De: aristides torijano <aristidestorijano@gmail.com>
Enviado: viernes, 23 de septiembre de 2022 16:25
Para: Secretaria Sala Familia Tribunal Superior - Seccional Bogota <secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co>
Asunto: RADICACION 11001311002620200027201 DIVORCIO

CORDIAL SALUDO:
RADICACION 11001311002620200027201 DIVORCIO DE MARIA XIMENA DIAZ MONDRAGON.
SOY ARISTIDES TORIJANO, APODERADO PARTE ACTORA.
PRESENTANDO **LA SUSTENTACIÓN** DE LA APELACIÓN.
ARISTIDES TORIJANO.

ARISTIDES TORIJANO

ABOGADO

T.P. 25067

Calle 131-A No. 55-A-48, tel. 3157607894, BOGOTÁ

correo electrónico: aristidestorijano@gmail.com

Doctor
Doctor Jaime Humberto Araque
Magistrado Ponente Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Familia
Bogotá.

RADICACION: 2020-00272 DIVORCIO DE MARIA XIMENA DIAZ. UBICACIÓN DEL EXPEDIENTE: SECRETARIA.

Asunto: LA SUSTENTACION DE LA APELACION. El INCISO FINAL DEL ART. 327. EL INCISO 1 DEL ART. 328. LEY 2213/2022, ART. 12. LOS ASUNTOS QUE RESULTAN INEXCINDIBLES A LA FUNDAMENTACION.

Soy el representante judicial de la demandante.

Para desarrollar los argumentos expuestos en los reparos hechos al fallo de instancia, de manera comedida exponemos:

LA DEMANDA

La demandante en su escrito de demanda presentó una descripción que tituló "***LOS ANTECEDENTES***" y que van del numeral 1 al 12, haciendo una narración del antecedente del vínculo matrimonial, hijos habidos, situación de vida física actual de la pareja con indicación de residencia, quien cubre los gastos necesarios del hogar y personales, quien tiene la guarda de los hijos, la fijación de tenencia de los hijos, qué desempeño laboral tiene cada cónyuge.

En seguida, en el titulado "***LOS ULTRAJES, EL TRATO CRUEL***" del numeral 13 al 18, la demandante clasifica los cargos y los determina describiendo con claridad la fecha en la que fue hecha la conducta, el lugar, y el cómo el demandado realizó el acto, el hecho.

La demandante en esa sección así titulada deja en claro que los cargos que le formula al demandado son por ***expresiones de agravio persistentes***.

Al hacer esa clasificación la demandante evita que haya confusión con otro tipo de agresión, por ejemplo, el de la agresión física.

En los **"FUNDAMENTOS DE DERECHO"** la demandante señala las investigaciones científicas que resultan aplicables a las conductas que le carga al demandado en esos hechos 13 al 18 sobre afectación sicológica. Para luego entrar a citar al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES en el tema científico de "***Maltrato, agresión, violencia***" que esa institución científica desarrolla y que la CORTE CONSTITUCIONAL acoge en la Sentencia 967/2001 sobre ***violencia sicológica.***

Da cumplimiento a los arts. 82 y 90 en cuanto a **determinación de cada hecho** atribuido al demandado, utilizando precisamente el mismo lenguaje de agravio que recibió, cita literalmente el insulto recibido, acudiendo a las mismas palabras que usó el demandado.

"EL MALTRATAMIENTO DE OBRA. EL MALTRATO FÍSICO".

Del numeral 19 al 26 la demandante entra a clasificar lo que tituló "**EL MALTRATAMIENTO DE OBRA EL MALTRATO FÍSICO".** Los cargos que le formula al demandado son por ***agresiones físicas.*** La demandante formula esos cargos determinando paso a paso los hechos sucedidos, el lugar donde sucedieron, cómo sucedieron, quiénes estaban presentes en ese lugar y hora. A quien correspondió la investigación penal. La incapacidad médica recibida.

Y en los numerales 24 y 25 cita la declaración dada por el demandado en una comisaría de familia sobre esos hechos.

En el numeral 26 la demandante hace una descripción detallada de cómo el demandado realizó una conducta *"de perversidad"* (Sic).

Al hacer esa clasificación la demandante busca que no haya confusión con el otro tipo de agresión, la agresión sicológica que ya estaba descrita en los numerales 13 al 18.

"EL GRAVE E INJUSTIFICADO INCUMPLIMIENTO DE LO DEBERES DE CÓNYUGUE QUE LA LEY IMPONE"

En el apartado titulado **"EL GRAVE E INJUSTIFICADO INCUMPLIMIENTO DE LO DEBERES DE CÓNYUGUE QUE LA LEY IMPONE"**, la demandante del numeral 27 al 37 deja en claro que los cargos que le formula al demandado son por 1-Abandono del hogar. 2-Infidelidad conyugal. 3-Compras suntuarias del demandado para con su amante. 4-Viajes del demandado con su amante. 5-Gastos dinerarios del demandado con su amante.

La demandante formula esos cargos determinando la fecha del abandono del hogar. Cita una declaración dada por el demandado en una comisaría de familia de cómo el demandado reconoce haberse ido del hogar. Da la dirección a donde el demandado se fue a vivir con la amante. Explica lo que el demandado invierte y gasta atendiendo a la amante.

Al buscar esa claridad y precisión, da cumplimiento a los arts. 82 y 90.

La demandante busca que no haya confusión **con los deberes de padre**.

La demandante se propuso delimitar las fronteras del operador judicial al indicarle que son esas conductas de ***abandono del hogar*** y las de ***infidelidad conyugal***, los que deben ser motivo de prueba y fallo final.

Y también la demandante persigue con ello que el demandado sepa con certeza de qué conductas, de qué actos, de qué hechos debe defenderse.

En los **"FUNDAMENTOS DE DERECHO"** la demandante cita una sentencia de la CORTE SUPREMA de abril 8 de 1988, ponente JOSE ALEJANDROBONIVENTO FERNANDEZ, sentencia que resulta aplicable como obligación de la pareja de vivir juntos, abandono del hogar que infringe uno de los deberes esenciales de la vida conyugal y de la fidelidad de pareja que debe tener uno respecto del otro.

EL FALLO DE INSTANCIA

El fallo de instancia resuelve: 1-Declarar **culpable** al demandado de agresiones. 2-Decretar el divorcio. 3-Disuelta la sociedad conyugal. 4-Establecer la custodia y cuidado personal de las hijas en cabeza de la demandante y fija alternamente el tiempo que el demandado puede tener a las hijas. 5-Fija cuota alimentaria a las hijas y a la demandante.

LAFUNDAMENTACION DEL FALLO

Fuente: Sentencia T-247 de 2006, M. P.: Rodrigo Escobar Gil. Aclaración de voto a la sentencia C-1195 de 2001, M. P.: Rodrigo Uprimny Yepes.Sentencia T-259 de 2000, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia C-252 de 2001, M. P.: Carlos Gaviria Díaz. Sentencia T-970 de 1999, M. P.: Alfredo Beltrán Sierra. 31 Sentencia T-468 de 2003, M. P.: Rodrigo Escobar Gil. T-310 de 2009. Sentencia T-214/12 CORTE CONSTITUCIONAL .Arts. 1, 2, 4, 7, 11, 14, 164, 167, 176, CGP.

En la jurisprudencia como en la doctrina se ha dicho que si el juez no expresa suficientemente las razones de su fallo se privaría a la parte afectada puesto que los destinatarios de la misma deben recibir de manera clara el mensaje según el cual la decisión no es el fruto del arbitrio del funcionario judicial sino el producto de la aplicación razonada del derecho a los hechos relevantes y debidamente acreditados en el proceso.

Para la jurisprudencia y la doctrina la motivación debe ser: (i) completa, (ii) pertinente, (iii) suficiente y (iv) conexa. Es completa cuando se invocan todos los fundamentos de hecho y de derecho que amparan la decisión; es pertinente si resulta jurídicamente observable; es suficiente cuando por sí misma es apta e idónea para decidir un asunto sometido a controversia, y es conexa si se relaciona directamente con el objeto cuestionado. Entre las premisas de la decisión y la decisión misma debe haber coherencia.

Debe ser inteligible: sólo así cualquiera podrá entenderla. Debe ser suficiente, no basta que cada una de las decisiones parciales que conducen a la decisión final esté justificada, sino que es preciso, además, que la motivación de cada una de ellas sea "suficiente".

Aquí, en la sustentación de esta apelación, destacamos en los apartados que más adelante quedan señalados, cómo el fallo incurre en *"ausencia de motivación"*, o en **"***fundamentación aparente*", o en "*incoherencia de la motivación"*, o en *"incongruencia de la fundamentación".*

LA CONTESTACION DE LA DEMANDA.

