

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION  
COLOMBIANA

MARTHA TOSCANO HADDAD

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1986

34450

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA

DR 7  
#0903

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA

**UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR**  
**BIBLIOTECA**  
**BARRANQUILLA**

**UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR**  
**BIBLIOTECA**  
**BARRANQUILLA**

EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION

COLOMBIANA

MARTHA TOSCANO HADDAD

Trabajo de grado presentado como  
requisito parcial para optar el título  
de Abogado.

Director: AMADO GOMEZ  
Abogado

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1986

Nota de Aceptación

---

---

---

---

Presidente del Jurado

---

Jurado

---

Jurado

Barranquilla, Noviembre 1986

RECTOR : JOSE CONSUEGRA H.

DECANO : CARLOS DANIEL LLANOS

SECRETARIO : RAFAEL BOLAÑOS

SECRETARIA  
ACADEMICA : BLANCA FRANCO DE CASTRO

JURADOS :

## DEDICATORIA

La culminación de mis estudios y adquisición del título de Abogado, lo dedico a mis padres y a mi esposo quienes deben compartir mis satisfacciones en este momento.

MARTHA TOSCANO HADDAD

## AGRADECIMIENTOS

La autora expresa sus agradecimientos:

A AMADO GOMEZ, Abogado Catedrático Universidad Simón Bolívar  
y director de la tesis.

A CARLOS DANIEL LLANOS, Abogado Decano Facultad de Derecho  
Universidad Simón Bolívar.

A Los miembros del Consultorio Jurídico.

A La Universidad Simón Bolívar.

A Todas aquellas personas que de una u otra manera hicieron posible la realización de mi trabajo investigativo.

Barranquilla, Noviembre 12 de 1986

Doctor  
CARLOS DANIEL LLANOS  
Decano Facultad de Derecho  
Universidad Simón Bolívar  
E. S. D.

Distinguido Doctor:

Después de haber estudiado el desarrollo del contenido del trabajo de tesis denominado "EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA", presentado por la egresada Martha Toscano Haddad, me permito dar mi concepto favorable.

Durante su cumplimiento la egresada utilizó un detallado método de investigación, pues se trata de un tema de gran actualidad en todo el urbe, demostrando gran capacidad, abundantes conocimientos de la materia que sólo se obtienen en las aulas de nuestra querida facultad.

De antemano le manifiesto mis sinceros agradecimientos por mi designación como Director de esta investigación.

De usted muy atentamente,

  
AMADO GÓMEZ RANGEL  
c. c. No. 523.156 de Medellín



## TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	Pi4.
1. MATRIMONIO	17
1.1 ETIMOLOGIA	17
1.2 DEFINICION	17
1.3 FINES DEL MATRIMONIO	18
1.4 NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO	20
1.4.1 Matrimonio como Institución	21
1.4.2 Matrimonio como Contrato	24
1.4.3 Matrimonio como Sacramento	25
1.4.4 Teoría Mixta del Matrimonio	25
1.5 SISTEMA MATRIMONIAL COLOMBIANO	28
1.5.1 Matrimonio Canónico	31

1.5.2	Matrimonio Civil	33
1.5.3	Disolución del Matrimonio Civil	49
2.	EL DIVORCIO	51
2.1	NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO	51
2.1.1	Noción	51
2.2	EVOLUCION HISTORICA DEL DIVORCIO	57
2.2.1	Roma	57
2.2.2	Francia	61
2.2.3	Grecia	66
2.2.4	Hebreos	69
2.3	DEFINICIONES DE DIVORCIO	71
2.4	DIVERSAS CONCEPCIONES ACERCA DEL DIVORCIO	75
2.4.1	Divorcio Repudio	75
2.4.2	Divorcio por voluntad unilateral	76
2.4.3	Divorcio por mutuo acuerdo	77
2.4.4	Divorcio Remedio	79
2.4.5	Divorcio Sanción	80
2.4.6	Divorcio sin necesidad de alegar causales	83

4.1.2	Provocación del Adulterio	115
4.1.3	Condonación del Adulterio	116
4.1.4	Compensación del Adulterio	117
4.2	EL GRAVE E INJUSTIFICADO INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE ALGUNO DE LOS CONYUGES, DE SUS DEBERES DE MA- RIDO O DE PADRE Y DE ESPOSA O DE MADRE	121
4.2.1	Cuando Opera esta Causal	122
4.2.2	Concepto de la Corte Suprema de Justicia	125
4.3	LOS ULTRAJES, EL TRATO CRUEL, Y LOS MALTRATAMIENTOS DE OBRA, SIN CON ELIO PELIGRA LA SALUD, LA INTEGRI- DAD CORPORAL O LA VIDA DE UNO DE LOS CONYUGES, O DE SUS DESCENDIENTES, O SE HACEN IMPOSIBLES LA PAZ Y EL SOSIEGO DOMESTICO	128
4.3.1	Concepto	128
4.4	LA EMBRIAGUEZ HABITUAL DE UNO DE LOS CONYUGES	132
4.4.1	Generalidades	132
4.4.2	Concepto	132
4.5	EL USO HABITUAL Y COMPULSIVO DE SUSTANCIAS ALUCINO- GENAS O ESTUPEFACIENTES, SALVO PRESCRIPCION MEDICA	134

4.1.2	Provocación del Adulterio	115
4.1.3	Condonación del Adulterio	116
4.1.4	Compensación del Adulterio	117
4.2	EL GRAVE E INJUSTIFICADO INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE ALGUNO DE LOS CONYUGES, DE SUS DEBERES DE MA- RIDO O DE PADRE Y DE ESPOSA O DE MADRE	121
4.2.1	Cuando Opera esta Causal	122
4.2.2	Concepto de la Corte Suprema de Justicia	125
4.3	LOS ULTRAJES, EL TRATO CRUEL, Y LOS MALTRATAMIENTOS DE OBRA, SIN CON ELLO PELIGRA LA SALUD, LA INTEGRI- DAD CORPORAL O LA VIDA DE UNO DE LOS CONYUGES, O DE SUS DESCENDIENTES, O SE HACEN IMPOSIBLES LA PAZ Y EL SOSIEGO DOMESTICO	128
4.3.1	Concepto	128
4.4	LA EMBRIAGUEZ HABITUAL DE UNO DE LOS CONYUGES	132
4.4.1	Generalidades	132
4.4.2	Concepto	132
4.5	EL USO HABITUAL Y COMPULSIVO DE SUSTANCIAS ALUCINO- GENAS O ESTUPEFACIENTES, SALVO PRESCRIPCION MEDICA	134

