

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA DE FAMILIA

Bogotá, diecinueve (19) de abril de dos mil veintitrés (2023)

**Proceso:** Divorcio  
**Demandante:** EDWIN DARÍO URIBE LEÓN  
**Demandado:** CARMEN ASTRID VIVIESCAS CARDOZO  
**Radicado:** 11001-31-10-030-2021-00337-01

Magistrado Ponente: **IVÁN ALFREDO FAJARDO BERNAL**

Procede el despacho a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada CARMEN ASTRID VIVIESCAS CARDOZO, a través de apoderado judicial, contra el auto proferido el 20 de septiembre de 2022, por el Juzgado Cuarto de Familia de esta ciudad, que negó el decreto de unas pruebas.

#### **A N T E C E D E N T E S**

1.- Cursa ante el Juzgado Cuarto de Familia de Bogotá, el proceso de divorcio promovido por Edwin Darío Uribe León en contra de Carmen Astrid Viviescas Cardozo, con fundamento en la causal 8ª del artículo 154 del C.C., esto es, "*La separación de cuerpos judicial o de hecho que haya perdurado por más de dos años*". Vinculada la demandada Carmen Astrid Viviescas Cardozo, no ejerció el derecho a contestar la demanda.

2.- El 20 de septiembre de 2022, se llevó a cabo la audiencia inicial prevista en el artículo 372 del Código General del Proceso, dentro de la que, una vez agotada la fase de conciliación, sin que se adoptaran medidas de saneamiento, así como la fijación del litigio, sin modificación alguna de los hechos y pretensiones de la demanda, se recepcionaron los interrogatorios de las partes y la *a quo* procedió al decreto probatorio; acto seguido, el apoderado judicial de la señora Carmen Astrid Viviescas Cardozo solicitó a la señora Juez decretara pruebas de oficio que permitan a la parte pasiva demostrar los problemas de salud propios y de los hijos del matrimonio originados, según su dicho, en razón de la separación de las partes.

Pidió, también solicitar a la señora Viviescas Cardozo, que aporte unos mensajes de Whatsapp enviados por el demandante, donde admite que ha incurrido en infidelidad, con el objeto de que el divorcio sea decretado por esa causal.

3.- En auto emitido en la misma diligencia, la señora Juez de Primera Instancia denegó la petición, en razón a que el litigio versa sobre la causal 8ª, que es una causal objetiva, sin que evidencie la necesidad de decretar pruebas de oficio. Adujo que la parte demanda intenta suplir con esa solicitud la omisión en que incurrió al no contestar la demanda.

4.- Inconforme con dicha decisión, el apoderado judicial de la demandada interpuso recurso de apelación, insistiendo que la *a quo* debe decretar las pruebas de oficio, pues el artículo 13 de la Constitución Política, establece el trato igualitario de las partes. Las probanzas solicitadas, buscan que se llegue a la verdad, no genera afectación alguna que se permita a la señora Carmen Astrid Viviescas Cardozo aportar los documentos que dan cuenta de su estado de salud y el de sus hijos y, los mensajes de whatsapp que le fueron enviados por el señor Edwin Darío Uribe León en que confiesa infidelidad a su esposa. Agregó que, el artículo 167 del Código General del Proceso, permite al Juzgador distribuir la carga probatoria y, en este caso, la petición versa sobre pruebas sobrevinientes que deben ser decretadas de oficio.

## **CONSIDERACIONES**

De entrada, advierte el Tribunal, que, conforme a los lineamientos del artículo 328 del Código General del Proceso, los recursos de apelación interpuestos serán resueltos a partir de los argumentos expuestos por los recurrentes, que es lo que determina la competencia de esta corporación en orden a resolver la alzada.

Dicho lo anterior, el inciso 1º del artículo 173 del Código General del Proceso, consagra "*Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señaladas para ello en este Código*".

En el *sub lite*, la señora Carmen Astrid Viviescas Cardozo solicita, a través de su apoderado judicial, que, de oficio, sean decretadas pruebas tendientes a

demostrar su estado salud pues sufrió de un accidente cerebrovascular y el de sus hijos, problemas manifestados a causa de la separación de su cónyuge; y también solicita que se permita a la demandada aportar los mensajes de whatsapp, en los que acepta el señor Edwin Darío Uribe León haber sido infiel a su cónyuge.

Pues bien, tal como lo indicó la *a quo*, no hay lugar a acceder a la anterior petición probatoria, en tanto, no se hizo dentro de las oportunidades del Código General del Proceso. Consideró que debe tenerse en cuenta que, para aportar o solicitar pruebas, las partes pueden hacerlo con la demanda, la contestación a ésta y al formular o descorrer las excepciones de mérito que se formulen, así lo explica la doctrina:

*“la prueba documental anexa a la demanda, a las excepciones, incidentes o su respectiva contestación o respuesta o los medios que hubieran sido allegados dentro de la correspondiente inspección judicial u oportunidades en las que interviene el juez y las partes, por ser oportunidades en las que pueden presentarse pruebas que deben considerarse y tenerse como integrantes del respectivo proceso, en cuanto no sean inadmisibles o inconducentes, puesto que las pruebas así aportadas, cumplen con el requisito de ser públicas y controvertidas, es decir, conocidas por la parte contra la cual se aducen, quien tiene la oportunidad y el derecho de fiscalizarlas, debatirlas y controvertirlas”<sup>1</sup>.*

En este caso, la señora Carmen Astrid Viviescas Cardozo no contestó la demanda, ello implica que desperdició la oportunidad otorgada por el estatuto procesal para pronunciarse frente a la demanda interpuesta en su contra, formular excepciones y, si es del caso, contrademandar, a través de la demanda de reconvenición, donde podía aducir contra el demandante original cualquiera de las causales de divorcio previstas en el artículo 154 del Código Civil, incluida la causal de infidelidad que ahora pretende introducir luego de integrado el contradictorio y fijado el objeto del litigio; y, en cualquiera de esas oportunidades, solicitar las pruebas que considerara conducentes y pertinentes.