Fuente formal: Artículos 96 y 97. Numeral 3 del art. 96

La falta de contestación de la demanda o de ***pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad***, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto, art. 96.

Para la CORTE SUPREMA, la no contestación de la demanda ***impone graves consecuencias para el demandado.*** Y la contestación deficiente, desordenada, confusa, contradictoria, temeraria**,** conduce a que el demandado ***ingrese al proceso con graves desventajas en su contra*** puesto que tendrá que luchar durante el debate procesal contra la presunción de la parte final del numera 2 del art. 96.

En la mecánica judicial, de hace muchos años, no son pocos los despachos judiciales que se acogen al argumento de "***téngase por contestada la demanda"*** sin entrar a dar cumplimiento a los arts. 96 y 97.

Tal como sucede en este caso objeto de esta sustentación, en el que sucedió lo siguiente:

Dice el fallo aquí recurrido:

> ***"La contestación****. Una vez integrado el contradictorio, la parte demandada a través de apoderada judicial* contestó la demanda *oponiéndose a las pretensiones y formuló excepciones* de mérito que denomino; (i) ausencia de *las causales invocadas y falta de causa para pedir (ii) falta de legitimación para demandar, fundadas en lo que a continuación se sintetizan:"* (Resaltado)

El fallo tuvo por contestada la demanda.

Vista la contestación de la demanda, esta demuestra que dejó de contestar los hechos 13 al 37 visto en el escrito de demanda.

Demuestra esa negación de contestar que se rebeló contra las reglas del art. 96 para asumir las consecuencias ordenadas en el art. 97.

El demandado al no hacer un pronunciamiento ***expreso*** sobre los hechos 13 al 37 contenido en la demanda, la presunción adquirió la certeza de la confesión respecto de esos hechos. Por consiguiente, para desvirtuar esa presunción de ser ciertos esos hechos, tenía que el demandado haber desarrollado durante el debate probatorio una extensa gama de habilidad probatoria. Y todo por cuanto ante la certeza que ya tenían los hechos 13 al 37, su misión consistía en desvirtuarlos probatoriamente.

El fallo al narrar cómo fue contestada la demanda (págs. 3 a 5) da por contestados los hechos de la demanda y, aun así, le permite al demandado contestar los hechos de la demanda de manera desordenada, confusa, contradictoria, temeraria. El fallo con esa conducta ***rompe la igualdad de las partes omitiendo dar cumplimiento a los arts. 96 y 97.***

El fallo de instancia hizo caso omiso al sometimiento a que estaba obligado de las reglas de orden público de los arts. 96 y 97.

LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO.

Así como la sentencia de instancia dice que el demandado ***si contestó*** la demanda, de igual manera dice que este propuso excepciones.

> *"formuló excepciones de mérito que denomino; (i) ausencia de las causales invocadas y falta de causa para pedir (ii) falta de legitimación para demandar, fundadas en lo que a continuación se sintetiza:"*

Al pronunciarse la parte demandante descorriendo el traslado de esas "excepciones de mérito" dijo que en esas excepciones lo que se encuentra son opiniones de la apoderada del demandado sobre *lo que sucedió y no sucedió*. Dice:

> El demandado por ejemplo titula: *"AUSENCIA DE CAUSALES INVOCADAS Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR. DE LOS ULTRAJES, TRATO CRUELY MALTRATOS".* Para enseguida dar opiniones la abogada sobre esos puntos que toca. Discute la abogada acontecimientos. Sostiene que es falso determinado acontecimiento. Hace suposiciones.
>
> Otro titulado: "EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION PARA DEMANDAR". Aquí la abogada da sus opiniones sobre acontecimientos que dice ella se sucedieron.
>
> Otro titulado: "EL DEBER DE DAR SOCORRO MUTUO Y COLABORACIÓN". Invoca disposiciones legales sobre los cuales da su opinión. Acusa a la demandante de la sustracción de una información.
>
> Otro titulado: "DE LOS ALIMENTOS PEDIDOS". Dice que se opone. Relaciona que la demandante tiene una empresa. Se queja que la demandante no presentó la relación de activos y pasivos en la demanda y presenta una descripción de activos y pasivos.

La jurisprudencia de las ALTAS CORTES han sostenido que:

> *La alegación de hechos nuevos, diversos a los propuestos en la demanda,* ***deben ser excluyentes de los efectos jurídicos de éstos****, bien sea porque hayan impedido el nacimiento de tales efectos (hechos impeditivos), o ya porque no obstante haber nacido los nuevos hechos invocados por el demandado, han extinguido los derechos reclamados por la demandante. (hechos extintivos). Cuando esto ocurre se está en el sector especial del derecho de defensa técnica, propio del concepto de excepción, esto es,* ***oponer, desvirtuar, cercenar el derecho reclamado por la demandante.***
>
> *La excepción de mérito* ***no es la mera negación de las peticiones de la demanda o de los hechos que las sustentan****, por el contrario, la excepción de mérito siempre envuelve un asunto novedoso que éste incorpora a la controversia, tendiente a enervar los pedimentos de la demandante."*

Para el fallo de instancia las disertaciones de la abogada del demandado son "excepciones de mérito".

CONCLUSION DE ESA PARTE DE LA ACTUACION PROCESAL Y LA FUNDAMENTACION DEL FALLO

Sobre el tema de la ***fundamentación de las sentencias*** se tiene que el fallo incurre en *"ausencia de motivación"* por cuanto no se pronuncia sobre esa omisión de falta de contestación de los hechos 13 al 37.

No contestados esos hechos, el fallo omite aplicar los arts. 96 y 97; como el hecho de sostener que la parte demandada presentó excepciones de mérito en contrario a los precedentes verticales de la jurisprudencia en lo que tiene que ver con la institución jurídica de las excepciones de mérito, esas dos situaciones que hay en el fallo llevaron a este a tomar determinaciones que más adelante serán controvertidas.

LAS MEDIDAS DE PROTECCION

LA REVICTIMIZACION DE LA MUJER.

Fuente formal: arts. 1,29, 228, de la CONSTITUCION. LEY 294 DE 1996. Ley 575 de 2000, Decreto 652 de 2001, Decreto 652 de 2001. ley 1257 de 2008, Decreto 4799 de 201. LEY 2126 de 2021. La sentencia T-590/17 de la CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1195 de 2001, MP. Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy II Lineamientos Técnicos en Violencias Basadas en Género para las comisarías de Familia, Ministerio de Justicia y del Derecho, 2012. Código Penal, lesiones personales, art. 112. Prueba trasladada, Art. 174; Cosa juzgada, 303, C.G.P.

Las *"medidas de protección"* son una "**orden policiva"** con ***fines de prevención*** destinadas a evitar una agresión. Buscan "***proteger***" a alguien de una eventual agresión que se pueda dar a causa de un vínculo familiar.

Las "**ordenes policivas**" tienen función social como son las de impedir, hacer cumplir, limitar, controlar; su carácter es transitorio.

Las "**ordenes policivas**" no suprimen, crean o modifican derechos.

El funcionario policivo debe poner en conocimiento de la autoridad competente los hechos que reúnan las características de un posible delito ***para su investigación***.

Las "***agresiones mutuas***" son tipificadas en el sistema penal.

La "***denuncia penal***" en el sistema procesal penal de mucho tiempo atrás se ha aclarado por la jurisprudencia que esta ***no constituye prueba***. Que es únicamente una fuente de información.

Las "***incapacidades médicas***" -en el sistema procesal penal-, son eso: "***incapacidad médica***". Expedida por un médico forense como funcionario público. Lo que acredita ese documento está en que un *funcionario público* -médico-, establece que una persona ***a causa de una lesión*** **queda incapacitada para hacer o no hacer determinada actividad o que limita su actividad o que debe proseguir un determinado tratamiento.**

El fallo en su fundamentación -*consideraciones*- en el apartado que tituló: "caso concreto" (pág. 14), *considera* dos medidas de protección de una comisaría de familia que obran en el expediente. Dice el fallo:

> *"**De la documental** aportada por las partes, se observa que efectivamente ha existido violencia doméstica, afirmación **que se sustenta en las medidas de protección** No. 488 y 492 emitidas por la Comisaría Once de Familia de Bogotá D.C., donde la demandante y demandado fueron denunciantes recíprocamente, y a la vez beneficiarios de las medidas de protección, así como las denuncias bilaterales por violencia intrafamiliar instauradas en la Fiscalía, **actuaciones judiciales y administrativas que serán tenidas en cuenta** para resolver de mérito el asunto. También se advierte, que las partes adosaron incapacidad por los hechos del 26 de abril de 2020, **que permiten afirmar sin ambages** que para la fecha en que se presentaron los hechos, **existieron agresiones mutuas**, téngase en cuenta que, **en razón de ello se emitieron sendas medidas de protección.**"* (destacado y resaltado aquí).

