

MEMORIAL DE SUSTENTACIÓN A RECURSO DE APELACIÓN - RAD -  
76001311000720170059201

Brunal Abogados <juridico@brunalabogados.com>

Lun 13/07/2020 2:49 PM

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

📎 1 archivos adjuntos (118 KB)

Memorial de sustentación a apelación - Rad - 76001311000720170059201 (Shirley Tibaduiza & Emilio Lopez).pdf;

Doctor

OSCAR FABIÀN COMBARIZA CAMARGO

**MAGISTRADO TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE CALI – SALA DE FAMILIA  
E.S.D.**

**REF:** ESCRITO DE SUSTENTACIÓN A RECURSO DE APELACIÓN  
**PROC:** DIVORCIO CONTENCIOSO DE MATRIMONIO CIVIL  
**DTE:** SHIRLEY JOHANNA TIBADUIZA MENDOZA  
**DDO:** EMILIO LÓPEZ ARIAS  
**RAD:** 76001311000720170059201

**MANUEL ARISTOBULO BRUNAL ALVAREZ**, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Cali, Valle del Cauca, identificado con la cedula de ciudadanía número 6.855.439, abogado con tarjeta profesional número 15.496 del C.S.J., actuando en calidad de apoderado judicial de la señora **SHIRLEY JOHANNA TIBADUIZA MENDOZA**, parte apelante dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito y oportunamente, me permito presentar en adjunto el escrito de sustentación al recurso de apelación presentado contra la sentencia No. 149 de junio 27 de 2019 emitida por el Juzgado Séptimo de Familia de Oralidad de Cali, recurso admitido por su despacho y el cual debe ser sustentado por escrito, esto de acuerdo a lo establecido en el auto del día 07 julio de 2020, notificado por estados el día 08 de julio de 2020.

**Manuel Aristobulo Brunal :: Abogado**

**Brunal Abogados & Asociados :: Cra. 4 # 10-44 Oficina 906 :: Cali, Colombia**

 **brunal abogados**

tel: (57 2) 397.6163 / 396.1832 cel: (57) 301 746 30 39 / 300 300 98 59

e-mail: [juridico@brunalabogados.com](mailto:juridico@brunalabogados.com) web: [www.brunalabogados.com](http://www.brunalabogados.com)

Doctor  
OSCAR FABIÀN COMBARIZA CAMARGO  
**MAGISTRADO TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE CALI – SALA DE FAMILIA E.S.D.**

**REF:** ESCRITO DE SUSTENTACIÓN A RECURSO DE APELACIÓN  
**PROC:** DIVORCIO CONTENCIOSO DE MATRIMONIO CIVIL  
**DTE:** SHIRLEY JOHANNA TIBADUIZA MENDOZA  
**DDO:** EMILIO LÓPEZ ARIAS  
**RAD:** 76001311000720170059201

**MANUEL ARISTOBULO BRUNAL ALVAREZ**, mayor de edad, domiciliado y residente en la ciudad de Cali, Valle del Cauca, identificado con la cedula de ciudadanía número 6.855.439, abogado con tarjeta profesional número 15.496 del C.S.J., actuando en calidad de apoderado judicial de la señora **SHIRLEY JOHANNA TIBADUIZA MENDOZA**, parte apelante dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito y oportunamente, me permito presentar escrito de sustentación al recurso de apelación presentado contra la sentencia No. 149 de junio 27 de 2019 emitida por el Juzgado Séptimo de Familia de Oralidad de Cali, recurso admitido por su despacho y el cual debe ser sustentado por escrito, esto de acuerdo a lo establecido en el auto del día 07 julio de 2020, notificado por estados el día 08 de julio de 2020. Sustentación que hago en los siguientes términos:

#### **I. RAZONES DE INCOFORMIDAD CON LA PROVIDENCIA APELADA**

De conformidad con lo establecido en el artículo 322 numeral 1 inciso 2° y numeral 3° del Código General del Proceso, me permito presentar las inconformidades que le asisten a mi poderdante respecto al fallo No. 149 emitido por el Juzgado Séptimo de Familia de Oralidad de Cali.

