

De: Salamanca Cubillos Abogados <salamancacubillosabogados@yahoo.com>

Enviado: miércoles, 26 de enero de 2022 4:55 p. m.

Para: Secretaria Sala Familia Tribunal Superior - Seccional Bogota
<secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Juan Pablo Sandoval <ortojuanpa@gmail.com>; Luz Miriam Carrasco
<lmcarrasco@cuervoballenabogados.com>

Asunto: Demanda verbal No. 2019-0808-01 de JUAN PABLO SANDOVAL DUARTE vs. MARIA DEL PILAR MORALES JIMÉNEZ del Juzgado 24 de Familia de Bogotá D.C.

Buen día:

Actuando como apoderado de la parte demandante en el proceso de la referencia y en atención al traslado decretado mediante providencia del 18 de enero de 2022, en archivo adjunto remito sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24 de Familia de Bogotá, para su conocimiento y trámite pertinente. Agradezco me confirmen el recibo del documento adjunto.

Cordialmente,

Juan David Salamanca Cruz

Abogado

Cra. 14 No. 94A-24 Of. 406

Tel: 3105747528

Bogotá D.C. Colombia

Bogotá D.C.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – SALA FAMILIA

Magistrado Dr. Jaime Humberto Araque González

secfabta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Asunto: Sustentación recurso de apelación. Divorcio No. **2019-0808-01** de **JUAN PABLO SANDOVAL DUARTE** vs. **MARIA DEL PILAR MORALES JIMÉNEZ**, proveniente del Juzgado 24 de Familia del Circuito de Bogotá D.C.

JUAN DAVID SALAMANCA CRUZ, mayor de edad, domiciliado en esta ciudad, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.968.947 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la T.P. No. 129.781 del C.S. de la J., actuando como apoderado de la parte demandante en el proceso de la referencia, estando dentro del término legal y de conformidad con el traslado ordenado por su despacho, mediante auto notificado por estado del pasado 19 de enero de los corrientes, procedo a presentar los argumentos correspondientes a la sustentación del recurso de apelación presentado en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24 de Familia del Circuito de Bogotá D.C., el día 2 de septiembre de 2021, en los siguientes términos:

1. Inconducencia de las pruebas frente a los hechos declarados como ciertos.

El primer argumento de esta apelación se refiere a la falta de conducencia entre los medios probatorios recaudados dentro del proceso frente a lo que se declaró en el fallo objeto de recurso. Al respecto, el ordenamiento procesal establece una libertad probatoria, lo que se traduce en la multiplicidad de herramientas con que cuentan las partes para demostrar los hechos de su interés al interior del proceso judicial. Pero esto no quiere decir que cualquier medio probatorio es válido para comprobar cualquier hecho y que no se deben observar ciertas reglas al momento de recaudar, aportar y sobre todo apreciar y valorar estas pruebas, dentro del fallo calificadorio que ponga fin al proceso.

Frente a la libertad probatoria, la jurisprudencia ha señalado que:

“(…) dicha regla no es absoluta, pues quien postula el medio de convicción debe respetar el debido proceso, así como también garantizar que estos son conducentes pertinentes y útiles para el fin que persiguen (arts. 164 y 168 del CGP).

Dicho lo anterior la Sección Quinta destacó que: i) la conducencia consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho; ii) la pertinencia, por su parte, se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con los demás hechos que interesan al proceso. Por último, iii) la utilidad radica en que el hecho que

*se pretende demostrar con la prueba no debe estar ya demostrado con otro medio probatorio.*¹ (Negritas fuera de texto).

En el presente caso no se ha cumplido con la regla de la conducencia de la prueba, puesto que a unos elementos probatorios se les ha dado una calificación y consecuencia que desborda el alcance natural de los mismos, desfigurando y alterando la consecuencia jurídica en desmedro de los intereses de mi cliente, según procedo a explicar.

La demanda se refiere específicamente a que se declare el divorcio por la falta de convivencia mutua de la pareja por más de dos años, situación consagrada en el numeral octavo del art. 154 del Código Civil, la cual se refiere a una causal objetiva, que, en concreto, no depende de la intencionalidad de las partes, sino que debe ser un hecho comprobado y por ello no se pidió condenas en contra de la demandada. Dado que es necesario entrar a estudiar las causas por las que se dio dicha separación, el escrito de la demanda citó la falta de entendimiento entre la pareja, así como las dificultades económicas que se estaban pasando por cuenta de intentar radicarse en un país distinto a Colombia, en donde debían arrancar de ceros.

