

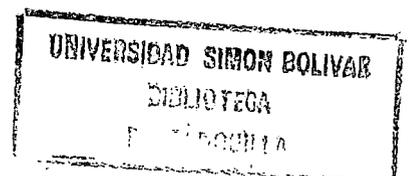
LA INSTITUCION MATRIMONIAL Y EL
DIVORCIO EN COLOMBIA.

ELCY H. ESPITIA LOZANO

Trabajo de Grado presentado como re
quisito parcial para optar el Título
de Abogado.

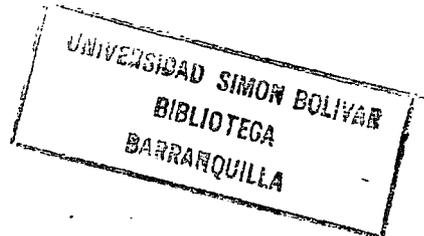
Director: BLAS CASTILLO DIAZ

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL
DESARROLLO SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
BARRANQUILLA, DICIEMBRE 22 DE 1986



4034311

DZ = 0768



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

BIBLIOTECA

BARRANQUILLA

RF-4034311

No. INVENTARIO 369

PRECIO

FECHA

GANJE

21 FEB 2008

DONACION

BLAS CASTILLO DIAZ

Abogado Titulado

Calle 36 No. 43-91

Oficina 209

Teléfono: 414054

Barraquilla

Barranquilla, Diciembre 12 de 1.986

Señor Doctor

CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ,
Decano de la Facultad de Derecho.
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL
DESARROLLO " SIMON BOLIVAR ".
E. S. D.

Apreciado Doctor:

Me permito rendir concepto favorable acerca del trabajo de tesis presentado por la egresada ELCY HORTENSIA ESPITIA LOZANO, intítulado " La institución Matrimonial y el divorcio en Colombia, por tratarse de una investigación seria y profunda, que la futura profesional presenta en diez (10) capítulos, en los cuales concatenadamente analiza esta institución, ubicando para ello a la familia en los diferentes estadios de la civilización, estudiando sus características y circunstancias que la afectan, como el desempleo en la era actual, logrando hacer también un análisis jurídico del matrimonio y el divorcio, para finalmente aportar sus propias conclusiones sobre el tema.

Dejo de ésta manera cumplida la labor que usted tuvo a bien asignarme.

Atentamente,



BLAS CASTILLO DIAZ

T.P. 26.989 del Minjusticia.

c.c.# 7.414.502 de Barranquilla.

T
346.016 861
E.77

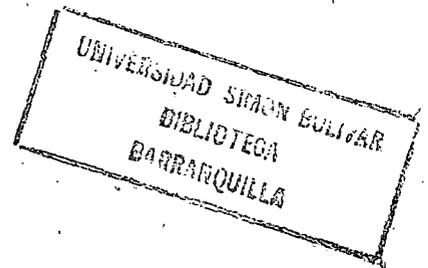
Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Diciembre 22 de 1986



PERSONAL DIRECTIVO

RECTOR : DOCTOR JOSE CONSUEGRA HIGGIS

DECANO : DOCTOR CARLOS LLANOS

VICEDECANO : DOCTORA EMILIA DAZA VIUDA DE PULGAR

Secretario General : DOCTOR RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA

Presidente de Tesis : BLAS CASTILLA DIAZ

DEDICATORIA

- A Mi padre BENITO ESPITIA, quien siempre soñó este acontecimiento y me brindó todo su apoyo para lograr este triunfo y hoy poder gozar de esta gran labor.
- A Mi madre SERAFINA LOZANO DE ESPITIA, por su apoyo moral y espiritual embriagado de amor y cariño.
- A El Doctor CARLOS LLANOS, por la confianza puesta en mi y por haber me llevado al logro obtenido.
- A Mis grandes Amigos y Compañeros de curso: IRIS MUÑOS BUELVA y DINO MANCO LORA, por su gran colaboración y por el empuje que me dieron con desinteresada voluntad.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION

1. LA FAMILIA, HISTORIA Y EVOLUCION
 - 1.1. SALVAJISMO, BARBARIE Y CIVILIZACION
 - 1.1.1. Salvajismo
 - 1.1.2. Barbarie
 - 1.1.3. Civilización
2. LA FAMILIA EN COLOMBIA
 - 2.1. LA FAMILIA MODERNA
 - 2.2. FENOMONOS QUE AFECTAN LA INSTITUCION FAMILIAR
 - 2.2.1. Explosión Demográfica
 - 2.2.2. Aborto
 - 2.2.3. Economía Familiar
 - 2.2.4. Desempleo
 - 2.3. BIGAMIA, CONSECUENCIAS PENALES
3. FAMILIA NATURAL
 - 3.1. CONCUBINATO O UNION LIBRE
4. DEL MATRIMONIO
 - 4.1. DEFINICION



- 4.2. ANTECEDENTES HISTORICOS
- 4.3. ESPONSALES
- 5. MATRIMONIO CATOLICO
- 5.1. MATRIMONIO CANONICO
- 6. MATRIMONIO CIVIL
- 6.1. CELEBRACION
- 6.2. INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO
- 6.3. NULIDAD DEL MATRIMONIO
- 6.4. EFECTOS DEL MATRIMONIO
- 6.5. LEGISLACION COMPARADA
- 6.5.1. Código Civil Italiano
- 6.5.2. Código Civil Austriaco
- 6.5.3. Código Civil Belga
- 6.5.4. Legislación Soviética
- 7. EL DIVORCIO
- 7.1. NOCIONES GENERALES
- 7.2. ANTECEDENTES HISTORICOS
- 8. CAUSALES DE DIVORCIO
- 8.1. PRIMERA CAUSAL
- 8.2. SEGUNDA CAUSAL
- 8.3. TERCERA CAUSAL
- 8.4. CUARTA CAUSAL
- 8.5. QUINTA CAUSAL
- 8.6. SEXTA CAUSAL

8.7. SEPTIMA CAUSAL

8.8. OCTAVA CAUSAL

8.9. NOVENA CAUSAL

9. PROCESO DE DIVORCIO

9.1. ACCION, DIVORCIO, TRAMITE

9.2. MEDIDAS PREVENTIVAS

9.3. DEMANDA DE RECONVENCION

9.4. AUDIENCIA DE CONCILIACION

9.5. SENTENCIA

9.6. EFECTOS DEL DIVORCIO

10. DIVORCIO EN EL EXTERIOR

10.1. EFECTOS

CONCLUSION

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

En los últimos 10 años, nuestra legislación familiar ha venido sufriendo una serie de transformaciones reformistas y modernistas tendientes a estabilizar y dar una mayor solución a la aguda crisis sufrida en nuestros tiempos por la familia, y es así como hemos observado los cambios radicales presentados en instituciones que eran consideradas como sólidas e irreformables. Es así como la indisolubilidad del matrimonio, principio moral y filosófico de nuestros antecesores fue roto con la Ley 1 de 1976 que creó el divorcio vincular para los que hayan celebrado matrimonio civil. Las personas bautizadas en la Iglesia Católica estaban obligadas a celebrar matrimonio conforme al Código de Derecho Canónico; en razón de ello, el matrimonio civil, el cual está en boga en nuestros días, se encontraba antes al alcance de los infieles hasta que la Ley 20 de 1974, por medio de la cual se instituyó el Concordato Estado-Santa Sede, autorizó el matrimonio civil para los católicos, reconociendo y otorgándole al matrimonio católico, plenos efectos civiles.

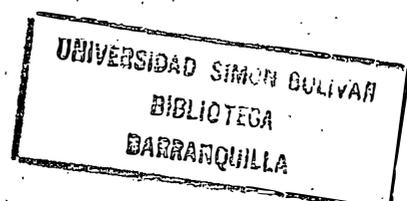
Y a partir de la Ley 1 de 1976, aumentaron los matrimonios civiles y disminuyeron los católicos, como consecuencia del estado de ostracismo en que entraba este último.

Cuales son las consecuencias que han llevado a los colombianos a desmenbrar la solidez a que estábamos acostumbrados a mantener el matrimonio?

Para ello, he dividido este trabajo en 4 partes así: En la primera parte, he de tratar la Familia, desde sus primeras manifestaciones de vida, su evolución, sus diferentes formas de adopción, para llegar a estudiar con un profundo análisis su paso por la historia y su evolución. De ahí, conocido el concepto genérico de lo que es la familia, es menester entrar en nuestro territorio, y analizar a la familia en Colombia, con los principales fenómenos modernos que afectan esta institución. Digo modernos, porque a raíz de su aparición, y sin llegar a desconocerlos, se han venido filtrando en todas las familias colombianas, que son las que nos interesan y la han llevado a ahondar una crisis, que debido a la inmadurez de nuestros matrimonios la deja sumida en el fracaso y en el desconcierto social. De ahí la razón, por la cual el concubinato y la unión libre ha venido aumentando en forma considerada y por cierto peligrosa ante el desamparo legal que ella tiene, sin miramiento de las consecuencias que trae su ploriferación.

En segundo lugar, he de traer el tema del matrimonio. Cuáles son las clases de matrimonio que existen en nuestra legislación (canónico y civil). Se traera de estudiar legalmente le proceso del matrimonio, su etapa de predaptación y sus formas de constitución vista desde las legislaciones del Código de Derecho Canónico y el Código Civil y sus normas concordantes; forma de celebración y elementos esenciales para su perfeccionamiento y su nacimiento a la vida jurídica.

En tercer lugar, vendrá el tema del divorcio; Cuáles son los antecedentes históricos que motivaron su apareamiento en nuestra legislación.



Cuales han sido las legislaciones que sirvieron de base a nuestros dirigidos para sacar la Ley 1 de 1976.

Tratar el tema del divorcio en forma histórica y genérica, no da resultado, pues es necesario saber que creó y que se creó con él. Las causas establecidas por el Art. 4 de la Ley 1 de 1976, una a una las he analizado, tratando lo más posible de entrañar su contenido jurídico y la razón de que estas aparezcan en nuestro medio.

Por último, la conclusión o concepto de nuestro trabajo. Tal vez este título lo considere el más importante de todo lo escrito, pues en este, a pesar de ser sencillo y corto, he planteado mis consideraciones personales sobre los temas entrañados.

He de agradecer a todos los estamentos de la Universidad SIMON BOLIVAR, a sus Directivas, a los Profesores de quienes tuve el agrado de ser su discípulo, a mis compañeros a quienes vi luchar y salir conmigo. A quienes vienen a ocupar nuestro puestos, porque su posición sea más laboriosa y más provechosa para nuestra Universidad.

1. LA FAMILIA

1.1. SALVAJISMO, BARBARIE Y CIVILIZACION

1.1.1. Salvajismo

Durante este período, el hombre poco se distinguía de los animales, al observar su modo de proceder, diferenciándose de ellos únicamente por su caminar erguido, y por su alimentación que antes de ser carnívora, básicamente se componía de frutas, raíces. Su vivienda consistía primariamente en las ramas de los árboles y las cuevas que hacía de ellas su habitación, formadas únicamente por hechos de la naturaleza. De esta forma, no se encuentra una estructura sólida de la familia, por no haberse instituido en lo más mínimo.

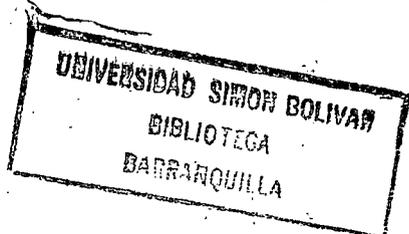
En esta etapa surge, lo que sociólogos y antropólogos han denominado, la promiscuidad; donde se practicaba el acto sexual sin distinción de sangre, es decir practicando lo que hoy comúnmente conocemos en el ámbito penal como incesto, situación que se presenta por la carencia de una estructura moral idónea capaz de comprender la vinculación del hombre con el hombre a través de la familia.

Como una resultante de la promiscuidad, es resaltable el surgimiento de una imagen de familia en formación como es la Familia Consanguínea,

pero en términos abstractos implica la existencia de relaciones sexuales entre padres e hijos etc.

Como observamos, la Etapa del Salvajismo, se remota exclusivamente, al referirnos a la institución familiar, a el desarrollo por parte del hombre, de una conducta casi animal, donde solo el instinto movido por motivos naturales, es lo que le ha caracterizado, sin diferenciarlo de los animales irracionales, excepto por algunos caracteres como el sistema motriz, etc. pero en lo relacionado con sus actos sexuales, sin diferenciar progenitores o hermanos de sangre. Al detenernos a leer a Morgan, vemos como este divide la evolución de la institución familiar en tres etapas, en la primera de las cuales aparece ubicado el Salvajismo, donde nos señala la existencia de una falta de organización familiar, surgiendo de este modo la promiscuidad y como consecuencia de ello fomentándose la pologamia y la poliandria. En esta época surge, para el hombre, el empleo de autensilios elaborados manualmente, tales como el arco y la flecha, los cuales le permiten cazar y así desarrollar su instinto humano. Aparece el matriarcado como forma primaria de gobierno familiar. La madre atiende a sus hijos en todo momento y en torno suyo girar el hogar.

Al concluir esta etapa inferiro, podemos señalar con absoluta certeza, que en ella se presentan rasgos de desarrollo intelectual lo que nos permite afirmar, al igual que Morgan, la existencia de tres estadios como el los señaló. En el primero, es la plena comparación del hombre y el animal, en sus instinto, en su conducta en su forma de desenvolver



se sexualmente, donde tal como lo enunciamos, el hombre no comprendía la naturaleza de sus actos y la razón de su existencia.

Luego, en el Estadio Medio, sin remitirnos tanto a analizar de fondo esta situación, enunciamos a Engels quien nos dice: "Los grupos conyugales se clasifican por generaciones, todos los abuelos y las abuelas en los límites de la familia, son maridos y mujeres entre sí, lo mismo sucede con sus hijos, es decir con los padres y las madres, los hijos de estos forman, a su vez, el tercer círculo de conyuges comunes: y sus hijos, es decir, los bisnietos de los primeros, el cuarto".(1)

Entonces surge el desarrollo intelectual en el hombre, no se presenta más aquellas costumbres animales en forma tan notable y bien en las agrupaciones de familia.

Por último, en el Estadio Superior de esta etapa, las progenitoras hacen uso de sus instintos maternales, pasa a ocuparse de sus hijos hasta el desarrollo de su forma de conservación, donde deben defenderse por sí solos.

1.1.2. Barbarie

El hombre comienza a crear y con ello la fascinación de sus inventos lo llevan a seguir pensando más en la creación de utensilios que le puedan ser útiles.

(1) Fedreico Engels. -Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado, Editorial Progreso, Moscú 1976. Pág. 33.

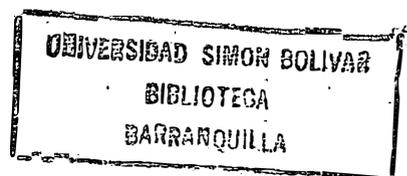
Prehistóricamente la barbarie se inicia con la utilización de la piedra pulimentada y por ende se presenta una verdadera forma de vida humana.

Los bruscos cambios en la naturaleza, tales como las variaciones en el clima, el surgimiento de una rica flora, hacen del hombre un ser que traslada su forma de vida nómada, a una sedentaria, donde comienza a desarrollar importantes labores que lo llevan a conocer la agricultura.

Con el trabajo manual, se va puliendo la piedra, comienza a trabajar el barro y con ello surge el arte de la alfarería. Sus principales alimentos lo sustentan de la pesca y la caza.

Con la aparición de las selvas y los bosques, la desaparición de numerosas especies y la aparición múltiple de animales domésticos tales como el caballo, los porcinos, el ganado vacuno y el perro, animales que fueron multiplicándose en forma considerable, el hombre comienza a formar su casta social y es por ello que aparecen las aldeas como primeras organizaciones sociales. Esta a su vez fué conformándose en tribus las cuales se someten a la jefatura de un consejo de ancianos.

