



Dificultades probatorias en la acreditación de la causal primera de divorcio en Colombia

Andrea Estefanía Jaramillo Molina

Daniela Zapata Londoño

Artículo de investigación presentado para optar al título de Abogadas

Asesor

Oscar Alberto García Arcila, Especialista (Esp) en Derecho Procesal

Universidad de Antioquia
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Derecho
Medellín, Antioquia, Colombia
2023

Cita	(Jaramillo Molina & Zapata Londoño, 2023)
Referencia	Jaramillo Molina, A. E, & Zapata Londoño, D. (2023). <i>Dificultades probatorias en la acreditación de la causal primera de divorcio en Colombia</i> [Trabajo de grado profesional]. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
Estilo APA 7 (2020)	



Repositorio Institucional: <http://bibliotecadigital.udea.edu.co>

Universidad de Antioquia - www.udea.edu.co

El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Antioquia ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos.

Dificultades probatorias en la acreditación de la causal primera de divorcio en Colombia

Por:

Andrea Estefanía Jaramillo Molina¹

Daniela Zapata Londoño²

Resumen

Con este artículo se pretenden analizar los medios probatorios utilizados en los procesos de divorcio con base en el artículo 154 del Código Civil colombiano, específicamente sobre la primera causal, esto es, las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges. Inicialmente, se realizó una búsqueda documental para determinar los medios probatorios manejados en esta causal desde el análisis de las dificultades que se pueden presentar al tratar de probar este hecho dentro de un proceso, ya sea de forma directa o indirecta. Posteriormente, se contrastó la información encontrada con lo observado en algunos de los juzgados de familia de las ciudades de Armenia, Envigado, Ibagué, Itagüí y Popayán. Además, se buscó saber si realmente el proceso logra satisfacer o no su finalidad probatoria al lograr una relación entre los hechos presentados y las pruebas que los sustentan dentro de este.

Palabras clave: matrimonio, causales, divorcio, prueba, relaciones sexuales extramatrimoniales.

¹ Estudiante de Derecho de la Universidad de Antioquia. Artículo presentado para optar al título de abogada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2023. Correo electrónico: aestefania.jaramillo@udea.edu.co.

² Estudiante de Derecho de la Universidad de Antioquia. Artículo presentado para optar al título de abogada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2023. Correo electrónico: daniela.zapata12@udea.edu.co.

Sumario: Introducción. 1. Historia. 1.1 Matrimonio. 1.1.1 Matrimonio religioso. 1.1.2 Matrimonio civil. 1.2 Divorcio. 1.2.1 Causales. 2. Relaciones sexuales extramatrimoniales de los cónyuges. 2.1 Concepto legal. 2.2 Pronunciamientos judiciales colombianos. 3. Medios probatorios usados en la causal. 4. Doctrina peruana. 5. Doctrina colombiana. 6. Análisis de casos. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

El verdadero problema del matrimonio es el matrimonio.

Medina Pabón (2010).

Introducción

En Colombia, la institución del matrimonio se encuentra consagrada en el artículo 113 del Código Civil como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente” (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1873). Contrato que, a su vez, fundamenta su perfeccionamiento en el artículo 115 del mismo documento en el que indica:

***Artículo 115.** El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con solemnidades y requisitos establecidos en este Código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contravinieren a tales formas, solemnidades y requisitos. (...).* (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, Ley 84 de 1873, Art. 115°)

Como se puede observar, además de que indica unas formalidades para su creación, también posee unos requisitos para su disolución por divorcio, los cuales están contenidos en el mismo Código en su artículo 154. Allí se establecen las causales que pueden dar pie a su terminación:

***Artículo 154.** Son causales de divorcio:*

1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado.³
2. *El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.*
3. *Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.*
4. *La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.*
5. *El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.*
6. *Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o psíquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.*
7. *Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.*

³ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C 821-05 de 9 de agosto de 2005, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. - Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C 660-00 del 8 de junio de 2000, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

8. *La separación de cuerpos, judicial o, de hecho, que haya perdurado por más de dos años.*

9. *El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por este mediante sentencia.* (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, Ley 84 de 1873, Art. 154°)

Con base en lo anteriormente descrito, para el desarrollo de este trabajo se realizará una búsqueda que aborde la historicidad de ambos conceptos con el fin de obtener un contexto idóneo que permita el análisis central en la primera causal referenciada anteriormente, es decir, las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges. A su vez, se busca estudiar dicha causal de cara a los medios probatorios contenidos en el Código General del Proceso en su artículo 165 y, de esta manera, determinar cuál es el medio probatorio⁴ más idóneo o al menos el que más grado de certeza o convencimiento puede generar en el juez a la hora de tratar de sustentar esta causal en un proceso de divorcio.

Adicionalmente, se pretende vislumbrar de qué forma se prueba esta causal en la actualidad a partir de un análisis de algunos textos de doctrina peruana, de esta forma, determinar si esto genera o no problemáticas en la realidad de estos procesos y si efectivamente se logra sustentar, de forma real, los hechos presentados en estas demandas.

1. Historia

1.1 Matrimonio

Para entender un poco mejor esta institución jurídica, se presenta un pequeño recuento de cómo ha variado a lo largo de los años hasta llegar a lo que hoy se conoce como matrimonio en la legislación colombiana.

Para empezar, la palabra matrimonio proviene del latín *matrimonium*, palabra que se divide en dos: *mater* (“madre”) y *monia*, un término que se usaba para referirse a situaciones ceremoniales o legales. Es decir, el término *matrimonium* se refería al derecho de una mujer de ser la madre

⁴ Artículo 165. Medios de prueba. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales (Congreso de la República de Colombia, Ley 1564 de 2012).

legítima y reconocible de los hijos de un varón para los antiguos romanos, lo cual le confería el estado de casada (Hipp, 2006).

Por otra parte, en la Roma antigua el matrimonio era concebido como “un hecho social que se justifica y fundamenta en la existencia y permanencia de la *affectio maritalis*” (González, 1989, p. 161), es decir, que no se entendía como un acto jurídico tal y como se entiende en la actualidad, sino que se tomaba como una unión personal, un hecho que se basaba en los sentimientos de los contrayentes, aunque también incluía unos beneficios económicos. Esto se evidenciaba en temas como la dote, que era el dinero que la familia de la novia daba a su nuevo esposo con la finalidad de que este lo administrara y se pudiera tener un patrimonio familiar.

Ya para el siglo XV la Iglesia católica adoptó esta figura y, por ende, asumió su control total por mucho tiempo. Los matrimonios válidos sólo eran celebrados frente a una autoridad eclesiástica que la avalara, por lo que de esta manera se conseguían los efectos civiles que se pretendían con el mismo. En ese sentido, la unión entre la iglesia y el Estado era tal, que para este tema la iglesia legislaba con todo el apoyo estatal necesario, de manera que este acto era vinculante y generaba efectos en la sociedad y en los contrayentes.

Tiempo después, se produjo una ruptura en la relación iglesia y Estado en occidente y, de esta manera, el matrimonio se convirtió en una institución de derecho civil consolidada en la Revolución francesa con la Constitución de 1791, en la que se declara que “la ley no reconoce en el matrimonio más que un contrato civil”, situación que fue reafirmada en Colombia por medio de la Ley 20 de 1792 y por el Código Civil de 1886. Este último llegó al punto de solo reconocer el matrimonio civil, sin embargo, la Ley del 27 de mayo de 1929 le reconoció los efectos civiles al matrimonio católico y el Concordato entre el Estado y la Iglesia católica celebrado el mismo año consagró dualidad de regímenes, es decir, civil y religioso (Monroy Cabra, 2017).

Actualmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional reconoce nuevos modelos de familia diferentes a la concepción tradicional (monógamo y heterosexual), concepto que ha imperado desde sus inicios y que, según la realidad social, necesita un cambio jurídico al respecto. Es por esto por lo que la Corte ha exhortado al Congreso de la República a legislar respecto a las uniones

de parejas del mismo sexo⁵. Esta nueva concepción de familia permite reflexionar sobre las partes que intervienen en este contrato, pues como se puede ver, con el reconocimiento de diversos tipos de familia el matrimonio no es dado solo entre un hombre y una mujer, sino que se da entre dos personas indistintamente de su sexo.

No obstante, se debe tener en cuenta que lo anterior no es el fin de este trabajo, pues el enfoque de este se centra en lo que actualmente la legislación colombiana entiende por matrimonio, que es precisamente de lo que trata el artículo 113 del Código Civil colombiano cuando reza lo siguiente: “*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente*” (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, Ley 84 de 1873, Art. 113°).⁶

Aquí es importante resaltar que, en la actualidad, el matrimonio es una unión entre dos personas por medio de un contrato regulado legalmente que tiene como finalidad una comunidad duradera y estable. Por lo demás, esta figura alberga unos efectos jurídicos que influyen en ambas partes, por lo que estos se pueden entender como derechos y obligaciones que surgen entre ambos contratantes entre las cuales están, de conformidad con el artículo 176 del Código Civil, guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. Adicionalmente, actuar en función del bienestar de la familia, guardarse mutua fidelidad y socorro, vivir juntos, compartir responsabilidades domésticas, cuidado de los ascendientes y descendientes, y otras personas a su cargo, etc. Así, esto se entiende como un contrato, de manera que va más allá del rito o de una ceremonia religiosa que se lleve a cabo. Es un acto jurídico que busca crear, extinguir o modificar obligaciones y que está plenamente regulado de principio a fin, desde los requisitos legales para poder contraerlo hasta la forma en cómo debe disolverse. Asimismo, las siguientes son características especiales del matrimonio:

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C 577 de 2011. Magistrado Ponente Mendoza, G. En este fallo, la Corte decidió “exhortar al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas (...). Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”. Cabe aclarar que, llegada la fecha determinada por la Corporación, el Congreso no había legislado respecto al tema y, por lo tanto, se autorizó a los notarios para celebrar uniones civiles entre parejas del mismo sexo con efectos parecidos a los del matrimonio.