Al momento de contestar la demanda, no se opusieron a la prosperidad del divorcio, pero si se pidió al juzgado que declara la ocurrencia de la causales tendientes a la culpa del demandante, bajo los argumentos de infidelidad, maltrato e incumplimiento de los deberes que como padre y cónyuge le asisten a mi mandante, así como incumplimiento de deberes. Una vez agotada la etapa probatoria, se decretó el divorcio, indicando que este se había dado por culpa del demandante, en tanto se habían comprobado las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

Si bien las excepciones son un medio de defensa en contra de las pretensiones demanda, las cuales buscan desvirtuar los hechos, argumentos y pretensiones de la demanda, no solo sirven para buscar eximir de responsabilidad al demandado, sino también para desvirtuar la ocurrencia de los hechos presentados en la demanda. Estas no solo tienen una parte argumentativa, sino que además deben estar acompañadas por un soporte probatorio; y es precisamente en este punto, en donde las pruebas que se acompañaron para sustentar las afirmaciones de la defensa no cuentan con el potencial suficiente para dar por cierto aquello que equivocadamente reconoció el fallo de primera instancia, de manera desbordada.

El primer aspecto se refiere a la infidelidad del demandante, para lo que el fallo se apoyó en el interrogatorio evacuado por el demandante, quien manifestó que actualmente tenía otra pareja y que iba a tener un hijo con ella. Aun cuando es claro que aun se encuentra casado, no se tuvo en cuenta que la misma demandada en su interrogatorio de parte manifestó que conocía de esta supuesta relación desde antes de que terminara la convivencia de la pareja y, una vez fue preguntada sobre el tema, manifestó que no había hecho nada al respecto, ni en aquel entonces ni ahora, lo que puede tenerse por perdón o tolerancia.

Los demás aspectos tendientes a probar la infidelidad se refieren a testimonios de testigos quienes afirman haber visto a la pareja en lugares públicos para la época de la separación, pero no por ello se puede concluir a priori que para la época de la separación definitiva de la pareja mi mandante estaba sosteniendo relaciones sexuales extramatrimoniales. Es necesario resaltar en este punto que mal se pueden expresar afirmaciones basadas en suposiciones de las que no se tiene plena certeza desde el punto de vista probatorio.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Auto del 19 de octubre de 2020 (radicación 11001-03-28-000-2020-00049-00). Magistrado Carlos Enrique Moreno Rubio.

Si lo que se alega es la infidelidad y se quiere tener como probada, era necesario demostrar la causalidad y temporalidad del caso, demostrando que esta fuera la razón directa por la que cesó la convivencia. Para el caso concreto y dado que el fallo sostiene que se encuentra probada la infidelidad de la pareja, no era suficiente con demostrar su ocurrencia, sino que esta fue sin lugar a dudas la razón por la que cesó la convivencia; téngase en cuenta que el fallo nada dice sobre las razones por las cuales la demandada se negó a regresar a Colombia, ni que esta hubiese expresado un temor infundado a regresar, de acuerdo con las manifestaciones hechas en el interrogatorio de parte.

Mal puede tenerse por probado este hecho y darle la validez de una excepción próspera, cuando ninguna prueba conduce a ello, pero pese a que no se contaba con tal soporte, es uno de los pilares con los que el fallo optó por declarar como cónyuge culpable de la terminación del vínculo al señor **JUAN PABLO SANDOVAL DUARTE**.

Ahora bien, no se puede dejar de lado que la demandada intentó presentar demanda de reconvencción, la cual fue rechazada por extemporánea, lo que le impidió alegar la supuesta infidelidad de la que fue víctima, sin olvidar que se refiere a supuestos hechos ocurridos hace más de un año y sobre los que operaría el fenómeno de la caducidad de la acción; lamentablemente, el fallo pretende remediar esta situación, declarando probada una situación que no ocurrió, basada en testimonios que no prueban la ocurrencia de la infidelidad en los términos de ley y para ello se apoya en la sentencia C-985 de 2010, permitiendo la incorporación de estas versiones, dándoles un valor probatorio superior al que se encuentran en capacidad de justificar.

