por la dignidad del cargo que ostenta como defensor de los derechos humanos, los hechos indiciarios son los siguientes:

- En la demanda la procuradora judicial del demandante efectuó la siguiente declaración: *“conocedora de las costumbres de su esposo quien es de nacionalidad africana **machista aferrado a sus ideas y costumbres**, empezó a compartir más con sus grupos de amigas, ausentándose por largas horas del hogar llegando a su casa a las 2 de la mañana costumbre que volvió rutinaria afectando la convivencia y vida familiar acabando con la paz y sosiego doméstico”*.

Esta aseveración debe considerarse una confesión por mandato del artículo 193 del C. G. P²⁶. por comportar el reconocimiento de un hecho que desfavorece a quien la hizo; parte entonces de una fuerte admisión reconocedora de esa estrecha correlación entre cultura patriarcal, y que entraña la desigualdad entre hombres y mujeres que se avala con ella. Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua,²⁷ el concepto de machismo obedece a la:

- “1. m. Actitud de prepotencia de los varones respecto de las mujeres”*
- “2. m. Forma de sexismo caracterizada por la prevalencia del varón”*.

A lo anterior se suma:

²⁶ Señala la norma: la *“confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, (...) Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.”*

²⁷ <https://dle.rae.es/machismo>

- El demandante en su exposición, aunque afirmó insistentemente que las decisiones sobre el hogar se adoptaban en conjunto, finalmente terminó admitiendo en su interrogatorio, que era él quien decidía los destinos donde iban a vacacionar, al punto que criticó el hecho que su cónyuge no se quejara cuando el elegido era Colombia, pero si a otro país de África de donde es oriundo el actor.

- Aunque trató de moderar su discurso frente a la vestimenta de su pareja en el país con tendencia musulmana, efectuando según él, recomendaciones *“yo no he dicho que he tenido que vestirse como mujeres musulmanas”*, porque *“yo la he conocido así”*, pero uno cuando *“llega un lugar debe amoldarse también”*, no cubrirse como las musulmanas, pero *“no mostrar excesivamente”*, sí admitió que tuvieron una discusión frente a ese aspecto, agregando que cuando la demandada *“puso sus objeciones”* ya él no le dijo nada.

El orden natural de las relaciones de pareja enmarcado en el principio de igualdad, implica el mayor respeto por la individualidad del ser, en su autonomía, en sus ideas, en su discurso, en sus creencias, en su esencia, en sus elementales actividades; donde claramente pueden presentarse algunas divergencias, pero en el punto en el que uno de los involucrados continuamente deba alzar su voz para exigir que su voluntad en “su ser” sea respetada, critica y emite juicios de valor para anular al otro; esa igualdad se ve permeada, pues no so pretexto de diferentes encuentros culturales, se pueden desconocer los derechos humanos fundamentales, mucho menos de la mujer, grupo poblacional históricamente discriminado.

De ahí que resulta reprochable toda forma de violencia contra la mujer en el hogar, como con vehemencia lo ha señalado la Asamblea General de las Naciones Unidas. - 58º período de sesiones celebrado en 2003, Resolución A/RES/54/147 (2003) *“Eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar”*; de lo cual es conocedor el demandante, alto delegado de esa Organización, a quien por tanto se le debe exigir con mayor celo, el respeto por la dignidad de su esposa.

Las disertaciones anteriores serían suficientes para concluir que el insatisfecho deber de cohabitación **está justificado**, más aun si se tiene en cuenta que muy a pesar que insistió la demandada que la decisión de no retornar a África fue tomada aquí *“yo tomé la decisión estando en Colombia de quedarme”* (minuto 2:08:40), *“la decisión de quedarme la tomé en Colombia, yo sabía que teníamos tiquetes de regreso,...yo sabía que yo regresaba”* (minuto 2:10:39); ciertamente fue desmentida por su progenitora en su declaración, que en contravía de lo aseverado por su hija, adujo que ésta desde Senegal le había informado que no retornaría, lo que resulta comprensible por la situación de violencia psicológica y emocional que le estaba afectando y que se reafirmó con el hecho de violencia física vivido el 15 de agosto de 2018, como a continuación se explica:

El demandante señaló que ese día en el que le fue informado por su cónyuge de la decisión de no retornar al país africano, y que por ello él decidió hablar inicialmente con la madre de aquella, indicó que la demandada intentó impedirle que él se marchara a un hotel, insistiéndole que ella quería hablar con él, manifestando que: ella empezó a

“descomponerse”, a “empujarme”, “no quería dejarme salir y tuve que hacer un forceo para poder salir”. “yo tuve que defenderme”.