Según el fallo, *"De la documental aportada por las partes…."* indicando así que es de esa documental de la que hace conclusiones.

Al tratar esas medidas de protección como prueba traslada (que no lo dice el fallo), no dice qué se buscó probar con esa prueba trasladada.

Para el fallo, que MARIA XIMENA tenga medida de protección y que MARIO FERNANDO tenga medida de protección, por ese solo hecho, concluye que ***las agresiones fueron mutuas***.

Lo más importante: el fallo da valoración probatoria equivalente a la de la cosa juzgada cuando dice: "*actuaciones judiciales y administrativas* ***que serán tenidas en cuenta para resolver de mérito*** *el asunto*".

Y, el fallo emite esta afirmación categórica: "*téngase en cuenta que***, en razón de ello** *se emitieron sendas medidas de protección.*". Para el fallo, las agresiones mutuas fueron ***la causa*** para emitir las medidas de protección.

Afirmación categórica que no se encuentra ni por asimilación o equivalencia en el contenido de las medidas de protección.

Al equiparar el fallo los efectos de las medidas de protección con los resultados de la cosa juzgada, no se encuentra que en esas medidas de protección esté dicho -aún a título de comentario-, que haya existido *"agresiones mutuas".*

La afirmación categórica del fallo "***que permiten afirmar sin ambages***" (Sic). Es un juicio a priori, anticipado, por cuanto aún no se ha hecho investigación alguna que permita concluir que existió entre la pareja "agresiones mutuas". Se destaca que las "***agresiones mutuas***" son tipificadas en el sistema penal, pero para llegar a esa conclusión judicial debe existir la investigación penal.

CONCLUSION DE ESA PARTE DE LA ACTUACION PROCESAL Y LA FUNDAMENTACION DEL FALLO

Esas *suposiciones* del fallo de instancia así hechas vulneran frontalmente las garantías constitucionales de vistas en el art. 29 y 228 de la CONSTITUCION, por cuanto son hechas sin el cumplimiento de un debido proceso seguido a la señora demandante, violando su derecho de defensa, ya que en este divorcio no ha existido investigación alguna que lleve al fallo de instancia a precipitar anticipadamente un resultado aún desconocido.

Esa suposición del fallo hace daño a la señora demandante por cuanto rebaja su dignidad personal a la de una mujer que entra en peleas; desconoce sus valores humanos de su propio respeto que se tiene así misma; de su aprecio de cultura y comportamiento social y familiar, garantías de dignidad y valores humanos vistas en el art. 1 de la CONSTITUCION.

LOS DEBERES DE MARIDO. LA DIGNIDAD DE LA MUJER COMO ESPOSA. LA FIDELIDAD CONYUGAL. EL SEXO COMO FACTOR DEL MATRIMONIO.

Fuente: art. 154.2; 178; 179 C.C. CORTE CONSTITUCIONAL sentencia C-246/02; Sentencia C-821/05.

C.C. art. 154.2: "El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges, **de sus deberes de marido**..."

Entre esos deberes está el impuesto por el art. 178 del C.C. en cuanto a que el marido tiene la obligación de vivir junto a su mujer.

El CODIGO CIVIL hace la diferencia entre "**marido**" y "**padre**" y sus "**deberes**". En la sentencia C-246/02 la CORTE CONSTITUCIONAL citando el art. 95 de la C.P., explica la distinción que hace ese artículo constitucional entre "**deber**" y el de "**obligación**". Dice la CORTE:

> *"En efecto, la norma Superior tan solo acude a la noción de obligación para calificar el cumplimiento de la Constitución y las leyes, la cual no está supeditada a que una ley específica la consagre. No obstante, aún en este caso, es el legislador el que ha de precisar las sanciones imponibles a las personas que la incumplan. Segundo, si bien los deberes constitucionales tienen fuerza normativa, su objeto, estructura y fundamentación son diferentes a los de las obligaciones exigibles a las personas en un caso concreto. Tercero, como Colombia es una república, una democracia, un sistema participativo y pluralista y un Estado Social de Derecho, no es de recibo una concepción de los deberes constitucionales que justifique que se exija a las personas la realización de conductas que no han sido legalmente establecidas".*

En la moderna concepción del significado natural y jurídico de la unión de una pareja, sea unión de hecho o de derecho, se tiene como piedra angular (base estructural), el sexo.

Para los expertos en sicología forense:

Que la función de marido es el sexo. Función que establece la relación de pareja como seres biológicos, fisiológicos, y en el ámbito emocional, la satisfacción instintiva.

*Donde fallando esa función por diferentes circunstancias, se trunca un pilar básico implícito en ser: "**marido**".*

*Cuando el marido no tiene sexo con la mujer (esposa), por circunstancias deducidas de él, "**la función de marido**" se trunca.*

Cuando el marido tiene sexo "con otra mujer", ataca la dignidad de quien se considera su mujer, la insulta, la humilla.

*Cuando el marido tiene sexo con otra mujer, produce **"infidelidad a los deberes de marido"**. Mas conocido como "infidelidad conyugal".*

la CORTE CONSTITUCIONAL se pronuncia concretamente:

"No considera la Corte que el legislador haya contrariado la Constitución Política al establecer como causal de divorcio "Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges". La fidelidad, es considerada uno de los **pilares fundamentales** *sobre los que se edifica y consolida la estructura del matrimonio."*

".....De acuerdo con la naturaleza jurídica del matrimonio, la infidelidad deteriora la relación afectiva y es causa de la inestabilidad familiar, razón por la cual, a través de la causal de divorcio invocada, se busca proteger esos intereses jurídicos"

En la demanda, la demandante describe con precisión, cómo el demandado a realizado conductas de *incumplimiento a los deberes de marido* al **abandonar el hogar**.

La demandante acusa al demandado de actos, de hechos, de conductas de infidelidad "*como marido*". Cita incluso el nombre de la amante.

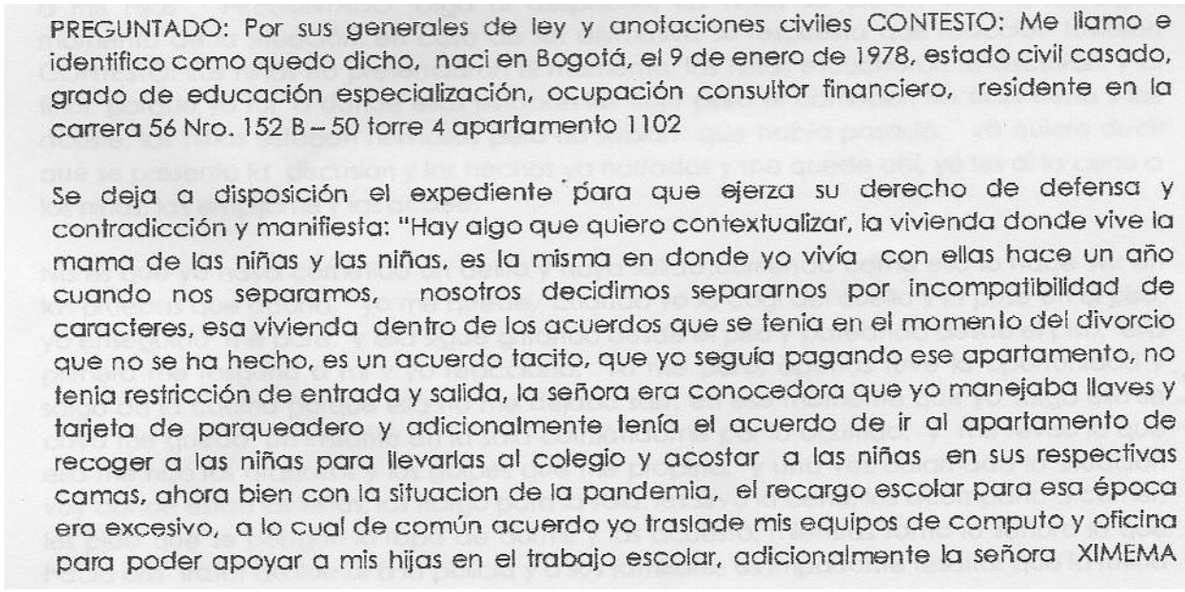
Esas acusaciones se encuentran descritas en los hechos de la demanda:

***"27**-El de junio de 2019, el demandado MARIO FERNANDO abandonó el hogar llevándose consigo su vestuario y un sofá. Abandono que **afectó gravemente sus deberes de esposo** y padre" (destacado aquí).*

***"28**-El demandado **para irse a vivir con "su novia",** tomó en arrendamiento un apartamento ubicado en la calle 159 No. 59-78, apto 502, torre 6.*

Situación de infidelidad conyugal que afectó gravemente sus deberes de esposo y padre." (destacado aquí).