En desarrollo de lo anterior con la construcción de rústicas viviendas, el conocimiento del fuego, la domesticación de animales bravos (algunos) y la utilización de la piedra, el hierro, el arado y la reja, el hombre puede permanecer cerca de su casa, procurándose sus alimentos y por ello, que puede decirse con absoluta certeza, que aparece en la humanidad la Historia, basada en primitivas poblaciones.



Aparece la unión por grupos. Autores como Engels, Moret, Spencer, basándose en las investigaciones realizadas por Morgan, sostienen que durante esta etapa existe una verdadera evolución de la familia, la cual se organiza por grupos.

1.1.3. Civilización

Con la aparición de las primeras grandes poblaciones, aparece el incremento del comercio el que se desarrolla en forma rápida, a través del trueque y más tarde la moneda. Nace la industria metalúrgica en la historia, aunque a pesar de todo se desconoce el instante en que el hombre comenzó a trabajar el metal. Con la orfentería y la creación del bronce, aleación del cobre y el estaño, surgen las armas modernas, la rueda y el carruaje, el adelanto en la navegación. Políticamente, surgen los gobernantes quienes contribuyen al apogeo del Estado y tiene su mayor alcance en la polis-griega o ciudad estado.

Luego con todos estos cambios, han de surgir nuevos sistemas de agrupación familiar. En razón de ello, se establecen diferencias entre la Familia Natural y la Familia Legítima.

La destacada marcación de aspecto de orden jurídico crean los parentescos de afinidad y consanguinidad, con intereses comunes de naturaleza patrimonial, cultural, social y política. El paso de la promiscuidad al trabajo por parejas, fue consecuencia nata de la aparición de la propiedad privada sobre la propiedad colectiva. El matriarcado, institución de notable marcación en la etapa del salvajismo, queda prácticamente

acabada y de ella se atravieza directamente al patriarcado, el cual, al evolucionar la Sociedad, quita el poder absoluto a la mujer quien pasa a ser simplemente compañera del hombre, jefe del hogar. Es así como comienza la monogamia, la unión de un solo hombre con una mujer.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

2. LA FAMILIA EN COLOMBIA

2.1. LA FAMILIA MODERNA

Durante el desarrollo de este trabajo, no hemos hecho cosa distinta que hacer mención a la familia, en sus diferentes formas su evolución, etc, sin detenernos un instante para preguntarnos. Qué es la familia?

Bien, al respecto, son innumerables las definiciones que dan a ella, algunas de las cuales vamos a enunciar las que sean de mayor interés, especialmente en lo tocante con esta materia.

En un uso restringido, familia se define como "el grupo social de padres e hijos que forman la comunidad doméstica", pero en sentido amplio, se habla de que la familia es "un conjunto de personas que, descendido de un tronco común, se hallan unidas por los lazos de parentesco".

Si nos remitimos a aceptar la definición de familia en sentido amplio, observamos que esta carece de todo significado social y más de toda significación jurídica, pues esta vendría a subdividirse en grupos de familia que compondrían una familia. Por ello, aceptamos a la familia, tal como la definimos en sentido restringido, por comprender realmente esta, al padre, la madre y los hijos, independiente de los primos, abuelos, nietos, tíos, etc.

El derecho colombiano, se sirve del concepto restringido y tiene en cuenta, los rasgos que la caracterizan.

Si el padre y la madre se encuentran ligados por el matrimonio, estaremos ante una familia legítima, si no existe el matrimonio será una familia natural o extramatrimonial. Si dentro de la familia, se suceden adopciones de cualquier índole, entonces esta se denominará familia adoptiva.

Josser And, decía que la familia era una institución necesaria y sagrada. Ninguna comunidad social podía concebirse, sin que entre el individuo y el Estado se interpusiera ningún grupo social.

Por su parte, Henri León, y Jean Mazeaud afirman que "La familia es la célula social por excelencia".

La declaración universal de los derechos del hombre, de 1948, de las Naciones Unidas, dice: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (Art.16, parr.3o.).

Ahora: Si vamos a tratar la familia como una institución sino como se le conoce jurídicamente (Derecho de Familia), observamos en, sentido estricto, que este no es una rama del derecho al estilo del Derecho Civil, Penal, Laboral, etc. Más bien consiste en un conjunto de normas jurídicas de contenido personal y/o patrimonial cuyo objeto específico es la regularización de la organización, existencia y disolución de la familia, al igual que de las relaciones interpersonales derivadas de los vínculos

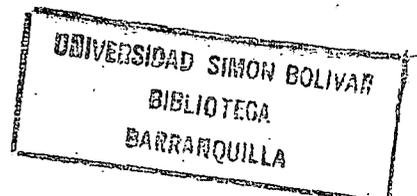
familiares.

En nuestro medio, ha venido denominándose al Derecho de Familia a un conjunto de normas dispersas en distintos códigos y promulgadas en épocas distintas con criterios particularizantes.

Aunque la mayoría de estas disposiciones se hallan incluidas en el Código Civil Colombiano y Leyes complementarias, también es cierto que el nuevo Código Penal y el Sustantivo del Trabajo regulan algunos aspectos cuyo tratamiento especial se explica por la importancia que se le ha concedido a la familia a través de toda la historia legislativa del país, considerándola como célula social básica.

Razones hay, para encontrar la mayoría de las normas que componen del Derecho de Familia se encuentran en la legislación civil, tradicionalmente considerada como el pilar del derecho privado, pues ella es la que se ocupa principalmente de la regulación de las relaciones personales entre conyuges y entre estos y los demás integrantes de la familia, incluso las relaciones de los padres con sus hijos extramatrimoniales, etc.

Una situación como esta nos demuestra cuan corta se queda la tradicional distinción entre derecho público y derecho privado, pues en lo que respecta al derecho de familia la mayoría de sus normas son de orden público, al decir de los tratadistas, o sea que se trata de normas de derecho privado pero de imperativo cumplimiento, pues no pueden ser desconocidas en ningún momento por la voluntad unilateral de las personas, ni aún por medio de acuerdos privados.



El celo del Estado en la protección de la familia, explica la profusión de normas civiles, penales y laborales, que reconociendo ante todo el status de la familia, la institucionalizan cada vez más y no permiten que sus componentes se sustraigan al imperio de las normas pertinentes, pues sus actos o acuerdos particulares se tiene, salvo con todas excepciones, como no realizados cuando se desvían de las pautas fijadas por las leyes.

Para continuar con los aspectos que caracterizan a la familia moderna, nos remitimos a aceptar el mencionar los grandes cambios presentados en la década del 70, en materia de legislación familiar, así:

Ley 1 de 1976 acabó con indisolubilidad del matrimonio, el establecer el divorcio en el matrimonio civil.

Ley 20 de 1974 autoriza el matrimonio civil, sin tener en cuenta la religión que se profese.

Decreto 2820 de 1974 se establece la igualdad de derechos entre la mujer y el hombre.

Ley 5 de 1975 reglamentó la adopción.

La familia moderna se caracteriza por ciertas acotaciones que sobresalen con el devenir de los tiempos, entre las cuales debemos enunciar:

- La monogamia.
- La libertad del hombre y la mujer para formar una familia.
- La comunidad familiar o doméstica.

- Un principio de autoridad, y
- El carácter de orden público de las obligaciones familiares.

Al descender toda persona de una familia, el sistema normativo otorga al hombre, como persona, plena autonomía para formar otra familia a su manera, con quien quiera, o si es el caso abstenerse de hacerlo.

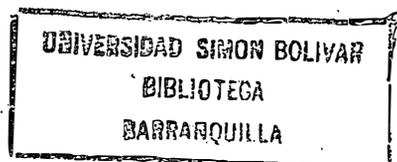
Lo único, que el imperio de la ley le otorgan al constituir una familia, es la característica de familia legítima o natural, ya sea que se conforme dentro de un matrimonio o de una unión libre o concubinato.

La familia implica la constitución de una comunidad, en hogar, por ser el resultado de la unión entre el hombre y la mujer, ampliado por el fruto de la unión corporal, los hijos, los cuales deben ser educados y criados, hasta su emancipación, donde podrán tomar fines similares para constitución de otra familia.

Esta comunidad doméstica, que de igual forma constituye un ente conocido como la sociedad conyugal, general para los conyuges derechos y obligaciones, ya sea como esposo o esposa, padre o madre. etc, sobre sí mismo y sobre los bienes que componen el haber social.

La dirección del hogar, como lo mencionaremos en un principio era función del hombre, y en nuestro medio, hasta hace pocos años, la mujer obtuvo la liberación del yugo patriarcal, especialmente a través de la Ley 2820 de 1974, que concedió iguales derechos e iguales obligaciones al hombre y a la mujer.

Para reforzar más el principio de derecho enunciado, en el cual, del



matrimonio natural o legítimo se derivan una serie de obligaciones imperativas y normativas, puede traerse a colación un parangón que existe entre normas de estricto cumplimiento y normas de modificación por voluntad de las partes:

Si un hombre adquiere una propiedad, este puede en cualquier momento enajenarla por voluntad propia, caso contrario sucede en el matrimonio, donde no se puede cambiar de conyuge por simple voluntad, y así en fin innumerables ejemplos que podríamos hacer.

2.2. FENOMENOS QUE AFECTAN LA INSTITUCION FAMILIAR

2.2.1. Explosión Demográfica

Uno de los principales problemas que afectan los países subdesarrollados, es el excesivo aumento en la natalidad, sin que hasta el momento se haya podido establecer sistemas médicos, educacionales o normativos, que permitan efectuar un control al crecimiento vertiginoso de la población, que antes de contribuir, fomenta el subdesarrollo al disminuir los recursos de la economía.

El aumento de la natalidad, ha llevado a las civilizaciones modernas a intensificar a través de propagandas y demás medios masivos de comunicación, el uso de métodos anticonceptivos intruteros a la obstrucción de los canales de expulsión de espermatozoos.

Anteriormente, en la mujer colombiana se podía encontrar un deseo incontenible de tener numerosos hijos, ya que esto representaba signo de fecundidad y prosperidad. Hoy por hoy esta idea ha venido quedando atrás

para dar paso a los anticonceptivos, que a pesar de ploriferación no ha dejado de ser ajeno a las clases de más baja condición social.

Lo cierto es, que una familia compuesta por varios hijos, que afecten el status económico tiende más a disolverse. El hombre, cabeza de familia, encargado del sostenimiento de su hogar se agobia ante la imposibilidad de saciar las necesidades de su familia, tales como el estudio, la alimentación, ropaje, etc.

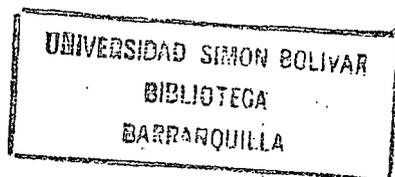
2.2.2. Aborto

Dada la existencia de legislación generalmente restrictivas en materia del aborto, los países latinoamericanos están siendo sometidos a una presión cada vez mayor para legalizarlo, por parte de las organizaciones internacionales de control natal.

La primera de las principales razones que esgrimen quienes buscan su legalización, es la alta incidencia de muertes maternas causadas por el aborto clandestino y el deseo de salvar la vida de quienes acuden a tal intervención.

Para reforzar lo anterior, se agrega que es necesario legalizarlo, para prevenir las complicaciones al procedimiento empleado por manos inexpertas y a razón de ello sobrevienen infecciones, hemorragias, perforaciones del útero o daño cervical.

Por lo tanto, las mujeres con el aborto clandestino, arriesgan su vida y su salud, ya que éste cuando es realizado por personal médico altamente capacitado, es completamente seguro.



Otra de las motivaciones en favor de un cambio legal, es la ayuda de las mujeres en circunstancias difíciles, tratando de evitar las "injustas discriminaciones" que permitan a mujeres de clase social alta, abortar con todas las seguridades, Este deseo humanitario de ayudar a las mujeres que se hallan en problemas se extiende también a sus hijos por nacer, a quienes se les concede la muerte como una alternativa mejor que la de convertirse en "niño indeseados".

Analícemos ahora el argumento del aborto como ayuda para la madre en circunstancias difíciles. Se dice que el embarazo indeseado es siempre un acontecimiento trágico en la vida de una mujer. El hijo "no deseado" tendrá mayores posibilidades de ser maltratado, carecerá de amor y de cariño y, en síntesis, se considera el aborto como mejor alternativa.

Psicológicamente, la mujer embarazada es particularmente sensible a las presiones externas. Su ambivalencia se inclinará en un sentido u otro, según las actitudes que perciba en quienes la rodean. Por qué acude la mujer al aborto?

No por la necesidad de desechar al niño que está por nacer, sino por las presiones de la sociedad que le están empujando a él.

Sabemos de por sí, que la mayoría de abortos se presentan en mujeres solteras, viudas, separadas o subordinadas por su conyuge.

Entonces, el embarazo crea para ellas una circunstancia de temores, infundidas en la pobreza, la soltería, el peligro de perder el empleo, el abandono del marido o el compañero o la falta de ayuda o apoyo social,

la llevan a un estado de desesperación tal, que ven en el aborto su única salida. Por eso podemos afirmar que es la sociedad la que "aborta" a la mujer, cuando rehúsa dialogar con ella como persona, cuando se niega a escuchar sus sentimientos y dificultades, cuando no le presta ayuda para superarlos. Ciertamente, es más fácil legalizar el aborto que emprender la enorme tarea de promover los cambios legales, sociales y culturales, necesarios para liberarla de la explotación sexual, para erradicar su discriminación y eliminar el conflicto entre su maternidad y su propia sobrevivencia.

Claro está, que el aborto no es la única solución al problema nacional que circunda en nuestro medio, la solución está, en encontrar las causas que lo originan, las cuales es necesario mencionar, entre otras, por lo menos, las más importantes: La miseria, la injusticia social, el insuperado machismo, la irresponsabilidad del hombre en el ejercicio de su sexualidad, la discriminación de la mujer en el trabajo y todas las áreas de su vida social, la explotación sexual de la mujer su falta de protección legal, la de la maternidad, la ausencia de apoyo social a la futura madre, las presiones sociales. He aquí un vasto campo de acción para quienes están realmente interesados en erradicar tan vergonzoso flagelo y en llevar a cabo una auténtica promoción de la mujer.

2.2.3. Economía Familiar.

Analizar el manejo de la economía familiar como fenómeno que afecta esta institución, es cuestión de enunciar elementales normas de razonamiento.

Para iniciar, haremos mención al salario mínimo, tratando de descomponerlo, el cual fué fijado en la suma de \$ 16.811.00 mensuales. Si tenemos en cuenta esta suma como ingreso per capita de una familia de clase social baja, como es la gran parte de la población Colombiana, observamos que estos no alcanzan para sostenerla más cuando esta se encuentra compuesta por número de miembros, que pasa de 6. Entonces es ahí donde se empieza a fugar la estabilidad familiar. Por que si es cierto que "el dinero no hace la felicidad", es una necesidad que apremia el deseo de sostener nuestros familiares, al menos dentro de las más elementales intereses de satisfacción. El desespero agobia a las cabezas de familia y buscan la fuga como medio de solución a sus problemas.

2.2.4. Desempleo

Si la insuficiencia de ingresos, representan un descalabro para la familia, que será la inexistencia de estos por falta de empleo. Realmente es un tema que, si bien es cierto vale la pena anunciar, no es menos cierto que el estudiar lo es innecesario por las razones ya anotadas en el punto anterior. Y es que, si una familia se afecta por la sobre posición de las necesidades al conjunto de ingresos de la familia, peor será cuando esta, no tiene ningún medio de subsistencia, ante el desempleo.

Esto es lo que lleva al crecimiento de la delincuencia, ante el espectro del hambre que ve el padre que delinque por sus hijos.

2.3. BIGAMIA, CONSECUENCIAS PENALES

La bigamia, siempre considerado penalmente, es diferente a las causas que afectan al vínculo del matrimonio.