Sin embargo, la demandada narró los sucesos de forma distinta, literalmente explicando que:

*“en vista de que él no circulaba porque estábamos en una habitación, él me empujó, pero lo hizo con fuerza, yo me fui de bruces y me golpeé fuertemente el brazo izquierdo, me levanté y grité mami mira que Daniel me está pegando!, cómo me vas a pegar en la casa de mi mamá?, mi mamá se asustó y corrió a llamar a un vecino, cuando mi mamá regresó yo había sujetado a Daniel porque él se iba a ir, yo le dije, tú no tienes qué, cómo es posible que vas a llegar hasta pegarme?, cómo es posible?, yo no lo pegué, yo le sostuve de la camisa por el cuello, aquí le cogí el cuello de la camisa, **y él me agarró del cuello y me apretó hasta que ya no podía respirar,** y en ese momento llegó el vecino que mi mamá había ido a llamar, y delante de los niños ocurrió eso, yo ya no podía respirar, **él me estaba asfixiando.** Cuando el señor insistió muchas veces finalmente él me soltó y yo también le solté la camisa porque no quería más agresiones. Le digo, todo lo que había vivido y ahora tener que soportar también una agresión física de ese nivel, que atentaba contra mi vida, está diciendo que es un montaje, es una falta de respeto conmigo. Sabe yo por qué no denuncié el hecho antes las autoridades?, porque mi mamá llamó a mi hermano y le dijo mira Ana Milena llamó a la Policía, yo llamé a la Policía con la voz que no se me escuchaba, por qué no denuncié?, yo estaba dispuesta a denunciarlo y que se fuera a la cárcel en ese momento, mi hermano me dijo Ana Milena yo soy defensor y este momento es muy delicado que usted haga una denuncia por violencia intrafamiliar contra la mujer porque lo meten preso de inmediato, por favor concilie con él, mi familia sabía por lo que estábamos pasando y ellos no querían que llegáramos a una instancia legal grave, por eso yo no lo denuncié”. *_(Minuto 2:35:20)* (Negrilla y subrayas de la Sala).*

Por la llegada de la Policía, se dio paso al levantamiento del comparendo 76-1-067127 de esa fecha (acompañado con el traslado de las excepciones de forma poco legible), pero del que se avizora que se trata de un formato preestablecido, en el que ningún recuento fáctico importante se realiza, y que debido a ello no contiene un elemento de convicción de la envergadura que se necesita para desentrañar lo aquí debatido.

Sin embargo, la versión de la demanda sí halla respaldo en lo declarado por sus testigos convocados, su madre Nubia Sinisterra Rodallega y Fernando Ocampo Rodríguez, testigos presenciales del hecho perpetrador de violencia, primera que narró que el suceso acaecido el 15 de agosto de 2018 fue en horas de la tarde en su residencia, en la que el demandante agredió a su hija *“delante de los niños Emiliano y Kemy, y los niños gritaron que papá estaba asfixiando a mamá”.*

Agregó que ella directamente presencié el hecho: *“yo estaba en la parte de abajo y subí y él estaba encima de ella y la tenía agarrada por el cuello y por más de que le insistí que la soltara no la soltó, me tocó salir a buscar ayuda en los vecinos y el que encontré a la mano fue el señor Fernando, mi vecino y él vino y le dijo señor suéltela, suéltela y él*

no hizo caso y en vista de eso él dijo que había que llamar a la policía, los niños gritaban, lloraban, decían papá está asfixiando a mamá”. (Minuto 58:33).

En similar sentido Ocampo Rodríguez explicó, que ese día a las 5:00 pm, que se encontraba en su casa, que queda al lado del inmueble de la señora Nubia Sinisterra Rodallega, su vecina por 13 años: *“la señora Nubia salió pidiendo ayuda auxilio y me timbró en mi casa y me llamó, ella me dijo don Fernando ayúdeme, ayúdeme porque a mi hija le están pegando- Bueno yo salí ligero como pude lo más pronto posible y me encontré con la escena de que el señor Dogbo Daniel Atchebro, bueno el apellido, estaba encima de doña Milena, estaba ahorcándola en las gradas, la tenía por el cuello y yo le insistí varias veces al señor suéltela, suéltela, no lo hacía. En ese momento yo le dije a doña Nubia llame a la Policía, ella estaba toda confundida y no la llamó, volví y le repetía, al señor suéltela, suéltela y en presente estaban los dos niños de ella., de doña Milena, viendo la escena, yo vi y me acerqué al señor le insistí por tercera vez, suéltela, suéltela y no. Ya cuando él la soltó, ella se pudo parar, porque ella estaba de espaldas y él estaba encima de ella. Luego cuando ella ya se levantó ella no podía hablar bien, estaba afónica, ya después de que se recuperó, ella llamó a la policía”. (Minuto. 1:43:26 a 1:45:53)*