Haciendo una verificación minuciosa de dicha sentencia, se tiene que se le ha dado un enfoque erróneo para la resolución de esta sentencia, puesto que ella señala la separación de cuerpos de más de dos años como una situación objetiva que requiere de una sentencia de divorcio a título de remedio, mas no de sanción, como equivocadamente lo refleja el fallo. Para dar mayor claridad, se transcribe uno de sus apartes más importantes:

*“Las causales del divorcio 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”. **Por ello al divorcio que surge de estas causales suele denominársele “divorcio remedio”. 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. A este grupo pertenecen las causales de los numerales 8 y 9 ibídem.** Por otra parte, las causales subjetivas se relacionan con el incumplimiento de los deberes conyugales y por ello pueden ser invocadas solamente por el cónyuge inocente dentro del término, de caducidad previsto por el artículo 156 del Código Civil -modificado por el artículo 10 de la Ley 25 de 1992, con el fin de obtener el divorcio a modo de censura; por estas razones el divorcio al que dan lugar estas causales se denomina “divorcio sanción”. La ocurrencia de estas causales debe ser demostrada ante la jurisdicción y el cónyuge en contra de quien se invocan puede ejercer su derecho de*

*defensa y demostrar que los hechos alegados no ocurrieron o que no fue el gestor de la conducta. (...)*². (Negritas fuera de texto).

Se tiene entonces que la consecuencia natural del caso, aceptando la explicación sobre las otras dos causales que se da más adelante, era decretar el divorcio sin señalar a ninguno de los dos como cónyuge culpable, de acuerdo con las pretensiones de la demanda. Aquí se debe tener en cuenta que no hubo petición expresa de la contestación de la demanda en este sentido.

En segundo lugar, se habla del ultraje y maltratos de los que aduce ser víctima la demandada, quien refirió para sustentar su dicho, la ocurrencia de 3 episodios de violencia física. Uno de ellos ocurrido antes del matrimonio y otro después de terminada la convivencia mutua, lo que deja como consecuencia que en realidad solo podría ser tenido un evento como posible causal de ruptura de la convivencia, mas no de la relación matrimonial, ya que la fijación del litigio en este proceso no se refería a la ocurrencia de eventos de maltrato como razón para la terminación del vínculo.

Al respecto y de manera muy respetuosa, manifiesto que un solo posible evento, del que se tiene noticia de su ocurrencia a través de la versión de la demandada y una declaración de oídas de una de las testigos no puede ser tenido como prueba suficiente para explicar la terminación de la convivencia de la pareja, más cuando en este caso no se trató de una situación de abandono, sino de la negativa de la demandada a regresar al país en compañía de su hija. Es completamente reprochable cualquier tipo de violencia dentro de un núcleo familiar y no debe ser tolerado tan siquiera uno solo de estos eventos, pero en el caso concreto, se quiere enrostrar un solo evento del que no se tiene certeza, no solo como cierto, sino como causal suficiente para que la pareja no volviese a vivir bajo el mismo techo, desbordando nuevamente el alcance de la prueba.

Pido al honorable magistrado tener en consideración que una sola diferencia entre la pareja no puede ser la causa por la que haya cesado la convivencia, pero ese fue el alcance que le dio el fallo, además de tener por cierto que mi mandante ejercía la violencia, no de manera aislada, sino continua, dándole un alcance exorbitante a la prueba, mucho más allá del lugar que efectivamente le correspondería dentro de un marco de valoración probatoria, dado el contexto del caso.

Finalmente, el fallo aduce que el señor **JUAN PABLO SANDOVAL DUARTE** es el cónyuge culpable de la separación de cuerpos de la pareja, debido a que este incumplió gravemente sus deberes como padre y cónyuge, sin entrar a profundizar cuales fueron esos deberes que se incumplieron de manera grave y que difieran de la supuesta violencia e infidelidad que se tuvo por probada. Se difiere completamente de esta apreciación pues en ninguna parte de la contestación o de la parte motiva del fallo se explicó alguno de los deberes a los que su hubiese faltado; ni la demandante se dolió de alguno en particular y se probó dentro del proceso que mi mandante siempre estaba pendiente de las necesidades de su hija y que siempre proporcionaba desde Colombia todo lo que ella necesitara y estuviera a su alcance para darlo, razón por la cual solicito al *ad quem* se exonere también de responsabilidad a mi representado por esta causal.

2. Insuficiencia del material probatorio para demostrar la ocurrencia de eventos de violencia e incumplimiento de los deberes conyugales.