Este delito de bigamia, en lo tocante con el aspecto consumativo, es discutido, pues ha originado 3 tesis a saber:

1. Que es delito permanente, 2. Que es delito instantáneo; y 3. Que es delito instantáneo con efectos permanentes.

La Bigamia es un hecho delictivo que tipifica y sanciona el Art. 260 del nuevo Código Penal. Como uno de los elementos esenciales del delito de Bigamia es el hecho de que la persona que se impute esté ligada por un anterior, el cual debe ser válido.

El delito de Bigamia, hoy sancionado con prisión de 6 meses a 4 años, es aquel, que tal vez poco tienen que atenderse en los estratos judiciales y es de los que se realiza en nuestro país con frecuencia, pero sin tener por sabido su ejecución.

Al referirme en este trabajo al tema de la Bigamia, he de tratar un problema social que ha venido surgiendo en concordancia con el proceso de inestabilización del matrimonio frente a las segundas nupcias. Para resolver el asunto en cuestión, nos preguntamos: Es bigamo el colombiano católico que se casa por lo civil en el exterior?

Si un colombiano está casado por lo católico o por lo civil y contrae un segundo matrimonio en el exterior sin disolver el primero, hay nuli

dad y hay bigamia. Porque hay nulidad?. Bien es sabido, que el segundo matrimonio, es el resultado de que la situación social, las costumbres generalizadas y los conflictos personales han desbordado los marcos de una legislación colombiana tradicionalista y casulstica, porque la ley misma se ha quedado atrás frente a sus costumbres, lógico, ya que ésta debe actualizarse con forme lo han hecho por varias décadas los países latinoamericanos, a excepción del nuestro.

Se han sostenido tres tesis posibles, sobre la existencia de un segundo matrimonio: Inexistencia, validez y nulidad.

La tesis de la inexistencia ya casi nadie la sostiene. Celebrar un matrimonio en el exterior, previo el cumplimiento de requisitos legales, ante autoridad competente, testigos etc, es algo que no se puede desconocer y no se debe considerar como "acto inexistente", contrario a aquel que se considere como burla-entre dos homosexuales".

Nuestro código civil, establece que el matrimonio es nulo (no inexistente), cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos, estubiese subsistente el vínculo de un matrimonio anterior (Art. 140 no. 12 C.C.).

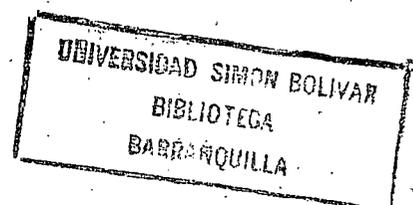
Esta norma es aplicable a un segundo matrimonio celebrado en el país o en el exterior:

Pero al decir nulo, en un sentido estrictamente jurídico, quiere decir que el acto que adolece de un vicio de nulidad que eventualmente puede llevar a que un juez lo invalide, por medio de una sentencia ejecutoriada.

Luego un segundo matrimonio debe considerarse válido, mientras no sea decretada su nulidad por un juez, lo que trae como consecuencia que produzca plenos efectos legales, inclusive con relación a los hijos.

Ahora nos preguntamos: Constituye realmente ese segundo matrimonio un delito de Bigamia?. Algunos tratadistas, sostienen que no, por cuanto que, antes de contraerlo deberán buscar un divorcio del matrimonio inicial en el país extranjero. Yo sostengo que no, pues las dos sentencias, la del divorcio y la del matrimonio sólo serán válidas en Colombia, para la primera, si se obtiene el exequatur, validez en Colombia de sentencia extranjera, la que no se obtendrá jamás, pues el divorcio del matrimonio católico no existe. Referente al matrimonio celebrado en el extranjero, sabrá que este saldrá si es registrado en la primera Notaría de Bogotá, según lo prescribe la Ley 1 de 1976.

Entonces, registrado el segundo matrimonio y existente válidamente, anotamos que tal hecho se tipifica claramente en la conducta señalada por el Art. 260 del C.P.



3. FAMILIA NATURAL

3.1. CONCUBINATO O UNION LIBRE

Sabemos de por sí, que otra forma de unión, distinta al matrimonio civil o católico, es aquella por medio de la cual un hombre y una mujer se unen para cumplir los fines del matrimonio sin llegar a celebrarlo, lo que comúnmente se conoce como: Concubinato. Desde los tiempos romanos, se conocía de su existencia, y de él concebía como una unión de inferior naturaleza a las justas nupcias. Era lo que llamaban "el amancebamiento de mero hecho".

Al preguntar el momento histórico en que apareció el concubinato, encontramos tratadistas de una y otra parte, que afirman de un lado que este apareció coetáneamente con el matrimonio y de otro lado, que este aconteció al matrimonio según no lo afirma Engels, en "El origen de la Familia" entre otros. El simple apareamiento de los sexos, producto del instinto de las especies originaba el amañamiento y en muchos casos, el concubinato estable y permanente y en verdad en el orden lógico de ideas debe aceptarse que en la más primitiva de las sociedades fue el apareamiento fugaz e imprevisto, luego del amañamiento temporal, más tarde el verdadero concubinato y por último el contrato matrimonial.

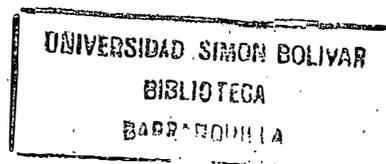
En el derecho Canónico, el concepto de concubinato es más restringido

que en el Derecho Civil, porque adquiere un matiz de delito que supone la existencia de elementos tales como la notoriedad pública de esas relaciones carnales continuas o por lo menos frecuentes que realizan un hombre y una mujer ilegalmente. Es de aclarar, que el anunciar el concubinato como "delito", esto es el Código Canónico, pues en el nuevo Código Penal, y en el del 36 no estaba tipificado, tal como aconteció en el Código Penal de 1890.

Los cánones 2357, 2358 y 2359 del Código de Canónico, prohíben la cohabitación de sus siglares, clérigos insacris, con mujeres, a excepción de aquellas, de quienes se hace imposible sospechar una relación, como la madre, la tía, la hermana.

En el Derecho Civil Colombiano, en el Código de 1873, que posteriormente fue adoptado como Código de la Republica, mediante la Ley 57 de 1887, estableció en el Art. 329 que se denomina concubina "la mujer que vivía públicamente con un hombre, como si fueran casados; siempre que uno y otro fueran solteros o viudos". El legislador de 1887 consideró en forma severa y excluyente tanto a la familia natural como al concubinato. La Ley 19 de 1890 (Código Penal) erigió como delito el adulterio de la mujer, el amancebamiento del marido y el incesto, de las cuales solo el incesto sobrevivió a las legislaciones penales del 36 y la reciente reforma del 80.

El Art. 451 del C.P. derogado (1890) definía el delito del amancebamiento como el hecho de que dos personas de diferente sexo, sin ser casadas, hicieran vida como tales, en una misma casa y de manera pública y escan



dola.

En la Ley 45 de 1946, se estableció la presunción de paternidad, si entre el presunto padre y la madre tuvieron relaciones sexuales estables, de manera notoria, y siempre que el hijo nacido hubiera llegado después de 180 días, contados desde que comenzaron las relaciones, o dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesaron.

Estadísticamente en Colombia, existe un alto índice de uniones libres o concubinatos, pues las cifras nos demuestran, que de cada 100 uniones, 19 son libres y 81 legales, y lo que nos representa una alta cuota de irregularidad de las uniones.

Sobre la regulación jurídica existente, sobre el concubinato, el derecho colombiano no ha establecido norma alguna hasta el momento, salvo la Ley 29 de 1982 que abolió la odiosa discriminación entre hijos naturales e hijos legítimos o legitimados. Pero en cuestión de familias, la única reconocida legalmente es la legítima, basada en el matrimonio. Razón tenía Carbonell en afirmar, que el concubinato es con relación al matrimonio lo que el hecho es con respecto al derecho.

Si analizamos detenidamente los efectos jurídicos que pudiese producir el concubinato, podremos resumirlos en los siguientes puntos: a. No puede asimilarse el concubinato al matrimonio, lo que une o vincula a los concubinos por obligación alimentaria ni por los deberes de ayuda o auxilio; b. En cuanto a las donaciones en principio podría sostenerse que están permitidas por falta de prohibición legal, cumpliendo los requisitos legales, aunque podrían ser anulados en virtud de causa ilícita o

inmoral, según el Art. 1741 del C.C., excepto que se tratase de una indemnización que se repara por el perjuicio material o moral causado por la relación concubinaria; c. La concubina no tiene la calidad de heredera en el derecho colombiano; d. Puede, entre los concubinos, celebrar contratos algunos, tales como de trabajo, o sociedad, civiles o comerciales, etc, por no existir prohibición legal, e. La jurisprudencia siempre ha aceptado, que por el hecho del concubinato se crea una sociedad de hecho, que no puede en ningún momento ser contraria a la Ley, so pena de desconocerse su existencia.

Para poderse establecer un sistema jurídico en Colombia, que da una regulación o garantía al concubinato, ha de establecer inicialmente un programa de estudio sociológico y geopolítico, que tienda a clasificar tal hecho social con sus incidencias jurídicas y sociales.

4. DEL MATRIMONIO

4.1. DEFINICION

La palabra matrimonio tiene su origen en sus raíces latinas *matris* y *munus*, que unidas significan "oficio de la madre". El diccionario del español moderno nos define el matrimonio, como la "unión de la mujer y el hombre concertada de por vida mediante determinados ritos o formalidades".

Por su parte, el Art. 11 del Código Civil Colombiano nos lo define así: "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".

Entre tanto, el Código Canónico nos lo define: "Es un contrato legítimo entre un hombre y una mujer, mediante el cual se entregan mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos y en orden a los actos que por su naturaleza son aptos para engendrar hijos.

Teniendo como base las anteriores definiciones, decimos que el matrimonio es contrato y es sacramento. Contrato, porque nuestra legislación civil lo toma de recibo como tal; es sacramento, porque Nuestro Señor Jesucristo lo instituyó dentro de sus órdenes sacramentales, elevando se a tal categoría en las bodas de Canán.

En cuanto a los fines del matrimonio, como sacramento o como contrato, teniendo en cuenta nuestras anteriores definiciones, tenemos entre otros:

1. Procreación y ploriferación de la especie.
2. Mutuo auxilio.
3. Mejor cumplimiento de los fines vitales.

Pero referente al matrimonio como derecho, existen dos teorlas que se debaten su razón: La teorla contractual y la teorla institucional.

La teorla contractual, defiende su tesis al establecer el matrimonio como contrato, que se perfecciona con el pleno acuerdo de voluntades. Entre tanto, la teorla institucional, manifiesta que a pesar de que el matrimonio tiene una similitud a un contrato, no puede tomarse como tal, pues el Estatuto de los casados está por encima de la voluntad de los esposos, es un postulado de orden jurídico. Este reívela una verdadera naturalaleza y alcance que tiene y así se demuestra por solemnidad de la celebración y fundamentalmente por los efectos que produce.

- Matrimonio como contrato: Es la teorla aceptada por nuestra institución civil. Si définimos el matrimonio, como contrato, como acuerdo de voluntades, vemos que tiene correcta aplicabilidad, por tratarse de un acto libre y mutua voluntad. Civilmente se llama contrato, pues tiene la concurrencia de dos voluntades, sin las cuales es imposible que nazca a la vida jurídica. La diferencia a los contratos regulares, es que en el contrato de matrimonio todas las cláusulas ya están escritas, y su modificación o variación es imposible, al menos jurídicamente, pues están consagradas como de orden público.

- Matrimonio como Institución Jurídica; Las modernas teorías la consideran como una verdadera institución de carácter social y jurídico. Se demuestra como institución, el acto matrimonial, en la misma solemnidad que reviste su celebración, todas las consecuencias del matrimonio (paternidad, sucesión, patria potestad, etc.) son verdaderas instituciones consagradas y respetadas por la Ley.

4.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En Colombia, la Ley 21 de 1823 dispuso la exención de derechos para la expensas matrimoniales y reguló su trámite. Luego, la Ley 7 de 1826, trató la Licencia de los matrimonios para menores y los esponsales hasta el año de 1853 (Ley 20 de Junio), rigió la Ley española y por lo tanto se establecía el derecho canónico, el derecho "Tametsi" del Concilio de Trento. Este decreto estableció para la validez del matrimonio, el celebrarse frente a un párroco. La Ley 20 de 1853, estableció el matrimonio civil como obligatorio y el divorcio vincular en el caso de existir adulterio de la mujer, amancebamiento del marido, injurias y maltrato físico, sevicia y ausencia por más de 3 años. Se aceptó el divorcio si el hombre era mayor de 25 años y la mujer de 21 años.

Luego, la Ley del 8 de Abril de 1856, abolió la anterior y estableció que el matrimonio solo puede disolverse por la muerte de alguno de los contrayentes. Todo pacto en contrario es nulo.

La constitución de 1886, en sus Arts. 38, 53 y 56, declaraba la inspiración católica de la nación colombiana. Mientras se daban leyes unifica

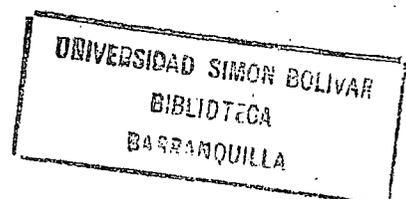
das, se dispuso que en cada departamento seguan rigiendo las del Antiguo Estado. La Ley 57 de 1887 adoptó el Código Civil de 1873. El Art. 12 de dicha Ley proceptuado que "son válidos para todos los efectos civiles y políticos, los matrimonios que se celebran conforme al rito católico", y el Art. 19 dió efecto retroactivo. La Ley 153 de 1887, consagró la independencia de las legislaciones canónicas y su acatamiento y respecto por las autoridades civiles. En síntesis, creó toda una verdadera "revolución" si así se le puede llamar, a la legislación del matrimonio.

Posteriormente la Ley 30 de 1888, dijo "El matrimonio contraído conforme a los ritos católicos anula ipso jure el matrimonio puramente civil, celebrado antes por los contrayentes con otra persona". La Ley 35 de 1888, aprobó el Concordato del 31 de Diciembre de 1887, La Ley 95 de 1890 dispuso en su Art. 4 "las causas de divorcio del matrimonio católico, corresponde a los jueces del circuito...".

El nuevo Concordato, de 1973, aprobado por la Ley 20 de 1974, dió plenos efectos civiles al matrimonio católico. La Ley 1 de 1976, estableció el divorcio en el matrimonio civil.

4.3. ESPONSALES

La promesa de matrimonio, en la promesa matrimonial, los futuros contrayentes prometen en el momento actual contraer un matrimonio en el futuro. Pero esta promesa, es nuestra legislación colombiana, no está sometida a ser exigida su cumplimiento, sino que es un hecho privado



por la Ley al honor y conciencia del individuo. Es decir: Cualquiera de los novios puede violar el contrato de esponsales impunemente, el novio a quien se incumple, no puede exigir su cumplimiento, el que incumple no está obligado a pagar indemnización alguna aunque está pactada, y si la paga no podrá repetir lo pagado es decir no tendrá acción para pedir su devolución, salvo que se haya dado como donación o condición de celebrarse este matrimonio.

Las legislaciones modernas, no obligan a cumplir la promesa de matrimonio o esponsales, pero si obligan a resarcir los perjuicios causados por el incumplimiento.

Por su parte el Código Civil Francés no menciona nada al respecto, lo que permite a la doctrina a dar una solución equitativa a los esponsales, estableciendo que la rotura de esponsales obliga al culpable a reparar los perjuicios.

Igualmente, en los Códigos de Suiza, Perú y Venezuela, no se ciñe con el Código Alemán. Uno de los métodos empleados para evitar el fracaso del matrimonio, ha sido las relaciones extramatrimoniales (matrimonio amistoso) que ha permitido establecer si se conviene por los novios el casarse o no. Esto no puede tomarse como una forma de esponsales.