Ambos declarantes, en consonancia con su convocante, recrearon el mismo episodio abusivo doméstico por parte del demandante hacía su cónyuge, siendo coincidentes en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y sin incurrir en notables o evidentes contradicciones en lo narrado, pues dieron cuenta de manera pormenorizada de la ocurrencia de los hechos desde el momento en que interactuaron en ellos, reiterando la negativa de detener el demandante el exceso uso de la fuerza física hacía su pareja.

Así, se observa que los declarantes preservaron y conservaron el recuerdo en el tiempo de lo acontecido, de lo que dieron cuenta en la audiencia, con una marcada consistencia en el relato, sin que se avizore alguna distorsión en esa percepción, como tampoco y en especial del señor Ocampo Rodríguez, algún rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria del dicho del testigo frente al victimario, a quien sólo había visto y saludado en algunas ocasiones, quedando sin sustento la supuesta parcialidad que pregonan el apelante.

Ahora, ciertamente la demandada no denunció este hecho ante la Fiscalía General de la Nación, lo que no implica que el mismo no sucedió, siendo que corresponde a la pericia del juzgador desentrañar el motivo o razones que llevan a que una víctima se abstenga de denunciar o terminar con ese estado de cosas que le producían el maltrato, existiendo un sinfín de razones para ello, como la presión familiar, tal como sucedió en este caso, en pro de no afectar la dignidad del cargo de su agresor, o guiada por el miedo de perder su hogar.

Así las cosas, y si bien ese episodio no fue el detonante del abandono del que se acusa a la demandada, claramente sí incidió en que la demandada no reconsiderara su decisión de no volver con su cónyuge a África, tanto así que es el mismo demandante quien afirmó que aquella le pidió que siguieran juntos, pero en otro continente, más concretamente en Europa, pero sin residir juntos.

Corolario de lo anterior, sí está justificado el incumplimiento de los deberes de esposa, y siendo así, la causal alegada no se abre paso, dando lugar a la prosperidad de la excepción formulada, como en efecto lo dispuso el *iudex a quo*, como se confirmará.

ii) ¿Decretar el divorcio, sin oposición de la parte demandada, pero a favor de aquella, constituye una violación al principio de congruencia?

Del principio de congruencia.

Pasando al problema jurídico formulado frente a este tópico, debe inicialmente advertirse que no por el hecho que la parte demandada no haya formulado demanda de reconvencción, solicitando el decreto de divorcio, lo que por entero parte de un acto de voluntad del titular de esa gestión, significa de manera alguna que esté de acuerdo con las causales invocadas por su cónyuge; ante la evidente oposición presentada en la contestación de la demanda, en la que propuso excepciones de fondo.

De ahí que diamantino surge que no se configura ninguno de los presupuestos del artículo 278 del Código General del Proceso, para emitir sentencia anticipada como reclama sin sustento la parte apelante; ni tampoco, ante la marcada oposición de la parte demandada, había lugar a dictar sentencia por un allanamiento, puesto que no se dieron los presupuestos que demanda el artículo 98 *ejúsdem*.

Ahora bien, el artículo 281 de la misma obra, consagra que la sentencia: *“deberá estar 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”*; esto bajo el entendido que el *a quo* sin mayor fundamentación, decretó avante causal tercera de divorcio invocada en la demanda, pero, señalando como perpetrador al demandante, pues a renglón seguido que decretó la terminación del vínculo matrimonial, explicó que era bajo ciertas condiciones, de lo que no quedó claro cuáles, ni se percató, o al menos nada dijo sobre ello, que no había petitorio en ese sentido por la demandada al no presentar demanda de reconvencción.