El fallo da por cierta la ocurrencia de unos episodios de violencia en contra de la demanda, dando aplicación a criterios de perspectiva de género, mediante los

² Corte Constitucional. Sentencia C-985 del 2 de diciembre de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

cuales se busca evitar preservar estereotipos de violencia, en tanto son conductas reiterativas, denigrantes y lesivas, las que ocurren a título de tendencia, procurando evitar los actos continuados de violencia en contra de la mujer. El suscrito no se opone a estos criterios, puesto que las condiciones de nuestra sociedad ameritan una visión más realista que propenda por la protección de los derechos de la mujer, pero ello no quiere decir que estos criterios puedan llegar a ser aplicados en cualquier caso, sino que es menester del operador jurídico, tal y como se manifestó en la audiencia del 2 de septiembre, que se debe analizar cada caso en concreto para determinar su procedencia.

Tal y como se venía analizando anteriormente, la sentencia refiere 3 actos concretos de diferencias, uno de ellos anterior al matrimonio y otro de ellos a través de un testigo que no estuvo presente directamente en la ocurrencia de los hechos, los cuales toma el a quo como un “maltrato soterrado”, como si se tratara de una tendencia o conducta reiterativa que no era perceptible a los ojos de terceros y de la que no obraron medios probatorios para llegar a tan cruel conclusión.

Con el debido respeto y sin el ánimo de irrespetar los derechos e intimidad de la demandada, no hay elementos probatorios suficientes para comprobar el ultraje o maltrato, ni incumplimiento de los deberes de cónyuge que le asisten al demandante, ni mucho menos pensar en la aplicación de una perspectiva de género, ya que nos encontramos ante perfiles y condiciones sociales y culturales que no encajan en la media de casos que ameritan su aplicación. Debe tenerse en cuenta que, si efectivamente se presentaron episodios de violencia no solo no hubo denuncia, sino que la demandada contaba con la formación profesional, cultural y familiar, recursos, entendimiento y ausencia de temor infundado para haber presentado las denuncias correspondientes, o al menos una constancia de solicitud de apoyo o historia clínica que llevara con claridad al convencimiento de su imposibilidad de haberlo denunciado, más aún si había establecido su residencia en otro país, en donde no había ningún tipo de injerencia del demandante.

Sorprende que durante todos los años de relación no hubo una sola queja por la violencia ocurrida o que ni siquiera se hubiese comprobado la afectación física o psicológica de la demandada, que pudiese llevar a concluir que padeció algún tipo de violencia, ya fuera de tipo física, económica o física. Considerar en el fallo que la demandante padeció violencia continua y soterrada por una ocasión única y concreta, resulta violatorio del Art. 176 C.G.P., puesto que implica una interpretación errada de los hechos y una conclusión exagerada a la que no hay lugar.

Dado que se alegó padecer una afectación emocional y fue la razón por la que el fallo dio por cierta la ocurrencia de la violencia, se hace necesario verificar lo que ha dicho la ley acerca de este tipo de violencia y en efecto, cuando al interior de un núcleo familiar se presenten actos de violencia en contra de una persona o el grupo familiar, tal circunstancia debe ser informada a las autoridades competentes, ya sea por la víctima o alguien de su entorno familiar, para que se decrete una medida de protección, si la víctima se hallare en imposibilidad de hacerlo por sí misma. No está de más señalar que la ley prevé que quien sea víctima de daño físico o psíquico, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro de su grupo familiar, puede solicitar, además de formular las denuncias penales a que haya lugar, al funcionario competente del lugar de residencia, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión.³

En el caso concreto, no se prueba la ocurrencia de un daño, ni tampoco esfuerzo alguno por parte de la defensa por acreditarlo, limitándose simplemente a decir que ha ocurrido, que lo cometió mi mandante y lamentablemente, el fallo de primera

³ Congreso de la República. Ley 294 de 1996 (Art. 4), modificada por la Ley 575 del 9 de febrero de 2000. Art. 1.

instancia lo ha tenido por cierto y le ha condenado por ello. Es esta la circunstancia que precisamente debe ser objeto de nueva valoración y revocatorio por el fallo de segunda instancia y es lo que respetuosamente solicito a su señoría.

Esto implica la justa y lógica oposición a que se declare que el demandante sea declarado como cónyuge culpable de la ruptura de la relación, más aun cuando nel fallo no hizo ningún análisis y nada refirió respecto de la condición económica de la pareja para aquel entonces, sumado a que las demás pruebas recaudadas no cuentan con la potencialidad suficiente para demostrar la culpabilidad endilgada.