En algunas legislaciones como las francesas, germanas, y de los países nórdicos, se ha aceptado, de acuerdo a las costumbres, que los esponsales permiten a los novios el tener relaciones sexuales, lo que vendría a complementar lo dicho anteriormente, en Escocia existe la prome

sa de matrimonio seguida de la unión sexual. En el futuro, los esposales a pesar de no constituir matrimonio, eran seguidos de la cópula carnal.

Al momento, ninguna legislación ha establecido el matrimonio a prueba.

5. MATRIMONIO CATOLICO

5.1. MATRIMONIO CANONICO

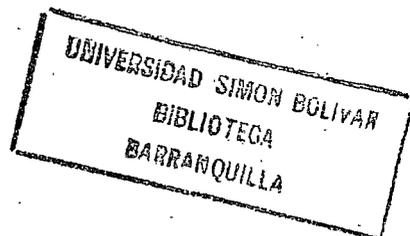
Para resumir los requisitos sustanciales y formales del Derecho Canónico, nos atenemos a las citas realizadas por Monroy Cabra en su obra Matrimonio Civil y Divorcio en Colombia, que dice:

A. Matrimonios Inexistentes

- a. Ausencia de consentimiento (medio o violencia; canon 1087).
- b. Personas del mismo sexo (Arg. canon 1067)
- c. Falta absoluta de celebración

B. Matrimonios nulos

- a. Voluntad viciada en la prestación del consentimiento (cánones 1082, 1086 y 1092).
- b. Impubertad (canon 1076)
- c. Vínculo matrimonial preexistente (canon 1069)
- d. Defecto de uso de razón (canon 1982)
- e. Ineptitud para la procreación (canon 1068 y 1)
- f. Calidad canónica de uno de los contrayentes (cánones 1072 y 1073)
- g. Parentesco consanguíneo, afin, espiritual y legal (cánones 1072 y 1073)
- h. Delito (cánones 1074 y 1075)



C. Matrimonios Válidos e ilícitos

- a. Voto simple (canon 1058)
- b. Mixta religión (canon 1060)
- c. Vetitum ecclesiae (cánones 1065 y 1066)

D. Condiciones formales

- a. Condicionando la validez (canon 1094)
- b. En función de la licitud (canon 1097)
- c. Complemento exigido por el derecho civil (art. 77 del C.C. español).

E. Sistemas de depuración de la capacidad y calidad de los contrayentes.

- a. Proclamas o amonestaciones (canon 1023 y S.S.)
- b. Comprobación de la concurrencia de la licencia que puede suplirse.

Debe advertirse que los católicos pueden casarse por lo civil o por lo católico. Si se casan por lo católico pueden solo separarse de cuerpos ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial, aplicando las causales respectivas que señala la Ley 1 de 1976. Si se pide la nulidad del matrimonio católico, la competencia es de los tribunales eclesiásticos, las cuales aplican el Código de Derechos Canónico.

En el Derecho Canónico, los impedimentos se dividen en impedimentos e impediéntes y en impedimentos diriméntes.

Son impedimentos todos los obstáculos que se oponen a la celebración válida y lícita de un matrimonio cualquiera. Los impedimentos dirimen

tes hacen nulo el matrimonio y los impedimentos constituyen prohibiciones que aparejan la nulidad del matrimonio.

Se puede hacer el siguiente esquema de los impedimentos en Derecho Canónico.

Impedimentos impedientes

1. Impedimento de voto simple
2. Impedimento de parentesco legal
3. Impedimento de mixta religión

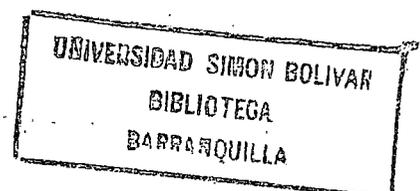
Impedimentos dirimentes

1. Impedimento de edad
2. Impedimento de impotencia
3. Impedimento de ligamen
4. Impedimento de disparidad de cultos
5. Impedimento de orden sagrado
6. Impedimento de voto simple
7. Impedimento de rapto
8. Impedimento de crimen
9. Impedimento de consanguinidad
10. Impedimento de afinidad
11. Impedimento de público honestidad
12. Impedimento de parentesco espiritual

La causal de nulidad canónica más frecuente es el defecto de consentimiento, Las causas que alegan son: inmadurez psicológica; perturbación

mental transitoria; falta de libertad interna debido a las presiones; homosexualidad o lesbianismo; adicción a drogas que causa perturbación encefalítica o síquica que impida dar consentimiento válido; ignorancia de la naturaleza del matrimonio; error acerca de una cualidad de la persona, que redunde en la persona misma, error de una propiedad esencial que afecta la voluntad; simulación total del matrimonio; exclusión de la prole; impotencia por atrofia testicular e impotencia funcional y orgánica; miedo reverencial; amenazas de suicidio; amenazas de encarcelamiento y otros males; voluntad condicionada. etc.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, podemos decir que la nulidad en el matrimonio católico se produce por tres causas: 1. Vicios de consentimiento; 2. Defecto de forma sustancial; 3. Impedimento dirimentes. Declarada la nulidad, puede el conyuge volver a contraer matrimonio, excepto en caso de demencia o impotencia.



6. MATRIMONIO CIVIL

6.1. CELEBRACION

Para hablar sobre los requisitos del matrimonio, hemos de aclarar la existencia de elementos esenciales de fondo, que se refieren a cualidades y elementos de forma, en cuanto a su celebración.

Entre los elementos de fondo encontramos: Los positivos, que son diferencia de sexo y la capacidad sexual de los contrayentes, su capacidad mental, y la expresión o manifestación de la voluntad; los negativos: La existencia de un matrimonio anterior en algunos de los contrayentes, el vínculo de parentesco entre ellos, el plazo de viudez en la mujer y algunos otros casos especiales.

1. Diferencia de sexo de los contrayentes y capacidad sexual

Es esencial, que entre los contrayentes exista diferencia de sexo y capacidad sexual. Como uno de los fines del matrimonio es el de la procreación, es esencial que entre estos exista plena capacidad sexual para ello, lo que ha sido acogido por la doctrina aunque no unánimemente. Por ello suelen anularse los matrimonios en que no existe una capacidad sexual, por parte de uno de los contrayentes, para procrear. Es necesario para ello, tener plena capacidad para cohabitar, o sea la capacidad sexual para llegar al coito. Esta imposibilidad, llamada "impotencia

coeundi", debe existir en el momento de celebrar el matrimonio, pues su apareamiento posterior da a entender que se han cumplido los fines propuestos del matrimonio. Además de la impotencia coeundi, existe también la impotencia generandi o imposibilidad de engendrar.

II. Capacidad mental

Esta capacidad, es diferente a las establecidas para todos los actos jurídicos, que se ha establecido a los 18 años. Esta ha sido regulada por la capacidad a engendrar, o sea al llegar a la pubertad, esto es, a los 14 años para el hombre y a los 12 años para la mujer.

Pero me debo inclinar a decir, que esta capacidad no es plena, pues los que desean contraer matrimonio, con una edad superior a 14 años varón, y 12 años mujer, pero menores de 18 años, deben tener plena autorización de sus padres y a falta de estos de su curador especial o general, deduciendo así que esta capacidad matrimonial no es libre.

Este permiso de que se habla, debe ser dado espresamente y por escrito

III. Declaración de voluntad de los propios contrayentes

Esta declaración de voluntad debe ser dada en forma expresa y debe recaer sobre las palabras, y sobre el contenido esencial del matrimonio (cohabitación, fidelidad, deber de socorro y ayuda), declaraciones que deben ser dadas libres de todo apremio, vicios, error, fuerza o dolo.

En caso de ausencia, solo el varón puede expresar su consentimiento a través de apoderado.

Requisitos de forma del matrimonio

1. Aviso al juez y publicaciones. Tomada la decisión de casarse, el hombre y la mujer se dirigirán al Juez Civil Municipal del último domicilio de la mujer, en forma verbal o escrita, a quien comunicarán tal determinación.

En esta acta o en el memorial respectivo expresarán los nombres de sus padres o curadores, según el caso, y los de los testigos que deban declarar sobre las cualidades necesarias de los contrayentes para poderse unir en matrimonio.

Hecho lo anterior, el juez deberá obtener las autorizaciones del caso, si alguno de los contrayentes es menor de edad.

Siguiendo las formalidades, el Juez interrogará a los testigos sobre las cualidades adquiridas a los contrayentes para unirse en matrimonio, a cuyo efecto les leerá el Art. 140 C.C. y los examinará sobre los demás hechos que vea necesario para ilustrar su juicio (Art. 130, Parr. 1 C.C.).

Obtenido el permiso de los padres, ascendientes, o curadores, cuando fuere el caso, y recibidas las declaraciones de los testigos, que por lo menos deben ser dos, se procederá a dar publicidad al proyecto matrimonial, por ser este público.

Esta publicidad tiene por objeto dar a conocer a quien interese sobre el proyectado matrimonio, y se realiza mediante la fijación de edictos

en la puerta de la secretaría del Juzgado, por 15 días, en los cuales se anunciará el matrimonio con los nombres y apellidos de los contrayentes, y el lugar de el nacimiento (Art. 131. C.C.)

Si los contrayentes fuerón vecinos de diferentes municipios o si uno de estos no tiene aún 6 meses de residencia en el lugar donde se celebra el matrimonio, el Juez del domicilio de la mujer, requerirá al de la vecindad del varón para que fije el edicto y, una vez concluido dicho término, se lo devuelva con la constancia de la fijación por 15 días continuos (Art. 131 C.C.)

II. De las Oposiciones

Ya dijimos que la finalidad del aviso o edicto, es dar a conocer públicamente el matrimonio, para que los que se crean con derecho a hacerlo, se opongan a su celebración sin demora alguna.

En cuanto a los motivos de la oposición, entre ellos están, los anunciados anteriormente, cuales son requisitos de fondo tanto positivos como negativos, así como negar el permiso de que se requiere para los hijos menores de 18 años.

El momento oportuno para impedir u oponerse a la celebración del matrimonio, se deduce, es dentro de los 15 días de fijación del edicto.

Toda oposición a un matrimonio debe probarse, excepto la formulada por los padres o ascendientes en razón a la menor edad de los futuros contrayentes, y por ello, los interesados tienen 8 días para presentar las

pruebas de oposición. Vencido este término, se señalara día para la celebración del juicio y se decidirá sobre la oposición (Art. 132 C.C.).

Si la oposición prospera, y esta es unsubsanable, los contrayentes no podrán casarse. Pero si la causal es relativa o subsanable, como cuando para casarse después de la viudez, hay que esperar 270 días desde el fallecimiento del cónyuge, entonces si podrán hacerlo.

Sea cualquiera el fallo, este podrá ser apelado (Art. 133 C.C.).

Si la oposición no prospera, deberá ser celebrado el matrimonio y la parte opositora será condenada en costas, además de la indemnización que por su culpa deba pagar a los contrayentes.

Ya enunciamos, que los funcionarios competentes para contraer o recibir el matrimonio civil, son los jueces municipales del domicilio de la mujer, tal como lo indica el Art. 126 C.C. Donde existen varios juzgados municipales, no opera el ya conocido "reparto", si no que se celebra ante el juez escogido por los contrayentes.

Es necesario dejar en claro, que la presencia de los contrayentes, además de la clara y expresa demostración del consentimiento libre, debe presentarse. Está establecido como excepción, que puede otorgarse poder para tal acto, y a partir de la Ley 57 de 1887, solo el varón podrá hacerlo ya que el matrimonio habrá de celebrarse en el domicilio que tenga la mujer. Este poder debe otorgarse ante notario por escritura pública, donde habrá de señalarse claramente el nombre de la mujer con quien desea contraer matrimonio, pues en caso contrario el matri

monio o las nupcias celebradas tendrán plena validez.

Nuestro Código Civil es claro al establecer que el contrato de matrimonio se constituye y se perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante funcionarios competentes, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos, en la forma y con las solemnidades requisitos establecidos por este Código Civil, y no produce efectos civiles y políticos, si en su celebración se contra viene lo anteriormente señalado.

Al Juez no se le debe tener como la persona que celebra el matrimonio, el es un testigo, su función es certificadora.

Expresado el consentimiento del matrimonio, el Juez levantará, un acta de tal circunstancia, incluyendo nombres y apellidos de quienes intervinieron en tal ceremonia.

En segunda el Juez ordenará que se protocolicen en una notaría las diligencias judiciales correspondientes, y copia de la escritura de protocolización se inscribirá en el registro del Estado Civil de las personas (C.C. Arts. 135 y 137, Dec. 1260/70).

A parte de todos los ritos anteriormente anunciados, se ha establecido la celebración del matrimonio, en extremo.

Esta clase de matrimonio se presenta, cuando estando en peligro de muerte uno o ambos, de los que desean casarse, han estado en concubinato o unión libre, y para uno de ellos es su deseo regularizar esta si

tuación antes de su muerte, cual es, el matrimonio.

Entonces existiendo el peligro de muerte para uno de los contrayentes, se puede celebrar el matrimonio en estado de necesidad, para lo cual, se autoriza su celebración, pero si, transcurridos 40 días desde la celebración del matrimonio, in extremis, no sobreviniere la muerte, este caducará.

Para efectos de probar la existencia del matrimonio, este solo se demostrará, mediante la copia del folio del registro del Estado Civil de la persona. Por eso se ha establecido, un término de 30 días para realizar tal actuación, y en caso de que así no fuera, podrá ser inscrita a cualquier tiempo, lo que nos indica que esto es meramente un consejo, inclusive, aún muerto uno de los conyuges, podrá inscribirse el matrimonio con posterioridad.

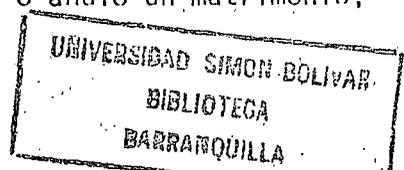
Cuando no existiera prueba documental alguna que pruebe tal circunstancia, deberá obtenerse una sentencia judicial que demuestre la posesión notoria del matrimonio.

6.2. Inexistencia del Matrimonio

Hay ciertos requisitos que son orgánico o constitutivos del matrimonio, y cuya ausencia engendra un matrimonio inexistente. Otros requisitos no son constitutivos y su falta da lugar a un matrimonio irregular o anómalo (nulidad). Esto es igual, cuando al hablar de un negocio jurídico decimos que está viciado de nulidad por carencia de un elemento esencial que le da la luz para nacer a la vida jurídica. Lo mismo ha

de acontecer en el matrimonio si tenemos en cuenta que esto no es más que un contrato que se perfecciona por el mutuo contecimiento de las partes. Entonces, para establecer en que momento podría presentarse una causal de inexistencia del contrato de matrimonio hemos de establecer cuales son esos elementos que invalidarían o anularían el matrimonio: 1. El consentimiento de los contrayentes; 2. Que dicho consentimiento se exprese ante el funcionario competente o ante la persona que el Estado le otorgue la potestad o jurisdicción matrimonial; 3. Que dicho consentimiento emane personas de diferentes sexo.

Hablar de la plena existencia del consentimiento, nos inclina a referirnos inicialmente al Art. 115 C.C. y el canon 1081 del Código del Derecho Canónico, que establece como esencia del matrimonio, la mutua y concordante declaración de voluntad de los contrayentes. En caso de no existir tal declaración de voluntad, el matrimonio sería nulo o inexistente y esto podría presentarse así: Carencia absoluta del tal consentimiento, presencia del consentimiento o declaración de voluntad, pero ignorancia en cuanto al objeto o contenido del matrimonio, o, finalmente, existe la declaración de voluntad, se conoce el objeto o contenido, pero es ficticia o simulada. El primer caso, es sencillo de explicar y de entender, para lo cual dejaremos pasar esta. En el segundo caso, la legislación canónica es expresa y manifiesta al enunciar que los contrayentes deben comprender plenamente el objeto o contenido de la sociedad conyugal, cual es la permanencia del varón y la mujer para engendrar hijos. Una importante sentencia del Tribunal Superior Eclesiástico de Colombia, de Marzo 16 de 1973, puso fin o anuló un matrimonio,



por ignorancia de la contrayente acerca de los contenidos esenciales (Objeto) del matrimonio, lo que es de luego de perfecta aplicabilidad en el matrimonio civil.