En la declaración comisarial vista, sostiene el demandado:



PREGUNTADO: Por sus generales de ley y anotaciones civiles CONTESTO: Me llamo e identifico como quedo dicho, naci en Bogotá, el 9 de enero de 1978, estado civil casado, grado de educación especialización, ocupación consultor financiero, residente en la carrera 56 Nro. 152 B – 50 torre 4 apartamento 1102

Se deja a disposición el expediente para que ejerza su derecho de defensa y contradicción y manifiesta: "Hay algo que quiero contextualizar, la vivienda donde vive la mama de las niñas y las niñas, es la misma en donde yo vivía con ellas hace un año cuando nos separamos, nosotros decidimos separarnos por incompatibilidad de caracteres, esa vivienda dentro de los acuerdos que se tenia en el momento del divorcio que no se ha hecho, es un acuerdo tacito, que yo seguía pagando ese apartamento, no tenia restricción de entrada y salida, la señora era conocedora que yo manejaba llaves y tarjeta de parqueadero y adicionalmente tenía el acuerdo de ir al apartamento de recoger a las niñas para llevarlas al colegio y acostar a las niñas en sus respectivas camas, ahora bien con la situacion de la pandemia, el recargo escolar para esa época era excesivo, a lo cual de común acuerdo yo traslade mis equipos de computo y oficina para poder apoyar a mis hijas en el trabajo escolar, adicionalmente la señora XIMEMA

En esa declaración el demandado hace una explicita declaración de separación de la vida conyugal y de abandono del hogar.

***28**-El demandado para irse a vivir con "su novia", tomó en arrendamiento un apartamento ubicado en la calle 159 No. 59-78, apto 502, torre 6.*

Situación de infidelidad conyugal que afectó gravemente sus deberes de esposo y padre.

***29**-Apartamento con un pago mensual de $1.400.000 de arriendo para vivir con "la novia". Perjudicando con ese gasto mensual a sus hijas y esposa.*

***30**-El demandado para adecuar ese apartamento compró muebles: cama doble, nevera, televisor de 60 pulgadas, equipo de cocina completo y de alcoba, compras que le exigieron un desembolso de 7 millones de pesos, compras con las que perjudicó así a sus hijas y esposa en el cumplimiento de sus deberes económicos del hogar y de esposo y padre.*

***31**-El 6 de marzo de 2020 el demandado MARIO FERNANDO viajó a CARTAGENA junto con su "novia" JOHANA MILENA LOZANO RAMIREZ, con fecha de regreso de esa ciudad de CARTAGENA a BOGOTÁ, el 8 de marzo de 2020. Situación de infidelidad conyugal que afectó gravemente sus deberes de esposo y padre. Véase anexo.*

***32**-Paseo turístico a CARTAGENA que le exigió al demandado el desembolso de **cuatro millones quinientos mil pesos**. Pago de ese paseo turístico que afectó sus deberes del hogar.*

33-El 15 de agosto de 2019 el demandado MARIO FERNANDO viajó por JETBLUE AIRWAYS a ORLANDO, USA, junto con su "novia" JOHANA MILENA LOZANO RAMIREZ, con fecha de regreso de ORLANDO a BOGOTÁ, el 19 de agosto de 2019, véase el comprobante del pasaje aquí anexo. Durante esos 5 días de estadía en ORLANDO, USA, la "pareja" se hospedó en el CHAMPIONS WORLD RESORT, véase comprobantes anexos.

Situación de infidelidad conyugal que afectó gravemente sus deberes de esposo y padre.

*34-Paseo turístico que le exigió al demandado el desembolso de **NUEVE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS**, perjudicando así a sus hijas y esposa en el cumplimiento de sus deberes económicos del hogar, de esposo y padre.*

35-El 23 y 24 de enero de 2020 el demandado MARIO FERNANDO adquirió a AVIANCA y a TURKISH AIRLINES pasajes para viajar con "su novia" JOHANA MILENA LOZANO RAMIREZ el 28 de ABRIL de este año 2020, de BOGOTÁ a BARAJAS, ESPAÑA, de BARAJAS, ESPAÑA, a ESTAMBUL, TURQUIA, de ESTAMBUL, TURQUIA, a DUBAI, DUBAI. Con regreso de DUBAI, DUBAI, a ESTAMBUL, TURQUIA, de ESTAMBUL, TURQUIA, a EL AEROPUERTO EL DORADO, BOGOTÁ, en los días 20 de mayo de 2020 y 21 de mayo de 2020. Véanse los comprobantes de los pasajes de cada ruta, aquí anexos.

Situación de infidelidad conyugal que afectó gravemente sus deberes de esposo y padre.

*36-Paseo turístico que le exigió al demandado el desembolso de **23 millones de pesos** perjudicando así a sus hijas y esposa en el cumplimiento de sus deberes económicos del hogar, de esposo y padre.*

37-En menos de un año, el demandado gastó en viajes turísticos con la novia, 44 MILLONES DE PESOS, en perjuicio total de sus deberes del hogar, de la familia, de esposo y de padre.

El fallo no se pronuncia ante tan graves cargos vistos en esos hechos de la demanda.

El fallo deja de pronunciar que esos hechos ***no fueron contestados*** en el escrito de contestación de la demanda.

El fallo deja de reconocer que esos hechos sí resultaron probados.

En su fundamentación el fallo es impreciso:

> *"Por otra parte, acorde con los elementos de juicio recaudados en esta actuación, es posible afirmar que* **no se estructuró, ni se logró demostrar** *la causal segunda de divorcio invocada por la demandante, por cuanto de* **la documental como de los interrogatorios de parte y testimonios***, se logra establecer que* ***"los deberes*** **como cónyuge"** *se interrumpieron* **por voluntad de las partes***, inclusive acordaron términos de las obligaciones y visitas de común acuerdo".*

Dando por aceptado que el fallo se refiere es al incumplimiento de los "deberes de marido" se tiene que no hay prueba documental en el expediente según la cual *los deberes de marido* ***hayan sido interrumpidos por voluntad de las partes.*** De entenderse qué son y cuáles son los deberes "***de marido***", resulta insólito que estos ***hayan podido ser interrumpidos por voluntad de las partes***. Pero llegando al extremo, ***esa prueba documental no está en el proceso.***

Dice el fallo: "*inclusive acordaron términos de las obligaciones y visitas de común acuerdo". No está en el proceso ese* ***"común acuerdo".***

Ninguno de los testigos declaró que haya existido pactos, acuerdos por voluntad de las partes para interrumpir los deberes de marido.

Y como no están esas pruebas, hay falta de claridad, coherencia en la fundamentación del fallo, por cuanto para el fallo *los deberes de marido* son los mismos que se tienen como **"deberes de padre**".

Al leer el sentido del fallo, la juzgadora dijo que las partes presentaron sendos alegatos de conclusión. Pero en la sentencia no se mencionan. Porque en esos alegatos está dicho que es más conocido en este proceso el nombre de la amante, que el de la señora demandante.

CONCLUSION DE ESA PARTE DE LA ACTUACION PROCESAL Y LA FUNDAMENTACION DEL FALLO

El fallo entra en lo que se tiene como ***"falta de motivación"*** al incumplir su deber de indicar "*los hechos que se tienen por ciertos*" esto es, aquellos cuya existencia se resuelve independientemente de la actividad probatoria (art. 96 y 97), que son precisamente los hechos 13 al 27 descritos en la demanda, cargos que no fueron contestados por el demandado.

E "*incoherencia de la motivación"* y *"fundamentación incongruente"* al dar por existentes pruebas que no fueron acreditadas documental o testificalmente para llegar a sostener que las partes acordaron pactos, acuerdos para interrumpir los deberes de marido.

LOS DEBERES DE PADRE. EL VALOR PROBATORIO ASIGNADO A DOCUMENTOS DE TERCEROS. LAS TESTIFICALES.

Fuente: C.C. Art. 154, 2; 411, 413, 421, 419, 423; 250 a 268; 16 a 1644, 1626 a 1629; C.G.P., 164, 176, arts. 260 a 264; 269 a 272. C. de Co., art. 772 a 774. LEY 1098 DE 2006.

Dice el fallo:

> *"Por otra parte, acorde con los elementos de juicio recaudados en esta actuación, es posible afirmar que* **no se estructuró, ni se logró demostrar** *la causal segunda de divorcio invocada por la demandante, por cuanto de* **la documental como de los interrogatorios de parte y testimonios**, *se logra establecer que* ***"los deberes*** **como cónyuge"** *se interrumpieron* **por voluntad de las partes**, *inclusive acordaron términos de las obligaciones y visitas de común acuerdo".*

Como fue visto en el anterior apartado, es posible que para el fallo los deberes como cónyuge sean los mismos que los deberes como padre.