⁶ La Corte Constitucional se declaró inhibida de fallar sobre las expresiones “hombre y una mujer” y “de procrear” de artículo por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C 886-10 del 11 de noviembre de 2010. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

- Es un vínculo legal voluntario y duradero. Las personas se pueden casar únicamente por su propia voluntad y deben hacerlo mediante una serie de ritos y ceremonias legales (y religiosas, si así lo desea) que atestiguan la validez y legitimidad del hecho.
- Puede ser civil y/o religioso. Todo depende de las creencias de los cónyuges.
- Ser monógamo. Involucra a dos personas únicamente, quienes se comprometen a tener un vínculo amoroso y sexual exclusivo (fidelidad).
- Es tradicional y convencional. Se rige por las convenciones y tradiciones sociales, morales y religiosas de la comunidad y la nación, por lo que puede tener marcadas diferencias de una región a otra.
- Crea una comunidad de bienes llamada “sociedad conyugal”. Implica que todas las propiedades y capitales obtenidos desde el inicio del matrimonio son de ambos cónyuges por igual, lo que significa un reparto común y la necesidad de arreglos en caso de divorcio, etc., excepto cuando se presentan las denominadas capitulaciones.

1.1.1 Matrimonio religioso

El artículo 42 de la Constitución Política de Colombia reconoce a efectos civiles los matrimonios religiosos celebrados en entidades religiosas reconocidas por la legislación colombiana (Corte Constitucional de Colombia, 2016).

Asimismo, el matrimonio religioso es visto por la Iglesia católica como un designio de Dios, el cual nace con la historia de la creación en donde inicia la existencia del hombre y la mujer. Desde allí se visualizan todas las dificultades que se pueden presentar dentro de esta unión con fundamento en el pecado original en el cual incurrieron y que obliga a la humanidad a estar en una constante búsqueda de la salvación. Dicha premisa está estrechamente ligada con el matrimonio, pues este se considera como la base de la familia que, en última instancia, se toma como núcleo fundamental de las sociedades. Incluso, esta posición es adoptada también por la Constitución Política, lo que se refleja en el artículo 42 de esta.

En el rito religioso, el matrimonio tiene lugar dentro de la santa misa o en la ceremonia que se realice según la religión profesada. A su vez, lo que se busca reafirmar mediante esta es el vínculo que une a la pareja, que se fortalezca con el apoyo y la presencia del dios ante el cual se profesa la fe. Por lo demás, para que se dé el matrimonio religioso se deben cumplir los siguientes requisitos:

- El consentimiento matrimonial de los contrayentes, el cual debe estar libre de presiones o coacciones, pues en caso de no ser así será entendido como nulo. Esto está totalmente vinculado a uno de los requisitos del matrimonio como contrato en la esfera civil, pues la base fundante de este es precisamente estar libre de vicios en el consentimiento de las partes para que pueda tener completa validez.
- No estar impedido por la ley natural o eclesiástica, lo cual también se relaciona o es requisito en la legislación debido a que se busca prohibir el incesto y las relaciones entre las personas que tienen cierto grado de consanguinidad o incluso afinidad.

El matrimonio es un sacramento que tiene unos efectos determinados, entre los cuales se puede destacar la perpetuidad y exclusividad del vínculo que une a dos personas; que es protegido o bendecido por la deidad a la que se le profese la fe; además, este vínculo divino que resulta del acto humano libre de los esposos se sella con la consumación del matrimonio y se considera una unión tan fuerte que no puede darse fin a la misma con intervención de los hombres. Es por esto por lo que no se considera vinculante el divorcio dentro de la religión.

Por otra parte, con las nupcias se crea una comunidad de bienes y exigencias conyugales, pero a diferencia de lo civil, dicha comunidad de bienes va más allá de la parte material, pues también se considera como una unión de sentimientos y de los aportes que cada persona le pueda hacer a la comunidad conyugal en tanto “ya no son dos sino una sola carne” (Mateo, 19:6) tal como lo profesa la Iglesia católica. Esto implica que se pierde la individualidad del sujeto y la comunidad matrimonial se convierte en lo más importante.

Una de las características del matrimonio religioso es la fidelidad exigida a los cónyuges como consecuencia del juramento de amor hecho entre la pareja al momento de la celebración de la unión. “esta íntima unión, en cuanto donación mutua de dos personas, como el bien de los hijos exigen la fidelidad de los cónyuges y urgen su indisoluble unidad” (Concilio Vaticano II *Gaudium Et Spes*, 48:1). De igual modo, esta fidelidad es reflejo de ese consentimiento o decisión libre que se tomó de unirse a otra persona para toda la vida y al convenio de ayuda mutua y exclusividad que se exige para el matrimonio religioso.

Lo anterior evidencia que para la religión la fidelidad se ve como ese voto de confianza, buena fe y entrega a la pareja escogida para formar la familia, por lo cual, cuando se vulnera este deber, se está en la posibilidad de generar una nulidad del vínculo matrimonial.

1.1.2 Matrimonio civil

El matrimonio civil surge como producto de la separación de poderes entre Estado e Iglesia y, a su vez, es una reacción a la forma en que la segunda trataba dicha institución, esto en cuanto se comenzó a priorizar la voluntad de las partes contrayentes, pues desde el matrimonio civil se deben cumplir con unos requisitos que permitan o den pie a la existencia del matrimonio y, por ende, se logra permear como un acto jurídico que crea unos efectos para sus contrayentes. Sobre este tema es importante hacer el análisis sobre si el matrimonio es un contrato o un acto jurídico que genera unas obligaciones entre sus participantes, pero donde la verdadera discusión parte de establecer si pertenece al área de lo público o de lo privado.

No obstante, tal discusión no hace parte del eje central del presente trabajo, por lo que se partirá de la premisa de que para el derecho civil el matrimonio es un contrato, tal como se evidencia en el artículo 115 ya referenciado en este trabajo y que además tiene unas características muy especiales, pero que al fin y al cabo debe cumplir con los requisitos esenciales de existencia de cualquier contrato, los cuales son:

1. Consentimiento (de ambas partes).
2. Objeto (lo que las partes pretenden con ese contrato).

Adicionalmente, los contratos (incluido el matrimonio) deben cumplir con unos elementos que permiten que sea válido, que nazca a la vida jurídica y que pueda generar esos efectos buscados con su celebración, a saber:

1. Capacidad.
2. Consentimiento que se manifiesta por la aceptación sobre el objeto y la causa que se han de constituir en el contrato. Este consentimiento debe ser libre de vicios y es aquí donde se evidencia el primer avance al pasar de matrimonio religioso a matrimonio civil, pues si bien en el primero se exige la voluntad, muchas veces tal voluntad era viciada por cuanto la decisión no la tomaban los contrayentes, sino sus familias por beneficios patrimoniales.
3. Objeto.
4. Causa.
5. Solemnidad, es decir, que requiere la firma de un documento ante autoridad competente para entender que las partes consintieron y aceptaron el contrato.

En ese orden de ideas, al encasillar el matrimonio como un contrato se debe tener en cuenta que así como tiene unos requisitos para que nazca a la vida jurídica y genera unas obligaciones entre las partes, también existe una regulación exhaustiva para su disolución, pues al ser un contrato solemne que versa, entre otras cosas, sobre un contenido patrimonial, donde además se deben cumplir una serie de solemnidades para cesar sus efectos civiles y económicos, para lo cual debe tener una razón válida legalmente denominadas actualmente causales de divorcio.

1.2. Divorcio

Una vez lograda la desvinculación del matrimonio como una institución netamente religiosa, se dio lugar a hablar del divorcio entendido este como mecanismo por medio del cual se lograba terminar con el vínculo creado entre dos personas y paso seguido hacer una separación del aspecto económico de dicha relación. Todo ello con claridad de las responsabilidades que le corresponden a cada parte y, de esta manera, dar continuidad a sus vidas de forma independiente.

En Colombia se estableció la separación entre iglesia y Estado en 1853 de la mano del presidente José María Obando, quien argumentaba que dicha unión era una “fuente de corrupción y tiranía que podía fomentar entronización, fanatismo y ambición” (citado en Zuluaga Ramírez, 1991, p. 2). Con esto se dio entrada a la Constitución Política de la Nueva Granada, en la cual se les permitía a los ciudadanos escoger libremente su religión entre otras libertades. Además, apareció la Ley de Obando, en la cual se estableció que el matrimonio podía disolverse por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio en lo que se llamó el divorcio vincular en Colombia que contempló como una de las causales de divorcio el adulterio de la mujer y el amancebamiento del hombre.

Sin embargo, esta era una norma poco eficaz para la época en la que fue expedida, por lo que fue derogada en 1856 por la Ley 8 bajo el mandato de Manuel María Mallarino. En esta Ley se estableció que el matrimonio sólo se podía disolver por la muerte de los cónyuges y que todo pacto en la vía contraria no tenía ninguna validez, de manera que, en su momento, se conservó la obligatoriedad del matrimonio civil.

Luego, se adoptó en 1873 el Código Civil de Cundinamarca en el que se conservaba el matrimonio civil facultativo. También se estableció la disolución del matrimonio en el artículo 152, en donde se especificaba que una forma de terminar el matrimonio era por medio del divorcio, el cual debía ser decretado por un juez. Por lo demás, dichos efectos civiles se trasladaron al matrimonio religioso.

En este código se establecieron las causales de divorcio que posteriormente fueron incorporadas en el Código Civil que rige actualmente, dando entrada de esta manera a las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges como sustento válido para la terminación del vínculo matrimonial.

1.2.1 Causales

Ya que en la legislación colombiana actual no se contempla el divorcio por decisión unilateral, es necesario sustentar el cumplimiento de una de las causales establecidas en el artículo 154 del Código Civil colombiano para dar pie al divorcio, sea este por mutuo acuerdo ante notario o por sentencia judicial.

Dichas causales son: 1) Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges; 2) El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres; 3) Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra; 4) La embriaguez habitual de uno de los cónyuges; 5) El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica; 6) Toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o psíquica de uno de los cónyuges que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial; 7) Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo; 8) La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años; 9) El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por este mediante sentencia y notario.

Como la finalidad del presente artículo es el análisis de la primera causal, se hará una breve descripción de las demás causales para posteriormente centrar el análisis en las relaciones sexuales extramatrimoniales.

- **El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.**

El origen de esta causal surgió a partir de la Ley Obando mencionada anteriormente. No obstante, en esta solo se hablaba de un incumplimiento total de los deberes conyugales, es decir, si el abandono no era absoluto no había lugar a que se configurara esta causal. Con el paso del tiempo se produjo un avance normativo que permitió que se viera de una manera más general, por lo que

se contempló dentro de esta causal las relaciones sexuales extramatrimoniales, los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra. Esto con base en los deberes conyugales, los cuales son: el deber de socorro, la cohabitación, la ayuda mutua y la fidelidad, mismas que no se deben solo al cónyuge, sino también a los hijos procreados en el matrimonio.