Para aclarar lo anterior deben hacerse las siguientes disertaciones:

(i). Es causal de divorcio de acuerdo con el numeral 3° del artículo 154 del Código Civil ***“3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra”***, la que no exige como requisito, que se ponga en peligro la integridad personal, salud o vida del cónyuge para su estructuración, ante la clara evolución de las relaciones sociales de los cónyuges, que reprocha los actos de irrespeto que atenten contra la dignidad de aquellos; así que una agresión resultante de cualquier clase de acción, torpe o sutil, áspera o refinada siendo grave, sirve para fundar la demanda de divorcio por trato ultrajante de palabra, o de obra, puesto que hace imposible la paz y el sosiego doméstico.²⁸ Igualmente: ***“no es preciso qua concurran todos esos actos, ni que se sucedan de manera frecuente o crónica, porque, según la gravedad, un solo ultraje, o un único acto de violencia puede ser suficiente para estructurarla, según lo tiene sentado la jurisprudencia”***

²⁸ Doctrinante Pedro Lafont Pianetta.

desde antaño, criterio este que mantiene su vigencia²⁹. De ahí que en la determinación de esa causal deben *“tenerse en cuenta las circunstancias de educación, ambiente social y costumbres de los cónyuges* (sentencia del 22 de julio de 1986³⁰).

(ii). La causal tercera invocada por el demandante, sí está estructurada, como parcialmente indicó el juzgador de instancia, ya que si bien el demandante empero sus acusaciones de violencia verbal de su pareja, no arribó ningún medio de convicción tendiente a su demostración, si en cuenta se tiene que su único declarante nada le consta al respecto; sí acreditó la existencia del hecho que narró en su interrogatorio de violencia física y verbal que cometió hacía él su pareja en noviembre de 2014 cuando aún el domicilio conyugal era Colombia, explicando al respecto que antecedido por una discusión por una compra de un producto alimenticio, su cónyuge lo despertó a altas horas de la madrugada insultándole: *“que yo le estoy amargando la vida”*, y lo agredió físicamente (Minuto 43:26), por lo cual él llamó a la Policía, acudió a Medicina Legal e instauró la respectiva denuncia por violencia intrafamiliar.

Aunado a que sí acompañó al descorrer el traslado de las excepciones formuladas por su contendora, la denuncia presentada en esa fecha; la demandada aceptó en su interrogatorio que tal episodio violento se presentó, narrando el mismo acontecer y confesando que *“lo debo haber rasguñado”* (minuto 1:42:07), él me tomó *“por los hombros”*, vino el guarda a ver qué pasaba y el episodio quedó allí, contrarrestando la entidad del fáctico que considera no es violencia, tanto así que aseguró que la investigación en la fiscalía quedó inactiva.

De esta manera, a pesar de que se trató de un solo acto probado, atendiendo las circunstancias de educación –psicóloga de profesión- y ambiente social en que se desenvolvían los cónyuges, que le permitía tener el conocimiento y experiencia necesaria para evitar este acto en el que incurrió; se acredita la causal, lo que conlleva necesariamente a la prosperidad de las pretensiones del actor.

Igualmente, y aunque quedó acreditado que el demandado también incurrió en esta causal tercera del artículo 154 de la codificación civil, la demandada no ejerció la acción a través de la demanda de reconvención, motivo suficiente para que el *a quo* no accediera “en conjunto” a un decreto de divorcio que no le fue solicitado.

(iii), Ciertamente desde otrora se hizo costumbre judicial, que en el evento de considerarse en que ambos cónyuges dieron lugar a la causal 3 de divorcio anotada y al no existir compensación de culpas, por estar legitimados para demandar, se abría paso el decreto judicial como una forma de remediar la situación de resquebrajamiento marital: *“en materia de divorcio, nuestro legislador al estatuir las causales que dan lugar al mismo y a la separación de cuerpos, en su caso, no acogió el criterio simplemente sancionatorio del cónyuge culpable, sino que lo convino con lo que se conoce en la doctrina como el divorcio-remedio que persigue evitar a la familia mayores males, esto es que así entendido el divorcio procuraría un beneficio a la familia misma, es decir, algún remedio legal en virtud de la mala conducta de alguno de los cónyuges. Siendo esto así, mal puede entenderse que los cónyuges recíprocamente culpables se*

²⁹ (Sentencia del 21 de julio de 1987 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia magistrado ponente Alberto Ospina Botero

³⁰ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, ponente ídem.