Sin embargo, hay una disertación del fallo que indica que es en esta parte donde se encuentra más precisión a los deberes de padre. Sostiene el fallo:

> *"Y, respecto de las obligaciones para con las menores hijas* **es claro para el despacho**, *que el demandado* ha aportado económicamente para su manutención como su educación, *lo cual* **está soportado a partir de los comprobantes de pago que éste allegó al proceso**, *incluso en* ***el interrogatorio la demandante*** *si bien afirmó que el demandado no aportaba como debería,* reconoció que éste si realizaba aportes y que ciertos rubros eran asumidos por este, *aunado a lo declarado por* ***los testigos allegados por la parte demandada***, los cuales fueron **consistentes en que el demandado es un padre responsable y asume los gastos de sus menores hijas**, *lo que permite concluir que no es posible predicar su culpabilidad del demandado respecto de esta causal".* (Resaltado y destacado aquí)

Extrayendo:

> "ha aportado económicamente para su manutención como su educación, ***lo cual está soportado a partir de los comprobantes de pago que éste allegó al proceso***". (Destacado aquí)

Tres puntos: 1-Manutención, 2-Educación, 3-Soportados con comprobantes de pago allegados.

Los *comprobantes de pago* a que se refiere el fallo:

1-FOLIOS 36, 37: Son CONSTANCIAS DE ESTUDIOS del LICEO DE CERVANTES. ***No son comprobantes de pago.***

2-FOLIOS 41,42,43,44 SON CONSTANCIAS DE GESTION DE CALIDAD.

3-FOLIOS 45,46. según parece es una "GESTION DE COBROS", no son comprobantes de pago.

4-FOLIO 47: Es UNA RELACIÓN de una empresa de salud sobre semanas cotizadas.

5-FOLIO 48 Es UNA VENTA A UNA EMPRESA.

6-FOLIO 49 AL 60: SON TIQUETES POR COMPRAS QUE EXPIDEN LAS TIENDAS A CUALQUIER COMPRADOR. Esos tiquetes no especifican quien o quienes son los compradores, el lugar de entrega del producto, la firma de quien recibe el producto, quien hizo el pago del producto.

7-FOLIO: 61: Esa factura posiblemente INDICA QUE UNA EMPRESA ESTUVO EN UN HOTEL, EN UNA PISCINA, EN UNA BOLERA.

8-FOLIOS 61 AL 84: SITUACIÓN IDÉNTICA A LAS ANTERIORES.

9-FOLIO 85 AL 88: esos **SUPUESTOS PAGOS** NO DEMUESTRAN QUE SU OBJETIVO TENGA COMO DESTINATARIAS A LAS HIJAS DEL MATRIMONIO.

10-FOLIO 89: ES **UNA CONSTANCIA POSIBLEMENTE SOBRE ACONTECIMIENTOS SUCEDIDOS EXPEDIDA POR UNA ADMINISTRACIÓN DE UN CONJUNTO RESIDENCIAL**.

11-FOLIO 90:ininteligible.

12-FOLIO 91: Es un **POSIBLE ESTADO DE CUENTA** procedente de un conjunto residencial.

13-FOLIOS 92 AL 96: **ES UN CONTRATO DE ARRIENDO.**

14-FOLIO 97: **ES UN ESCRITO.**

El fallo no dice cuáles de esos documentos, tiquetes, etc., constituyen "***soporte de pago***". Generaliza el fallo, los toma como un todo, no se detiene a su examen probatorio, no individualiza cada no de esos documentos para determinar qué valor les asigna.

Dice el fallo: "*incluso en* ***el interrogatorio la demandante*** *si bien afirmó que el demandado no aportaba como debería,* reconoció que éste si realizaba aportes y que ciertos rubros eran asumidos por este*".*

La diferencia es bien visible entre "el demandado no aportaba ***como debería***" a la de cumplir con el deber de aportar a como está obligado. Son situaciones jurídicas distintas. O hay ***cumplimiento a como está obligado***, o hay fracción de cumplimiento: "no aportaba ***como debería".***

Como también, no es lo mismo "**ciertos rubros eran asumidos por este**" a decir que "***todos los rubros***".

Escuchada la declaración de la demandante, esta lo que hace precisamente es reclamar que el demandado no cumple ***con sus obligaciones económicas de padre.***

Afirma que está colmada de deudas por cuanto debe $26.000.000 que ha tenido que sacar prestados para dar de comer a sus hijas. Debe vestir a sus hijas. Debe pagar los gastos que ocasiona el diario vivir de las hijas y el propio.

Indica que el apartamento donde vive con las hijas no ha pagado el demandado los arrendamientos, que la deuda va en muchos millones de pesos y que ya sabe que judicialmente las van a sacar de ese apartamento.

Escuchada la declaración del demandado, este invade el mundo de irresponsabilidad puesto que sostiene que debe en el colegio **la pensión completa de un año** de una de las dos niñas.

Sostiene también que **no sabe a cuánto ascienden los gastos** para la manutención de las niñas, porque -según él- ese pago lo debe hacer la demandante.

Y llega a este punto: exaspera afirmando que del apartamento donde viven las niñas con la madre, **no ha pagado la deuda que se tiene y que va en montos de millones de pesos**. Que el apartamento se encuentra en un proceso judicial por causa de esa deuda.

Se extiende ilustrando cómo las cuotas de administración del conjunto residencial donde viven las niñas con la madre **no las ha pagado en sumas millonarias.**

Las testigos de la demandante afirman que el demandado no cumple con sus obligaciones económicas a que está obligado como padre.

De los testigos del demandado, dice el fallo: "***los testigos allegados por la parte demandada,*** los cuales fueron **consistentes en que el demandado es un padre responsable y asume los gastos de sus menores hijas**, *lo que permite concluir que no es posible predicar su culpabilidad del demandado respecto de esta causa"*. (Sic).

Escuchadas las versiones dadas por esos testigos, lo que dicen es que, para ellos, para su opinión, el demandado es un padre responsable. Eso es todo.

El fallo hace una valoración probatoria de la eficacia de esos testimonios, valoración que cobija que esos testigos hayan podido tener conocimiento tanto de los hechos de la demanda, como de violencia física, sicológica, y las obligaciones del demandado como padre. Dice el fallo:

> *"Ahora bien. - De los testimonios de Humberto Ferreira Guzmán, y Miguel Aguillón Ruiz, se aprecia que los mismos convergen en que el demandado es un padre responsable de los deberes que tiene para con sus hijas, por su parte el testigo Humberto Ferreira Guzmán* ***no aportó mayor información sobre la convivencia, pues únicamente informó sobre visitas esporádicas y por cuestiones de trabajo, en las que no observó lo relacionado con los hechos de la demanda, solo refirió un trato normal.***
>
> *El declarante Humberto Ferreira Guzmán* ***se muestra sorprendido, cuando se le indaga si sabe o conoce de los actos de violencia, por lo que es posible concluir que en efecto este testigo no tiene mayor conocimiento de los sucesos descritos en la demanda****. Y respecto del testigo Miguel Aguillón Ruiz, a pesar de que conoce más de cerca a la pareja,* ***se pueden observar algunas inconsistencias en su dicho****. Si bien dio a conocer algunos momentos de supuestas agresiones verbales por parte de la demandante dentro de la convivencia conyugal****, estas no se avizoran de gran magnitud, sumado al hecho de que el declarante no vive cerca de la pareja, pues manifestó que vive en el municipio de Chía, lo que permite deducir que no existe una cercanía como tal, más bien se trató de visitas esporádicas.*** (Destacado aquí)

Para el fallo entonces, los testimonios de esas personas no son útiles.

El fallo toma los documentos aportados por el demandado, la declaración dada por la demandante (audiencia inicial), la que dio el demandado en la misma audiencia, los testimonios, a esos actos el fallo los globaliza y les asigna valor de prueba conjunta "*para concluir que no es*

posible predicar su culpabilidad del demandado respecto de esta causa" (Sic).

Como se precisó más atrás, cada prueba es distinta entre sí, no se relaciona con las otras, son discordantes, y lo más de destacar: el mismo demandado en su declaración contradice esa conclusión del fallo por cuanto este lo que hace es describir su propia irresponsabilidad.

Está dicho por la jurisprudencia que los deberes de padre no constituyen únicamente el aspecto económico. El deber de padre es una universalidad de deberes frente a los hijos.

Es el CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA el que establece:

ARTÍCULO 3o. SUJETOS TITULARES DE DERECHOS. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.

En este proceso de divorcio las dos hijas habidas en el matrimonio al momento de la presentación de la demanda, sus edades: 9 y 10 años.