4.5.1	Generalidades	134
4.5.2	Concepto	134
4.6	TODA ENFERMEDAD O ANORMALIDAD GRAVE E INCURABLE, FISICA O PSIQUICA DE UNO DE LOS CONYUGES, QUE PON- GA EN PELIGRO LA SALUD MORAL O FISICA DEL OTRO CON- YUGE O IMPOSIBILITE LA COMUNIDAD MATRIMONIAL	135
4.6.1	Generalidades	135
4.7	TODA CONDUCTA DE UNO DE LOS CONYUGES TENDIENTES A CORROMPER O PERVERTIR AL OTRO, O A UN DESCENDIEN- TE O PERSONAS QUE ESTEN A SU CUIDADO Y CONVIVAN BA- JO EL MISMO TECHO	138
4.7.1	Generalidades	138
4.8	LA SEPARACION DE CUERPOS DECRETADA JUDICIALMENTE Y QUE PERDURE MAS DE DOS AÑOS	141
4.8.1	Generalidades	141
4.9	LA CONDENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD PERSONAL, SUPE- RIOR A CUATRO AÑOS, POR DELITO COMUN, DE UNO DE LOS CONYUGES, QUE EL JUEZ QUE CONOZCA DEL DIVOR- CIO CALIFIQUE COMO ATROZ E INFAMANTE	143

4.9.1	Generalidades	143
5.	CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS CAUSALES DE DIVORCIO	146
5.1	DISCRETIONALIDAD DEL JUEZ PARA DECRETAR EL DIVORCIO	149
5.2	JUSTIFICACION MORAL DEL DIVORCIO	151
5.3	NATURALEZA DE LA ACCION DE DIVORCIO	154
5.3.1	Concepto	154
5.3.2	Clasificación	154
5.3.3	Extinción	155
5.4	LA CADUCIDAD EN LAS CAUSAS DE DIVORCIO	156
6.	PROCEDIMIENTO TEORICO PRACTICO PARA DECRETAR EL DIVORCIO	168
6.1	PROCEDIMIENTO TEORICO	168
6.1.1	Aspectos Genrales	168
6.1.2	Juez Competente	169
6.1.3	Partes en el Proceso de Divorcio	171
6.1.3.1	Noción	171

6.2.11	Término para practicar pruebas	205
6.2.12	Informe del Secretario	205
6.2.13	Alegaciones	206
6.2.14	Informe del Secretario	206
6.2.15	Sentencia de Divorcio	207
7.	EFECTOS JURIDICOS DEL DIVORCIO	213
7.1	EN CUANTO A LAS PERSONAS DE LOS CONYUGES	214
7.2	EN CUANTO A LOS HIJOS	216
7.3	EN CUANTO A LOS BIENES	218
7.3.1	Disolución o liquidación de la Sociedad Conyugal	219
7.3.2	Revocación de Donaciones hechas por causa del matrimonio al cónyuge culpable	220
7.3.3	Prohibición de invocar la calidad de cónyuge sobreviviente para heredar <u>ab intestato</u> , en la sucesión del otro, o de solicitar porción conyugal	222
7.3.4	Respecto de Terceros	223
7.4	CONSECUENCIAS SOCIOLOGICAS DEL DIVORCIO EN COLOM- BIA	224

CONCLUSIONES

228

BIBLIOGRAFIA

233

## INTRODUCCION

Una doble finalidad me ha conmovido a realizar el presente trabajo, por una parte, abordar un estudio sobre los aspectos generales del Divorcio en Colombia, alumbrando algunas zonas que a ese respecto no han sido tratadas aún en nuestro País. Y por la otra, el de cumplir con el último de los requisitos académicos que nuestra facultad exige para optar el título de Abogado, profesión noble, difícil e incomprendida.

Persigue además, esta investigación dilucidar algunos aspectos en relación con el matrimonio de acuerdo a la legislación civil y a la normatividad canónica, al igual que el Divorcio dentro de la segunda ordenación, fijando las razones últimas en que consiste la indisolubilidad matrimonial a que alude la Iglesia Católica.

Comprendo además por la magnitud y trascendencia del tema escogido "El Divorcio en la Legislación Colombiana", que el real y verdadero dominio sólo lo podré alcanzar después de estudiar y analizar profundamente toda su complejidad en forma confinada con la práctica, por cierto de

bastante relevancia por su trayectoria histórica y su uso constante acorde con los cambios sociales. Sus disposiciones merecen el respeto y la consideración por parte de quienes lo practican, pues ellos son bases para el futuro de una Sociedad Organizada.

No es un estudio exhaustivo acerca del divorcio, solamente me someto a precisar aquellos conceptos fundamentales que sostendrán a modo de cimientos la edificación de una sociedad digna, capaz de mantener y respetar los valores humanos de aquellos que por uno u otro motivo han fracasado en su primera experiencia matrimonial.

Sería mantener la estabilidad y la armonía de cada matrimonio con su prole, donde cada uno debe ser una unión en el verdadero sentido de la palabra. Si esta estabilidad y armonía parecen estar en peligro a causa de imposiciones rígidas y desiguales, capaz de producir un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial, sin oportunidad de esperar su restablecimiento, entonces por qué no acudir a ésta figura del Divorcio?.

Por eso he empezado por sus premisas más importantes, alcanzando sus causales, finalizando casi con sus efectos jurídicos hasta llegar a sus consecuencias en la sociedad actual.

Estas investigaciones y consideraciones las hago y las ofrezco a los hombres y mujeres, a los padres y a sus hijos, a los profesionales del derecho en fin, a la humanidad, para que hagan efectivo sus derecho frente a la Justicia Colombiana.

## 1. MATRIMONIO

### 1.1 ETIMOLOGIA

La fuente primera de la familia es el matrimonio, cuya acepción latina es matris munium, o sea que significa de madre oficio quien debe sobrellevar los riesgos del parto y la educación inicial de la prole. En Francia y otros países de Europa, se habla de mariage, maritagio y marriage, vocablos derivados de marido.

### 1.2 DEFINICION

El tratadista FERNANDO HINESTROSA, lo define como una regulación jurídico-social de las relaciones hetero-sexuales y de la educación de la prole, que se traduce en una unión de vida, de hombre y de mujer, para convivir, procrear y ayudarse mutuamente "(1).

---

(1) HINESTROSA, Citado por MONROY CABRA, Gerardo. Derecho de familia, 1a. Edición. Jurídicas Wilches, Bogotá 1982. p. 146.

El código civil en su artículo 113 lo define, "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".

La anterior definición da a entender que el matrimonio implica siempre un acuerdo de voluntades de un hombre y una mujer, sin este acuerdo no hay matrimonio. Esto es lo que traduce la palabra Contrato empleada por el artículo 113 del código civil, aunque como lo veremos más adelante es discutible la conveniencia de usarla, y sería preferible que se hubiera empleado la expresión acuerdo de voluntades, debiendo ser solemne, manifestado ante funcionario competente, con el objeto de formar comunidad doméstica, es decir vivir bajo un mismo techo, prometiéndose cada uno fidelidad, esencia de todo matrimonio, y únicamente puede celebrarse entre un sólo hombre y una sola mujer, lo que viene a ser una consecuencia de la monogamia.

### 1.3 FINES DEL MATRIMONIO

Una vez analizado el artículo 113 ibidem, podemos sintetizar los fines del matrimonio en:

Comunidad de vida - vivir juntos - mutua asistencia física y espiritual,  
procreación - que comprende la satisfacción de las necesidades se-

xuales , crianza y educación de la prole .