Las inconformidades básicamente se encuentran sustentadas en la interpretación extensiva que le otorgo la *a quo* a las pruebas documentales solicitadas a Migración Colombia mediante el oficio No. 1064 del día 4 de junio de 2019, pruebas por medio de las cuales se deseaba conocer los movimientos migratorios de mi representada y el señor EMILIO LÓPEZ ARIAS, esto con el fin de verificar, si efectivamente los cónyuges se encontraban separados de cuerpo como se manifestó en el escrito de demanda, y si realmente entre ambos ya no existía ningún tipo de contacto.

Atendiendo a las mentadas pruebas, la *a quo* dedujo de forma errónea que el vínculo matrimonial entre mi poderdante y el señor EMILIO LÓPEZ ARIAS, aun se mantenía vigente por el simple hecho de que en el reporte de Migración Colombia se reflejaba que mi representada había tenido varios ingresos y salidas de la Ciudad de Madrid – España, deducción a la cual llegó sin indagar con mi representada cuales fueron sus motivos para supuestamente ingresar y salir del territorio español en diferentes oportunidades, situación que claramente configura un yerro procesal en el fallo emitido en primera instancia, pues según lo manifestado por mi mandante, luego de su separación de cuerpos con el señor EMILIO LÓPEZ ARIAS en el mes de diciembre de 2014, ella nunca volvió a saber de él, y en cuanto a sus viajes, estos nunca tuvieron como destino la ciudad de Madrid – España, como lo concluyó de forma errónea la Juez de primera instancia, puesto que en los reportes entregados por Migración Colombia en los cuales se evidencian ingresos a Madrid – España, estos solamente obedecen a escalas en los vuelos de mi mandante, es decir, ella nunca abandono el aeropuerto de Barajas en Madrid – España, por ende, nunca tuvo la oportunidad o intención de contactarse con el demandado, quien de forma injustificada desde el mes de diciembre de 2014 se sustrajo de cumplir con sus obligaciones como esposo al desaparecer de la vida de mi mandante.

Para una mayor claridad, me permito anexar un breve recuento de algunos de los viajes realizados por mí representada en los cuales se demuestra que su destino nunca fue la

ciudad de Madrid – España, sino que el aeropuerto de esta ciudad solo fue una escala en sus itinerarios de vuelo:

**A:** Itinerario completo: 25/03/2014: CALI-BOGOTÁ-MADRID (Había vínculo y relación entre los cónyuges)

**B:** Itinerario completo: 23/12/2015: DUBLÍN-LONDRES-BOGOTÁ-CALI (No había ningún tipo de vínculo, mi poderdante viajó sola, para la fecha ya desconocía el paradero del demandado).

**C:** Itinerario completo: 15/03/2016: CALI-BOGOTÁ-LONDRES-DUBLÍN (No había ningún tipo de vínculo y viajé sola) (No había ningún tipo de vínculo, mi poderdante viajó sola, para la fecha ya desconocía el paradero del demandado).

**D:** Itinerario completo: 27/12/2016: DUBLÍN-MADRID-CALI (No había ningún tipo de vínculo, mi poderdante viajó sola, para la fecha ya desconocía el paradero del demandado).

**E:** Itinerario completo: 05/02/2017: CALI-MADRID-DUBLÍN (No había ningún tipo de vínculo, mi poderdante viajó sola, para la fecha ya desconocía el paradero del demandado).

**F:** Itinerario completo: 23/11/2017: DUBLÍN-MADRID-CALI (No había ningún tipo de vínculo, mi poderdante viajó sola, para la fecha ya desconocía el paradero del demandado).