encuentran imposibilitados jurídicamente para demandar el divorcio o la separación de cuerpos, toda vez que no existe en esta materia la compensación de culpas, sino la prohibición de alegar la propia conducta que configura causal del divorcio o de separación como apoyo de las pretensiones del actor” (sentencia 144 del 5 de mayo de 1988³¹

No obstante, ese decreto judicial de divorcio remedio, sí debe estar amparado en una causal peticionada en dicho sentido, si en cuenta se tiene que: *“han sido clasificadas por la jurisprudencia y la doctrina en objetivas y subjetivas: Las causales objetivas se relacionan con la ruptura de los lazos afectivos que motivan el matrimonio, lo que conduce al divorcio “(...) como mejor remedio para las situaciones vividas”^[14]. Por ello al divorcio que surge de esta causales suele denominársele “divorcio remedio”.^[15] Las causales pueden ser invocadas en cualquier tiempo por cualquiera de los cónyuges, y el juez que conoce de la demanda no requiere valorar la conducta alegada; debe respetar el deseo de uno o los dos cónyuges de disolver el vínculo matrimonial.^[16] A este grupo pertenecen las causales de los numerales 6, 8 y 9 ibídem”.* (Corte Constitucional, sentencia C-985 de 2010. Esto sin desconocer que aún en causales de naturaleza objetiva, -si se han invocado., dan lugar a verificar el culpable de esa cesación (Corte Constitucional sentencia C- 1495 de 2 de noviembre del 2000).

Así las cosas, y aunque el juez de familia está dotado de facultades extra petita atendiendo los derroteros del parágrafo 1° del artículo 281 del Código General del Proceso, sin embargo ello obedece a cuando sea *“necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole”*, empero que, no puede llegar al punto de sin fundamentación, dar paso a una causal de divorcio a favor de quien así no lo solicitó, por lo que en conclusión sí se desconoció el principio de congruencia, y en razón de ello, hay lugar a modificar la parte resolutive apelada, para acceder al decreto de divorcio únicamente por los hechos fundamentales de la causal tercera solicitada por el demandante.

iii) ¿Hay lugar a fijar los alimentos a favor de la cónyuge y modificar los alimentos de los hijos menores de edad de la pareja en contienda, previamente acordados por ellos?

De los alimentos.

Ciertamente, quien dio origen al rompimiento matrimonial, mantiene la obligación alimentaria, salvo que demuestre su inocencia; eso equivale a sostener que se invierte la carga de la prueba y por tanto le corresponde probar que no dio lugar a su terminación (sentencia T-559 de 31 de agosto de 2017 la Corte Constitucional). La Corte Suprema de Justicia también ha seguido esta postura en algunas de sus salas³², en especial en la Civil, como en la sentencia STC442 del 24 de enero de 2019³³ y STC 4967 del 23 de abril de 2019. En esta última, se dejó advertido que: *“se permite que se fijen alimentos no obstante se declare judicialmente extinto el vínculo en el matrimonio*

³¹ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, en sentencia con ponencia del Doctor Pedro Lafont Pianetta.

³² Véanse por ejemplo entre otras providencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia de 16 de enero de 2012, radicado N°36101 y la sentencia STL11149-2019 del 14 de agosto de 2019.

³³ Radicación Nro. 11001-02-03-000-2018-03777-00.

civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, pero únicamente, a título de sanción, en los eventos en que se determine la culpabilidad de uno de los cónyuges en la ruptura del mismo; de ahí que, a juicio de la Corte, el legislador haya incluido en dicho precepto la frase «según el caso».” (Subrayas extra texto).

En este preciso asunto, el *iudex* de primera instancia, sin explicarlo, seguramente haciendo uso de sus facultades oficiosas, ya que la demandada no se lo solicitó, fijó una obligación alimentaria a favor de aquella; sin embargo su decisión estuvo ausente del nexo causal entre la conducta constitutiva de la causal reconocida y el rompimiento del vínculo matrimonial, si en cuenta se tiene que fue el mismo *a quo* que concluyó que “*hay concurrencia de responsabilidades en dicho escalamiento conflicto interpersonal en este caso de los cónyuges*”; y si ello es así, no se podría determinar una exclusiva responsabilidad del demandante, situación que por sí misma da lugar a la revocatoria pretendida; a lo anterior se aúna que, tampoco está demostrado el estado de necesidad, ya que ninguna prueba al respecto se arrimó, y que competía hacerlo a la interesada si en cuenta se tiene lo regulado en el artículo 420 del Código Civil, dando lugar a revocar la decisión sobre este aspecto.