Existen muchas controversias acerca de estos fines , unos y otros se inclinan a sostener que es la comunidad de vida y auxilio mutuo , pero se argumenta de que esto no existe en el matrimonio in extremis.

También que es el acoplamiento sexual y la procreación , pero que sucede cuando dos ancianos contraen matrimonio y que por razón a su edad no pueden engendrar hijos ? . Este interrogante me hace inclinar por compartir la tesis del Doctor ARTURO VALENCIA ZEA, cuando sostiene;

El fin principal del matrimonio es la mutua satisfacción sexual de marido y mujer - débito conyugal -; fin del cual se deriva el de la procreación. Todo matrimonio debe ser capaz , por lo menos en potencia , de obtener esos fines , y decimos en potencia porque puede darse el caso de que el débito conyugal no siga la procreación , es decir que no hay hijos por el querer del marido y mujer o por causas ajenas a su voluntad. Con todo este caso se cumple la finalidad primordial del matrimonio , como es la mutua satisfacción sexual. De todos modos , no se concibe un matrimonio en que marido y mujer no puedan realizar siquiera la primera función. (2)

---

(2) VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho de Familia, Editorial. Temis, Bogotá, 1983. p. 78.

En el derecho romano el fin fundamental del matrimonio era la indivisible comunidad de vida de los cónyuges "Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continentis".

En el derecho canónico - cánón 1013, párrafo 1 -, los fines principales son la procreación y educación de la prole; los fines secundarios, la ayuda mutua y el remedio a la concupiscencia - remedium concupiscentiae -. A estos fines le corresponden los tres - bona matrimonii - o sea el bonum prolis, es decir, el derecho de procrear y educar a la prole; el bonum fidei o fidelitatis -, esto es, el derecho a la recíproca fidelidad, y el - bonum sacramenti -, o sea la indisolubilidad del matrimonio.

En resumen, la noción mínima de todo matrimonio debe abarcar el elemento esencial que lo constituye y perfecciona - consentimiento -, y su fin preponderante, o sea la satisfacción ordenada de las necesidades de orden hetero-sexual de los contrayentes.

#### 1.4 NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

Existen diferentes teorías emitidas referentes a la naturaleza jurídica del matrimonio, de las cuales han sobresalido cuatro, que de una

u otra manera han contribuido a la formación clara del concepto de matrimonio.

#### 1.4.1 Matrimonio como Institución

Nuestro código civil en su artículo 1.495, define el contrato como un acuerdo de voluntades mediante el cual dos personas o más se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa y que pueden disolverlo por mutuo disenso, como también establecer términos o condiciones a las obligaciones que se contraen, no siendo contrarias al orden público y las buenas costumbres.

Esta teoría contractual o tradicional y tiene como uno de los máximos exponentes a JOSSEERAND quién considera: "El matrimonio como un contrato no obstante su singularidad que lo hace distinguir de los demás".<sup>(3)</sup>

El matrimonio de una parte, es el resultado de una concordancia de voluntades, y por la otra produce obligaciones, lo cual está de acuerdo con nuestro código, sin embargo se ha negado la noción tradicional de matrimonio-contrato, afirmándose que el matrimonio constituye un estado reglamentado por la ley.

---

(3) JOSSEERAND, Louis, Cours de droit civil. st. Recueil Si rey, París, tomo I, p. 665.

Es cierto que el matrimonio no es un contrato como los demás, debido a que la voluntad autónoma de las partes no pueden regular sus efectos ni decidir su disolución, ni introducir en él modalidades como si puede hacerlo en los contratos referentes al patrimonio. Pero en toda operación jurídica, la actuación de la voluntad humana tiene que someterse al interés general y al orden público, su voluntad en todos los casos está sometida a restricciones y tanto más debe estarlo en un contrato como el matrimonio, que interesa a las personas más que a los bienes y cuyo alcance excede los intereses de los esposos y se extiende a toda la sociedad, a más de que presenta la particularidad de crear un estado.

HEINRICH IEHMAN, considera que el matrimonio es "Una unión contractual entre marido y mujer jurídicamente reconocida y reglamentada, en orden a la comunidad de vida indivisa y duradera".<sup>(4)</sup>

En todo caso se puede convenir en que el matrimonio consiste en el acuerdo de voluntades de los contrayentes, pero no lo hace contrato tal por las siguientes razones:

o

---

(4) HEINRICH, Lehman. Citado por LARRAIN RIOS, Hernán, El Divorcio, Estudio de Derecho Civil Comparado, edit. Jurídicas de Chile, Santiago de Chile, 1966. p. 13.

-El matrimonio supone un acuerdo de voluntades, dicho acuerdo más que todo origina obligaciones que no son patrimoniales, sino obligaciones de índole moral, que no pueden evaluarse en dinero ni directa ni indirectamente, como son el débito conyugal, la fidelidad, la formación de la comunidad doméstica, la de socorro y mutuo respeto entre los cónyuges; además no pueden imponérsele términos ni condiciones.

Por lo anterior, se comprende que por ningún aspecto se puede equipar el acuerdo de voluntades que presupone el matrimonio, al acuerdo de voluntades que presupone cualquier otro contrato, además resulta ilógico recurrir al vano expediente de decir que el matrimonio es un contrato sui generis.

Lo recomendable sería utilizar otra terminología jurídica que sirve para calificar los acuerdos que no persiguen el establecimiento de obligaciones patrimoniales como el pacto o acuerdo matrimonial.

-Todo contrato puede resolverse por mutuo consentimiento de los contratantes, la disolución del matrimonio no depende de esa voluntad, sino de la que establece la ley.

-Existen aspectos que hacen del matrimonio un acto de naturaleza -

particular distinta del común de los actos contractuales, tal ocurre con las solemnidades especiales exigidas para su celebración sin que sea posible modificarlos a voluntad de las partes". (5)

#### 1.4.2 Matrimonio como Contrato

La doctrina moderna enseña que si el matrimonio por su fuente es un acuerdo de voluntades cuyos fines se encuentran reglamentados en la ley, por sus afectos es un estado en virtud de un carácter institucional.

Por su parte CARBONIER, señala que,

Las normas jurídicas no viven en régimen de disposiciones, sino que se encuentran en instituciones jurídicas no son otra cosa que el conjunto de normas jurídicas de una serie de relaciones sociales dirigidas a los mismos fines. La institución implica consecuentemente el desarrollo de la idea jurídica a través de normas de carácter legal. (6)

Entiéndase entonces por los institucionalistas que el matrimonio cons-

---

(5) VALENCIA ZEA, op. cit., pp. 79 y 80.

(6) CARBONIER, citado por DUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia, Régimen de las personas, edit. témis, Bogotá, 1984 p. 52.

tituye una integración ideal organizada, permanente y duradera, proyectada dentro de un estado común y que tiene que estar sometida a normas naturales y legales. Esa institución que da origen a la sociedad necesariamente debe estar ajustada a un orden y a una finalidad que determina un estado; viviente, permanente, duradero que es realidad jurídica que objetiviza y pone en movimiento las normas legales.