La universalidad de obligaciones del padre para con sus hijas tienen mucho más que ver con niñas de esa edad. El CODIGO citado establece:

> **ARTÍCULO 17. DERECHO A LA VIDA Y A LA CALIDAD DE VIDA Y A UN AMBIENTE SANO.** Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, **a una buena calidad de vida y a un ambiente sano** en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente.
>
> La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que **les aseguren desde la concepción cuidado, protección**, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano.

En tratándose de niñas de esa edad, la presencia del padre en el hogar constituye garantía de protección para esas niñas, es la certeza de tener un padre.

Sin embargo, a esa obligación, aquí en este divorcio está comprobado que el padre abandonó el hogar y lo abandonó dando un pésimo ejemplo a las niñas: ***de que los hombres son infieles a las esposas***. De que ***los papás son infieles a las mamás***. De que "***mi papá le es infiel a mi mamá***"

Y para corroborar ese pésimo ejemplo: lleva a las niñas a que convivan con la amante -declaración de la demandada y de las testigos-.

Ese daño sicológico así hecho a las niñas está previsto en el CODIGO DE LA INFANCIA que establece:

> **ARTÍCULO 18. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL.** Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho ***a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen*** muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o ***psicológico***. En especial, ***tienen derecho a la protección contra*** el maltrato y ***los abusos de toda índol***e por parte de ***sus padres***, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.
>
> Para los efectos de este Código, ***se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio***, castigo, humillación o abuso físico ***o psicológico***, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.
>
> **ARTÍCULO 18A. DERECHO AL BUEN TRATO.** <Artículo adicionado por el artículo 4 de la Ley 2089 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Los niños, ***las niñas*** y los adolescentes ***tienen derecho al buen trato***, a recibir orientación, educación, cuidado y disciplina, por medio de métodos no violentos. ***Este derecho comprende la protección*** de su integridad física, ***psíquica y emocional***, en el contexto de los derechos de los padres o de quien ejerza la patria potestad e persona encargada de su cuidado; ***de criarlos y educarlos en sus valores, creencias.***
>
> **PARÁGRAFO.** En ningún caso serán admitidos los castigos físicos como forma de corrección ni disciplina
>
> **ARTÍCULO 23. CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL.** Los niños***, las niñas*** y los adolescentes tienen derecho a que sus padres ***en forma permanente*** y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. ***La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar***, social o institucional, o a sus representantes legales.

Abandonar el hogar, llevar a las niñas para que vean cómo el padre vive con la amante, para los expertos en sicología forense es afectar la personalidad de esas niñas, crearles un mundo de inseguridad en su futuro.

El fallo no resuelve esa situación así planteada en el hecho 19 donde las niñas fueron encerradas por el padre para que no presenciaran el ataque físico de este a la madre. Tampoco resuelve que el demandado haya abandonado el hogar, hecho 27. No tiene en cuenta las declaraciones de las testigos -y muy graves por demás-, de cómo el padre lleva a las niñas a la habitación donde duerme con la amante para que presencien a la amante desnuda. "Se empelota delante de las niñas" dice la testigo LAURA NATALIA.

CONCLUSION DE ESA PARTE DE LA ACTUACION PROCESAL Y LA FUNDAMENTACION DEL FALLO

Procesalmente a las pruebas en el momento de su razonamiento, su fundamentación, se las puede tomar como un todo. Pero previamente está exigido también que cada prueba debe ser valorada individualmente, una por una, para así llegar a la conclusión ***que todas conducen al mismo resultado.***

Cuando se trata de una prueba documental que extingue una obligación dineraria -pago de colegios, de uniformes, de transporte, de materiales escolares, etc.-, sostener que esa obligación ha sido pagada por el marido con los documentos que presenta el demandado, es ir en contra de la verdad ostensible, evidente, abultada; la verdad probatoria que presentan esos mismos papeles.

Y tampoco podía la parte demandante tacharlos de falsos porque ni los redactó, ni los suscribió, ni intervino en la operación que esos papeles indican.

En el caso de los tiquetes, no está probado recibió el producto de la compra. Son tiquetes de compras que cualquiera puede tener.

El fallo no se pronuncia sobre el abandono del hogar que resultó probado no solo porque el demandado no contestó ese hecho visto en la demanda, sino porque es el mismo demandado en su declaración que dio el que sostiene que se fue del hogar.

Además, porque las testigos lo corroboran.

El fallo no se pronuncia sobre cómo el padre lleva a las hijas para que vean cómo vive con la amante.

Esas omisiones del fallo, aunadas a asignar valor probatorio a los documentos aportados por el demandado, llevan a configurar lo que se tiene como "*incongruencia de la fundamentación*", "*motivación aparente*" y "*falta de motivación*".

LA CONGRUA SUBSISTENCIA DE LAS HIJAS; Y COMO SON INFANTES, LA CONGRUA SUBSISTENCIA DE LA MADRE.

Fuente: C.C. Art. 154, 2; 411, 413, 421, 419, 423; 250 a 268; 16 a 1644, 1626 a 1629; C.G.P., 164, 176, arts. 260 a 264. Ley

Dice el fallo (pág. 20):

> *"Al ser el demandado obligado por ministerio de la ley a suministrar alimentos a sus hijas menores y a su cónyuge inocente, se tendrá en cuenta para su tasación* ***la información***

aportada por el propio demandado *en la visita social realizada en su domicilio,* ***cuando afirmó que tenía un ingreso promedio mensual de $7.000.000.00., como independiente.***

Por consiguiente, de conformidad con el artículo 130 de la Ley 1098 de 2006, en concordancia con el Art. 411 y ss. del C. Civil, será el 50% de tal ingreso, el que ha de distribuirse entre las tres alimentarias, es decir, $3.500.000,00 como cuota alimentaria mensual para las dos niñas y su cónyuge, repartidas en proporciones iguales es decir $1.166.666,66, para cada una.

En adición, para cubrir gastos de educación, vestuario y salud de las pequeñas, el demandado también aportará dos cuotas adicionales cada una por la suma de $3.500.000,00, pagaderas en los meses de junio y diciembre de cada año.

Los rubros en salud que no cubra el POS, o la medicina prepagada serán asumidos por los padres en iguales proporciones.

Los anteriores valores deberán incrementarse al primero de enero de cada año, conforme al índice precio del consumidor del año inmediatamente anterior, esto es, a partir de enero del año 2023 se incrementará sobre el aumento del IPC del año 2022, de conformidad artículo 129 de la Ley 1098 de 2006". (Sic).

Se extrae: *"el que ha de distribuirse entre las tres alimentarias, es decir, $3.500.000,00 como cuota alimentaria mensual para las dos niñas y su cónyuge, repartidas en proporciones iguales es decir $1.166.666,66, para cada una."*

Para llegar a ese monto de $3.500.000 el fallo toma o tiene en cuenta que el demandado manifestó tener un ingreso mensual de $ 7.000.000.

Monto que divide por el 50%. El resultado: $3.500.000 lo divide entre tres (la madre y las dos hijas), división que arroja *$1.166.666,66, para cada una.*

Para apoyarse en el plano jurídico sostiene "*Por consiguiente, de conformidad con el artículo 130 de la Ley 1098 de 2006, en concordancia con el Art. 411 y ss. del C. Civil, será el 50% de tal ingreso. (Sic)*

En cuanto al ingreso se refiere al dicho por el demandado: $7.000.000.

En contraste a lo sostenido por el fallo, el art. 130 de la LEY 1098 DE 2006 (que es el CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.), lo que establece es:

> ARTÍCULO 130. MEDIDAS ESPECIALES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA. Sin perjuicio de las garantías de cumplimiento de cualquier clase que convengan las partes o establezcan las leyes, el juez tomará las siguientes medidas durante el proceso o en la sentencia, tendientes a asegurar la oportuna satisfacción de la obligación alimentaria:
>
> *1. Cuando el obligado a suministrar alimentos fuere asalariado, el Juez podrá ordenar al respectivo pagador o al patrono descontar y consignar a órdenes del juzgado, hasta el cincuenta por ciento (50%) de lo que legalmente compone el salario mensual del demandado, y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales, luego de las deducciones de ley.*

El incumplimiento de la orden anterior, hace al empleador o al pagador en su caso, responsable solidario de las cantidades no descontadas. Para estos efectos, previo incidente dentro del mismo proceso, en contra de aquél o de este se extenderá la orden de pago.