- **Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.**

Esta causal es definida por la Ley 1 de 1976 como todos los comportamientos que “hiciesen peligrar la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges o sus descendientes, o que hicieran imposibles la paz y el sosiego domésticos” (Congreso de la República de Colombia, 1976, Art. 154). En esta causal el cónyuge víctima de dichos tratos, también llamado cónyuge ofendido, debe demostrar agresiones considerables, ya sea en el aspecto físico, económico o psicológico hacia él o hacia alguno de los descendientes, situaciones que sean tan insoportables que lo mejor sea dar por terminado el vínculo.

- **La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.**

Esta causal apareció en el ordenamiento jurídico con la Ley 84 de 1873 y establecía entre una de las causales de divorcio la embriaguez habitual de uno de los cónyuges” (Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1873), redacción que hasta la fecha no se ha modificado. Sin embargo, se entiende que esta causal afecta los intereses económicos y hereditarios del matrimonio. Por otra parte, para que se dé la configuración de esta causal se requiere que por excesivo consumo de alcohol se produzca “turbación pasajera de las potencias” y, adicional a ello, que sea un consumo bastante regular y continuo para de esta manera hablar de una habitualidad (Congreso de la República de Colombia, Ley 25 de 1992).

- **El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.**

La Ley 25 de 1992 la describe así: “El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica”. De lo anterior se concluye que el consumo de estas sustancias es causal de divorcio si afecta la vida marital y, al igual que el alcohol, debe producirse en un uso desmesurado y habitual.

- **Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o psíquica, de uno de los cónyuges que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.**

Se establece que la configuración de esta causal se da cuando se pone en peligro la estabilidad del otro cónyuge por una situación de enfermedad, partiendo de la premisa de que nadie está obligado a lo imposible. Sin embargo, es necesario demostrar que son enfermedades incurables y que estas comprometen la salud física o psicológica del otro, como por ejemplo en los casos de patologías contagiosas que se mantengan en el tiempo, dado que, si es momentáneo, no se podría invocar esta causal.

- **Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.**

Con esta causal se pretende proteger al que habita bajo el cuidado del cónyuge, como sus descendientes, pues ante estos se proponen matices de modelo a seguir y, además, al cónyuge. Asimismo, se busca proteger de actos inmorales que pueden afectar la psique del cónyuge o de sus descendientes, teniendo como particularidad que puede ser usada como causal máxima un año posterior al conocimiento de la conducta siempre y cuando esto esté dentro de los dos años siguientes a la efectiva realización de los hechos bases de la configuración de la causal.

- **La separación de cuerpos, judicial o, de hecho, que haya perdurado por más de dos años.**

Es una causal de divorcio de carácter objetivo en la que se verifica que la separación entre los cónyuges cumpla un tiempo mínimo de dos años, tal como lo exige la normatividad civil colombiana. Es menester aclarar que esta separación puede ser de hecho o por vía judicial, pero en

todo caso deben cumplir el mismo plazo de tiempo para que se pueda configurar y alegar esta causal.

- **El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez o notario competente y reconocido por éste mediante sentencia o escritura pública.**

Más que una causal, se trata del acuerdo entre ambas partes para finalizar el vínculo matrimonial. Por ende, es la única en los divorcios no contenciosos en tanto no se debe entrar a debate probatorio, sino que basta con expresar la voluntad de los cónyuges de terminar con el vínculo conyugal para que se pueda liquidar y terminar el contrato del matrimonio.

2. Relaciones sexuales extramatrimoniales de los cónyuges

2.1 Concepto legal

Para entrar en la materia que concierne a este artículo, es importante hablar del deber de fidelidad. Este se define como el deber que tiene cada miembro de la pareja de casados de acatar una conducta indiscutible, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedora y dañina para la dignidad de la pareja (Bossert y Zannoni, 2004). Se entiende entonces que el fin de este deber es el de proteger el vínculo exclusivo que se forma con el matrimonio.

De igual modo, se entiende que la vulneración de este deber constituye la primera causal que permite el divorcio vincular en Colombia cuando se introdujo en la legislación con la Ley 1 de 1976: “Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges ~~salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado~~⁷” Congreso de la República de Colombia, Ley 1 de 1976).

Ahora bien, para comprender esta causal es necesario desagregarla, es decir, se debe determinar, en primera instancia, a qué se refiere la iglesia, la ciencia y la norma cuando se habla de relaciones sexuales, pues anteriormente se consideraba que debía haber varios actos sexuales para hablar de esta noción.

Así, para la Iglesia católica las relaciones sexuales extramatrimoniales se entienden como “la penetración de la vagina por el miembro viril erecto, acompañada de eyaculación de semen”

⁷ Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C 821-05 de 9 de agosto de 2005, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. - Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C 660-00 del 8 de junio de 2000, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

(Morales Acacio, 2013, p. 645). Esto significa que para esta institución es necesaria la eyaculación producto de la penetración vaginal para que se considere infidelidad, de manera que si se da una penetración en otra parte del cuerpo o el hombre no eyacula no podría constituirse esta causal.

Por otra parte, para la ciencia de la sexología las relaciones sexuales extramatrimoniales no se limitan únicamente al coito o a la penetración, pues se establece que los actos sexuales van más allá de esta situación y comprenden también los besos, las caricias, los masajes, sexo oral e incluso penetración sin eyaculación y en cualquier parte del cuerpo, es decir, todas aquellas conductas que tiendan a recibir o dar placer a las otras personas.

Desde otra perspectiva y desde la esfera jurídica, inicialmente se entendía que esta causal únicamente se refería al adulterio cometido por la mujer (que incluso se tomaba como delito y lo que se buscaba era tener una abstención por parte de esta en la comisión). Así pues, para que se configurara esta causal en las conductas del hombre debía darse el amancebamiento, a saber, la convivencia de este con su amante, tal como se narró anteriormente en el presente artículo. En ese sentido, para la norma se entendía que la relación sexual extramatrimonial era coito y, por ende, mediante la regulación de esta causal se pretendía evitar la procreación de hijos fuera del matrimonio, sin embargo, posteriormente asume una postura concordante con la definición dada por la sexología.

Actualmente, basta con una sola relación sexual de parte de cualquiera de los cónyuges para que se encuadre el hecho en esta causal y se pueda dar pie al divorcio vincular. Es importante resaltar que el acto de infidelidad, es decir, la relación sexual con un tercero puede darse con una o varias personas del mismo sexo o del sexo opuesto, incluso algunos doctrinantes indican que se puede dar con animales o cadáveres. (Monroy, M. 2012, p. 327)

En segundo lugar, se debe analizar el término “haberlas consentido, perdonado o facilitado”. Respecto a esto, la Corte Constitucional se pronunció y señaló la inconstitucionalidad motivada en lo siguiente:

La familia es institución básica de la sociedad, y está asociada a la primacía de los derechos inalienables de la persona humana, y al tiempo estableció como manera posible de crearla “la decisión libre de una (sic) hombre y una mujer de contraer matrimonio”, o “la voluntad responsable de conformar”” (art. 42 de la C.N.); por ello la decisión íntima

de perdonarlas no puede producir para quien (sic) padece el agravio la consecuencia de perder el divorcio en Colombia, derecho de intentar restablecer su vida conyugal y familiar manteniendo su vida en común. O sea, perdonarlas, consentirlas o facilitarlas, es cuestión de cada quien, sin dejar de lado el respeto a la dignidad de la persona de los cónyuges. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 660 del 2000)

En este orden de ideas, y al considerar que el hombre y la mujer se encuentran en la actualidad en igualdad de condiciones respecto a esta causal, se tiene que el incumplimiento del deber de fidelidad es una conducta que afecta la dignidad del otro miembro de la pareja. La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, ven esta conducta desde un punto de vista material y desde uno moral, es decir, denotan dos tipos de incumplimiento. El primero de ellos se configura cuando median las relaciones sexuales extramatrimoniales; por otro lado, la infidelidad moral aparece cuando se presenta algún otro tipo de conducta sea sexual o no que es ofensiva y dañina para la pareja.

Con base en lo anteriormente descrito, se puede afirmar que esta causal va más allá de la relación sexual física, pues la dignidad de la pareja se puede transgredir también con actos meramente eróticos o que generen un compromiso con otra persona ajena al cónyuge.

La Corte Constitucional en Sentencia de 2005 corroboró que, una vez se quebranta el deber de fidelidad haciendo imposible la continuación del vínculo, se faculta al cónyuge inocente a solicitar la disolución del matrimonio, así:

Por eso, el quebrantamiento del deber jurídico de fidelidad conyugal en el matrimonio es incompatible con el consentimiento que legitima dicho vínculo, lo que descarta de plano que a través de la ley se pueda patrocinar la continuación de la relación matrimonial, restringiendo irrazonablemente los derechos del cónyuge ofendido, materializados en la posibilidad de solicitar la disolución del matrimonio. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 821 de 2005)

En ese sentido, al configurarse la infidelidad se constituye el rompimiento de la estructura matrimonial, es decir, se fractura ese contrato solemne celebrado entre los contrayentes por el incumplimiento de los deberes allí establecidos, ya que no sería lógico obligar a dos personas a continuar juntos cuando dicha estructura se ha perdido. Por esta razón, se considera que se trata de

un motivo suficiente para facultar al cónyuge inocente para invocar el divorcio y, por lo tanto, terminar definitivamente este vínculo.

2.2 Pronunciamientos judiciales colombianos

Es importante resaltar que en la Sentencia C 1495 de 2000, la Corte reconoció el carácter contractual del matrimonio y la relevancia del consentimiento y la autonomía para su validez, por tanto, indicó que “el argumento de mantener y restablecer la unidad y armonía de la familia no puede forzar a mantener unidos a quienes no lo desean” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 1495 de 2000).