#### 1.4.3 Matrimonio como Sacramento

El código de derecho Canónico establece en su cánón 1012; Cristo nuestro señor elevó a la dignidad de sacramento en mismo contrato matrimonial entre bautizados. Por consiguiente, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento.

Es claro que para la iglesia católica el matrimonio es contrato y es sacramento, no concebido el uno independientemente del otro, sino que es mismo contrato o acuerdo de voluntades tiene el carácter de sacramento entre bautizados.

#### 1.4.4 Teoría Mixta del Matrimonio

La teoría mixta, semejante un tanto a la institucional sostiene que

Según el Doctor ROBERTO SUAREZ FRANCO

Esta teoría es criticable por el eclecticismo que le adolece, pues sostener, que el matrimonio presenta los caracteres propios del contrato y a la vez considerarlo como institución jurídica, es no resolver el problema de su naturaleza jurídica y llegar a la conclusión de que no es posible definir el matrimonio porque su naturaleza difiere según sea el aspecto que se analice, cuando es precisamente lo que se trata de establecer: La naturaleza del matrimonio frente al derecho. (9)

La teoría ecléctica del matrimonio considera que la idea o definición del matrimonio no puede desvertebrarse de tal manera que cambie su naturaleza según sea el aspecto analizado.

Nuestro legislador, acogió con vehemencia, en la definición consagrada en el artículo 113 del C.C., la teoría contractual, lo cual es explicable. No obstante haber establecido una notoria diferencia entre la reglamentación del matrimonio con la de los demás contratos, estructura la figura jurídica del matrimonio, tomándolo inicialmente en su sentido de acto, pero sin ignorarlo luego como estado; también ha querido garantizar todos los derechos individuales de los contrayentes, para lo cual rodeó de especiales garantías a los requisitos y condicio-

---

(9) SUAREZ FRANCO, Roberto, Derecho de Familia, Régimen de las personas, Edit. témis, aumentada y corregida, Bogotá 1984 p. 55.

nes que serán objeto posteriormente de estudio.

De manera que el matrimonio es un acto complejo puesto que es a la vez contrato, siéndole aplicable la mayoría de las reglamentaciones que gobiernan la formación y existencia de tales actos y es una institución jurídica, puesto que hay algo orgánico y viviente que trasciende el campo meramente conceptual y tiene permanencia jurídica dentro del medio social, ya que es un poder organizado con unificación de destino por parte de sus miembros, ya que se crea una sociedad familiar que tiende hacia unos mismos fines.

#### 1.5 SISTEMA MATRIMONIAL COLOMBIANO

En Colombia existen dos clases de matrimonio: El canónico que es indisoluble y el civil que puede disolverse por el divorcio. A raíz de esto surgieron serios conflictos que obstaculizaban el ejercicio del derecho de cada uno, razón por la cual se buscaron numerosas salidas que hicieran posible prevenir y corregir aquellos abusos del pasado, presente y posiblemente futuros, como fueron las de regular las relaciones jurídicas entre las dos potestades - Iglesia - Estado. De ahí surgió lo que regularmente denominamos Concordato; y que en definitiva vino a regular las mutuas relaciones en determinados puntos, por consenso de las partes contratantes; con el fin remoto de afianzar la paz y con-

cordia de ambas potestades, y el fin próximo, de crear o afianzar de manera clara, pública y solemne las relaciones jurídicas de las dos potestades supremas.

Régimen Vigente: La Ley 20 de 1974 aprobatoria del nuevo concordato entre Colombia y la Santa Sede, el cual entró en vigencia el 2 de Julio de 1975, está estructurado en las ideas siguientes:

-El ejercicio de la función jurisdiccional matrimonial que estaba en manos de la jurisdicción matrimonial canónica para los católicos desde el año de 1888, la asume el Estado Colombiano.

-Los católicos, frente al Estado Colombiano, pueden optar por el matrimonio eclesiástico, o someterse al régimen del matrimonio civil, sin previa apostasía de su religión. En uno u otro caso se producen plenos efectos civiles.

-Tanto el matrimonio civil como el católico dan origen a la sociedad conyugal, salvo el caso de matrimonios en el exterior, en países donde existe un régimen de bienes distintos del colombiano.

-El matrimonio católico continúa siendo indisoluble; el civil puede terminar por divorcio vincular.

-El Estado Colombiano, en virtud de la Ley 226 de 1938, continúa reconociéndole plena validez a los matrimonios contraídos por extranjeros ante sus respectivos agentes diplomáticos o consulares.

-De las causas de nulidad de matrimonio católicos y de dispensa del matrimonio rato conocen privativamente los Tribunales eclesiásticos, conforme a la legislación de la Iglesia.

-Las causas de nulidad de los matrimonios civiles son de competencia de los Jueces del Estado.

-Las causas de nulidad o la disolución del vínculo del matrimonio católico, son de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos, decretadas en su ejecutoria por los Tribunales Civiles, para la producción de efectos civiles.

-Las causas de separación de cuerpos de matrimonios eclesiásticos son de competencia de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial. No así los matrimonios civiles, que son de competencia de los jueces civiles del circuito.

-Constituye prueba única del matrimonio la copia del acta civil expedida por el Notario respectivo.

-Los efectos tanto del matrimonio católico como del matrimonio civil se rigen por las leyes del Estado.

#### 1.5.1 Matrimonio Canónico

Para el Derecho canónico el matrimonio es un contrato cuyo perfeccionamiento depende del concurso real de voluntades manifestado de acuerdo a los preceptos de la ley; es así como el cánón 1056 sostiene que. EL matrimonio lo produce el consentimiento entre las partes legítimamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir.

De donde se desprende que en el derecho canónico el elemento fundamental y esencial está constituido por el consentimiento matrimonial, que requiere en la persona, primero, su habilidad para prestarse, y segundo, la forma legítima como ha de otorgarse éste.

Habilidad o capacidad para contraer matrimonio. El cánón 1058 reglamenta que solamente. Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe.

Donde se establece una presunción fundamental que constituye una excepción a la capacidad que en principio tiene toda persona para con-

traer matrimonio; esa capacidad y habilidad se presenta de dos maneras:

-En forma positiva, como calidad en la persona del contrayente.

-En forma negativa, como ausencia de impedimentos en los contrayentes, que de existir, los imposibilite para contraer. Si analizamos los impedimentos dirimentes en cuanto a calidades en la persona misma y la capacidad para otorgar el verdadero consentimiento matrimonial, podemos decir que los impedimentos constituyen prohibiciones cuya omisión conduce a la nulidad o ilicitud del matrimonio, en tanto que la incapacidad consiste en la ineptitud del sujeto para contraer el matrimonio, prescindiendo propiamente del acto celebrado o intentado.