2. Cuando no sea posible el embargo del salario y de las prestaciones, pero se demuestre el derecho de dominio sobre bienes muebles o inmuebles, o la titularidad sobre bienes o derechos patrimoniales de cualquier otra naturaleza, en cabeza del demandado, el Juez podrá decretar medidas cautelares sobre ellos, en cantidad suficiente para garantizar el pago de la obligación y hasta el cincuenta por ciento (50%) de los frutos que produzcan. Del embargo y secuestro quedarán excluidos los útiles e implementos de trabajo de la persona llamada a cumplir con la obligación alimentaria.

Disposición normativa que es muy clara señalando que el 50% del salario del demandado es embargable.

Luego no es que la norma establezca que el juez debe fijar alimentos por el 50% de los ingresos del demandado. Lo que hace la norma es ***limitar el embargo del salario***, situación jurídica muy distinta.

De otra parte, el CODIGO CIVIL en su art. 411, regla:

ARTICULO 411. <TITULARES DEL DERECHO DE ALIMENTOS>. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Se deben alimentos:

1o) <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Al cónyuge.
2o) A los descendientes ~~legítimos~~.
3o) A los ascendientes ~~legítimos~~.
4o) <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> <Numeral modificado por el artículo 23 de la Ley 1a. de 1976. El nuevo texto es el siguiente:> A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa.
5o) <Numeral modificado por el artículo 31 de la Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente:> A los hijos naturales, su 6o) <Numeral modificado por el artículo 31 de la Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente:> A los Ascendientes Naturales.
7o) A los hijos adoptivos.
8o) A los padres adoptantes.
9o) A los hermanos legítimos.
10) Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada.
La acción del donante se dirigirá contra el donatario.
No se deben alimentos a las personas aquí designadas en los casos en que una ley se los niegue.

Se trata es de fijar la ***congrua subsistencia*** de las niñas hijas del matrimonio teniendo en cuenta es:

ARTICULO 413. <CLASES DE ALIMENTOS>. Los alimentos se dividen en congruos y necesarios.

Congruos son los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo *correspondiente a su posición social.*

Necesarios los que le dan lo que basta para sustentar la vida. Los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario, menor de veintiún* años, la enseñanza primaria y la de alguna profesión u oficio.

ARTICULO 414. <ALIMENTOS CONGRUOS>. Se deben alimentos congruos a las personas designadas en los números 1o, 2o, 3o, 4o y 10 del artículo 411, menos en los casos en que la Ley los limite expresamente a lo necesario para la subsistencia; y generalmente en los casos en que el alimentario se haya hecho culpable de injuria grave contra la persona que le debía alimentos.

Se deben asimismo alimentos congruos en el caso del artículo 330.

Esa diferencia que hace el art. 413 del CODIGO CIVIL es la que el juez de familia *tiene que tener en cuenta cuando se trata de una niña.*

Decir simplemente *"fijar alimentos"* para alimentar la vida de una niña, es violar las garantías constitucionales de los niños. Porque es el derecho sustancial el que prima haciendo la diferencia entre alimentos congruos, a de los alimentos necesarios. Son muy distintos los unos a los otros.

El CODIGO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA regula lo siguiente:

ARTÍCULO 129. ALIMENTOS. En el auto que corre traslado de la demanda o del informe del Defensor de Familia, el juez fijará cuota provisional de alimentos, siempre que haya prueba del vínculo que origina la obligación alimentaria. Si no tiene la prueba sobre la solvencia económica del alimentante, **el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica**. En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal.

Se destaca: "**el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio,** ***posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica***".

Aquí, en este asunto, quedó demostrado que las niñas estudian en un colegio de elevada posición social: EL LICEO DE CERVANTES.

La pensión mensual de estudio en primaria, cada niña debe pagar mensualmente: $1.500.000, sin incluir transporte, seguro de vida y accidentes, dotaciones escolares, uniformes, dotación alimentaria. Esa sola situación de pagar $1.500.000 por sola pensión mensual, indica ya de por sí sola, *que las niñas reciben educación en una posición social privilegiada*.

El fallo de instancia desconoció esa posición social de las niñas, a pesar que, de manera muy sobrecargada resultó comprobada. Lo dice el demandado en su declaración. Lo dicen algunos documentos procedentes de ese colegio. Lo dicen todos los que han intervenido en este proceso.

El sito donde viven las niñas también corresponde a una posición social muy realzada. En el sitio donde viven las niñas hubo una diligencia judicial para determinar sus condiciones de vida.

El fallo desconoció ese entorno social que el CODIGO CIVIL y el CODIGO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA imponen al juez al momento de fijar LA CONGRUA SUBSISTENCIA de dos niñas de 9 y 10 años.

Si la sola pensión mensual escolar de una de las niñas es de $1.500.000 y así ha sido durante la vida de las niñas, el fallo violenta esos derechos de esas niñas al fijar $*1.166.666,66,* como si se tratara de una concesión de gracia hecha por el mismo fallo. Como si tratara de una benevolencia judicial de impartir justicia.

Contra toda su vida actual y pasada, el fallo las reduce en contra del CODIGO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA:

> ARTÍCULO 1o. FINALIDAD. Este código tiene por finalidad *garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana,* sin discriminación alguna.
>
> ARTÍCULO 2o. OBJETO. El presente código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales *para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades* consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección *será obligación de la familia, la sociedad y el Estado.*

A la cantidad dineraria con cargo al demandado para la congrua subsistencia de las hijas, el fallo omitió pronunciarse sobre la vida suntuaria de este y de los gastos dinerarios que hace con la amante.

> Desconoció el fallo la vida de paseos frecuentes que se da el demandado viajando por el mundo con la amante. ***Sosteniendo a la amante.*** Esos gastos están muy detallados y concretados en los hechos 27 al 37 de la demanda, a los que el demandado no contestó en su respuesta a la demanda. Es el mismo demandado quien en su declaración e interrogatorio, los afirma.

> Lo mismo hacen las declarantes sobre esos viajes del demandado viviendo con la amante.

Por consecuencia, dejó de aplicar el fallo su obligación en el art. 129 del CODIGO DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA que ordena:

> "Si no tiene la prueba sobre la solvencia económica del alimentante, **el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica**"

Lo que hace el fallo, en conclusión, ***es ir en contra de la situación social actual de las niñas que gozan de una situación de privilegio educativo socialmente destacado y de una vivienda que corresponde a esa categoría social, para reducirla a una situación de pobreza insoportable.***

LAL REGULACION DE LAS VISITAS ASIGNADAS AL PADRE.

Fuente: artículos 6-2 y 27-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Declaración sobre los Derechos del Niño. artículo 6 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Art 44 CP. 253 C.C. Corte Constitucional en Sentencia T-523 de 1992.

Dice el fallo:

> *"En lo que respecta a las visitas y el tiempo compartido del progenitor con las menores, el despacho considera que deben seguirse llevando como lo han acordado las partes, en ese orden, un fin de semana a cargo del progenitor cada 15 días y compartidas las fechas especiales de manera alternada para cada año, esto es, las vacaciones [semana santa, mitad de año, final de año], y cumpleaños.*
>
> *En lo que se refiere a las vacaciones, puede alternarse el periodo por mitades una inicial y una final, el progenitor para el año que avanza deberá tomar el tiempo inicial y la progenitora el tiempo final, y para el año próximo será lo contario y así sucesivamente, sin perjuicio de los acuerdos a que puedan*
>
> *llegar los ex cónyuges, respecto de las fechas especiales se alternaran una fecha a la vez, esto es, una para el progenitor y una para la progenitora a partir del año en curso, de manera que para el año siguiente los días especiales le corresponderán al progenitor que no lo tuvo el año anterior"*

Es toda una confusión. Ese enmarañado orden de tener el padre las hijas, no queda fácil a una situación de violencia física y sicológica que justamente el mismo fallo reconoce y sanciona.

El fallo demuestra que no tuvo en cuenta su propio razonamiento anterior:

> *"Por su parte, María Camila dijo que* ***a ella casi no le gustaba ir donde su padre, que allí "siento una energía que no me gusta", porque "mi papá, no sé, pero no me gusta ir tantos días allá", además [...] "allá está Johana y ella no***

me gusta para nada, es que no me siento bien". *En general, aunque las menores fueron receptivas durante la visita,* ***en este momento en que alistaban maletas para ir donde su progenitor, cambiaron un poco la actitud****»"*

De otra parte, la testifical rendida por LAURA NATALIA DIAZ, el fallo hace un resumen así:

> *"Respecto del demandado, afirmó que es una persona violenta,* ***inclusive con las mascotas, y que las niñas le tienen miedo****, al igual que la señoraXimena, relató un episodio de violencia verbal en su contra, por parte del señor Mario Fernando, cuando ella trabajaba en la empresa que ellos tenían…".(destacado aquí)*

De la testifical de **Consuelo Mondragón** el fallo hace un resumen así:

> *"dijo ser la progenitora de la demandante, así como tener conocimiento de los hechos ocurridos el 26 de abril de 2020, aunque fue su hija quien se lo contó, que cuando la visitó le observó rasgos de violencia física* ***y sus nietas le contaron lo sucedido.***
>
> *Informó que el demandado siempre la amenazaba con sacarla del apartamento, que conocía de la relación extramatrimonial que tenía, y de los viajes que realizaban, lo que ocasionaba que Mario Fernando faltara a los deberes,* ***expuso que el demandado le restringía el uso de los elementos domésticos a las menores, también contó que las menores le tenían miedo y no tenían una buena relación con él****, que María Ximena actualmente acude a préstamos para vivir y que inclusive ella le ha tenido que prestar.* (destacado aquí)

Dice una de las niñas: "***pero no me gusta ir tantos días allá", además […] "allá está Johana y ella no me gusta para nada, es que no me siento bien".*** (en el debate probatorio quedó establecido que JOANA es la amante y que el demandado vive con ella.