Por tanto, ante la circunstancia de no haber ejercido el derecho de contradicción tempestivamente frente a la demanda instaurada, una vez le fue notificado el auto admisorio de la misma, precluye para la demandada la posibilidad

---

<sup>1</sup> CAÑON RAMÍREZ Pedro Alejo, Teoría y práctica de la prueba judicial, Ecoe Ediciones, Segunda Edición, Págs. 102 y 103

de hacer petición probatoria, tal como se lo ha expuesto la doctrina especializada *"... al no contestar la demanda, en tiempo, precluye la facultad para interponer excepciones; no aportar o solicitar las pruebas, dentro del término y en las oportunidades establecidas (...)"*<sup>2</sup>, menos aún pruebas tendientes a modificar los términos en que, atendiendo a las oportunidades procesales quedó fijado el debate, que en este asunto quedó circunscrito a la causal 8ª del artículo 154 del Código Civil .

Ahora bien, el ejercicio de la facultad probatoria oficiosa del Juez, consagrada los artículos 167 y 170 del Código General del Proceso, es discrecional, únicamente para dilucidar aspectos del litigio planteado, sin que ello implique suplir, por esa vía, la carga probatoria que le asiste a las partes. De acuerdo con lo previsto en el artículo 169 *ibídem*, *"Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes"*, lo cual, lógicamente, está determinado por la conducencia y pertinencia frente a lo que constituye el objeto del litigio, así lo ha dejado sentado la jurisprudencia:

*"«(...) No se trata, pues, de que el juez tome la bandera de una de las partes, ni que dirija su esfuerzo a construir la que desde su personal perspectiva debe ser la respuesta para el caso, sino que su iniciativa debe contribuir a dar forma a una hipótesis que muestra algunas trazas en el expediente y que, siendo coherente, atendible y fundada, aparece apoyada por los medios de convicción a su alcance y se ajusta plausiblemente a una solución que acompase con el ideal de justicia"* Cita de la sentencia SC del 23 de noviembre de 2010 Rad. 2002-00692-01<sup>3</sup>.

Y, es que no hay duda que la demandada pretende que el Juzgador solicite el decreto probatorio oficioso con el fin que el divorcio sea decretado con base una causal diferente a la fijada en el litigio que es la que determina frente a las partes la materia sobre la que este versará, atendiendo al principio procesal de la eventualidad o preclusión - art. 117 del C.G.P -, que determina que, una vez surtida una etapa o fase procesal, no es procedente retrotraer la actuación para revivir oportunidades, sino que ésta debe continuar de acuerdo con lo ya definido, por lo que no resulta viable proponer al juzgador que ordene de oficio la incorporación de

---

<sup>2</sup> *Ibídem*, Pág. 104

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC10151-2019, Magistrado Ponente: Dr. Luis Alonso Rico Puerta.

unas pruebas tendientes a acreditar una causal de divorcio no aducida dentro de las oportunidades previstas en el ordenamiento procesal.

Por ello, la negativa de la *a quo* a permitir la incorporación procesal de los whatsapp que revelarían una supuesta infidelidad del actor, no desconoce el derecho fundamental de igualdad, dado que, conforme a lo previsto en el artículo el artículo 13 del Código General del Proceso, que toca con el debido proceso, también de alto contenido *ius fundamental*, como quiera que brinda las garantías para que el asunto debatido fluya de una manera dialéctica y dialógica, con respeto de la dinámica propia del curso procesal previamente definido en la ley y no deferido al voluntariedad de las partes, "*Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley*".

Y, en relación con las pruebas cuyo decreto de oficio se solicitó en la audiencia inicial, relacionadas con el estado de salud de la demandada y de los hijos comunes, ha de verse que, con ellas se intenta justificar el silencio de la pasiva al momento de contestar la demanda, pues así lo dio a entender la señora Carmen Astrid Viviescas Cardozo en su interrogatorio de parte. Ahora, la decisión de decretarlas, como se dijo, es discrecional de la Juzgadora, y su criterio debe ser respetado, si, en este momento procesal, no encontró útil el acopio de esas pruebas; lo anterior, sin perjuicio que, en el evento de considerarlo pertinente y necesario, la *a quo*, pudiera aún solicitarlas, antes de proceder a emitir la sentencia que le ponga fin a la instancia.

Por las razones expuestas, se confirmará el auto materia de apelación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Familia Unitaria de Decisión,

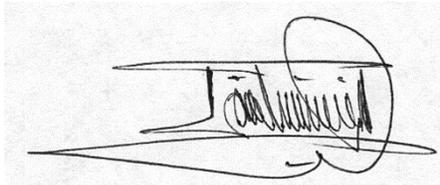
### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO. - CONFIRMAR** en lo demás que fue materia de apelación el auto proferido el proferido el veinte (20) de septiembre de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Cuarto de Familia de esta ciudad, por las razones expuestas.

**SEGUNDO.- CONDENAR** en costas a la demandada. Se fija como agencias en derecho la suma de un salario mínimo mensual legal vigente.

**TERCERO.-** Ejecutoriada esta providencia, **REMITIR** las diligencias al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Iván Alfredo Fajardo Bernal', written over a horizontal line. The signature is stylized and cursive.

**IVÁN ALFREDO FAJARDO BERNAL**

Magistrado