En tercer lugar encontramos, dentro de las causales que invalidan el matrimonio, por falta de consentimiento, es la simulación que se presenta al contraer matrimonio, cuyo objeto es el de buscar una circunstancia favorable que solo surge ante el matrimonio.

En constantes oportunidades el Tribunal Superior Eclesiástico y la Sagrada Rota Romana, han anulado matrimonios católicos, por el hecho de buscar, antes que el objeto esencial del matrimonio, una circunstancia favorable.

La presencia del funcionario, esto es ante el Juez del domicilio de la mujer, es elemento esencial para que de fe del acto matrimonial, pues en ningún momento se admite la presencia de un particular o más bien se acepta tal aseveración por que la Ley no le permite que de fe de ello. En consecuencia solo el funcionario señalado, Juez Municipal o Párroco, pueden presenciar y validar el matrimonio.

En cuanto a la diferencia de sexos que se requiere y la capacidad sexual, el Código no mencionó como causales de nulidad de un matrimonio la carencia de diferencia de sexos o de capacidad sexual entre los contrayentes. Se supuso, dentro de la lógica, que no era necesario hacerlo. Pero los progresos de las ciencias biológicas y sexológicas demostraron lo contrario, ya que siempre no era la realidad.

Por otra parte el Art. 16 de la Ley 57 de 1887 estableció, que, "fuera de las causas de nulidad de matrimonios civiles enumeradas en el Art. 140 del Código y el Art. 13 de esta Ley, no hay otras que invaliden el contrato matrimonial". En consecuencia, deberíamos admitir que todo matrimonio celebrado entre personas de distinto sexo o con la existencia de incapacidad sexual por parte de uno de los contrayentes, deben tornarse en matrimonio válido y existente.

6.3. NULIDAD DEL MATRIMONIO

Ya mencionamos que la Ley 57 de 1887 estableció como únicas las causas de nulidad del matrimonio establecidas en el Art. 140 del C.C.

Las nulidades se dividen en saneables e insubsanables:

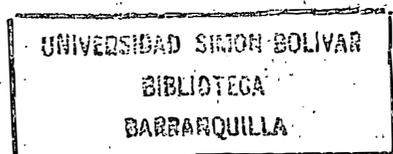
- a. La del matrimonio de la mujer adúltera con su cómplice
- b. La del matrimonio del adoptante con la hija adoptiva o de la madre adoptante con el hijo adoptivo, o de este con la mujer que fué esposa del adoptante.
- c. La del matrimonio entre parientes consanguíneos por línea recta o por colaterales en segundo grado.
- d. La del matrimonio del hombre o la mujer unidos por un vínculo anterior de matrimonio.
- e. La del matrimonio de personas unidas entre sí en primer grado de línea directa de afinidad legítima.

Las nulidades subsanables o saneables son las que se pueden subsanar por la renuncia de los que tienen derecho a pedir las, o por el transcurso

del tiempo, y el Juez no puede declararlas de oficio. Tienen su origen en: a. vicios del consentimiento (error, fuerza y dolo), b. Incapacidad de los contrayentes; y c. Incompetencia del funcionario que autoriza el matrimonio.

Entre las nulidades saneables o subsaneables tenemos: a. Cuando ha habido Error acerca de ambos contrayentes o de la de uno de ellos. b. Cuando se ha contraído entre un varón menor de 14 años y una mujer menor de 12, o cuando cualquiera de los dos sean respectivamente menores de aquella edad. c. Cuando para celebrarlo haya fallado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La Ley presume la falta de consentimiento en los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos a quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de bienes. Pero los sordomudos, si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio. d. Cuando se ha contraído por fuerza o miedo que sean suficientes para obligar a algunos a obrar sin libertad, bien sea que la fuerza se cause por el que quiere contraer matrimonio o por otra persona. La fuerza o miedo no será causal de nulidad del matrimonio, si después de disipada la fuerza se ratifica el matrimonio con palabras expresas o por la sola cohabitación de los consortes. e. Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer por haber sido esta robada violentamente, a menos que consienta en el, estando fuera del poder del raptor.

Las características de estas nulidades son: a. Solo pueden alegarse por



determinadas personas, b. se sanean si quien tiene derecho a solicitar la nulidad renuncia a ejercer la acción respectiva.

1. La nulidad acerca del error en la persona del otro contrayente, (Art. 140, Ord. 1 C.C.).

El Código no establece el término para presentar la demanda de nulidad, pero entonces se presume deberá ser prudencial, pero se requiere que el conyuge que conozca el error se separe ahí mismo. Pero eso, si la separación se presenta al conocer el otro conyuge el error, la demanda de nulidad podrá intentarse en cualquier tiempo.

2. La nulidad ocasionada por fuerza o miedo, solo puede alegarse por quien lo haya padecido, y se extingue la acción si después de que el conyuge quedó en libertad, continuó cohabitando con el otro por más de tres meses (Art. 145 C.C.).

3. La nulidad del matrimonio de los impuberes solo la pueden instaurar el padre o la madre y en su defecto el curador adlitem; se subsana, si al llegar los impuberes a la pubertad, dejan pasar tres meses o la mujer aunque sea impuber haya concebido. (Art. 143 C.C.).

4. La nulidad por falta de competencia del Juez o los testigos competentes. (Ley 57 del 1887 Art. 13 Ord. 1), solo pueden alegarla, los conyuges y la Ley no señala términos de prescripción, lo que significa que no es subsanable con el tiempo.

Ya habla mencionado que si el matrimonio se celebra ante funcionario incompetente se tendrá como un matrimonio inexistente.

Entre las nulidades insubsanables, ya anteriormente enunciadas, encontramos que en un sentido estricto, solamente resultarían insubsanables las siguientes: 1. El matrimonio celebrado entre parientes; 2. El matrimonio entre bigamos. Estas, porque con el transcurso del tiempo no se sanean, no se pueden renunciar a ellas y son contrarias a el orden público y a las buenas costumbres.

Referente a los vicios del consentimiento, la ley solo tiene en cuenta el error y la violencia o fuerza. Se excluyó el dolo, por seguirse la misma doctrina napoleónica que señala que "en el matrimonio engaña quien puede".

El error, puede presentarse así: 1. Error sobre la identidad física de los contrayentes 2. Error sobre la identidad civil de los contrayentes; y 3. Error sobre las cualidades esenciales de la persona contrayente.

En el primer caso, a pesar de considerarse como el más grave y el más gravoso, puede decirse que es el más poco probable de existencia, pues se presenta cuando una persona al pretender casarse con determinada persona, resulta casándose con otra. En el segundo lugar, en cuanto a la identidad civil de la persona, es algo similar al caso anterior, pero la relación no es física sino civil.

Dentro de lo que se pudiera denominar cualidades esenciales de las personas, están aquellas que forman parte de sí mismo, que le son intrínsecas y que por lo tanto le caracterizan para distinguirla de una a

otra persona. Estas cualidades recaen, sobre el aspecto físico y orgánico, y sobre cualidades esenciales de orden moral y social.

Entre las cualidades físicas u orgánicas de la persona podemos enunciar:

- a. La impotencia sexual;
- b. Enfermedades orgánicas graves;
- c. Enfermedades mentales incurables;
- d. La virginidad o doncelléz en la mujer;
- e. Los atributos de la persona.

Entonces, al creer en la existencia de un determinado elemento, y cuya ausencia engendrarla la negativa al contraer matrimonio, cuando se presenta nos manifestamos un error, pues el contrayente que lo padece, no habría contraído matrimonio de haber conocido el hecho.

Ahora, en cuanto a la fuerza o a la violencia del matrimonio, ya hablamos dicho que esto por sí solo constituiría causal de nulidad del matrimonio, y son innumerables los casos en que por sentencia del Tribunal,

5. Los hijos concebidos en matrimonio anulado, son considerados legítimos.

6.4. EFECTOS DEL MATRIMONIO

Con efectos del matrimonio son estudiadas las consecuencias jurídicas que de él se derivan y que de acuerdo con Suárez-Franco son las siguientes:

1. Obligaciones recíprocas que contraen los esposos
2. El régimen jurídico a que quedan sometidos sus bienes
3. El estado civil de casados
4. La legitimidad de la prole

Teniendo esta innumeración, analizaremos cada una de las obligaciones y derechos que se desprenden del matrimonio.

1. Derechos y obligaciones entre cónyuges: a. Cohabitación; b. Fidelidad; c. Socorro y ayuda mutua.

La cohabitación se encuentra consagrada por el Art. 113 del C.C. cuando dice que uno de los fines del matrimonio es "vivir juntos" y por demás, refuerza este principio el Decreto 2820 de 1974. Art. 11 que reza: "salvo causa justificada los conyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos tienen derecho a ser recibido en la casa del otro".

La fidelidad, el socorro y la ayuda mutua, igualmente quedaron amparados por el Decreto 2820 de 1974, Art. 9., que manifiesta: "los conyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida", "los conyuges debarán subenir a las ordinarias necesidades domésticas, en proporción a sus facultades". (Art. 12 Dec. 2820/74)

Es importante mencionar que el incumplimiento a los anteriores postulados es causal de divorcio en el matrimonio civil y de separación de cuerpos en el matrimonio católico.

2. Es estado civil de casado, es otro de los efectos del matrimonio, y para tal circunstancia se necesita que el acta de matrimonio sea inscrita en la Registraduría Nacional del Estado Civil, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1260 de 1970.

3. El régimen de la sociedad de bienes, de la sociedad conyugal, es otro de los efectos del matrimonio, pues el Decreto 2820 de 1974 en su Art. 13, modificadorio del Art. 180 del C.C. dice: "por el hecho del matrimonio, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del título 22, libro 4, del Código Civil".

4. Por último, dentro de los efectos del matrimonio enunciados, encontramos la legitimidad de la prole, pues el hijo concebido dentro del matrimonio se considera legítimo.

Para concluir, cabría mencionar, que los derechos y obligaciones de orden personal entre cónyuges, forman parte del orden público familiar, de suerte que los cónyuges no pueden renunciar a ellos ni antes ni durante el matrimonio, ni tampoco pueden modificarlo. Toda cláusula que hagan en sentido contrario, se tendrá por no escrita. Por ejemplo: la cláusula en que el marido es exonerado por su mujer de la fidelidad, se tendrá por no válida.

6.5. LEGISLACION COMPROBADA

6.5.1. Código Civil Italiano

Reconoce el matrimonio católico con plenos efectos civiles. El matrimonio civil es obligatorio para los católicos, y para los no católicos es facultativo.

6.5.2. Código Civil Austriaco

Los católicos están obligados a celebrar el matrimonio canónico, y exis

te el matrimonio civil facultativo. Con la invasión alemana y en virtud de tanta influencia, se garantizó el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular.

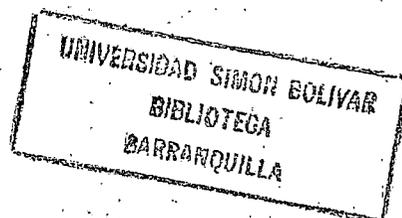
6.5.3. Código Civil Belga

Establece la prohibición para contraer matrimonio a los menores de 18 años varón y mujer, ésta prohibición es absoluta y anula el matrimonio, a menos que la mujer conciba antes de cumplir la edad a que no se solicite la nulidad antes de cumplir la edad.

6.5.4. Legislación Soviética

La legislación soviética está encaminada a dar las mayores garantías y derechos a los ciudadanos, pero buscando permanecer estable e invulnerable el régimen socialista en el país.

En la U.R.S.S., el matrimonio es la unión libre e igual en derechos el hombre y la mujer. El matrimonio antes que convenio, es una unión plena y libre del hombre y la mujer. La Ley soviética prohíbe la poligamia. Contribuye el Estado a buscar la estabilidad de la familia, preservando la como institución. La inexistencia de el consentimiento en el matrimonio, invalida su existencia.



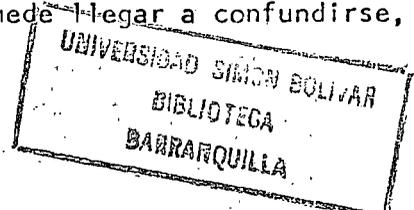
7. EL DIVORCIO

7.1. NOCIONES GENERALES

Al hablar de divorcio se nos viene a la cabeza una de las formas en que un hombre y una mujer, unidos por la existencia de un vínculo matrimonial, van a dar por terminada su relación. La palabra divorcio, en nuestro medio social tan anacrónico, da como entendimiento el poder contraer por segunda vez matrimonio, acabando por la vía de derecho el existente con anterioridad, por que en realidad esa es la única razón que yo veo, que justifique su existencia.

Sabemos, que actualmente podemos contar con dos sistemas de matrimonio: El civil y el católico. El primero de ellos, se disuelve por nulidad judicialmente declarada, la muerte de uno de los cónyuges y el divorcio; el segundo, se disuelve por nulidad y por la muerte.

De ahí, que referirnos al divorcio, únicamente será en relación con los matrimonios celebrados por lo civil, pues la iglesia y el Estado, admiten en el católico, tal circunstancia. La palabra divorcio, proviene del latín *divortium*, que significa separación, aunque para algunos juristas esta palabra proviene del vocablo jurídico "Divertere", que significa "Tomar cada cual su rumbo". De estos dos contextos, para mi es más acertada la segunda forma, pues la anterior puede llegar a confundirse,



en cuanto a su significado, con la separación de cuerpos.

Ocuparnos a definir la palabra divorcio, en un sentido amplio, nos lleva a Valencia Zea, quien nos manifiesta que, "es la disolución del matrimonio por hechos posteriores a su celebración que imposibilitan su continuación normal". El divorcio supone la existencia de un matrimonio válidamente celebrado, lo que claramente le diferencia de la nulidad, pues en esta última surgen hechos anormales a su celebración; en el divorcio los hechos surgen después de su celebración.

La iglesia, a través de la historia de la humanidad, ha repudiado el divorcio en el matrimonio, que llegó a practicarse en Roma.

La estructura del divorcio, nos lleva en primer lugar a tratar de subdividirlo, lo que nos facilitaría más su comprensión, para lo cual tenemos:

1. Divorcio Vincular o perfecto
2. Divorcio Imperfecto separación de cuerpos

El divorcio vincular, es el más controvertido o discutido por quienes lo atacan y lo defienden.

El divorcio del matrimonio civil, al tenor de la Ley 1 de 1976, envuelve la disolución del vínculo matrimonial y, por tanto, los cónyuges pueden volver a casarse, Pero para comprender mejor lo relativo a causas, es necesario expresar que existen distintas modalidades en derecho comparado a saber:

- a. El divorcio repudió a disposición del marido, quien tiene el derecho

de dejar a su mujer.

b. El divorcio por voluntad unilateral, que deja a cada esposa la facultad de recobrar su libertad.

c. El divorcio por mutuo acuerdo, inspirado en la teoría del matrimonio contrato, permite a los esposos desatar el vínculo que de consumo habían creado.

d. El divorcio-remedio, que limita sus causas a los acontecimientos que han hecho imposible o difícil como, por ejemplo, la enfermedad mental o la separación prolongada, etc.

e. El divorcio sanción que no acepta como causa de divorcio sino las faltas graves cometidas por uno de los esposos.

Carlos Marx explica que el matrimonio es la base de la familia y que debe tenerse en cuenta que el es no solo la voluntad de los cónyuges, sino también la voluntad del matrimonio, y que constituye la sustancia moral de esa relación. A nadie se le obliga a contraer matrimonio ni tampoco lo inventa. Por ningún motivo debe permitirse que el divorcio se disuelva por el mutuo consentimiento de los cónyuges, porque ello equivaldría a instituir la arbitrariedad de la familia. El divorcio no debe ser otra cosa que el reconocimiento del hecho de que un matrimonio ha muerto, y de que, por lo tanto, su existencia no es sino una apariencia y un engaño.