El cánón 1096 dice textualmente, "Para que pueda haber consentimiento es necesario que los cónyuges no ignoren que el matrimonio es un consorcio permanente entre varón y mujer ordenado a la procreación de la prole"

En cuanto a sus efectos civiles, nuestra legislación les reconoce plenos efectos a los matrimonios contraídos de acuerdo con las normas del derecho canónico, es decir que todo matrimonio celebrado en Colombia debe inscribirse en el registro civil.

Con respecto a su régimen jurídico, el matrimonio católico es indisoluble, las causas de separación de cuerpos son de competencia de los Tribunales Superiores, y las de nulidad de los Tribunales Eclesiásticos. Por tal razón el concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede, mantienen su plena libertad e independencia de la potestad civil, por lo tanto pueden ejercer libremente toda su autoridad espiritual y su jurisdicción eclesiástica, estableciendo su gobierno y administrando sus propias leyes.

#### 1.5.2 Matrimonio Civil

El matrimonio como manifestación recíproca de voluntades, debe reunir los requisitos generales de todo acto jurídico. Pero en razón a su naturaleza específica requiere el cumplimiento de otros requisitos de carácter particular distintos a los de los demás contratos, como son; De forma y de fondo, dividiéndose estos últimos en dos grupos: Positivos o intrínsecos y Negativos o extrínsecos.

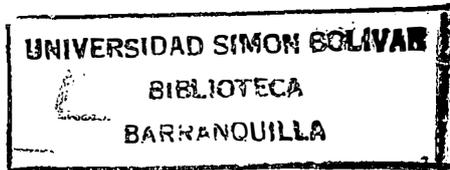
Entre los requisitos generales tenemos:

-La capacidad: Es la aptitud legal en que se hallan un hombre y una mujer para poder contraer matrimonio.

Con el otorgamiento de la plena capacidad a la mujer casada con la Ley 28 de 1932 y luego con la vigencia del artículo 2 del decreto 2820 de 1974, que subrogó el 116 del código, estableciendo la edad de 18 años para contraer matrimonio indistintamente para el hombre como para la mujer. La omisión de éste requisito por contrayentes púberes conduce a sanciones tales como la indignidad, desheredamiento o revocatoria de donaciones; si se trata de impúberes, el matrimonio estará viciado de nulidad.

Para la generalidad de los contratos son absolutamente incapaces los impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, aunque para el matrimonio los sordomudos son una excepción, siempre y cuando les sea posible exteriorizar ante el juez, por signos inequívocos, su voluntad de contraer.

Además de estas incapacidades existen inhabilidades específicas motivadas por circunstancias que hacen imposibles la celebración del matrimonio por razones de orden público tal es lo que ocurre por la prohibición de contraer matrimonio entre hermanos, entre personas ya casadas etc. Estas inhabilidades se denominan en la terminología canónica como impedimentos y que ha sido acogido por muchos autores del Derecho Civil.



-El Consentimiento

Este consentimiento se perfecciona por el libre y mutuo consentimiento entre los cónyuges expresado ante funcionario competente, el cual debe ser libre y personal; excepto el varón que puede valerse de un mandatario, además recaer sobre la forma y palabras para celebrar el matrimonio, como sobre sus contenidos esenciales. Como las obligaciones que generan de él como son:

-La cohabitación, fidelidad, socorro o ayuda. Este consentimiento, para que sea válido, debe estar exento de vicios, como son el error y la fuerza. Ya que el dolo no se considera vicio del consentimiento matrimonial, y su exclusión se explica por el deseo de evitar la inestabilidad del vínculo matrimonial, que muy probablemente se vería comprometida si se considerase al dolo como vicio del consentimiento.

En materia de matrimonio, el error de derecho, no vicia el consentimiento, y el hecho puede ocasionar un consentimiento viciado, cuando recae sobre la persona misma de los contrayentes, indistintamente la física o la civil, no así cuando incide sobre las calidades accidentales de las personas.

Con respecto a la fuerza, esta si vicia el consentimiento siempre y cuando produzca una impresión lo suficientemente fuerte en quien le padece, que doblegue su voluntad. Cuando la fuerza es causa determinante en la prestación de la voluntad, la vicia y es causal suficiente para solicitar su nulidad.

Entre los requisitos de fondo, éstos se clasifican en Positivos e intrínsecos y Negativos o extrínsecos.

-Los positivos o intrínsecos

Son verdaderas cualidades que deben tener los contrayentes para la celebración del matrimonio y cuyo incumplimiento conduce a que el matrimonio sea inexistente.

-Los Negativos o Extrínsecos

Son ciertas circunstancias que no deben existir en los contrayentes y si se llegase a realizar el matrimonio sabiendo uno de ellos es inválido.

Se consideran requisitos positivos de fondo los siguientes:

### -La diferencia de sexos

Condición esencial para la existencia del vínculo, como lo establece el artículo 113 del código civil en su texto: " Por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente". Este requisito tan natural y obvio, pertenece a la esencia misma del matrimonio y el acto que llegase a intentar sin cumplir esta exigencia, no nacería a la vida jurídica, sería inexistente.

En nuestro derecho para los efectos de la celebración del matrimonio, la prueba del sexo se preconstituye con la declaración de los testigos, prevista en el artículo 128 del código civil. Si de tal declaración resultare duda alguna sobre el sexo de uno de los contrayentes, o de ambos, el juez podrá decretar de oficio, con fundamento en el artículo 179 del código de procedimiento civil, las pruebas que estime conducentes para ilustrar su juicio.

### -La Capacidad Mental

Hace referencia a la pubertad; entiéndase por ella no la capacidad general que se exige para la celebración de negocios jurídicos y que la Ley otorga a las personas que han cumplido 18 años de edad.

La experiencia y las ciencias biológicas nos demuestran que las personas pueden ser aptas para procrear antes de los 18 años, o sea, - cuando alcanzan el período de la pubertad. Pero la capacidad matrimonial que otorga la ley a los púberes no puede actuar libremente y de ahí que la capacidad para contraer matrimonio se distingue, entre una capacidad matrimonial libre, no sujeta a la autorización de nadie, y otra capacidad no libre, que necesita de la autorización de ciertas personas estando comprendido los varones mayores de 14 años y las mujeres mayores de 12 años, pero menores de 18; restricción que tiene su razón de ser, en la necesidad de suplir esa falta de voluntad reflexiva en los menores, y por ello el padre o la madre que se hallen ausentes o que sean incapaces por enfermedad mental, no tienen capacidad para autorizar el matrimonio del menor, -artículo 118 del C.C. - ni tampoco pueden autorizarlo el padre o la madre que han sido privados de la potestad parental sobre sus hijos ( artículo 119 del C. C. ).

Quienes puede autorizar el matrimonio de sus hijos son;

Sus padres legítimos, extramatrimoniales o adoptivos; a falta de estos los ascendientes legítimos o en su defecto el curador general o un curador especial.

-Declaración de voluntad de los contrayentes - Consentimiento.

marido del adoptante, lo cual me parece una gran injusticia ya que discrimina a la mujer rodeándola de una serie de complejos frente al sexo masculino, lo cual estorba desde el punto de vista social la aplicación de la ley, lo que sería fatal para la sociedad en general, motivo por el cual recomendaría ser introducido en un proyecto de reforma del código civil.