Posteriormente, en la Sentencia C 821 de 2005, la Corte realizó un análisis respecto a la constitucionalidad del numeral 1° del artículo 6° de la Ley 25 de 1992, modificadorio del numeral 1° del artículo 154 del Código Civil, diferenciando nuevamente las causales subjetivas y objetivas de divorcio e indicando que se fundan en los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, inalienabilidad de los derechos de la persona reconocidos en la pareja, y que por tanto no se puede hablar de un vínculo matrimonial perpetuo respaldado en la legislación colombiana. Ahora bien, al elaborar un análisis de diferentes sentencias se encontró que en principio se buscaba modificar la jurisprudencia respecto a la causal de las relaciones extramatrimoniales, ya que originalmente se excluyó la aplicación de dicha causal cuando mediaba el consentimiento o el perdón del cónyuge, tal como se relata en la Sentencia C 394 de 2017 cuando plantea:

Las sentencias C 660 de 2000, C 821 de 2005, C 985 de 2010 y C 746 de 2011. En la Sentencia C 660 de 2000 la Corte declaró inexecutable la expresión “salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado.”, contenida en el numeral 1° del artículo 154 del Código Civil, que establecía que el consentimiento o perdón del cónyuge “inocente” impedía que las relaciones sexuales extramatrimoniales se invocaran como causal de divorcio. En dicha oportunidad, esta Corporación con fundamento en que la principal consecuencia de esta modalidad de acuerdo de voluntades es la familia, consideró inapropiado aplicar al matrimonio los mismos criterios de resolución del régimen general de los contratos y determinó que el Legislador invadió la esfera de intimidad de las relaciones de pareja, al realizar una valoración de conductas propias de la intimidad de una forma que no siempre coincide con la voluntad de sus miembros. Con esa misma orientación hizo énfasis en la importancia que reviste el libre desarrollo de la

personalidad y la autonomía de la voluntad en las decisiones que toman las personas en relación con el matrimonio, y sus cuestiones accesorias como lo es el divorcio, señalando que la protección por parte del ordenamiento a la familia, en cuanto a causales de divorcio, no puede ser desbordada, ya que el consentimiento en ciertas actuaciones depende de la conciencia y, ésta puede variar con el paso de los años y tornar en intolerable lo que en otro momento se consideró aceptable, partiendo de la realidad de tratarse de convicciones individuales, complejas y cambiantes . (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 394 de 2017)

Desde el análisis de las pruebas en las relaciones sexuales extramatrimoniales, el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil – Familia de Pereira Risaralda, en Acta No. 458 del 25 de octubre de 2011 se pronunció respecto a un caso de divorcio por la causal de relaciones sexuales extramatrimoniales. En este, la parte demandante buscaba probar su pretensión con dos videos de su cónyuge con terceros en situaciones comprometedoras, indicando al juez que con tales videos se materializaba efectivamente la infidelidad. Sobre esto, el Tribunal se pronunció de la siguiente manera:

[...] pretendieron demostrarse con la aducción de dos videos que se anexaron a la demanda en los que se filmó al esposo, en cada uno con mujer distinta en relación con los cuales tuvo oportunidad de replicar que en ellos solo se le observa a él “departiendo con otra persona en sitios públicos que distan mucho de ser relaciones afectivas y más bien podríamos catalogarlas de ocasionales y que en ningún momento son pruebas fehacientes de relaciones sexuales extramatrimoniales y que además, “bien pudieron haber sido tomadas hace aproximadamente 4 años” en una época en que la cónyuge había abandonado el hogar. En las aludidas grabaciones se aprecia al demandado en coloquios amorosos, besándose y bailando estrechamente abrazado con una de las damas con las que fue filmado. Él dijo que el primero pudo haber sido obtenido hace tres o tres años y medio y que el segundo, en el que se ve compartiendo con una señora podría ser un montaje porque en esa ocasión una dama lo abordó saliendo del trabajo, “eso me asustó porque creí que me iban hacer el paseo millonario” [...]

Con lo anterior, el juzgado define:

[...] *...la infidelidad moral, constitutiva de agravios y en tal concepto también motivo legal para ejercitar dicho derecho con fundamento en el numeral 3º del artículo recién mencionado podrá tenerse por acreditada con la demostración de todos aquellos hechos que, poniendo al descubierto un profundo menosprecio del que uno de los cónyuges hace objeto al otro, tienen su fuente en comportamientos incompatibles con el deber de fidelidad conyugal.* [...] (Sala Civil del Tribunal Superior de Pereira Risaralda, 2010)

Además de la problemática planteada anteriormente, se tiene que el hecho de buscar medios probatorios que sustenten esta causal puede generar un conflicto respecto a la legalidad de su consecución, por lo que la Corte se ha pronunciado al respecto cuando indicó:

Sin embargo, la Corte Constitucional ha aclarado que no toda irregularidad procesal en el recaudo, práctica y valoración de una prueba implica, necesariamente, la violación del debido proceso. Los errores insignificantes o inofensivos no tienen la entidad, como para implicar la exclusión de una prueba. Debe verificarse, entonces, una verdadera afectación al debido proceso y a los derechos fundamentales, para proceder a excluir una prueba por ilegal o inconstitucional. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 233 de 2007)

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia STC 6507 del 2017 señaló que *“son dos las causas que sirven de fundamento a la demanda de divorcio, la infidelidad y el maltrato psicológico alegado, circunstancias estas que deben encuadrarse en los enunciados normativos de las causales de divorcio primera y tercera”* (Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC 6507 de 2017).

Aunado a lo anterior, en otro pronunciamiento de la misma Corporación se deja claridad sobre lo siguiente:

Los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor, porque lo que delimita la acción y constituye la causa petendi no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda –la cual puede ser muy sucinta y no tiene que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso–, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC 780 de 2020)

Por otro lado, la Corte planteó lo siguiente respecto al hecho de que cuando no se logra probar la causal de infidelidad de forma material se entra en una infidelidad moral encaminada a la causal 3 de divorcio:

[...] En efecto, esta Sala recuerda que, como se explicó con anterioridad, la violencia psicológica y doméstica que ocurre en el hogar tiene una dificultad probatoria muy alta si se verifica desde los parámetros convencionales del derecho procesal, debido a que el agresor busca el aislamiento y el ocultamiento de los hechos violentos. Por tanto, es claro que las víctimas de tales agresiones tienen como única posibilidad de protección abrir los espacios de intimidad familiar a sus más allegados. En esa medida, desde una perspectiva de género, es necesario que los operadores de justicia empleen la flexibilización de esas formas de prueba, cuando se denuncia la violencia al interior del hogar [...]. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 967 de 2014)

3. Medios probatorios usados en la causal

Como se ha mencionado en el transcurso de este artículo, cuando se inicia un proceso de divorcio basado en la causal número 1 que contempla el artículo 154 del Código Civil, esto es, las relaciones sexuales extramatrimoniales, se hace referencia a una infidelidad material, es decir, a la consumación real del acto sexual con persona ajena al cónyuge. Es por esta razón que desde la doctrina se ha señalado que el medio más idóneo para probar este acto es el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, pues funge como prueba que insinúa que efectivamente se dio dicho acto sexual extramatrimonial.

Sin embargo, y a partir de un análisis más centrado en lo que a los medios probatorios se refiere y en la relación que debe existir entre el medio y el hecho a probar, se debe resaltar que normativamente, esta causal puede ser probada mediante cualquier medio probatorio, en respeto de la libertad probatoria; pero en el día a día, es decir, en la aplicación real de la norma, el único medio probatorio que da cuenta del acto sexual extramatrimonial es la confesión, los demás, solo nos proporcionan indicios de que efectivamente esto pasó. Es el caso, como ya se comentó, de los hijos producto de relaciones sexuales extramatrimoniales, lo que puede generar cierto convencimiento en el juez, pero que en sí mismos no son prueba del hecho presentado en la demanda puesto que la procreación del hijo pudo haberse dado de formas ajenas a las propias

relaciones sexuales extramatrimoniales, tales como la inseminación artificial. Para Mendizábal Gallego (2020):

Probar el adulterio es bastante complejo por lo que se pueden tener dos tipos de prueba, las directas y las indirectas o indiciarias. La prueba directa consiste en probar precisamente el acceso carnal lo cual es muy probable que no sea posible de probar, por ello existen otras maneras de acreditar el adulterio, las pruebas indirectas o indiciarias juegan un rol muy importante. (p. 68)

Por otra parte, Quevedo (2015) describió los criterios para demostrar el adulterio. El primero trata sobre la prueba fehaciente, que consistiría en demostrar las relaciones sexuales extramatrimoniales, lo cual es muy difícil e improbable. El segundo criterio trata de la indiciaria o indirecta que resulta de presunciones graves y precisas, como sería la partida de nacimiento de un hijo extramatrimonial que fue concebido y nacido durante el matrimonio.

De acuerdo con lo anteriormente descrito, se tiene que, si bien hay libertad probatoria de conformidad con el artículo 165 del Código General del Proceso, también es cierto que en los procesos de divorcio en los que se alega la primera causal, al menos en la norma aplicada, solo se puede hablar de una prueba directa que genere el convencimiento esperado en el juez (la confesión) y, además, se cuenta con el uso de las pruebas indirectas ofrecidas por la legislación procesal, tales como las pruebas indiciarias. Esto para probar dentro del proceso que existió esa relación extramatrimonial que da paso a solicitar el divorcio ante juez, pero que, además, en ocasiones, hace mutar la causal de una infidelidad material (causal número 1) a una agresión contra la pareja (causal número 3), esto por la imposibilidad de generar la certeza en el juez y dejar dudas del hecho dentro del proceso.

4. Doctrina peruana

En este apartado se hará énfasis en la doctrina peruana con el fin de determinar cómo se prueba esta causal en los procesos de divorcio que en ella operan.

Para empezar, el Código Procesal Civil de la legislación peruana divide los medios probatorios en típicos y atípicos. Los típicos se encuentran establecidos en el art. 192 que reza lo siguiente: *“Artículo 192. Medios probatorios típicos. Son medios de prueba típicos: la declaración de parte, la declaración de testigos, los documentos, la pericia y La inspección judicial”* (Decreto Legislativo 768 de 1992)

Por otra parte, los medios probatorios atípicos se encuentran en el art. 193 y se refieren a todos aquellos que no se encuentran previstos en dicho artículo, es decir, los auxilios técnicos y científicos que persiguen la finalidad del medio probatorio, a saber, la existencia o no de un hecho. Para los procesos de divorcio doctrinantes como Pardo, Gruber y Periche Abuhadba, plantean que se debe recurrir a las pruebas atípicas para probar este hecho, tales como las conversaciones en redes sociales, lo cual se traduce en el medio probatorio de documento electrónico.