El divorcio puede llegar a ser en un momento dado una necesidad, pero nunca será la solución a los problemas que afecta la institución familiar. No es correcto que se obligue a un hombre o a una mujer, que sujetos a cometer errores, por este solo hecho esten obligados a convivir

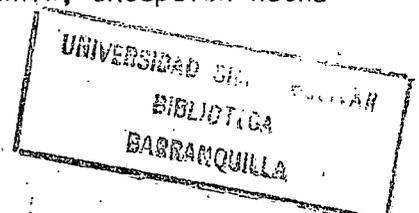
de por vida, cuando no lo quieren, o bien pudiendo divorciarse, tengan los hijos que afrontar y sufrir tales consecuencias.

7.2. ANTECEDENTES HISTORICOS

Durante muchos años atrás la jurisdicción matrimonial en Colombia estuvo en manos de la Iglesia Católica. No existía el matrimonio civil, hasta que en el año de 1823, surgieron algunos visos de control al matrimonio católico por parte de El Estado colombiano. En 1826, surgió una Ley, por medio de la cual se prohibió expresamente a los párrocos, celebrar matrimonios de varones menores de 21 años y mujeres menores de 18 años estableciéndose severas sanciones para los párrocos que contravinieran tal disposición.

La Ley del 20 de Junio de 1853 estableció la disolubilidad del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio legalmente decretado, reglamentándose por primera vez el matrimonio civil para los habitantes de la Nueva Granada. Pero ese divorcio vincular estableció, solo se efectuaba cuando los cónyuges actuaban de consumo, excepción hecha a los varones menores de 25 años de celebrado o la mujer tuviere más de 40 años, o los padres de los cónyuges se opusieron.

Luego, la Ley del 8 de Abril de 1856, estableció plenos efectos civiles al matrimonio católico, siempre que después de celebrado los contrayentes manifestaren ante Juez o Notario que lo hicieron de mutuo acuerdo y con libre consentimiento. En cuanto al divorcio vincular este fue abolido, pues se estableció la indisolubilidad del matrimonio, excepción hecha con la muerte de alguno de los contryentes.



Por último, en el gobierno de Alfonso López Michelsen, se presentó al congreso un proyecto de la Ley por medio del cual se establecía el divorcio en el matrimonio civil, que trató de extenderse al matrimonio católico.

Este solo prosperó para el que inicialmente había sido presentado y fue así, como fue adoptado como Ley de la República, pero limitado únicamente al matrimonio civil.

La nueva Ley 1 de 1976, o Ley de divorcio presenta las siguientes características:

1. Rompe una sólida tradición favorable a la indisolubilidad del matrimonio, lo cual se justifica, pues ante esa tesis de indisolubilidad del matrimonio civil se aumentaron considerablemente los concubinatos.
2. Esta Ley se expidió en consonancia con el Concordato de 1974, pues antes de él, los bautizados solo podían contraer matrimonio católico, a menos que, según la Ley.
3. A parte de establecerse el divorcio, se creó un trámite, no por cierto fácil, pues no se estableció el común acuerdo ni el repudio de uno u otro de los cónyuges.
4. La Ley de 1976, solo es aplicable al matrimonio civil y no al católico, celebrado según el Código de Derecho Canónico.

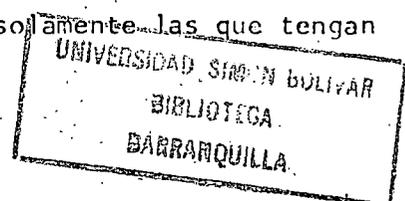
8. CAUSALES DEL DIVORCIO

8.1. PRIMERA CAUSAL

"Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitando o perdonado. Se presumen las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges cualquiera que sea su forma y eficacia".

El Art. 176 del C.C. dice; "los cónyuges están obligados a guardarse fe..." y por lo tanto cualquier relación sexual extra conyugal está atentando de una manera total contra este principio que es básico para lograr la armonía en el hogar.

Por relaciones extraconyugales entendemos todo acto sexual que llega hasta el coito y además deben contemplarse en ellas no solo las relaciones sexuales que se cometan con personas de distinto sexo, sino también del mismo sexo y aún con animales, pues lo que se necesita para configurar el hecho es que sean extramatrimoniales esto es fuera del matrimonio, no importa con quien. Por lo tanto creemos que la formulación de esta causal es muy afortunada y al contrario de las legislaciones de otros países, está enmarcado en una sola norma todas las relaciones sexuales que puedan presentarse y no solamente las que tengan



lugar con personas de sexo diferente.

De otra parte se ha suscitado una polémica entre quienes dicen que basta una sola relación sexual extramatrimonial para configurar el hecho y quienes dicen que el texto gramatical es plural y por lo tanto se refiere a varios actos y no a uno solo. Al respecto nosotros queremos manifestar nuestra propia interpretación: No podemos aceptar que se necesiten varios actos para que se dé cumplimiento a la norma, pues uno solo es suficiente para que configure el hecho ya que la infidelidad es manifiesta y si se espera a varios actos para configurar el hecho estaríamos, como afirma Devis Echandía, "Autorizado implícitamente el adulterio por una vez" y además exigiendo al otro cónyuge una tolerancia absurda. Por lo tanto nosotros interpretamos el plural de la norma al decir "relaciones sexuales extramatrimoniales" como una cita a una relación que puede moral para entrar a un campo casi sicótico producido por agentes exteriores.

También se debe considerar fuera de la esfera que estamos tratando, el estado de inconciencia producido por cualquier medio y que sea ajeno al cónyuge que comete el adulterio.

En segundo lugar, tenemos que el hecho haya sido sexualmente consumado para que la figura pueda tomarse como tal; porque cualquier otro acto erótico-sexual distinto del coito vendría a configurar la tercera causal de divorcio y no se incluiría en lo mismo que la no consumación del acto que vendría a hacer una tentativa pero que también se podría incluir en la 3a. causal del Art. 4to. que estamos comentando.

La tercera condición es que el otro cónyuge sea totalmente inocente esto es que no "las haya consentido, facilitado o perdonado", pues si se tiene el conocimiento del otro cónyuge anterior o posterior al hecho, no puede consolidarse la figura porque es imposible denunciar lo que uno mismo ha permitido. Igual cosa sucede, y aún mucho más, cuando el otro cónyuge ha facilitado la oportunidad o si sabiéndolo lo ha perdonado, restandole toda la importancia que pueda tener la figura como causal de divorcio. Para ello no solamente se puede aceptar la manifestación oral de aceptación o consentimiento del hecho, sino también algo tácito y sobre entendido mediante signos que representan dicha manifestación tales como besos, abrazos, etc. Tal como lo trae el comentario al canon 11-29 que expresa en su contexto la misma idea que estamos analizando y además el mismo comentario agrega que también es un motivo de aceptación del hecho el que pudiendo el otro cónyuge impedir las relaciones extramatrimoniales, no lo haga. Si se dan cualquiera de estos casos no se completa la figura que estamos estudiando y por lo tanto no tiene valor como causa de divorcio.

Por último es bueno aclarar que es necesario que el cónyuge que comete el hecho tenga la plena certeza de la existencia de su matrimonio, pues de no ser así tampoco se complementaría la figura; tal es el ejemplo de quien sostiene relaciones sexuales con otra persona distinta de su cónyuge, creyendo que este ha muerto, en cuyo caso no está cometiendo adulterio por cuanto no tiene la intención de faltar a la fe cónyugal.

El 2o. Párrafo de la causal admite las relaciones sexuales que se co

metan al contraer un segundo matrimonio por uno de los cónyuges, también se logra el divorcio por este motivo pues al celebrar un segundo matrimonio, siendo aún válido el lo. se está cometiendo adulterio y bigamia lo cual debe ser sancionado por la Ley penal de acuerdo con el Artículo 358 del C.P. Se habla de presunción, lo cual puede tener prueba en contraria, ya que uno de los cónyuges celebra un nuevo matrimonio con el convencimiento que la anterior está disuélto y si es así, no comete adulterio pues le falta un elemento que es consentimiento da faltar a la fé conyugal.

8.2. SEGUNDA CAUSAL

"El grave e injustificado incumplimiento por parte de uno de los cónyuges, de sus deberes de marido o de padre y de esposa o de madre".

Esta causal tiene una característica especial y es ser sumamente amplia, pues si nos atenemos al mismo sentido literal de ella vemos que fácilmente se encuentran involucradas las causales propias del divorcio sanción o sean la 1a., 2a, 3a, 4a, 5a, y 7a, y por lo tanto bien podría dejarse esta sola causa como única para los efectos pertinentes, pero el legislador quiso hacer más casulstico e hizo una especificación más objetiva que por la gravedad que conlleva el hecho, no podemos sino aplaudir tal determinación pues en la legislación comparada encontramos varios casos en los cuales las causas están enunciadas en una forma más específica aún que en la colombiana, aunque la más moderna concepción del derecho trata de generalizar al máximo la norma para evitar la proliferación que es mucho más inconveniente.

Ahora bien esta causal se encontraba, lo mismo que la anterior, en la antigua legislación pero habla un inconveniente y era la palabra absoluto al referirse al abandono de los deberes de los cónyuges, pues, para llegar al cumplimiento de esa norma había que encontrar casos muy sui generis y tenía que dejarse otros graves si, pero a que juicio del juzgador no eran absolutos. Actualmente se han utilizado las palabras graves e injustificado, aunque nos asalta duda sobre la concepción que tenga el Juez sobre lo que es realmente grave y lo que no lo es, pues el concepto varía de persona a persona; para nosotros la gravedad debe ser que se violen las más elementales obligaciones originadas en el matrimonio.

Los deberes u obligaciones entre los cónyuges los encontramos perfectamente enunciados en los artículos 176, 177, 178, y 179 del C.C. modificados por el Dec. 2820 de 1974 en sus artículos 9o. 10o., 11 y 12 respectivamente, así tenemos; fidelidad, cohabitación, socorro y ayuda mutua. Por lo tanto entre alguna de las faltas que puedan dar lugar al divorcio por esta causal tan genérica, podemos tener: la negativa constante de uno de los cónyuges a tener relaciones sexuales con el otro; el negarse a vivir bajo el mismo techo o la negativa a no dejar vivir al otro cónyuge en el domicilio del hogar; el abandono del hogar; el abandono de la obligación alimentaria para el otro cónyuge y sus hijos.

También podemos encuadrar dentro de esta causal dos hechos que no han sido lo suficientemente contemplados por los tratadistas pero que a nuestro juicio conforman un grave e injustificado incumplimiento de los deberes conyugales, ellos son:

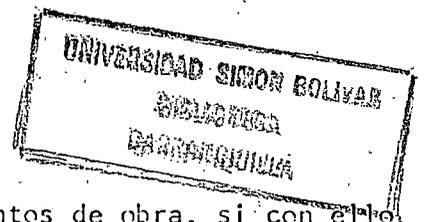
a. El abandono moral del hogar, por ejemplo aquellos padres que están firmemente convencidos de que con tal de dar todo el dinero necesario y aún más están cumpliendo con sus deberes respecto a la familia, pero en ningún momento se preocupan por compartir con su presencia vivificante la formación de su hogar que en muchas ocasiones necesita mucho más del cariño del padre que de su dinero.

b. Las relaciones sexuales incompletas o no plenamente compartidas, o puestos que muchos cónyuges obran con un sentido estrictamente egoísta y creen que lo único que importa es la propia satisfacción sin pensar para nada en el otro cónyuge que también es humano y un acto como la relación sexual debe ser plenamente compartido.

Pero es necesario anotar que no se debe tener como incumplimiento de los deberes el hecho de que uno de los cónyuges no desee tener más hijos cuando ya han habido los suficientes para el hogar; esto teniendo en cuenta el actual problema económico y de superpoblación existente. Debemos anotar también que para la configuración de la norma solo se necesita el incumplimiento de uno de los deberes y no necesariamente de todos y que de acuerdo a la jurisprudencia citada por Monroy Cabra, : al cónyuge que alegue el incumplimiento le corresponde la carga de la prueba y el otro cónyuge deberá probar la causa justa del incumplimiento.

8.3. TERCERA CAUSAL

"Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ellos peligran la salud la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges



ges, o de sus descendientes, o se hacen imposible la paz y el sosiego doméstico".

Los ultrajes son los agravios de palabra u obra o injurias que digan o hagan con la intención de deshonrar, desacreditar o poner en ridículo a una persona.

En sentido amplio de la palabra ultraje se puede incluir las causales 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., y 7o., sin embargo creemos que el legislador la incluyó como causal separada de las anteriores para contemplar los casos que no se encuentren en la descripción taxativa de las otras causales.

Vamos a señalar algunos de los principales casos que puedan configurar esta causal en cuanto a los ultrajes: los actos de infidelidad que no alcancen en grado de relaciones sexuales teniendo en cuenta en este caso no solamente los hechos lascivos sino también las frecuentes infidelidades puramente "románticas" que de todas maneras son un irrespeto al otro cónyuge y comprometen su honor; toda ofensa a la hora de uno de los cónyuges o de sus más próximos parientes (padres) ofensa esta que debe ser muy grave para configurar la acción.

Como la causal 6a. habla de enfermedad grave e incurable, se debe incluir en esta 3a. causal las enfermedades venereas, siempre y cuando no sean hereditarias como la sífilis, ya que en este caso se incluirían en la 6a. pero sin embargo puede contemplarse la posibilidad de que el enfermo se case a sabienda de tener la sífilis y lo comunique a su esposa,

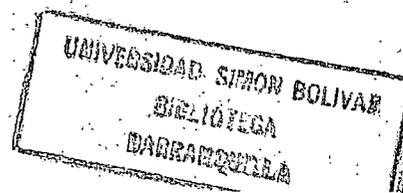
motivo que puede tenerse como injuria.

Los celos infundados y graves que determinen una vigilancia extrema hasta llegar a afectar la salud síquica del otro cónyuge.

Pueden haber muchos otros actos que configuren la injuria por la amplitud de su significado, pero se deben tener en cuenta que pueden estar contemplados más directamente en otras causales.

De todas maneras es importante recalcar el imperativo de que la injuria debe ser grave y para ello tomamos las palabras de José J. C. Valenti, citadas por Monroy Cabra, quien refiriéndose a la injuria dice: "En el término genérico de injurias están comprendidos todos los casos de incumplimiento de los deberes y obligaciones concretas y deberes recíprocos a cumplir durante una comunidad moral y material permanente que, en su integridad, constituyan base única para la armoniosa convivencia de los esposos.

Continuando, tenemos el trato cruel y los maltratamientos de obra; tomamos la primera parte en un aspecto generalmente psicológico o lo que se llama comúnmente "crueldad mental" ya que el físico encajaría en la 2a. frase de la parte citada. Esta crueldad mental es muy común en muchos hogares, pero generalmente no se ha recurrido a ella para demandar una separación de cuerpos o actualmente un divorcio vincular, tal vez por la subjetividad que conlleva o porque el cónyuge víctima se traumatiza tanto que lleva a convertirlo en una costumbre. Aquí se pueden incluir los constantes insultos o regaños sin motivos que aunque no sean gra



ves al ser concetuinarios pueden conformar la cuasal. Sin embargo vale hacer la advertencia que en estos casos juega un papel importante, para el juicio del divorcio, el medio en el cual vivan los cónyuges y el grado de cultura que tengan ya que en ciertos estratos sociales el maltrato de palabra es muy común y no causa ninguna admiración, cosa que no puede decirse de maltrato físico pues allí se configura un delito como puede ser las lesiones personales o inclusive el mismo intento de asesinato.

Respecto a los matrimonios de obra, debemos atenernos casi exclusivamente a la parte literal de la causal o sea "que peligre la salud, la integridad personal, o la vida" en ello estribaría la gravedad del hecho y daría lugar a la sentencia del divorcio.