Para PLANIOL Y RIPERT,

Son dos los motivos que fundan éste impedimento: Uno filosófico de protección a la prole, por cuanto se ha comprobado que las uniones entre parientes próximos frecuentemente generan niños que adolecen de graves defectos psíquicos o físicos, tales como la sordera, la epilepsia y hasta la locura; y otro moral, consistente en que las personas que viven cerca entre sí y con frecuencia bajo el mismo techo, no pueden pensar en matrimonio. Además por el hecho de que el adoptivo entre a formar parte de la familia de sangre del adoptante, se entiende ésta restricción la ya señalada. Esta segunda razón es la única aplicable a los fines y parientes por adopción. (11)

En síntesis el código civil establece este impedimento tanto para el parentesco de consanguinidad como el de afinidad y en el civil.

---

(11) PLANIOL Y RIPERT, Citado por SUAREZ, op. cit., p. 118

-El matrimonio de la mujer adúltera con su cómplice

Se entiende por adulterio la realización del acto sexual por uno de los esposos con personas distintas del otro. Constituye otra de las prohibiciones de la Ley al matrimonio entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse las nupcias se hubiere declarado en juicio el adulterio - Numeral 7o. del artículo 140 del C. C.

Existen discrepancias en lo concerniente a ésta prohibición, ya que el impedimento se estableció respecto de la mujer, más no del esposo, lo cual aún rige, por tratarse de una disposición-sanción que para su reforma requiere de un acto expreso que la modifique.

-Homicidio del cónyuge

Se prohíbe el matrimonio con cualquier persona al individuo que dió muerte o hizo matar al cónyuge con quien estaba unido en matrimonio. Esto es, el cónyuge homicida no puede casarse con su cómplice.

Desde luego que la prohibición cobija al esposo que ha cometido el delito, no así, si se trata de muerte accidental. Este impedimento no se configura mientras no exista sentencia que declare probada la comisión del hecho calificado como tal.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA

-Las segundas nupcias

El Decreto 2820 de 1974 en su artículo 31 que modificó el artículo 297 del código civil, prescribe que. "Los padres que como tales administran los bienes del hijo no son obligados a hacer inventario solemne de ellos, mientras no pasaren a otras nupcias; pero a falta de tal inventario, deberán llevar una descripción circunstanciada de dichos bienes desde que comience la administración".

Enunciado corroborado por el artículo 5o. del mencionado Decreto, cuando prescribe que. " La persona que teniendo hijos del precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curatela, quisiere volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que está administrando".

"Para la confección de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial ".

-Segundas nupcias de la mujer en caso del nacimiento del Naciturus

Reglamentado por el artículo 173 del código civil:

Además del inventario y designación del curador, cuando hubiere hijos

del precedente matrimonio y el matrimonio haya sido disuelto o declarado nulo, la mujer que está embarazada no podrá pasar a otras nupcias antes del parto, o - no habiendo señales de preñez - antes de cumplirse los doscientos setenta días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad.

Agrega el mismo artículo. "Pero se podrán rebajar de este plazo todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha disolución o declaración, y en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer."

Como consecuencia de la anterior reglamentación, el artículo 174 dispone. "La autoridad civil no permitirá el matrimonio de la mujer sin que por parte de esta se justifique no estar comprendida en el impedimento del artículo precedente".

El artículo 235 establece una sanción para el caso de que viole la prohibición expresada: "Serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas ocasionadas a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias y su nuevo marido", siempre y cuando éste último haya procedido de mala fé.

-Requisitos externos o de forma

Entre los requisitos de forma, distinguiremos los anteriores o previos a la celebración y los simultáneos o coetáneos con la misma.

Los requisitos que deben realizarse antes o previos a la celebración del matrimonio tenemos:

-Petición al juez

Quienes deseen contraer matrimonio deberán presentar ante el juez competente, la solicitud respectiva bien sea verbal o por escrito, conjunta o separadamente. Deberán expresar los nombres de sus padres o curadores según el caso, y testigos que deben declarar sobre las cualidades necesarias de los contrayentes. Así como el domicilio de todas estas personas.

-Publicidad

Esta tiene por objeto poner en conocimiento de la sociedad la celebración del matrimonio, para quienes conozcan algún impedimento, cuanto antes lo manifiesten al juez.

Para dar cumplimiento a lo ordenado en el suceso 2o. del artículo 130 del C.C., el juez ordenará fijar un edicto en la puerta de la secretaria de su Despacho, en el cual se especificará los nombres y los apellidos de los solicitantes, el lugar de sus nacimientos, si son mayores o menores de edad. Anteriormente debía dejarse constancia acerca del cumplimiento del requisito previo de la apostacía en caso de ser católica.

Si los contrayentes son vecinos de distintos municipios, o si alguno de ellos no tuviere seis meses de residencia en el municipio donde tiene domicilio el otro, el juez de la vecindad de la mujer, librará un exhorto al de la vecindad del varón para que se fije el edicto emplazatorio y, una vez concluido el término, se lo devuelva con la nota de haber permanecido fijado por 15 días continuos; cumpliendo así lo estipulado por el artículo 131 del C. C.

-La oposición a la celebración del matrimonio consiste en el acto por el cual una persona legalmente hábil objeta la unión proyectada entre dos personas que desean contraerlo, con el fin de impedir que el juez lo autorice. Esta acción de oposición puede ejercerla los parientes allegados de los contrayentes, como cualquiera otra persona que demuestre interés para hacerlo, además puede formularse verbalmente o por escrito, y el código no dice, pero en el primer caso, deberá dejarse cons-

tancia escrita en la secretaría del juzgado.

#### -Justificación de las cualidades necesarias

Una vez recibida la petición, el juez interrogará a los testigos con las formalidades legales - declaración juramentada -, y los examinará sobre las cualidades requeridas en los contrayentes para unirse en matrimonio, a cuyo efecto les leerá el artículo 140 del código civil; los examinará también sobre los demás hechos que crea necesarios para ilustrar sus juicios - artículo 130 párrafo 1 del C.C.-

Los requisitos que deben realizarse en el instante de la celebración y por lo tanto denominados coetáneos, son los siguientes:

#### -Juez competente

La norma del artículo 126 del código civil dispone que, El matrimonio se celebrará ante el juez de distrito de la vecindad de la mujer, con la presencia y autorización de dos testigos hábiles, previamente juramentados.

De acuerdo con nuestra organización judicial en vigor, es competente para conocer de la celebración de un matrimonio el juez civil municipal del domicilio de la mujer.

-El lugar

Como lo dispone el artículo citado, debe ser en el municipio en donde tiene su domicilio la mujer.