No hay lugar a la prosperidad de la alzada frente a los alimentos fijados para los hijos de la pareja, L E y K A Atchebro Portocarrero, puesto que si bien es cierto los padres efectuaron un acuerdo en dicho sentido en el centro de conciliación Fundafas el 29 de agosto de 2018 (incorporado con la demanda); también lo es que el mismo estaba sujeto a un marco temporal: “*esta cuota se dará hasta el mes de Diciembre del 2018*”, data que ya feneció; de ahí que resulte razonable y proporcional la fijación efectuada por el *a quo*. Máxime cuando la cuota impuesta está dentro de los parámetros razonables y dentro de la legalidad.

Las costas. Ante la prosperidad parcial de la alzada no habrá condena en costas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **la Sala Segunda de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Revocar parcialmente el ordinal primero de la sentencia de primera instancia 014 del 3 de marzo de 2020, emitida por el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de esta ciudad, en el proceso verbal de divorcio de matrimonio civil propuesto por Dogbo Daniel Atchebro contra de Ana Milena Portocarrero Sinisterra, en lo referente a “*DECLARAR NO PROBADA la EXCEPCION DE FONDO respecto de la CAUSAL TERCERA*”; así como el ordinal sexto de la sentencia emitida – alimentos a favor de la cónyuge-por las consideraciones vertidas en precedencia. **Modificar** lo decidido en el ordinal segundo resolutivo, en el sentido que el divorcio que allí se decreta es ante la prosperidad de la causal tercera del artículo 154 del Código Civil, invocada por el demandante.

SEGUNDO: Confirmar los restantes numerales de la sentencia referida, conformidad con lo expuesto.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: En firme esta sentencia, devuélvase el expediente a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLAUDIA CONSUELO GARCÍA REYES
Magistrada

CARLOS HERNANDO SANMIGUEL CUBILLOS
Magistrado.
Con salvamento parcial de voto

FRANKLIN TORRES CABRERA
Magistrado

Firmado Por:

CLAUDIA CONSUELO GARCIA REYES
MAGISTRADA
TRIBUNAL SUPERIOR SALA DE FAMILIA DE LA CIUDAD DE CALI-VALLE DEL CAUCA

FRANKLIN IGNACIO TORRES CABRERA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 001 De La Sala De Familia Del Tribunal Superior De Cali

CARLOS HERNANDO SANMIGUEL CUBILLOS
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 005 De La Sala De Familia Del Tribunal Superior De Cali

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

ccca4dc93225127109d3ee780e424540232cb0eebd6d0ce61980851123775dbf

Documento generado en 23/07/2021 03:38:10 PM

C.C.G.R. Rdo. 76001 31 10 003 2018 00410 01

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Ref. Rad. 76001-31-10-003-2018-00410-01

Fecha ut supra.

Disiento de la decisión mayoritaria, por estimar que el único hecho probado, constitutivo de comportamiento adecuado a la descripción normativa del artículo 154-3 del C.C., a mi modo de ver reviste el carácter de un episodio aislado, meramente ocasional, insertado en la dinámica de las relaciones de pareja que, sin ser plausible, tampoco es de magnitud suficiente para desembocar en la sanción en que consiste el divorcio, lo que afirmo atendido el contexto en el que se desarrollaron, afectadas no propiamente por esto, sino por los comportamientos esgrimidos como sustento de la casual segunda, no probada. Entiendo que en el caso de la tercera, legalmente no se exige una pluralidad de conductas, no faltaba más!, pero también asumo que si una sola basta, debe ser de entidad suficiente, atendidas las circunstancias, para desencadenar como respuesta la indicada sanción.

Respetuosamente,

CARLOS HERNANDO SANMIGUEL CUBILLOS

Magistrado

Firmado Por:

CARLOS HERNANDO SANMIGUEL CUBILLOS

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Despacho 005 De La Sala De Familia Del Tribunal Superior De Cali

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**b4a653de4acaf2fbc64b3a7da2f38a707ea5dc1f006173617e23ee795
381fffa**

Documento generado en 23/07/2021 02:24:45 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE FAMILIA

Santiago de Cali, **26 JULIO 2021**

A las 7:00 a.m. de hoy se notifica a las partes la providencia anterior mediante la inserción en el estado No. **97**



El secretario,

Jorge H. Herrera Quintero