Respecto a esta idea, Pardo (2017) avaló la información contenida en las comunicaciones virtuales en la actualidad como susceptibles de constituirse como medios probatorios. En este espectro se consideran redes sociales como Facebook y WhatsApp. Sobre esto, la autora explicó que Facebook no podría ser tan “privada”, pues al momento de la creación de la cuenta se transfiere la titularidad de la información personal, por lo cual se considera una red social de carácter meramente público.

De esta manera, compartir la información encontrada en esta red social no contraviene la violación del derecho a la intimidad ni puede ser considerada una prueba ilícita. Cosa muy distinta sucede con WhatsApp, ya que este no viene a ser ni público ni social. Por este motivo, solo las partes intervinientes en la conversación podrán entregar las conversaciones como medios probatorios, de modo que quien no haya intervenido en dicha conversación y la presente como medio probatorio dentro del proceso, tendrá como consecuencia la exclusión de esta en tanto el juez deberá declararla como prueba ilícita.

Por otro lado, doctrinantes como Gruber (2017, citado en Aponte Rutti y Salvador Capcha, 2019) sostienen, sobre los nuevos medios probatorios como las comunicaciones virtuales, que el adulterio por su misma naturaleza resulta ser de carácter improbable, ya que solo puede ser demostrado mediante acto sexual que deberá ser cometido por el cónyuge infractor. Esta causa es tan extrema que solo puede ser demostrada con el hijo procreado durante la infidelidad. Mencionó también el autor que las pruebas atípicas no son capaces de demostrar el adulterio cometido, ya que, si no fuese el hijo adulterino, deberá ser el acto sexual y ese medio probatorio será declarado prueba ilegal.

A partir de lo planteado por el segundo doctrinante se puede inferir que, bajo su concepción, la única prueba que puede probar el adulterio es la procreación de un hijo producto de esa relación sexual extramatrimonial, mientras que los demás medios probatorios, que no generen

convencimiento real o directo del acto sexual, pero que además vulneran el derecho a la intimidad, serán inválidos en el juicio de divorcio.

Por otra parte, lo que no lo transgrede simplemente permitirá al juez una inferencia del hecho, pero no logrará dar prueba concreta del acto.

Teniendo en cuenta lo ya expuesto en este trabajo, se evidencia que, en Perú, al igual que en Colombia, existe una dificultad probatoria en cuanto a la prueba idónea en los casos de la primera causal de divorcio. Esto en tanto si no se cuenta con la confesión, el único medio probatorio (aun siendo indiciario) es aquel que dé cuenta del reconocimiento de un hijo extramatrimonial. Es por este motivo que se considera que existe un obstáculo para llegar a probar los hechos dentro del proceso para el cónyuge afectado y se genera una mutación de causal dentro de los procesos de divorcio iniciados ante la jurisdicción.

Por último, Periche Abuhadba (2021) planteó que en los procesos de divorcio invocados por la causal de adulterio producto de la alta carga probatoria o ante la ausencia de una partida de nacimiento de hijo adulterino, las partes no cuentan con el medio probatorio idóneo, por lo tanto, deciden presentar nuevos medios probatorios que los jueces no suelen valorar debido a que no demuestran de manera fehaciente la consumación del acto sexual.

5. Doctrina colombiana

La Corte Constitucional en sentencia del año 2005 plantea que:

“Entre la pareja debe existir la fidelidad, el amor y el respeto mutuo, compromisos que adquieren los cónyuges de manera voluntaria al contraer el vínculo matrimonial. Los derechos que puedan llegar a tener los cónyuges de manera personal deben guardar coherencia con las obligaciones generadas mediante el matrimonio. Las relaciones sexuales extramatrimoniales vulneran los derechos a la dignidad e igualdad del cónyuge afectado.” (Corte Constitucional, Sentencia C 821 de 2005).

El autor Parra Benítez nos indica que la causal de relaciones sexuales extramatrimoniales se da cuando éstas se entienden completas y consumadas, no únicamente intentadas y además deben ser conscientes y voluntarias. (Parra Benítez, 2008)

Respecto a lo anterior, el autor Gordon, indica que esta causal se estableció con la finalidad de proteger los derechos del cónyuge que respetó los deberes conyugales; sin embargo, plantea el mismo autor, que, al ser las relaciones sexuales extramatrimoniales del ámbito íntimo de cada

persona, puede resultar muy difícil obtener una prueba para poder ser presentada ante el juez en el proceso contencioso de divorcio. (Gordon, 2017)

Con respecto a la dificultad probatoria de la que se hace referencia en el párrafo anterior, hay autores que se preguntan sobre la posibilidad de superar este impase mediante la valoración de los documentos digitales como evidencia dentro de un proceso, y es por esto que Gómez plantea:

“El documento digital también tiene una apariencia visible en la pantalla de los usuarios, relacionada con la fuente, tamaño, letras. Todo documento genera una evidencia la cual tiene relación con las propiedades del documento (datos, apariencia y comportamiento) y con las siguientes características: autenticidad, integridad lo cual hace referencia a que al documento no se le ha agregado o quitado información. Debe contar con ciertas características similares a las del documento físico, cumpliendo con lo establecido en la norma técnica NTC/ISO 15489-1 y que se refieren a la autenticidad e integridad.” (Gómez, 2019).

Esta idea está sustentada en la prueba digital que fue reconocida en Colombia desde la Ley 527 de 1999, sin embargo, en vigencia del Código de Procedimiento Civil, en su artículo 175 se consagró la existencia de evidencias que podrían encontrarse en medio digitales y que pudieran ser de importancia en una decisión judicial (Guzmán, 2016).

Lo anterior da pie a pensar que efectivamente en la doctrina colombiana se reconoce la posibilidad de que, en la aplicación real de la norma, las pruebas electrónicas cobren más valor dentro del proceso puesto que gozan de plena validez de cara a la norma que nos regula en la actualidad.

Esto nos lleva a evidenciar, que aunque se facilita probar las relaciones sexuales matrimoniales a través de la prueba digital, en la realidad colombiana se siguen presentando los mismos inconvenientes probatorios ya que los jueces las siguen tomando como meras pruebas indiciarias, a las cuales de una u otra forma les restan fuerza probatoria debido a que, como plantea Igartua Salaverria, *“La existencia de un hecho no puede ser deducida de indicios a menos que éstos sean graves, precisos y concordantes.”* (Igartua Salaverria, 2021); pero en el caso de las relaciones sexuales extramatrimoniales, estos indicios, para los juzgadores, no dan fe directa de la relación sexual; ya que en el caso de ser una prueba directa, como el caso de un video, trae consigo un protocolo para ser validada dentro del proceso y así no vulnerar derechos fundamentales de la

afectada por éste; reafirmando esto la teoría abordada en este trabajo, la cual indica que lo presentado en este tipo de procesos, a excepción de la confesión, siguen siendo indicios.

6. Análisis de casos

Al realizar una extensa búsqueda de pronunciamientos acerca de cómo conseguir una sentencia favorable frente a la pretensión de divorcio debido a las relaciones sexuales extramatrimoniales, se logró evidenciar que son muy pocos los procesos que se inician y terminan con fundamento en esta causal. Esto en tanto muchos de los que inician alegándola termina justificándose en una infidelidad moral que no encuadra en la primera, sino en la tercera causal o, por otro lado, se da por probada la misma, pero sin darse un debate probatorio de fondo como es el caso de los siguientes:

1. Proceso 05360311000220200018700 del Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Itagüí, en el cual el divorcio se concede por las causales primera y segunda.

En este proceso se solicita la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso, para lo cual la demandante alegó que en 2012 se había liquidado la sociedad conyugal, pero no se había llevado a cabo el divorcio. Además, adujo que desde 2015 el señor sostenía relaciones sexuales extramatrimoniales y que en 2018 el demandado se fue de la casa a convivir con esta persona dejándola a ella y a sus dos hijos menores sin ayuda económica. Por estas razones, la demandante indicó que se cumplieron los dos años de separación de cuerpos y, por lo tanto, se planteó en la demanda configurar las siguientes causales de divorcio:

7. Relaciones sexuales extramatrimoniales.
8. Grave e injustificado incumplimiento de los deberes como cónyuge y padre.
9. Separación de cuerpos por más de dos años.

En la contestación de la demanda, el demandado indicó al juzgado que no es cierto que se diera el abandono de hogar, pues él nunca ha abandonado la propiedad en tanto solo los separaba una pared y que, adicionalmente, no ha dejado de responder por sus hijos. Por otra parte, informó que quien llevó a cabo la infidelidad fue la demandante y que él tiene como pruebas una foto y una conversación de WhatsApp muy comprometedoras.

En ese sentido, el apoderado del demandado indicó en la contestación que se opone a que su mandatario sea declarado como el cónyuge culpable fundamentado en lo siguiente:

Se niega, no se admite, no se acepta esta pretensión, porque como se explicó en el hecho séptimo que, aunque ya opera la caducidad, por otra parte, no hay pruebas, no hay evidencia

documental, fílmica o de videos que demuestren la culpabilidad de mi representado, las expresiones enunciadas por la parte demandante carecen de fundamentos fácticos y jurídicos, la Corte Constitucional en su Sentencia C 985 de 2010, habla de caducidad. Estamos de acuerdo [en] que se decrete efectivamente la cesación de Efectos Civiles de Matrimonio Religioso, pero por la causal 8° del artículo 154 del Código Civil, “La separación de cuerpos, judicial o, de hecho, que haya perdurado por más de dos años”. (Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Itagüí, 2019)

Así, en audiencia inicial y como parte del proceso se llevó a cabo la conciliación de las partes y, asimismo, por medio de la grabación y al escuchar los hechos de cada parte, el juez evidenció que efectivamente llevan más de dos años separados de cuerpo, por lo que recomendó que la conciliación se diera por la causal novena del artículo 154, es decir, el consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez y reconocido por éste mediante sentencia. Sin embargo, al no lograr un acuerdo entre ambas partes sobre esta causal, se continuó con el proceso y el debate probatorio no se dio sobre las causales enunciadas principalmente, sino sobre la liquidación conyugal que se había realizado por cuanto la demandante indicó que firmó el documento desconociendo que no se hizo una correcta partición de los bienes que se consiguieron durante la vigencia de la misma, por lo cual el juzgado solicitó de oficio las siguientes pruebas:

1. El testimonio de dos personas.
2. Peritaje del ICBF para determinar el sufrimiento de los hijos.
3. Oficiar ante la Cámara de Comercio Aburrá Sur para expedir certificado de existencia y representación de un negocio que se obtuvo durante el matrimonio.
4. Oficiar ante la Cámara de Comercio de Medellín para que mediante perito determine cuáles son los ingresos del demandado en su negocio.
5. Se impone a ambas partes allegar todas las pruebas documentales que se mencionan en interrogatorios que estén en poder de cada uno.
6. Oficiar ante la DIAN para que allegue declaraciones de renta de los años 2018, 2019 y 2020 presentadas por el demandado.