-Presencia de los contrayentes

Es requisito esencial del matrimonio que los contrayentes expresen sus declaraciones de voluntad ante el juez en presencia de dos testigos. (12)

-Acta de matrimonio y registro

Una vez expresado el consentimiento de los contrayentes, se levantará un acta de lo ocurrido, la cual firmará el juez, los contrayentes, los testigos y el secretario. El acta contendrá: el lugar, día, mes y año de la celebración del acto; los nombre y apellidos de los casados, los del juez, testigos y secretario.

Luego el juez ordenará que se protocolicen en una notaria las diligencias judiciales correspondientes, y copia de la escritura de protocoli-

---

(12) VALENCIA ZEA, op. cit., p. 98

zación debe inscribirse en el registro del estado civil de las personas. - artículo 135 y 137 del C.C. y decreto 1260 de 1870, artículo 68. -

### 1.5.3 Disolución del Matrimonio Civil

El matrimonio civil, a diferencia del católico, celebrado con sujeción a las normas del código del derecho canónico tiene dos causales de disolución; cuales son; la muerte real o presunta de uno de los cónyuges, el divorcio judicialmente declarado y la declaración de nulidad del matrimonio.

La disolución por muerte supone de la realización de un matrimonio que produjo todos sus efectos normales pero que por haber desaparecido real o presuntivamente uno de los contrayentes, se disuelve el vínculo.

Esta causal pone fin al matrimonio, no importa cual sea su ceremonia de origen, civil o canónica, bajo cualesquiera de las dos modalidades enumeradas.

La muerte presunta será establecida por el juez como culminación de un proceso de jurisdicción voluntaria que terminará en una sentencia

en la cual se fijará como día presuntivo el último del primer bienio contado desde las últimas noticias; se procederá a la publicación de la sentencia de muerte presunta y podrá promoverse el proceso de sucesión del causante y la liquidación de la sociedad conyugal.

## 2. EL DIVORCIO

### 2.1 NATURALEZA JURIDICA DEL DIVORCIO

#### 2.1.1 Noción

La palabra divorcio, remonta sus orígenes a la voz latina divortium, que quiere decir separación, así como también a divertere, que equivale a irse cada uno por su lado para no volver a juntarse.

En sentido amplio la palabra divorcio significa toda separación legítima entre esposos. En sentido estricto, da a entender la ruptura del vínculo conyugal en vida de los esposos a petición de uno cualquiera de ellos, o de ambos por virtud de un decreto judicial.

Teniendo en cuenta la integridad del vínculo, ésta figura se ha ido diferenciando con el curso de los años, entre divorcio perfecto y divorcio imperfecto, siendo el primero denominado ad vinculum y el segundo, quoad torum et cohabitationem.

El divorcio imperfecto, o sea, la figura de la separación de cuerpos, que en principio implica la subsistencia del lazo conyugal, al decir de Hugo Gatti:

Habilita a los cónyuges a vivir separados ante la imposibilidad de aceptar y soportar la vida común, sin eximir completamente a los esposos de ciertas obligaciones que su estado les impone, cuales son el deber de fidelidad y la imposibilidad de contraer nuevo matrimonio válido. (13)

La carga de guardarse fé niega algo patente como es la realidad biológica, obligando a una situación eterna de castidad, otorgándole categoría jurídica a normas que solamente tiene alcance ético.

Con anterioridad a la Ley 1a. de 1976, esta era la figura consagrada en nuestra legislación bajo el nombre de divorcio en el artículo 153 del código civil, que prescribía: El divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados.

La nueva Ley en su artículo 17 dispone, "La separación de cuerpos no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados".

---

(13) GATTI, Hugo. La disolución del vínculo matrimonial. Bianchi, Montevideo. 1967. p. 36.

Se ve entonces que ambas normas coinciden en afirmar la interrupción de ciertas obligaciones inherentes al estado matrimonial, cuando se ha incurrido en alguna de las causales dispuestas para el efecto por el artículo 15 de la Leyla. de 1976. Como son:

En los contemplados en el artículo 154 de este código (Ley 1a. de 1976 artículo 4o.).

-Por mutuo consentimiento de los cónyuges, manifestado ante el juez competente.

Si analizamos lo anterior concluimos que:

Los hecho que se pueden alegar son los designados en el artículo 154 del código civil, constituidos por las mismas causales que ocasionan el divorcio y por mutuo consentimiento de los cónyuges, manifestado ante juez competente. Se puede pensar que el fin de esta figura es darle una nueva oportunidad a los cónyuges, para que en este lapso se intenten diferentes soluciones que limen las asperezas que han llevado a ésta situación, y así lograr nuevamente un equilibrio armónico de las relaciones conyugales, idea consecuente con la naturaleza del contrato sacramento del Derecho Canónico, originado por el hecho del matrimonio y que por lo tanto tiene características de indisolubilidad

que es necesario hacer siempre prevalecer y tratar de conservar a toda costa.

La clasificación de la separación de cuerpos, atiende a la duración que esta pueda tener, siendo así puede ser temporal o definitiva; aquella es obtenida mediante sentencia judicial por un tiempo previsto de antemano, solicitada de común acuerdo de los cónyuges. La definitiva origina la disolución de la sociedad conyugal, según el tenor de lo dispuesto por el artículo 25.

En lo concerniente a sus efectos, los podemos sintetizar así:

-Cesan las obligaciones de compartir, techo, lecho y mesa.

-Se disuelve la sociedad conyugal cuando la separación es definitiva.

-Con relación a la custodia de los hijos, se regula su ejercicio por la reglamentación que para el efecto trae el código civil en su libro 1, títulos XII y XIV, que es la misma señalada para el divorcio.

-Si ocurre la reconciliación en el proceso, este se termina, igualmente que si acaece la muerte de uno de los cónyuges.

-Si después de ocurrida la reconciliación se presenta una situación que sea causal para demandar nuevamente la acción de separación, esta puede intentarse ya que no hace tránsito a cosa juzgada.

-Se tramita en proceso abreviado, si es matrimonio civil, cuando no se ha solicitado de común acuerdo y tampoco tenga carácter de temporal, pues dicha situación se decidirá en proceso verbal 1.

Produce los siguientes efectos:

-No autoriza a la celebración de nuevo matrimonio válido pues no se destruye el vínculo, por lo tanto subsistiendo el parentesco de afinidad.

-El cónyuge que no ha incurrido en la causal de separación, podrá en ciertos casos revocar las donaciones que por causa del matrimonio hubiere hecho. También conserva su vocación hereditaria y el derecho a porción conyugal.

En lo referente al divorcio perfecto vamos que en él se produce; "La ruptura para el futuro del vínculo matrimonial válido, mediante sentencia judicial ejecutoriada"

## 2.2 EVOLUCION HISTORICA DEL DIVORCIO

Las nociones de repudiación y divorcio en sus diversas formas y modalidades han existido desde los pueblos más antiguos; ya en el Código de Manú como en el antiguo Egipto se aceptaban el divorcio para casos excepcionales.

### 2.2.1 Roma

El matrimonio fué concebido como un contrato que se formaba por el consentimiento de las partes y requería la tradición.