Adicional a lo antes mencionado, la *a quo*, al momento de realizar el interrogatorio de mi representada, también pasó por alto el hecho de que ella cuenta con doble nacionalidad, es decir, tiene tanto nacionalidad colombiana como española, razón por la cual, en el hipotético caso de que efectivamente mi representada hubiese viajado en algún momento a la ciudad de Madrid – España, estos viajes no hubiesen estado encaminados a encontrarse con el señor EMILIO LÓPEZ ARIAS, sino a desarrollar su vida en dicha ciudad como cualquier ciudadana española; en razón de lo antes mencionado, se puede evidenciar que la deducción a la cual llego la *a quo* al momento de emitir el fallo objeto del recurso de apelación fue errónea y apresurada, esto debido a que no indagó más a fondo acerca de los movimientos migratorios de mi poderdante y tampoco acerca de su nacionalidad española,

Por otra parte, también se evidencia como yerro procesal dentro del fallo objeto del recurso de apelación, la negativa de la Juez en primera instancia entorno a escuchar los testimonios solicitados en el escrito de demanda, testimonios encaminados a certificar la existencia de la separación de cuerpos de mi poderdante con el señor EMILIO LÓPEZ ARIAS, la cual se presentó desde el mes de diciembre de 2014 y continúa actualmente, esto atendiendo que no se conoce el paradero del demandado.

Siguiendo la senda de lo planteado, es importante mencionar que los mentados testimonios a pesar de haber sido negados por la *a quo* debido a una falencia procesal por parte de la apoderada que inicialmente tramitó el proceso, debieron ser decretados de oficio por la Juez en primera instancia, esto atendiendo a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>, institución que ha pregonado que la facultad de decretar «pruebas de oficio» es un «poder-deber» del juzgador, más que una posibilidad a la cual puede acudir a mero título discrecional; tal está caracterizado como una actividad del Estado que está enderezada a la realización del Derecho, ya que mediante aquellas «se propende a la expedición de sentencias acordes con la legalidad, la justicia y la verdad, presupuestos axiológicos basilares que son menester en aras de atender el impostergable y sempiterno deber de dar íntegra y cabal preeminencia al derecho sustancial» (CSJ STC, 3 jul. 2013, rad. 00059-01), lo propio a fin de que la justicia no se torne en letra yerma de la mano de la dejación de las funciones que a cada servidor judicial le corresponden dentro de la órbita de sus atribuciones legales. Al efecto, la Sala ha señalado que:

*[E]se poder del juez, caracterizado como se encuentra, según se ha dicho, de un razonable grado de discrecionalidad, se trueca, en algunas hipótesis claramente definidas en el aludido estatuto, en un verdadero deber, despojado, por consiguiente, de aquél cariz potestativo, manifestándose,*

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de tutela STC16909-2016, rad. 2016-03288 (M.P. Margarita Cabello Blanco; 23 nov. 2016).



entonces, como una exigencia que el juzgador, como director del proceso, debe satisfacer; se trata, entonces, de específicos eventos en los cuales la ley impone la práctica de una determinada prueba en ciertos procesos, en cuyo caso, incumbe al juzgador cerciorarse de la realización de la misma, [...].

*En los supuestos de esta especie, la actividad oficiosa del juzgador no depende de su prudente y razonable juicio, sino que ella debe desplegarse por requerimiento legal, de manera que su incumplimiento genera la inobservancia de un deber de conducta que pesa sobre él” (CSJ SC, 7 nov. 2000, rad. 5606).*

Por tanto, ha destacado la Corte que «*la adopción de pruebas oficiosas no es cuestión de discrecionalidad, sino un imperativo de justicia que se impone en cabeza [del juez] de conocimiento» (CSJ STC, 28 jun. 2010, Rad. 00015-01).*

Atendiendo a lo antes mencionado, era deber de la Juez en primera instancia decretar de oficio las pruebas que fueran necesarias para la realización del Derecho; en el presente caso decretar y practicar de forma oficiosa los testimonios de las señoras: MARIA OLIVA MENDOZA DE TIBADUIZA, NILSA PILAR GUTIERREZ y NORMA SOCORRO GUTIERREZ, MANRIQUE, testimonios que inicialmente habían sido negados por una falencia procesal de la apoderada judicial que inicialmente tramitó el presente proceso, pero los cuales eran pertinentes, conducentes y útiles para certificar la existencia de la causal establecida en el numeral 8º del artículo 154 del Código Civil, la cual reza lo siguiente “*La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años*”<sup>2</sup>.