En la sentencia el juzgado desestimó las excepciones presentadas por el demandado e indicó que, después de la valoración probatoria, la cesación de efectos civiles se concede por las causales primera y segunda del artículo 154 del Código Civil colombiano al señalar que, efectivamente, el

demandado incurrió en una infidelidad, porque sostuvo una relación sentimental y sexual con otra persona cuando aún compartía el techo con la demandante y, además, esto conlleva al incumplimiento de sus deberes de esposo. No obstante, no se realizó un análisis muy profundo de las pruebas documentales y testimoniales que se practicaron en el proceso, pues el debate probatorio versó básicamente sobre la liquidación de la sociedad conyugal y los alimentos. Empero, el juez dio por probada la infidelidad con unas fotografías donde el demandado se encuentra con su actual pareja con fecha en donde aún compartía el techo con su familia y, asimismo, a partir de mensajes vía WhatsApp en los que estaba registrada a la tercera persona bajo un nombre diferente, pero donde las conversaciones dan cuenta de que sostenían relaciones sexuales.

Con lo anterior se puede deducir que, efectivamente, mediante pruebas indiciarias —en este caso documentales— se puede llegar a probar la primera causal de divorcio, a saber, las relaciones sexuales extramatrimoniales, pero que el debate probatorio no es muy amplio al respecto, pues al no tener confesión como única prueba directa del hecho, se divaga entre las inferencias y la interpretación del juez fundamentándose en los documentos (mensajes de datos, fotografías y videos) y testimonios presentados en los procesos.

2. Proceso con radicado 05266311000120210049200 del Juzgado Primero de Familia de Oralidad de Envigado. En este se dio un pronunciamiento sobre la solicitud de divorcio de matrimonio civil fundamentada en que las partes contrajeron matrimonio en el mes de julio de 2019 y en agosto del mismo año el demandado viajó a otro país en búsqueda de un empleo que les permitiera mejorar su situación económica. Sin embargo, para el mes de mayo de 2020 la comunicación entre las partes, que hasta ese momento se daba de manera constante, comenzó a disminuir y para el mes de agosto 2020 el demandado le informó a la demandante de manera telefónica que estaba saliendo con otra persona y que no tenía intenciones de retornar al país.

Dentro de este proceso no se dio una contestación a la demanda y, por tanto, en junio de 2022 se dictó sentencia por parte del juzgado que, al respecto, citó a la Corte Constitucional en la sentencia C 821 de 2005 en relación con la primera causal solicitada. Por lo demás, esta sentencia señala lo siguiente:

Atendiendo a lo dicho, el numeral 1° del artículo 154 del C.C. prevé como una de las causales de divorcio, la que es objeto del presente juicio: "Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges". La misma es clasificada dentro del grupo de

las causales subjetivas, de naturaleza contenciosa, ya que con ella se censura el comportamiento del cónyuge infiel, debiendo el cónyuge afectado pasar a demostrar tal hecho ante el juez competente a través de los medios de prueba previstos en la ley procesal.

(Juzgado Primero de Familia de Oralidad de Envigado, 2020)

El origen y fundamento de esta causal es el incumplimiento por parte de uno de los esposos (hombre o mujer) de la obligación de fidelidad que surge con el matrimonio. Su promoción por vía judicial es potestativa del cónyuge inocente, quien tiene derecho a invocar el divorcio por dicha causal si dentro de su ámbito personal y familiar no le resulta aceptable la conducta del cónyuge infiel y considera que la misma afecta en forma irreconciliable la unidad familiar de vida.

Dentro de este proceso, y al analizar el juzgado los fundamentos presentados en la demanda para configuración de la primera causal, se planteó que lo único que reposa en el expediente como sustento de la misma es la manifestación realizada por la parte demandante en el hecho tercero de la demanda cuando indica que “el demandado empezó a salir con una mujer diferente a mi poderdante y decidió terminar la relación de más de siete años y quedarse en el país extranjero” (Juzgado Primero de Familia de Oralidad de Envigado, 2020). Asimismo, cuando subsanó los requisitos exigidos por el juzgado al decir textualmente que para “el mes de agosto del año 2020 luego de una conversación telefónica entre ambos, el demandado le confirmó a mi demandante que se encontraba saliendo con otra persona en ese país y en razón principalmente de este suceso decidieron terminar la relación” (Juzgado Primero de Familia de Oralidad de Envigado, 2020), sin que repose en el plenario solicitud de prueba alguna que refuerce tal afirmación.

Es por esto que el juzgado, si bien concedió el divorcio, lo hizo con fundamento en la causal octava, es decir, la separación de cuerpos, ya que a la fecha de la sentencia llevaban más de dos años separados; aun cuando al no presentarse la contestación de la demanda se podría hablar de una confesión ficta y de esta manera conceder el divorcio por la causal invocada.

Con fundamento en lo anterior se pudo evidenciar que, en los procesos de divorcio, el togado, en miras de resolver el conflicto, en algunas ocasiones hace caso omiso a las pretensiones de las partes, como se pudo conocer en el proceso, pues si bien se llegó a la pretensión principal que es divorcio, como bien lo dice la sentencia “se accede parcialmente a la súplica de la demanda toda vez que no se da por probada la relación sexual extramatrimonial”. Esto deja en evidencia que para el enjuiciador lo más importante es obtener del proceso una verdad procesal que le permita emitir un

fallo; dejando de lado la importancia de la verdad material, la cual para las partes inmersas en el caso puede llegar a ser su principal fin.

3. Proceso con radicado 63001311000220180040600 del Juzgado Segundo de Familia de Armenia donde se solicitó el divorcio de matrimonio civil por configurarse la causal No. 8 del artículo 154 del código civil colombiano sustentada en que, según el demandante, contrajo matrimonio civil con la demandada, de esta unión se procrearon dos hijos, ambos menores de edad; sin embargo, desde el día 10 de noviembre de 2015, de mutuo acuerdo, decidieron separarse de cuerpos de hecho.

La parte demandada contestó la demanda y formuló demanda en reconvencción aduciendo que, si bien está conforme con la declaración del divorcio, éste no se debe declarar por la causal invocada por el demandante, sino, por las causales 1, 2 y 3 del artículo 154 del Código Civil colombiano; y por lo anterior, solicita se condene al demandante a pagar cuota alimentaria en calidad de cónyuge culpable.

Sustenta su alegato en que el demandante faltó a los deberes como esposo y padre, al sostener relaciones sexuales fuera de matrimonio y procrear un hijo extramatrimonial; sucesos de infidelidad que fueron el motivo por el cual se dio la separación. Es importante aclarar que el demandado en reconvencción no contestó la demanda.

En el proceso inicial, el demandado alega el mutuo acuerdo por lo que no hay mucho acervo probatorio que analizar, pero en cuanto a la demanda en reconvencción, además de la separación de cuerpos aceptada por la demandante en reconvencción en el cuerpo de su demanda, se tiene la existencia de un hijo extramatrimonial nacido en vigencia del matrimonio.

Por lo anterior, en el análisis para emitir sentencia, el juzgado determina que, se encuentra demostrada la primera causal del artículo 154 del Código Civil, esto es, las relaciones sexuales extramatrimoniales, que se soportan en el nacimiento del hijo extramatrimonial del demandante principal ocurrido el día 3 de enero de 2018, esto es en vigencia del matrimonio y además resaltó que aun cuando la pareja para esa data estaba separada de cuerpos, “el matrimonio continúa vigente ya que (...) *la simple separación de cuerpos no autoriza a ninguno de los cónyuges a infringir esta obligación*” (sic).

Además, indica que el demandado en reconvencción desatendió la obligación de fidelidad que le asiste, “*mismo deber que se subsume en la causal de ultrajes, maltratamiento y tratos crueles, por*

cuanto este comportamiento genera una afectación psicológica en la víctima, como dolor y baja autoestima, soportando su argumento en lo señalado por el Consejo de Estado, en sentencia del 28 de julio de 2015.”

En este caso se logra evidenciar que las relaciones sexuales extramatrimoniales se logran probar mediante la relación de filiación que estableció en el proceso entre el demandado en reconvencción y el hijo que tuvo de forma extramatrimonial en vigencia del matrimonio contraído con la demandante en reconvencción; siendo esto una prueba indiciaria ya que la procreación del hijo pudo haberse dado de formas ajenas a las relaciones sexuales, como ya se había mencionado anteriormente en este trabajo, que en últimas son las que configuran la primera causal de divorcio.

4. Proceso con radicado 19001311000120190003300 del Juzgado Primero de Familia de Popayán donde el demandante solicita decretar el divorcio civil que contrajo con la demandada el 19 de abril de 2011 en la Notaría única de Melgar (Tolima) con fundamento en la causal 8 de artículo 154 del Código Civil y además declarar disuelta la sociedad conyugal conformada en virtud del matrimonio, esto adicionado a todo lo relacionado con la custodia, cuidado y manutención de la hija menor de edad que se procreó en vigencia del matrimonio.

Plantea el demandante que la convivencia se dio hasta mes de enero de 2017, fecha en la cual fue trasladado debido a su trabajo y por este motivo, la distancia hizo insostenible la relación de pareja y por tal motivo, desde ese momento la única relación que ha sostenido con la demandada es en razón a la hija que tienen en común. Para dar peso a su demanda solicita el decreto de algunos testimonios, pero estos no asisten al juicio.

En contestación de la demanda, la demandada no se opone al decreto del divorcio, siempre y cuando su decreto tenga fundamento en la primera causal, es decir, por tratarse de relaciones sexuales extramatrimoniales y, en consecuencia, se obligue al demandante al pago de alimentos como cónyuge culpable.