3. Aspectos pendientes por regular respecto de la menor MARIA ALEJANDRA SANDOVAL MORALES

En lo que se refiere a la menor, el fallo regula algunos aspectos de la menor, los cuales no fueron objeto de discusión por parte de mi mandante, tales como la custodia, el lugar de residencia, e incluso la cuota alimentaria en su favor, pero no se abordó el aspecto más importante y el que en realidad fue el detonante para que mi mandante se animara a presentar la demanda de divorcio y se refiere a la imposibilidad de compartir con su hija en Colombia.

Dentro de la contestación de la demanda y el curso del proceso se evidenció la negatoria de la demandada de permitir visitas sen Colombia, dando vía libre para que la menor viajara a nuestro país, por lo que el único medio que tiene mi mandante para verla es ahorrar y proveerse de los medios económicos necesarios para ir hasta Juárez México a visitarla unos días al año. La demandada refiere a un temor de retención de la menor que no fue probado en el proceso y que mi mandante rechaza, sin perjuicio de las sanciones civiles y penales que podría acarrear tal hecho y del que se tiene plano conocimiento.

Pese a los antecedentes descritos y probados en primera instancia, el fallo insta a las partes a que regulen por su propia cuenta las visitas a la menor, sin establecer los modos en los que ella pueda venir periódicamente a Colombia, alegando un “arraigo” en México, por lo que la regulación se refiere solamente a un llamado a las partes en donde se tenga en cuenta la opinión de la menor, sin establecer reglas concretas o periodos fijos en los que la menor deba regresar al país. Cuando el suscrito sustentó el recurso de apelación en la audiencia del pasado 2 de septiembre, afirmé que la señora **MARIA DEL PILAR MORALES JIMÉNEZ** se continuaría negando a que su hija viniera al país, a compartir unos días con su padre y su familia, situación que se sigue repitiendo, dado que esto ocurrió nuevamente para las fiestas de fin de año 2021.

Tal y como se sostuvo anteriormente, la falta de determinación o regulación concreta de visitas no solo lesiona los derechos del demandante, sino también los de la menor, de acuerdo con la constitución política y tratados internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad que deben ser observados al momento de proferir el fallo correspondiente , toda vez que la niña tiene derecho a establecer lazos fuertes de comunicación y cariño con todo el entormno familiar paterno, el cual se ha visto privado de su compañía y contacto, situación que era menester del juez de primera instancia procurar su solución con medidas regulatorias de viajes para ejercer tales visitas.

El despacho es conecedor que en escenarios como estos se debe dar aplicación a las facultades exorbitantes del operador jurídico en materia de familia para propender por la protección de los derechos de la menor, con el fin de que pueda establecer un contacto fuerte con su familia paterna y se fijaran unas reglas para ele ejercicio de visitas, de manera que tenga un desarrollo familiar y cultural acorde con su edad y desarrollo. El suscrito se duele de la falta de decisión del fallo de

primera instancia sobre el tema es por esto que ruego a su señoría hacer un pronunciamiento de fondo sobre la regulación de las visitas, que impliquen la orden o facultad de que la niña venga al país por unos días a compartir con su padre, con el compromiso de regresarla a México, país de residencia. De esta manera se protegerán derechos de mi mandante y la menor, pese a la conducta injustificada y lesiva de la demandada, la cual no fue reprochada por la sentencia atacada y amerita de su intervención.

En los anteriores términos sustento el recurso de apelación en contra de la referida providencia, pidiendo a su despacho se sirva revocar parcialmente el fallo del 2 de septiembre de 2021, proferido por el Juzgado 24 de Familia de Bogotá D.C. y en su lugar se mantenga la declaratoria de divorcio, revocando la prosperidad de las excepciones de ultraje y trato cruel, grave e injustificado incumplimiento de los deberes como cónyuge y relaciones sexuales extramatrimoniales, se exima a mi mandante de la condena por cuota alimentaria en favor de la demandada y, lo más importante de esta sustentación, se establezca un régimen de visitas de la menor a Colombia, a fin de que pueda compartir con el señor **JUAN PABLO SANDOVAL DUARTE** y su familia paterna, además de la revocatoria de la condena en costas y agencias en derecho. Sírvanse proceder de conformidad.

Del señor magistrado,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juan David Salamanca Cruz'.

JUAN DAVID SALAMANCA CRUZ

C.C. 79.968.947 de Bogotá

T.P. 129.781 del C.S. de la J.