Y hay que destacar lo que dice la testigo de cómo el padre lleva a las niñas a la habitación donde duerme con la amante para que presencien a la amante desnuda. "**Se empelota delante de las niñas**" dice la testigo LAURA NATALIA.

Someter a las niñas a que tengan contacto **con la amante** del papá, que **compartan con la amante**, a que vivan por días en el mismo sitio donde vive el padre **con la amante**, es para los expertos en sicología infantil, y para el CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA, despojar a las niñas de sus valores humanos, desconocer su dignidad y quitarles el afecto maternal.

Una forma de violencia sicológica contra la mujer radica en la conducta que hace el demandado con las niñas, al llevarlas a compartir vida con la amante.

Es un ultraje, una humillación directa a la condición de madre. Que tenga que soportar ese ultraje de arrogancia y poder del machismo.

Un razonamiento sereno indica que las niñas no debe llevarlas el demandado para que vivan con él por varios días por el daño que les ocasiona. Debe llevarlas consigo en horarios de sábados y domingos entre las 10 de la mañana a las 6 de la tarde. Se debe indicar que esos horarios son de estricto cumplimiento.

Teniendo en cuenta que el fallo encontró al demandado responsable de violencia sicológica y física, para evitar la prolongación de esos estados por parte del demandado contra la madre de las niñas (a la presentación de esta sustentación es repetitiva y muy insistente esa violencia), el demandado recibe las niñas en la puerta del conjunto residencial donde ellas viven y las entrega en la misma puerta.

EL NOVENO REPARO: LA INDEMNIZACION A LA VÍCTIMA. LA INDEMNIZACION DEBE SER INTEGRAL.

Dice el fallo:

> *"Conforme a lo anterior, se puede concluir que, en efecto el demandado, ha incurrido en actos de violencia en contra de la demandante, que no solo refieren a los hechos del 26 de abril de 2020, sino al maltrato verbal y psicológico que ha sufrido la accionante, tal como lo afirmaron las testigos de cargo, lo que indica que no se está frente a un hecho aislado, incluso el propio demandado en la contestación de la demanda manifiesta que se han presentado problemas domésticos con agresiones de parte y parte".*

Sin embargo, a esa conclusión, el fallo no discrimina, no distingue, no separa la indemnización integral a la que debe ser condenado el demandado, con la de la congrua subsistencia que debe este a sus hijas, quienes, por el hecho de ser infantes, deben ser atendidas por una persona adulta, en este caso, su madre.

El fallo mezcla esas obligaciones con la indemnización. Dice el fallo:

> *"Al ser el demandado obligado por ministerio de la ley a suministrar alimentos a sus hijas menores y a su cónyuge inocente…Por consiguiente, de conformidad con el artículo 130 de la Ley 1098 de 2006, en concordancia con el Art. 411 y ss. del C. Civil, será el 50% de tal ingreso, el que ha de distribuirse entre las tres alimentarias, es decir, $3.500.000,00 como cuota alimentaria mensual para las dos niñas y su cónyuge, repartidas en proporciones iguales es decir $1.166.666,66, para cada una.En adición para cubrir gastos de educación, vestuario y salud de las pequeñas, el demandado también aportará dos cuotas adicionales cada una por la suma de $3.500.000,00, pagaderas en los meses de junio y diciembre de cada año. Los rubros en salud que no cubra el POS, o la medicina prepagada serán asumidos por los padres en iguales proporciones. Los anteriores valores deberán incrementarse al primero de enero de cada año, conforme al índice precio del consumidor del año inmediatamente anterior, esto es, a partir de enero del año 2023 se incrementará sobre el aumento del IPC del año 2022, de conformidad artículo 129 de la Ley 1098 de 2006".*

No solo el fallo hace toda una confusión de valores en montos dinerarios, sino que los distribuye de manera incoherente. El fallo no racionaliza los

montos dinerarios que exige la congrua subsistencia de las niñas frente a la indemnización integral a que tiene derecho la víctima; la mezcla con esos otros factores para en últimas y en concreto, que la indemnización termina distraída, distorsionada.

En la demanda, en los fundamentos de derecho, la demandante cita una jurisprudencia de la CORTE, la STC-10829, ponente TOLOSA VILLABONA:

> *"Entendiendo que cualquier forma cometida en contra de las mujeres debe ser condenada y reparada, con mayor razón la cometida al interior del seno familiar, debe concluirse, forzosamente, la posibilidad de establecer medidas indemnizatorias en procesos de divorcio".*

Refiriéndose a las normas reguladoras en el proceso de divorcio, dice: *"no existe un capítulo específico dedicado a la indemnización por menoscabos sufridos; para resolver ese vacío meramente aparente debe acudir al acápite relativo a la responsabilidad civil".*

Sentencia C-117/21 CORTE CONSTITUCIONAL:

El estudio sistemático de la normatividad que protege a las mujeres de cualquier forma de violencia, así como el recuento jurisprudencial dan cuenta de la importancia de proteger a la mujer víctima de violencia, así como de garantizarle una reparación integral. *Pese a que el escenario para ello sería el proceso penal o el de responsabilidad civil, dichos procesos desconocerían los mandatos de plazo razonable y de no revictimización; pero además se trataría de reparaciones con una finalidad diferente como ya se mencionó. Por lo cual, resulta indiscutible para este tribunal la necesidad de brindar este mecanismo de* reparación integral *para garantizar los derechos de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar en una unión marital de hecho a vivir libre de violencia de género, a ser reparadas y no revictimizadas.*

La reparación integral incluye no solo una afectación física, sino, y lo mas de destacar, la afectación sicológica tendiendo en cuenta la dignidad de la mujer. El aspecto moral del daño (art. 2341 del C.C.), cuando se trata de violencia contra la mujer y más en un hogar, es un reconocimiento en toda su extensión, a la reparación integral. Es una evaluación y ponderación acuciosa, razonada por parte del juez de familia al resolver la indemnización.

Aquí en este divorcio, el fallo no hace ningún análisis, razonamiento de ese daño moral a la mujer. La extensión de las conductas del demandado lo indican.

Estando probados los hechos descritos en los numerales 13 al 26 -el demandado no los contestó-, y por la misma demandante en su

declaración y por las testigos, el fallo no los escrudiña probatoriamente, por el contrario, los generaliza.

Al generalizar sobre la violencia habida en el matrimonio, no tuvo en cuenta el daño moral que resulta por conclusión a la extensión de esos hechos.

No analiza, no entra a fundamentar por qué, sin más, le asigna a la víctima demandante a título de sanción, $1.666.666.66 como “cuota alimentaria”. No explica por qué llegó a ese monto dinerario.

Al hacer la división de lo que dijo el demandado ganaba mensualmente, $7.000.000, y dividir entre tres el resultado de esa división, el fallo sin ninguna fundamentación racional, explicativa, por que sí, le asigna a la mujer “como cuota alimentaria” una fracción, un tercio: $1.666.666.66.

Se puede pensar que el fallo toma como patrimonio del demandado esa partida de los $7.000.000, en contravía precisamente el despilfarro millonario que hace el demandado con la amante.

La indemnización no hace parte del patrimonio económico del causante de un daño. Si la indemnización queda en la capacidad económica del demandado, resultaría en contrariar los miles de años que lleva de evolución esa institución jurídica.

El juez de familia está obligado a condenar al demandado al pago de la indemnización independientemente del grado de patrimonio que tenga este.

Resulta irrisoria esa suma que fijó el fallo -máxime teniendo en cuenta la vida suntuaria del demandado con la amante-, no tiene en cuenta ni la gravedad de las múltiples conductas del demandado, ni que estas hayan sido hechas a una mujer, ni que hayan sido hechas en el hogar de la demandante.

Aristides Torijano

Con agradecimientos por su atención, ARISTIDES TORIJANO