Señala la demandada que mantuvieron la relación de pareja hasta noviembre de 2018, lo que acreditó con pantallazos de sus redes sociales y fotos del teléfono celular del demandante donde se evidencia que durante los meses de abril, mayo y agosto se seguían comportando como cónyuges; además plantea que para noviembre de 2018 descubrió que su esposo “le estaba nuevamente siendo infiel”, y solo por este motivo se da la separación.

Se evidencia un error en el proceso, pues los alegatos de la parte demandada se dan dentro de la contestación de la demanda y no mediante demanda en reconvencción, por lo cual el juzgado niega el divorcio invocado por el demandante; esto pues el juzgado considera que el demandante, si bien solicitó el decreto de testimonio, estas personas no acudieron al juicio, siendo carga del demandante asegurar su comparecencia y demostrar que la convivencia matrimonial había terminado en la fecha indicada inicialmente.

Indican en sentencia que por el incumplimiento de su carga probatoria se tiene como consecuencia la denegación de las pretensiones incoadas, pues si bien la demandada no se opuso al decreto del divorcio, sí se expresó que la causal que lo configura era totalmente diferente a la invocada por la parte activa, aun cuando no se presentó demanda en reconvencción.

5. Proceso con radicado con radicado 2018-00212-01 El Tribunal Superior Del Distrito Judicial Sala Civil – Familia de Ibagué, se dispone a dar respuesta a un recurso de apelación interpuesto por la parte demandante quien fue declarado cónyuge culpable en primera instancia por el Juzgado Segundo de Familia del Circuito del Espinal - Tolima, el 07 de junio de 2019; dejando esto como consecuencia la obligación de pagar una pensión de alimentos a su ex esposa, ya que se había declarado en el proceso que sería el cónyuge culpable por sostener relaciones sexuales extramatrimoniales.

Las partes de dicho proceso, contrajeron matrimonio religioso el día 04 de julio de 1992, de dicho vínculo nacieron dos hijos quienes a la fecha ya son mayores de edad; Para el año 2012, las partes tuvieron una separación de hecho, pero se continuó con las responsabilidades económicas para con los hijos por parte del demandante.

Se dio inicio al proceso por la causal octava de divorcio en el año 2018, al cual en la contestación la demandada se opuso a todas las pretensiones de la demanda y formuló como excepciones de mérito *“la falta de legitimación por activa y la ausencia de los requisitos para la prosperidad de la pretensión”* y en demanda de reconvencción solicitó la cesación de los efectos civiles del matrimonio y la disolución de la misma por *“el grave e injustificado incumplimiento por parte del alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres”* además de la condena del demandado como cónyuge culpable a una sanción vitalicia por con fundamento en el incumpliendo del deber de fidelidad ya que este sostuvo *“relaciones sexuales extramatrimoniales”*

Se dio continuidad al proceso, se decretaron las pruebas solicitadas (interrogatorio de parte y testigos) y en audiencia de mayo de 2019 (la establecida en el artículo 372 del C.G.P) se procedió con los interrogatorios y escuchar a los testigos, y en sentencia el juez *“negó las pretensiones de la demanda inicial, declaró no probada la excepción de mérito propuesta por la parte demandada en reconvención, declaró probadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada en demanda principal y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda de reconvención.”*

En primera instancia se decretó probada la separación de cuerpos por más de dos años; una concurrencia de culpa frente el grave e injustificado incumplimiento de las obligaciones con el hogar *“por violación al deber de cohabitación y el segundo por el incumplimiento de socorro y ayuda mutua”* y se decretó que el demandante era culpable de sostener *“relaciones sexuales extramatrimoniales”* ya que mediante testimonio manifestó que actualmente sostiene una relación con otra mujer, aun en vigencia de su matrimonio.

El principal argumento para la apelación era que la demandada también sostenía *“relaciones sexuales extramatrimoniales”* ya que como lo había manifestado a lo largo del proceso, ella sostuvo una relación unos meses después de separarse, dando prueba esto de su incumpliendo al deber de fidelidad y por ende deslegitimando el pago de una pensión de alimentos por parte de demandante como cónyuge culpable.

la accionada en la demanda principal como accionante en la demanda de reconvención, en el año 2014 tuvo relaciones sexuales extramatrimoniales con persona diferente a su esposo (compartió techo, lecho y comida con el señor “X”, viviendo inclusive en el inmueble que mi poderdante le había comprado a su esposa, para que viviera con sus hijos, tal como ella lo manifestó en su testimonio) y el tampoco enervó la acción judicial respectiva, por lo tanto la misma no tiene asidero jurídico y teniendo en cuenta que los dos esposos incurrieron en la misma causal de relaciones sexuales extramatrimoniales, si es del caso, declarar la cesación de efectos, pero no sancionar con la cuota alimentaria ...

Finalmente, el tribunal denegó la existencia de la obligación ya que, aunque en el proceso no se estaba discutiendo el deber de fidelidad de la parte demandada, se evidencio (confesión y testigos) que ambos habían dado incumplimiento a tal obligación y por ende no hay lugar a dicha sanción.

Este tipo de procesos nos dan cuenta de la importancia que tiene probar el incumpliendo al deber de fidelidad en un divorcio, ya que la sanción de pagar una pensión de alimentos al cónyuge culpable puede marcar una gran diferencia entre las partes; por lo tanto, se evidencia una de las incógnitas que se han planteado a lo largo del trabajo, de si es suficiente una verdad procesal o por el contrario para las partes siempre va a ser necesario llegar a la verdad material.

6. Proceso con radicado 052663110001202100183-00 del Juzgado Primero de Familia de oralidad de envigado; en dicho proceso se solicitó la cesación de los efectos civiles de matrimonio religioso de una pareja que se casaron en marzo de 2011 y en el cual se dio una separación de cuerpos desde el mes de noviembre de 2020, ya que el demandado “abandonó el hogar definitivamente”. Las causales que se invocaron en el proceso fueron: Causal primera: “Relaciones sexuales extramatrimoniales estables y permanentes”, causal segunda: Grave e injustificado incumplimiento de los deberes que la ley le impone como padre y cónyuge”, causal tercera: “Ultrajes y Trato cruel y maltratamientos de obra” y la causal cuarta: “La embriaguez habitual”.

En dicho proceso también se estaba discutiendo el cumplimiento de la cuota alimentaria de la hija que hay dentro del matrimonio, ya que a la fecha no se estaba cumpliendo, por lo cual se solicita una reliquidación de la misma.

Desde el escrito de la demanda se puso en conocimiento que el demandado sostuvo una relación sentimental extramatrimonial desde antes de dejar el hogar, aproximadamente desde el 2019, presentado como hecho que los personajes en cuestión pasaban mucho tiempo juntos, ya que el demandado recibía ayuda con su tesis de maestría; en los demás hechos de la demanda se argumentaron las demás causales.

Durante el proceso se dio un amplio desarrollo a la discusión sobre el tema de problemas de alcohol por parte del demandado y las pruebas presentadas sobre las supuestas relaciones sexuales extramatrimoniales. Para probar esta primera causal fueron presentadas capturas de pantalla de chats del demandado con su hija, donde habla de las “nuevas novias”, también se adjuntan capturas de pantalla de publicaciones del demandado en su red social “Facebook” en donde se indicaba que se encontraba en una relación con otra persona y se hicieron publicaciones de diferentes fotografías, adicional a ello se presentaron durante la audiencia los testimonios de terceros, dando cuenta de la vida de soltero que se está dando el demandado, comentado de los viajes, las mujeres que constantemente salen del apartamento y demás comportamientos inusuales.

En el proceso se concede el divorcio por todas las causales solicitadas en el escrito de demanda; respecto a la primera causal se tuvo en cuenta las imágenes adjuntadas de fotografías, chats, testimonios y demás y se tomó como hecho fundante que el demandado no logró acreditar que en el viaje realizado a la ciudad de Cartagena de Indias con quien se presume su nueva pareja, se hospedaron en habitaciones diferentes, por lo cual partiendo de los señalamientos realizados por el abogado de la parte demandante, se evidencia en el desarrollo de la audiencia cómo se logró sembrar la duda en el juez, aun cuando la falta de la respuesta frente a este hecho por parte del demandado no da pie a hacer una inferencia lógica en cuanto si en dicho viaje durmieron juntos y mucho menos si se sostuvieron relaciones sexuales entre ellos.

Desde el punto de vista de este análisis, se determina que todas las pruebas que se presentaron en este proceso fueron indicios, que no daban lugar a configurar la primera causal y que ya que no se logró probar se debía mutar a la causal tercera, ya que todos los hechos evidencian una falta a la dignidad de la pareja y por lo tanto se está hablando de una configuración más clara de una infidelidad moral, además de las demás causales que fueron concedidas.

Conclusiones

Para empezar, es necesario considerar la consigna de que los jueces tienen como fin resolver los conflictos que se elevan ante ellos, pero una verdad que pueda estar sustentada por unos medios de pruebas que sean indudables, incontrastables e irrefutables, es decir, llegar a la “verdad procesal” para, de esta manera, cumplir con su tarea de impartir justicia. Con esto en mente es de resaltar que, una vez más, sale a la luz la discusión sobre las diferencias que existen entre la realidad —verdad real— y lo que se logra probar. En palabras de Ferrajoli (2006), la estimación de la realidad depende de su apreciación metodológica y, en este sentido, existen dos corrientes que estudian el momento objeto de la prueba que conducirán a la realidad que deriva y que puede tener una distancia con la verdad objetiva.

Lo anterior se evidencia aún más con la falta de diversidad probatoria, puesto que, si bien se tienen todos los medios probatorios disponibles, solo uno tiene una relación directa con las mencionadas relaciones sexuales extramatrimoniales, los demás se basan en indicios que pueden llevar a esta conclusión, pero que no dan cuenta del hecho en sí. Incluso, el hecho de alegar la existencia de un

hijo por fuera del matrimonio es una prueba indiciaria, que, aunque quizá sea el medio probatorio más elocuente, no prueba por sí mismo la relación sexual extramatrimonial.