Esta causal puede tener, además, la intervención de 3ras. personas que cometen el hecho por mandato del cónyuge y en este caso creemos que se pueda juzgar como autor intelectual de la injuria o el maltrato al cónyuge mandante y por lo tanto encajará en esta norma.

8.4. CUARTA CAUSAL

"La embriaguez habitual de uno de los cónyuges"

De acuerdo con el manual de estadísticas y diagnóstico de enfermedades mentales, el alcoholismo se encuentra definido así: "esta categoría se aplica a pacientes cuyo consumo del alcohol es suficiente para producir daños a su salud física o a su funcionamiento social o personal o cuando se convierte en un pre-requisito para un funcionamiento normal.

Bebida episódica exclusiva: Esta condición debe clasificarse así cuando existe el alcoholismo y el individuo se intoxica con una frecuencia de 4 veces al año. Se entiende por intoxicación aquel estado en el cual la coordinación, el lenguaje o la conducta del individuo se alteran claramente.

Bebida habitual excesiva: Este diagnóstico se aplica a las personas que son alcohólicas y quienes llegan a intoxicarse más de 12 veces al año o se encuentran bajo la influencia del alcohol más de 1 vez a la semana, a pesar de que no lleguen a intoxicarse.

Adición alcohólica: se diagnostica cuando hay evidencia directa o pre-sentiva de que el paciente depende del alcohol o su incapacidad de permanecer un día sin ingerir alcohol".

La embriaguez habitual es una enfermedad que puede ser curable en muchos casos y tal vez por eso el legislador la incluyó como una causa aparte para lograr el divorcio y no dentro de la causa 6a. que trata de las enfermedades graves e incurables y además por ser uno de los motivos más comunes en el desasosiego y la perturbación de la paz hogarena.

Además el alcoholismo es la causa para llegar a otros hechos que determinan el divorcio como las contempladas en las causales 1a., 2a., 3a., y 6a., de la mencionada Ley.

Para determinar la configuración de la causal a que hacemos mención, se debe tener en cuenta las consecuencias familiares que ella carrea tales como: los maltratamientos físicos y síquicos, irresponsabilidades, mal

ejemplo, etc.; también por efectos fisiológicos entre los cuales los más importantes son: "insomnio rebelde, temblor y frío de las manos, y síquicamente por la ambigüedad del carácter. Aparece luego el "delirium tremens" caracterizado por alucinaciones visuales terroríficas con obnubilación mental y tendencia al suicidio".

De lo anterior deducimos la gravedad que conlleva la embriaguez habitual y el porque su establecimiento como causal del divorcio es de una importancia fundamental en el medio colombiano y aún en el latinoamericano, donde el alcoholismo es uno de los peores vicios y el más acentuado.

8.5. QUINTA CAUSAL

"El uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica".

En la actualidad ha tomado una gravedad tan notoria el consumo de alucinógenos y estupefacientes, sobre todo entre la juventud y por lo tanto era sumamente necesario incluir esta causal específica para así solucionar los graves problemas de aquellos hogares donde uno de los cónyuges ha tomado el camino de las drogas para perderse en él tratando de olvidar la realidad, condenado a su hogar a la disolución y llegando inclusive hasta el crimen.

Dentro de las drogas estupefacientes más comunes tenemos: marihuana, el opio de donde procede la morfina, narcotina, tebaina, codeína, etc., la coca cuyo principal producto es la cocaína. De estas la que ofrece

menos peligrosidad es la marihuana, pues sus efectos se pueden comparar con los del alcoholismo y tal vez son menores, aunque no por eso debemos dejarla a un lado como causal del divorcio. Otra droga muy en moda en los E.E.U.U. y por ende en nuestro país es el L.S.D. o ácido lisérgico que es extraído del cornezuelo del centeno.

Casi todas estas drogas tienen como efecto principales en principio la euforia, sensación de bienestar, locualidad, etc., y sobretodo la obtención de un sueño artificial acompañado de imágenes fantásticas; pero más tarde, cuando el vicio va progresando hay pérdida de la memoria, del concepto moral, de la responsabilidad y la conversión en un desadaptado social que puede llegar hasta el crimen con tal de conseguir la droga.

Respecto a la causal, estamos totalmente de acuerdo con su espíritu, dada la peligrosidad del drogulmano y las consecuencias que pueda tener en un hogar atacado por tan maligno agente.

Sin embargo debemos hacer algunas observaciones en cuanto a su redacción, ya que si hay habitualidad en el consumo de la droga, necesariamente hay compulsión, pues el hábito es el que lleva a la necesidad forzosa de tomarla; por lo tanto creemos que sobra la palabra compulsión.

También, y estamos de acuerdo con otros juristas, parece que no está bien empleada la palabra uso, ya que su significado no es el más apropiado y sería mejor utilizar la palabra consumo, que le daría un significado más preciso.

Como el caso de la embriaguez habitual, el consumo habitual de alucinógenos, representa un peligro eminente para la estabilidad matrimonial inclusive para la misma descendencia que puede resultar con una serie de taras congénitas, producto de la droga consumida por sus progenitores, de ahí que el divorcio debería ser concedido con más facilidad que en ninguna otra causal.

8.6. SEXTA CAUSAL

"Toda enfermedad o anomalía incurable o grave física o síquica de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial".

En algunas legislaciones como la francesa, donde solo existe el divorcio-sanción, no se contempla esta causal, pero nosotros si creemos en la efectividad de ella, inclinándose preferentemente cuando se trate de enfermedades o anomalías mentales y unas muy pocas físicas.

En primer lugar tratemos de la enfermedad o anomalía síquica grave o incurable, haciendo la observación de que respecto a las enfermedades mentales el término grave es sinónimo de incurable y es solamente en esa condición como puede considerarse causal de divorcio. En cuanto a las enfermedades mentales, las más graves parecen ser las psicosis, sobre las cuales podemos tomar la siguiente definición "Esta alteración puede ser el resultado de una distorsión seria en la capacidad para percibir la realidad. Las alucinaciones. Las alteraciones en el estado de ánimo pueden ser tan profundas que la capacidad del paciente para evaluar su existencia o situación está perdida totalmente".

Serla bastante largo enumerar la cantidad de enfermedades mentales que toman el nombre genérico de psicosis, pero casi todas ellas son causas de divorcio, previo el dictámen del psiquiatra forense y no de cualquier médico, pues su concepto es tan importante que sin él, salvo casos muy especiales, no podría considerarse el divorcio.

En cuanto a las enfermedades físicas es necesario obrar con mucha prudencia ya que existen algunas enfermedades incurables que, a pesar de ello, no darían pie a dictar una sentencia de divorcio y además por que es muy clara la redacción del Art. 176 del C.C. cuando habla de la obligación de los cónyuges a "Socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida" por eso es importante tener muy en cuenta de que "peligre la salud del otro cónyuge e imposibilite la comunidad familiar".

8.7. SEPTIMA CAUSAL

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

Esta causal la encontramos en casi todas las legislaciones y en el caso colombiano le hemos encontrado unas características especiales que se desprenden del mismo texto de la norma así:

Como primera medida es necesario que el sujeto víctima de la corrupción, no esté corrompido, pues es muy lógico que nadie puede corromper lo que ya esté corrupto.

Esta norma se extiende no solo a los cónyuges sino también a sus descendientes y a las personas que convivan en el hogar aún no siendo parientes.

De otra parte, casi siempre se dá como causal la incitación a la prostitución, pero nosotros entendemos que se puede tratar de la incitación a la comisión C.P. fuera de eso creemos también que la norma cobijaría una serie de desplantes sexuales que puedan producir escándalo dando lugar a la corrupción de quienes convivan con el corrupto, tenemos por ejemplo: el fetichista, el transvestista, el exhibicionista, el voyerista, etc.

Actualmente y debido a varias causas, entre ellas la situación económica y la ola de inmoralidad que nos inunda, se encuentran varios casos en que la cónyuge es obligada a prostituirse e inclusive los mismos hijos, pero por mera necesidad. Entonces diríamos si en esas condiciones, sería causal de divorcio? Hasta el momento parece que en ningún juzgado se ha presentado esa situación que sucederá cuando se llegue a este tipo de denuncia? Se comprenderán las circunstancias? o simplemente se atenderá a la letra de la Ley, sin tener en cuenta que el medio que nos rodea es tan desolador y terrible que hasta lo dicho puede suceder. Para nuestro criterio lo compararíamos con el hurto famélico, pues las circunstancias son idénticas, el fin el mismo, aunque los medios son diferentes.

8.8. OCTAVA CAUSAL

"La separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure más de

dos años".

Es la causal llamada de mutuo consentimiento, pues para obtener el divorcio, los cónyuges solamente tienen que esperarse dos años y tienen solucionado el problema, ya que la separación de cuerpos necesita de cualquiera de las causales de divorcio o de acuerdo con el numeral 2o. del Art. 165 del C.C. de "por mutuo consentimiento de los cónyuges manifestado ante Juez competente".

Esta causal fue atacada por el gobierno e inclusive por la comisión redactora del proyecto de ley No. 58 de 1975, pues según dicho proyecto se limitó la separación decretada judicialmente y que producirá tres años "salvo cuando se haya decretado por mutuo disenso".

Nosotros estamos de acuerdo con esta causal, tal como está en el numeral octavo de la Ley la. de 1976, e inclusive creemos que está adelante, porque es algo natural comprender que si una pareja estuvo separada por dos años es imposible que se vuelvan a unir y el hecho de mantener esa situación es más perjudicial para los mismos cónyuges y peor para los hijos si los hubiere. En el caso de los cónyuges separados legalmente que no se les conceda el divorcio es casi como si la misma ley, los autorizara al amor libre, a la prostitución, el amancebamiento, etc., además fisiológicamente no es de suponer una abstinencia sexual por más de dos años, por lo tanto lo mejor es que se conceda el divorcio para que cada quien organice su vida con entera libertad.

Y estamos de acuerdo lógicamente, con la separación por mutuo acuerdo,

pués ello revela madurez en las personas y pone de presente que han sido capaces de reconocer la incompatibilidad de caracteres que hace imposible cualquier intento de convivencia. Es mejor también por cuanto se evitan hipocresías y no se espera a que se cometa un hecho más grave con el fin de pedir la separación. Una cosa muy distinta es que, por ahora, se llegara al divorcio por mutuo consentimiento sin necesidad de la espera de por lo menos dos años; nuestra sociedad aún no está preparada para ello y darla lugar a muchos desafueros por la irresponsabilidad aún muy manifiesta en nuestra sociedad.

De otra parte, declamos antes que nos parece muy limitada la causal, porque no se ha pensado en la cantidad de matrimonios que por ignorancia de la ley o por cuestiones económicas no han llegado ante el Juez para pedir la separación de cuerpos con el fin de que a los dos años puedan obtener el divorcio, por lo tanto debería extenderse a todas las separaciones tanto las legales como las de hecho, porque en el fondo el motivo es el mismo y la justicia debe ser para todos.

Y que decir de aquellos matrimonios que están separados hace 5, 10 o más años y cuyo único obstáculo es la indisolubilidad canónica; acaso en ellos no se encuentra más que probado "un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento de la unidad de la vida de los cónyuges" tal como lo reza el Art. 155 del C.C. para opere el divorcio? En esto encontramos la principal falla de la Ley 1 de 1976, pués no parece una ley nacional ya que no ampara a todos los colombianos sino a una mínima minoría que se encuentra casada por lo civil.

En la conclusión final de este trabajo y en las recomendaciones del mismo ampliaremos un poco más esta tesis y trataremos de dar una solución al problema.

8.9. NOVENA CAUSAL

"La condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años, por delito común, de uno de los cónyuges, que el Juez que conosca del divorcio califique como atroz e infame".

Esta causal se encuentra en muchas legislaciones y para nosotros sus principales condiciones son:

Que uno de los cónyuges haya cometido un delito que sea sancionado con más de cuatro años de presidio. Que sea un delito común, plenamente tipificado en nuestro C.P. y que el Juez civil lo considere "como atroz e infame". Además que la condena se produzca después de celebrado el matrimonio.

Estamos muy de acuerdo en que esta causal se refiere taxativamente a delitos comunes, pues sería bastante delicado que se incluyeran aquí los delitos políticos ya que todos conocemos la parcialidad con que se obra en estos casos por parte de las mismas autoridades, de ahí que este tipo de delitos no son causales en ninguna legislación.

Es importante aclarar que el Juez civil o sea quien conoce el divorcio, el que debe concretar si un delito es atroz o no, pues tal tipificación no se encuentra en nuestro C.P. y por lo tanto el Juez penal cumple con

dictar la sentencia.

9. PROCESO DE DIVORCIO

9.1. ACCION-DIVORCIO-TRAMITE

Tal como acontece en todo proceso civil contencioso, al igual que en el proceso de divorcio se ha de suponer la existencia de capacidad procesal, presupuestos para ejercitar la acción, y una demanda en forma ante Juez competente. La demanda habrá de provenir de el cónyuge que sea titular de la acción, y en caso de ser menor, de sus padres.

A el Art. 156 del C.C. establece: "El divorcio solo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que no motivan y dentro del término de 1 año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causas 1a. y 7a., o desde cuando se sucedieron, en tratándose de las 2a., 3a., 4a., y 5a., En todo caso, las causas 1 y 7a. solo podrán alegarse dentro de los 2 años siguientes a su ocurrencia. Las causas de divorcio no podrán probarse con la sola confesión de los cónyuges.

La anterior norma establece varios principios: a. El divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge inocente; b. Las causas del divorcio no se pueden probar con la sola confesión de las partes; c. Se establece un plazo de caducidad de un año, desde cuando tuvo conocimiento de los hechos respecto de las causas 2a., 3a., 4a., y 5a. y d. Se establece

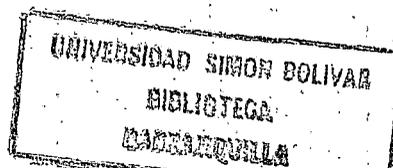
ce otro plazo de caducidad en cuanto alas causales 1a. y 7a. que no se podrán alegar 2 años después de su ocurrencia. Ahora, en cuanto a la legitimación del cónyuge inocente, para iniciar la demanda, podemos decir que este principio se fundamenta en la aplicación al derecho de familia de los romanos, según el cual a nadie se le permite alegar ante justicia su propia inmoralidad o torpeza, cuando de ella pretende obtener beneficios o privilegios a su favor.

9.2. MEDIDAS PREVENTIVAS

Siguiendo los trazos señalados por el Art. 158 del C.C., decimos: En cualquier momento a partir de la presentación de la demanda, podrá el Juez tomar medidas, relativas unas a la seguridad y protección de los cónyuges y de los hijos, y otras atinentes a la conservación de los bienes de la sociedad conyugal.

Entonces, se concluye, que en cuanto a las medidas cautelares encontramos las siguientes, divididas en 2 grupos:

1. a. Se autoriza la residencia separada de los cónyuges; el depósito en casa de sus parientes más próximos o en la de un tercero cuando el Juez lo crea conveniente (C.P.C. Art. 423).
- b. Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de un tercero si es el caso.
- c. Señalar la suma de dinero con que cada cónyuge debe contribuir para la habitación y sostenimiento o el otro de los hijos comunes, y para la educación de estos.



d. Decretar, en caso de que la mujer esté embarazada, las medidas previas que señala el Art. 226 del C.C.

2. En cuanto a la segunda clase de medidas previas, el Juez podrá decretar el embargo y secuestro de los bienes que pueda ser objeto de ganancias, y que estuvieren en cabeza del otro cónyuge en la forma ordenada por el Num 1o. del Art. 691 del C.P.C.

Igualmente, con el fin de garantizar el pago de los alimentos a que hubiere lugar, podrá pedirse el embargo y secuestro de los bienes que no pertenezcan a la sociedad conyugal.

9.3. DEMANDA DE RECONVENCION

Admitida la demanda, habrá de darse el traslado que corresponde al procedimiento abreviado, el cual es de 10 días. En este término el demandado podrá contestar mediante una demanda de reconvencción.