En razón de todo lo mencionado en los párrafos anteriores, se puede evidenciar que la *a quo* incurrió en varios yerros procesal durante el trámite del proceso, esto en lo relativo a la valoración del material probatorio recepcionados durante el trámite del proceso, configurándose con este actuar el llamado “*Defecto Fáctico por Omisión y Valoración Defectuosa del Material Probatorio*”<sup>3</sup>, concepto desarrollado jurisprudencialmente por parte de la Corte Constitucional de Colombia en diferentes providencias entre las que se encuentra la Sentencia T -006 de 2018, la cual a su vez cita la Sentencia C- 1270 de 2000, providencias por medio de las cuales se esboza que “*El defecto fáctico, ha sido entendido por esta Corte como una anomalía protuberante y excepcional que puede presentarse en cualquier proceso judicial y se configura cuando “el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado*”<sup>4</sup>.

Además de lo antes mencionado, también se debe tener en cuenta que defecto factico se puede presentar en dos dimensiones, una positiva y una negativa, dimensiones que se establecen de la siguiente manera:

La **primera** se presenta cuando el juez efectúa una valoración por “*completo equivocada*”, o fundamenta su decisión en una prueba no apta para ello. Esta dimensión implica la evaluación de errores en la apreciación del hecho o de la prueba que se presentan cuando el juzgador se equivoca: i) al fijar el contenido de la misma, porque la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica y hace que produzca efectos que objetivamente no se establecen de ella; o ii) porque al momento de otorgarle mérito persuasivo a una prueba, el juez se aparta de los criterios técnico-científicos o los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia, es decir, no aplica los principios de la sana crítica<sup>5</sup>, como método de valoración probatoria<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Código Civil de Colombia. Artículo 154. No. 8º, Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873.

<sup>3</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 241 de 2016. (M.P. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). Mayo 16 de 2016.

<sup>4</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 006 de 2018. (M.P. Alberto Rojas Rios). Enero 26 de 2018.

<sup>5</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C – 622 de 1998. (M.P. Fabio Morón Díaz) noviembre 4 de 1998. Véase “*Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado y/o juez puedan analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.*”

<sup>6</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T – 041 de 2018. (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado). Febrero 16 de 2018.

En cuanto a la segunda dimensión del defecto factico:

La negativa, se produce cuando el juez omite o ignora la valoración de una prueba determinante o no decreta su práctica sin justificación alguna. Esta dimensión comprende las omisiones en la apreciación de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez<sup>7</sup>.

Con fundamento en lo esbozado anteriormente, podemos evidenciar que la *a quo*, claramente incurrió en el llamado defecto factico por la dimensión positiva, esto debido a que valoró de forma errónea el material probatorio allegado de oficio al proceso, dándole a las pruebas solicitadas de oficio un alcance probatorio superior al que efectivamente demostraban, tal es el caso del registro de movimientos migratorios de mi poderdante, documento el cual, no certificaba que ella realmente hubiese viajado con destino a la ciudad de Madrid – España como lo dedujo de forma errónea la Juez en primera instancia al momento de emitir el fallo objeto del recurso de apelación que se sustenta con el presente escrito.

Además de lo antes mencionado, la Juzgadora de primera instancia también incurre en el defecto fáctico por la dimensión negativa, esto debido a que omitió decretar de oficio las pruebas testimoniales que inicialmente habían sido negadas, pruebas que eran determinantes para esclarecer los hechos del proceso, puesto que demostraban la existencia de la causal alegada.

## 2. PETICIÓN

En razón de lo antes mencionado, respetuosamente me permito solicitarle a usted su señoría lo siguiente:

- 2.1. Se REVOQUEN los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia No. 149, y en su lugar se DECRETE el Divorcio del Matrimonio Civil y la Disolución de la Sociedad Conyugal nacida con ocasión del mismo, esto con base en lo establecido en el numeral 8ª del Artículo 154 del Código Civil, la cual reza lo siguiente “*La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años*”.

Atentamente,



**MANUEL ARISTOBULO BRUNAL ALVAREZ**  
C.C. No. 6.855.439 de Montería (C)  
T. P. 15.496 del C. S. J.

<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-464 de 2001. (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).