Para los procesos de divorcio que surgen desde la primera causal, esta es una discusión que se presenta con bastante frecuencia, por lo que se podría concluir que entre los tantos vacíos presentados se incurriría en una falta a la verdad verdadera dando un papel protagónico a la verdad procesal, razón por la cual en la mayoría de los casos se desdibuja esta causal y se entra a terrenos diferentes. Esto, a su vez, permite finalizar el proceso con la terminación del vínculo matrimonial, pero deja en entredicho la ocurrencia o no de una relación sexual extramatrimonial, donde, a fin de cuentas, es una verdad que solo es reclamada por las partes o por la parte que se conoce como víctima, quien vio comprometida su integridad emocional y dignidad, y que puede llegar a sentirse revictimizada solo por el hecho de tener que revivir dichos sucesos y que los mismos no puedan ser reconocidos.

Por lo anterior, resulta necesario replantearse si en estos casos cumplir con el fin del proceso es más que suficiente o, si, por el contrario, es menester realizar unas cuantas modificaciones para buscar la forma en que se pueda hablar en una misma línea de la verdad procesal y la verdad real, logrando de esta forma probar de una manera idónea y lícita los hechos con el fin de entregar al cónyuge víctima esa tranquilidad.

Ahora bien, con relación a los medios probatorios usados para probar esta causal, se considera que, efectivamente, se da una libertad probatoria, es decir, quien presenta la prueba en el proceso puede incluir pruebas documentales, testimoniales, periciales, etc. Sin embargo, cuando no se trata directamente de la relación sexual, siempre serán pruebas indirectas y, por ende, se convertirán únicamente en indicios dentro del proceso. Es por esto por lo que la jurisprudencia colombiana plantea, frente a las pruebas indiciarias dentro del proceso de divorcio, que estas sí demuestran una infidelidad, pero moral, enmarcada dentro de las previsiones de la tercera causal de divorcio, es decir, el trato cruel, puesto que los procederes referidos sí pueden significar desdén por el deber de fidelidad y afrenta al otro cónyuge.

Aunado a lo anterior, se debe considerar que, independientemente de esta libertad probatoria y del hecho de que sean indicios los que se logren probar en el transcurso del proceso, se debe dar siempre respeto a la legalidad y constitucionalidad de los medios probatorios pedidos. Esta valoración la hace el juez incluso antes de analizar el contenido que se aporta al proceso, puesto

que si es una prueba que transgrede el debido proceso o algún derecho fundamental de la contraparte, deben ser excluidos de la valoración probatoria y la sentencia no puede estar basada en este medio probatorio. Respecto a lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia T 916 de 2008 planteó lo siguiente:

Ha dispuesto una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 916 de 2008)

En la misma providencia la Corte señaló:

Uno de los medios de comunicación privada que cobra especial importancia en la actualidad con el surgimiento de la informática es el correo electrónico, sobre el cual, dada la complejidad de la realidad actual exige una aproximación a la intimidad que tenga en cuenta los diversos aspectos que la contempla, entre los cuales se halla el derecho a controlar la información acerca de uno mismo. Por tratarse entonces de un dispositivo que tiene un ámbito privado, es que la regla constitucional prevista en el artículo 15 Superior, referida a la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada, tiene total aplicabilidad cuando se trata de correos electrónicos, pues se trata de una forma de comunicación entre personas determinadas, siendo solamente posible su interceptación o registro, (i) mediante orden de autoridad judicial, (ii) en los eventos permitidos en la ley y (di) con observancia estricta de las formalidades que la misma establezca. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-916 de 2008)

Sin embargo, es importante resaltar que la legislación colombiana reconoce la primera causal de divorcio como una causal subjetiva, pero, además, que en cuanto a la infidelidad habla de infidelidad material y moral. Es por esto por lo que dentro de las decisiones judiciales por la primera causal los operadores de la justicia pueden mutar entre infidelidad material y agresión a la pareja (tercera causal). Lo anterior genera una total ventaja para el cónyuge inocente, pues sería un

retroceso que, si no se lograra probar la primera causal en el proceso de divorcio, se viera obligado a iniciar un nuevo proceso por la causal que más se acople, en este caso la tercera causal.

Asimismo, es posible concluir, con base en lo analizado en el presente artículo, que si bien en Colombia existe una libertad probatoria en los procesos judiciales también es cierto que se genera un vacío respecto a la forma de probar la causal de relaciones sexuales extramatrimoniales. Esto en tanto el juez debe valorar las pruebas legalmente presentadas en el proceso, las cuales, a su vez, deben tener una relación directa con el hecho que se busca probar. Esta situación se ve limitada cuando se habla de una prueba que busque el convencimiento del juez en cuanto a una relación sexual extramatrimonial, pues en muchas ocasiones aquellas que efectivamente la tienen, pueden llegar a ser violatorias de derechos fundamentales como el debido proceso por su obtención ilícita o por vulneración del derecho a la intimidad de quienes se encuentran inmiscuidos en estos medios probatorios.

Finalmente, se puede concluir que en Colombia, la confesión como prueba directa, es la más idónea para probar esta causal, las demás, son pruebas indiciarias que le permiten al juez llegar a resolver el conflicto de forma positiva o negativa, con cierto convencimiento de los hechos allí planteados; lo anterior, se traduce en una dificultad probatoria para esta causal y es por esto por lo que en la mayoría de los casos muta la primera causal en la tercera, para aducir que en el proceso se logra probar una infidelidad moral (tercera causal) más no material, es decir, una relación sexual extramatrimonial (primera causal), lo que lleva a la discusión anteriormente planteada sobre “*verdad real*” o “*verdad procesal*”.

Referencias

- Aponte Rutti, A. & Salvador Capcha, B. (2019). *La valoración de pruebas atípicas en el divorcio por causal de adulterio en la provincia de Huancayo, 2017*. [Tesis de pregrado en Derecho]. Huancayo: Universidad Peruana Los Andes.
- Bossert, G. & Zannoni, E. (2004). *Manual de derecho de familia*. Buenos Aires: Editorial Astrea. Código Civil de Cundinamarca.
- Concilio Vaticano II *Gaudium Et Spes*, 48:1.
- Congreso de la República de Colombia. (1976). Ley 1 del 19 de enero de 1976. Diario Oficial No 34.492. [Por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regulan la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico...]. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1992). Ley 25 del 17 de diciembre de 1992. Diario Oficial No 40.693. [Por la cual se desarrollan los incisos 9, 10, 11, 12 y 13 del artículo 42 de la Constitución Política]. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley 1564 del 12 de julio de 2012. Diario Oficial No 48.489. [Por la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones]. Colombia.
- Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1873). Ley 84 del 26 de mayo de 1873. Diario Oficial No. 2.867. [Por la cual se crea el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia]. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C 1495 del dos de noviembre de 2000. *M.P.: Álvaro Tafur Galvis*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C 660 del 8 de junio de 2000. *M.P.: Álvaro Tafur Galvis*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia C 821 del nueve de agosto de 2005. *M.P.: Rodrigo Escobar Gil*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2007). Sentencia T 233 del 29 de marzo de 2007. *M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia T 916 del 18 de septiembre de 2008. *M.P.: Clara Inés Vargas Hernández*. Colombia.

-
- Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C 886 del 11 de noviembre de 2010. *M.P.: Mauricio González Cuervo*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia C 577 del 26 de julio de 2011. *M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia T 967 del 15 de diciembre de 2014. *M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado*. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Constitución Política de Colombia. [Actualizada con los actos legislativos a 2016]. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2017). Sentencia C 394 del 21 de junio de 2017. *M.P.: Diana Fajardo Rivera*. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. (2017). Sentencia STC 6507 del 29 de marzo de 2017. *M.P.: Ariel Salazar Ramírez*. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. (2020). Sentencia SC 780 del 10 de marzo de 2020. *M.P.: Ariel Salazar Ramírez*. Colombia.
- Decreto Legislativo 768 de 1992 Perú.
- Gómez Agudelo, D. (2019). Implicaciones jurídicas de la evidencia digital en el proceso judicial colombiano. in ratio juris.
- González, E. (1989). *Manual de derecho romano*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Gordon, D.; Sandoval, O. (2007). Aspectos positivos de la nueva reglamentación del divorcio en Barranquilla. [Tesis de pregrado en Derecho].
- Guzmán Caballero, A. (2016). La valoración de la evidencia digital en el Código General del Proceso. *Ámbito jurídico*.
- Hipp, T. (2006). Orígenes del matrimonio y de la familia modernos. *Revista Austral de Ciencias Sociales*. 11(4), 59-78.
- Igartua Salaverria, J. (2021). Indicios, duda razonable, prueba científica (Perspectivas sobre la prueba en el proceso penal. Editorial Tirant Lo Blanch, 41.
- Juzgado Primero de Familia de Oralidad de Envigado. (2020). Proceso No 05266311000120210049200. Colombia.

Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Itagüí. (2019). Proceso No 05360311000220200018700. Colombia.

Juzgado Segundo de Familia de Armenia. (2018). Proceso No 63001311000220180040600. Colombia.

Juzgado Primero de Familia de Popayán. (2019). Proceso No 19001311000120190003300. Colombia.

Mateo 19:6 Nueva Traducción Viviente

Medina Pabón, J. (2010). *Derecho civil. Derecho de familia*. Bogotá D.C.: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

Mendizábal Gallegos, P. (2020). Responsabilidad civil solidaria del tercero en divorcio por causal de adulterio. *Revista de la Facultad de Derecho UNAP*. 61-72.

Monroy Cabra, M. (2017). *Derecho de familia, infancia y adolescencia*. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del profesional.

Morales Acacio, A. (2013). *Lecciones de derecho de familia*. Bogotá D.C.: Leyer.

Pardo, E. (8 de abril de 2017). *WhatsApp y redes sociales como medio de prueba*. Asuntos legales: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/estefanny-pardo-515736/whatsapp-y-redes-sociales-como-medio-de-prueba-2494391>

Parra Benitez, J. (2008). *Derecho de familia*. Temis

Periche Abudhaba, S. (2021). *Valoración de las pruebas atípicas para probar la causal de adulterio en el proceso de divorcio*. [Tesis de pregrado en Derecho]. Chimbote: Universidad César Vallejo.

Quevedo Gamboa, P. (2015). El adulterio como causal de divorcio en el Perú vs la tutela jurisdiccional efectiva. [Tesis de pregrado en Derecho]. Universidad Privada del Norte.

Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Civil – Familia de Pereira Risaralda, en Acta No 458 del 25 de octubre de 2011.

Zuluaga Ramírez, F. (1991). José María Obando: traición, rebelión y omisión. *Credencial Historia*. 19, 1-9.