Ante este hecho, el Juez se encuentra frente a dos demandas, que procede de cada uno de los cónyuges. Cada uno de los cónyuges se acusan mutuamente y de esta forma buscan evitar que la sentencia recaiga sobre el solo. Dice la doctrina, que si el primer demandante desiste, el demandante que reconviene desiste automáticamente, es decir se extinguen las dos acciones.

9.4. AUDIENCIA DE CONCILIACION

Contestada la demanda de divorcio y la de reconvencción según el caso, y falladas las excepciones, el Juez citará a los cónyuges a una audien

cia de conciliación. Si uno de los cónyuges no asiste, se citará a una segunda audiencia, la cual tendrá lugar no antes de dos meses ni después de tres meses de la fecha señalada para la primera, si a esta segunda no concurrieron tampoco alguno de los cónyuges, el Juez ordenará continuar el proceso (Art. 423 C.P.C.).

La audiencia de conciliación tiene como objeto examinar frente a cada uno de los cónyuges, la causal o causales de divorcio invocada al igual que frente a los hijos comunes, observando desde todo momento, la conducta de cada uno de los cónyuges, buscando evitar el divorcio, o simplemente su aplazamiento, por cuanto que el tiempo y la reflexión puede llegar a conciliar los ánimos. La audiencia de conciliación tiene su éxito o fracaso, en la forma como pueda ser dirigida por el Juez con pleno entendimiento de los problemas familiares.

La asistencia de los apoderados no es indispensable, tanto así, que en caso de que uno de los cónyuges solicite el retiro de estos, para facilitar la exposición de intimidades, el Juez deberá acceder.

Las audiencias de conciliación pueden ser postergadas o prorrogadas, y su origen deriva principalmente del derecho francés y alemán.

9.5. LA SENTENCIA

Ya hemos visto que el Juez, de conformidad con el Art. 155 del C.C. tiene discrecionalmente la facultad de conceder o no el divorcio, aun cuando este plenamente demostrada la existencia de la causal invocada. Pero esa facultad no debe tomarse en ningún momento en sentido estricto,

porque para ello, el Juez antes de abstenerse a decretar el divorcio, debe demostrar que en el hogar se ha producido un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial, de tal forma que no sea posible restablecer el hogar. Si se presentó demanda de divorcio y fallaron los intentos de arreglo en la audiencia de conciliación, son síntomas que han de inquietar al Juez, sobre las consecuencias que pueda o no existir con el divorcio, ya que demuestra esta etapa transcurrida, que la vida conyugal ha sido rota. Respecto a la culpabilidad de los cónyuges, ha de quedar en claro cual ha sido el cónyuge culpable y el cónyuge inocente, a fin de establecer las sanciones pecuniarias ha que deba ser lugar.

La sentencia de divorcio, deberá quedar en firme para que produzca efecto, y esto acontece cuando ha vencido el término para interponer los recursos de ley. Una vez ejecutoriada, habrá de inscribirse en el registro del Estado Civil de las personas, la pena de no producir efectos. Esta inscripción podrá realizarse aunque uno de los cónyuges haya muerto antes de tal acto.

9.6. EFECTOS DEL DIVORCIO

En cuanto a los efectos del divorcio, podemos señalar a. En cuanto a los efectos del divorcio respecto a la persona de los cónyuges, se producen en cuanto al mando desde la ejecutoria de la sentencia; y en cuanto a la mujer, esta debe respetar el plazo de la viudes (270 días). Respecto de los bienes, el divorcio se retrotrae al día en que fueron asignados, excepto si el divorcio se presenta por demanda conjunta.

Respecto de terceros, el divorcio no produce efectos sino desde el día en que se registro la sentencia en el estado civil.

Sin embargo, si un tercero se asocia fraudulentamente con uno de los cónyuges para efectuar actos ilegales pero simultáneamente válidos, el otro cónyuge podrá pedir la nulidad de tales actos.

b. En cuanto a las personas de los cónyuges, el matrimonio se disuelve. Pueden los esposos contraer nuevamente matrimonio, pero la mujer debe respetar el plazo de viudes (270 días). La mujer deja de estar domiciliada con el marido, pero se advierte que tal domicilio se puede haber perdido antes con la residencia separada autorizada en las medidas preventivas. La mujer deja de usar el apellido del marido. Las obligaciones de los cónyuges desaparecen.

c. Entre las sanciones por falta y ruptura de la vida en común, se encuentran la pérdida de las donaciones y ventajas matrimoniales concedidas, por parte del cónyuge culpable a favor del cónyuge inocente. El cónyuge culpable es obligado a indemnizar al inocente, por causa de la ruptura del matrimonio.

Es de anotar, que entre las obligaciones o deberes del matrimonio que no se extinguen con el divorcio, en caso de ruptura de la vida común, el cónyuge que ha tomado la iniciativa con el deber de socorro, teniendo la pensión que se fije caracteres alimentarios e indemnizatorios.

d. Pa prestación compensatoria se aplica en todo caso de divorcio, excepto cuando la disolución se efectuó por ruptura de la vida común

o por responsabilidades exclusivas de uno de los cónyuges. El Juez fija la prestación y los esposos mismos la determinan en la convención que presentan con la demanda conjunta, teniendo en cuenta la edad, salud de los cónyuges y situación de los hijos. Pueden pagarse bien sea en capital o venta.

e. En cuanto al alojamiento de los esposos, el Juez exige el mantenimiento en el lugar o en el derecho de arrendamiento a uno de los cónyuges, teniendo en cuenta los intereses sociales o familiares en litigio.

f. En cuanto a los hijos, estos pueden confiarse al cónyuge inocente o al cónyuge culpable, de acuerdo al interés que pueda existir, aunque el cónyuge que no tenga la custodia de ellos, continúa con la autoridad paterna (vigilancia, correspondencia, visita, etc.). Esta custodia se fija a criterio del Juez, y lo hace teniendo en cuenta los sentimientos de los hijos. Los derechos de usufructo y administración legal se le conceden al cónyuge que tenga la custodia de los hijos, pero en determinados casos, el Juez, viendo el interés de los hijos, puede conceder esta administración al otro cónyuge.

10. DIVORCIO EN EL EXTERIOR

10.1. EFECTOS

Para analizar las posibilidades de aceptar como válido un divorcio realizado en el exterior, de matrimonio celebrado en Colombia, es menester establecer dos épocas: antes de la Ley 1 de 1976, y después de la Ley 1 de 1976.

En el primer caso, tratándose de matrimonio católico, pues la gran mayoría lo eran antes de esta Ley, el colombiano que se divorcia en el exterior no podría obtener los efectos, que dicha sentencia conceden en el país donde se realizó, en Colombia, es decir obtener el exequater.

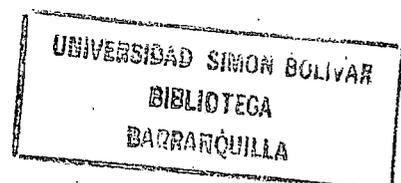
Sabemos que en una sentencia producida en el extranjero, para que produzca efectos en nuestro país, requiere del exequatur. Esto en materia de divorcio, no era posible, ya que el Art. 19 del C.C. dispone que el colombiano en el exterior queda sujeto a la Ley colombiana en estado civil y capacidad matrimonial. Además según los Art. XVII y XVIII del Concordato de 1887, eran de exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causales matrimoniales que afectan al vínculo del matrimonio, y la Iglesia no acepta el divorcio vincular. Igualmente, según la corte, lo relativo al estado civil de las personas forma parte del orden público civil. En el Concordato, de la Ley 20 de 1974, se permite a los colom

bianos contraer matrimonio civil o católico. Si un colombiano contrae matrimonio por lo católico, no puede divorciarse vincularmente ni en Colombia ni en el extranjero, y se obtiene sentencia de divorcio en este último, ello va contra la Ley Nacional colombiana que establece la indisolubilidad del matrimonio canónico, y por ende, es nula.

En cuanto al divorcio del matrimonio civil, con posterioridad a la Ley 1 de 1976; está en su Art. 14, hoy Art. 164 del C.C. establece: "El divorcio decretado en el exterior, respecto del matrimonio civil celebrado en Colombia, se registrará por la Ley del domicilio conyugal, y no producirá efectos de disolución, sino a condición de que la causal respectiva sea admitida por la Ley colombiana y de que el demandado haya sido notificado personalmente o emplazado según la Ley de domicilio.

Con todo, cumplimiento los requisitos de notificación y emplazamiento, podrá surtir los efectos de la separación de cuerpos".

Luego, visto lo anterior, el colombiano casado por lo civil en Colombia, podrá divorciarse en el exterior y obtener el exequatur, siempre que la causal invocada tenga existencia en Colombia.



CONCLUSION

Es cierto que la Ley 1 de 1976, vino a llenar un vacío en nuestra legislación y aunque tiene algunos defectos que se notan en las causas para concederlo, podemos concluir que como toda humana, puede perfeccionarse para cumplir cabalmente el objetivo que se propuso el legislador al darle carácter de Ley.

Sin embargo es necesario, hacer algunas consideraciones al respecto:

El divorcio se aplica en Colombia únicamente a los matrimonios civiles, pero debemos recordar que estos matrimonios, hasta el momento, son muy escasos, pues anteriormente y debido a la tristemente Ley "Concha", muchas personas se abstuvieron de contraerlo pensando en el cargo de conciencia que representaba el hecho de hacer una abjuración de su fe católica, por lo tanto, el beneficio de la ley es muy limitado y el problema social que tenemos dentro de la familia colombiana, sigue igual ya que no existe solución legal para el innumerable grupo de matrimonios que por distintas causas se ven impedidos de convivir juntos o si conviven son un pésimo ejemplo para los hijos, pues sus hogares se han convertido en campo de batalla donde jamás se encuentra la palabra cariño y donde el odio que se respira es tan grande que hasta los mismos hijos empiezan a sentir odios por sus progenitores.

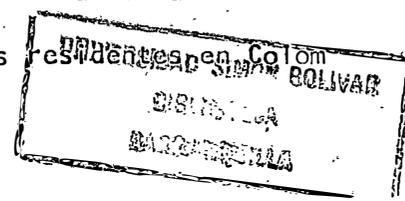
O sea que la solución no llego a todos los que la necesitan, ya que la mayoría de los matrimonios existentes en Colombia, son matrimonios católicos y la INDISOLUBILIDAD es tan sagrada que parece no haber remedio.

Sin embargo, nosotros nos seguimos preguntando, si es moral y de conciencia que dos seres humanos esten condenados a martirizarse por siempre; es moral que la gran mayoría de los separados de hecho vivan en un permanente concubinato? y finalmente nos preguntamos: es moral que para algunos hogares el matrimonio sea solamente una manpara que cubre la hipocresia de una unión totalmente disuelta?. Nos respondemos que allí no hay moralidad de ninguna naturaleza y antes por el contrario, lo inmoral está de cuerpo presente.

Pero, cual puede ser la solución? creemos que la Iglesia debe renovar algunos de sus conceptos sobre materia tan importante como lo es el matrimonio, ya que la simple separación de cuerpos no es una solución definitiva y pensamos que seria más cristiano y más humano que una persona tenga derecho a rehacer su vida cuando encuentre el verdadero amor.

Respecto a lo anterior y casi convencidos de que la iglesia nunca va a modificar sus conceptos, nos atrevemos a proponer como alternativa que sea la Legislación Civil quien tome en sus manos la solución del problema y para ello se debe empezar por romper el concordato firmado con la Santa Sede.

A la par se logre lo propuesto, es necesario que se establezca definitivamente el MATRIMONIO CIVIL para todas las personas



bia, de una forma obligatoria, aceptandose como la única manera viable para cambiar de estado civil y reconocer todos sus efectos; luego quienes por conciencia religiosa deseen contraer matrimonio religioso, lo podrían hacer como un acto de fe que interese únicamente a su formación católica y nada tenga que ver con las leyes de nuestro país.

Parecen ideas muy osadas, pero realmente no lo son, si nos damos cuenta del momento que estamos viviendo y de la crisis existente en la familia colombiana. Por eso esperamos que estas palabras tengan eco en nuestros legisladores, para que algún día la justicia brille para todos.

Lo anterior es la síntesis de las principales ideas expuestas en este trabajo; otras modificaciones e inquietudes se encuentran en las conclusiones de cada capítulo y por lo tanto nos ha parecido muy redundante volverlas a repetir, sin embargo en las recomendaciones finales volveremos a ellas.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ, Rodriguez Edgar, Régimen de Bienes en el matrimonio, Editorial Temis, 1978.
- AMEZQUITA, De Almeida Josefina. Lecciones de Derecho de Familia.
- ANIF. DERECHO FINANCIERO. No. 8 1980, Editorial Fotolito Calidad.
- ARBOLEDA, Valencia Hernan. Derecho Matrimonial Eclesiastico.
- ARIAS, José. Derecho de Familia.
- CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal. Delitos Contra el Honor y Los Derechos de Familia VOL. V.
- DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa S.A., México, 1978.
- DEVIS, Echandia, Hernando. Compendio de Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso Tomo I. Editorial A.B.C., 1979.
- DUARTE, French, Alberto. Guía Práctica del Derecho de Familia. Editorial Temis. 1980
- CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA POPULAR DE CHINA. Ediciones de Lenguas Extranjeras, Pekin, 1975.

EDICIONES PAULINA - LA SANTA BIBLIA. 1974.

ENGELS, Federico. Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado. Editorial Progreso. 1976.

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de la Legislación y Jurisprudencia. Editorial Temis. 1980.

FELIX, Castro José. Nuevo Concordato. Editorial Publicitario.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Derecho de Familia. Imprenta Nacional. 1972.

KULIKOV. V.V. La Administración de Justicia en la Unión Soviética. Editorial Temis. 1981.

LOZANO, Pedro Pablo. El Divorcio en Colombia, su Tradición Legislativa. Tomos I y II. Bogotá, Imprenta Nacional.

MEDELLIN. J., Carlos. Lecciones Elementales de Derecho Romano. Editorial Temis. 1977.

MONROY Cabra, Marco Gerardo. Matrimonio Civil y Divorcio en la Legislación Colombiana. Editorial Temis. 1979.

MONROY, Cabra. Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Editorial Temis. 1980.

MIGUELEZ, Alonso Cabrerós. Código de Derecho Canónico, Biblioteca de Autores Cristianos. 1978.

- RESTREPO, José Felix. Derecho de Familia. Editorial Publicitaria. 1979.
- SEDUGIN, Piotr. Matrimonio y Familia en la U.R.S.S. la Nueva Legislación Soviética, Editorial Progreso. Moscú. 1968.
- SUAREZ, Franco, Roberto. Derecho de Familia. Tomos I y II. Editorial Temis. 1981.
- TOBON, Mejía, Aurelio. Disolución de Matrimonios no Sacramentales por la Potestad ministerial del Romano Pontífice. Editorial Temis. 1963.
- ORTEGA, Torres, Jorge. Constitución Política de Colombia, Editorial Temis, 1978.
- ORTEGA, Torres, Jorge. Código Civil. Editorial Temis. 1980.
- ORTEGA, Torres, Jorge. Código Penal. Editorial Temis. 1980.
- ORTEGA, Torres, Jorge. Código de Procedimiento Civil. Editorial Temis. 1980.
- TRIBUNAL ECLESIASTICO SUPERIOR DE COLOMBIA. Nulidad del Matrimonio por defectos del consentimiento. 1978.
- URIBE, Arcilla, Oscar. Derecho de Familia. Editorial Luz. 1980.
- VALENCIA, Zea, Arturo. Derecho Civil. Parte General y Personas. Vol. I. Editorial Temis, 1979.
- VALENCIA, Zea, Arturo. Derecho Civil. Derecho de Familia. Vol. V. Edi

torial Temis. 1980.

ZEA HERNANDEZ, Germán. El Concordato ante el Senado. Imprenta Nacional.
1974.