Se denominaba *Justae nuptiae* o *justum matrimonium* al matrimonio legítimo, conforme a las reglas - basadas en el interés político y religioso que exigía la continuación de la gens - del derecho civil de Roma.

Se consideraba que el interés político y religioso exigía, como antes se dijo, la continuación de la gens, siendo en consecuencia un fin primordial del vínculo, la procreación de los hijos.<sup>(14)</sup>

Desde la época de la fundación la Ley de las XII tablas se observa una especie de dificultad en lo concerniente a la disolución del vínculo

---

(14) PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano, Albastros, Buenos Aires, 1970 p. 148.

divorcio. La adquisición por parte del marido de la manus sobre la mujer, podía ocurrir a través de la ceremonia religiosa, de la confereatio, que era oficiada ante diez testigos y el sacerdote de Júpiter o Pontífice máximo, requiriéndose el pronunciamiento de la solemnidad y el ofrecimiento del pan de trigo.

El matrimonio se disolvía por muerte de uno de los cónyuges, capitis diminutio máxima, capitis diminutio media para sobrevenir un impedimento y, en fin por divorcio.

El divorcio, es decir, la pérdida de la affectio maritalis en uno de los cónyuges o de ambos, parece haber tenido su origen desde los comienzos de Roma, pero no es de suponer que los romanos usaran de esa libertad, que sin duda alguna no concordaba con la severidad de las costumbres primitivas.

#### -El Divortium

No estaba sujeto a la observancia de formas especiales. Era suficiente un simple aviso de palabras, por escrito o por medio de un mensajero.

De ahí que el matrimonio se consideraba como un contrato que se

luto por la Ley 20 de Septiembre de 1792 , otorgando amplias facultades para el rompimiento del vínculo y pudiéndose tramitar la demanda sin citación y audiencia del otro cónyuge con afirmar que era emigrado, y aboliendo la figura de la separación de cuerpos. (15)

Las causales para decretar el divorcio fueron las siguientes:

- Mutuo concenso
- Incompatibilidad de temperamentos
- Enajenación Mental
- Condena a pena aflictiva o infamante
- Sevicia , crimen o injurias de un cónyuge al otro
- Licencia notoria de costumbres
- Abandono por dos años
- Ausencia prolongada por más de 5 años sin tener noticias del cónyuge ausente.

El procedimiento a seguir se aceleró por un Decreto del 4 floreal, año II, prestándose a innumerables abusos, volviéndose a implantar por el Decreto 15 del Thermidor año III, la ley de 1792. La imposición posterior del código civil por Napoleón en 1804. trató de truncar estos

---

(15) OMEBA. Enciclopedia jurídica. Bibliografica Argentina, Buenos Aires, Tomo IV, 1966. p. 46.

excesos eliminando ciertas causales, reconociendo como suficientes solamente la sevicia, las injurias graves, el adulterio de la mujer o del marido, los excesos y la condena a pena infamante volviendo al sistema de divorcio católico o separación, pudiéndose alegar los mismos hechos contemplados en el caso de divorcio.

A partir de 1814, por virtud de la restauración y ante la vigencia de una nueva constitución, la religión católica volvió a ser la del Estado Francés, lo cual condujo a la supresión del divorcio vincular mediante la ley del 8 de mayo de 1816, convirtiéndose las demandas al respecto, en demandas de separación. Pero más tarde se establece una vez más mediante la Ley Naquet del 27 de Junio de 1884, derogando la parte pertinente sobre aque solicitado por mutuo acuerdo, subsistiendo solamente el fundado en la justa causa. En 1886 se agregó la prohibición para contraer matrimonio con su cómplice, cuestión que fué luego derogada en 1904.

En 1945 se limitan las causales de divorcio, persistiendo el código civil francés solamente 4 fundadas en el principio de culpabilidad de alguno de los cónyuges y sin otorgarles validez algunas a las causales objetivas o sea aquella que sin culpa alguna de los consortes se derivan de situaciones que ponen de manifiesto un relajamiento del afecto conyugal, base del matrimonio, o una imposibilidad de la con-

vivencia.

Las mencionadas son:

-Adulterio de cualquiera de los consortes

-Sevicia o malos tratamientos

-Injuria grave, noción amplia, puesto que caben dentro de éste concepto tanto el agravio verbal o escrito, como también toda conducta de liberada, ultrajante o hiriente.

-Condena de uno de los cónyuges a pena aflictiva o infamante, requiriéndose que sea sentencia definitiva y firme, proferida por una jurisdicción francesa con posterioridad a la fecha del matrimonio y que no haya sido borrada por amnistía, indulto o prescripción.

La nueva regulación existente sobre la materia es la Ley de Julio 11 de 1975 que contempla tres clases de divorcio.

-Por mutuo consentimiento

-Por ruptura de la vida en común

-Por falta

En lo concerniente al divorcio por consentimiento mutuo puede presentarse la demanda conjuntamente, después de 6 meses de celebrado el

matrimonio, no entrando acá en averiguaciones en lo atinente al origen de la ruptura del vínculo, debiendo solamente los cónyuges "So- meter a la aprobación del juez un proyecto de convención regulando en forma muy detallada las consecuencias del divorcio; liquidación del régimen de bienes patrimoniales, regulación de la pensión." (16)

Estamos también ante el divorcio por mutuo acuerdo, cuando se solicita por uno de los consortes y el otro la acepta reconociendo los hechos ante el juez, el cual dicta sentencia sin analizar la culpabilidad.

Ocurre el divorcio por ruptura de la vida en común, cuando este es el resultado de la separación de hecho prolongado y la alineación mental por un tiempo mayor de 6 años siempre y cuando haga imposible la comunidad de vida. En la segunda situación se exige un exámen médico - practicado por 3 peritos para establecer su carácter grave y duradero. Esta demanda se rechaza por el juez si el otro cónyuge demuestra que el divorcio, traería para él o los hijos consecuencias materiales o morales de excepcional rigidez.

El divorcio por falta ocurre cuando se alega la violación grave y continúa de los deberes y obligaciones de cada cónyuge, de manera que se

---

(16) COLOMBIA. INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Carta de derecho de familia. Icbf, Bogotá, 1978. p. 10.

haga insostenible el mantenimiento de la vida matrimonial.

### 2.2.3 Grecia

La celebración del matrimonio en Grecia tuvo diferentes modalidades a través del tiempo , en el período homérico se realizaba por una especie de compra , posteriormente tomó la forma de contrato y aún la de rapto.

Una de las características más importantes que revistió la institución matrimonial en el antiguo derecho griego fué la monogamia , consecuencia de la obligaciones de fidelidad y de fe mutua reinante entre los esposos , cuya falta producía consecuencias tanto civiles como penales.

La acción de divorcio se podía instaurar por cualquiera de los cónyuges o por mutuo consenso. se entendía ejecutada por el marido cuando este devolvía la dote o abandonaba a la mujer , cuando no existía causal alguna , esta podía reclamar la dote junto con sus intereses y los alimentos correspondientes.

Ocurría por mutuo acuerdo , cuando al marido cedía a su mujer con el consentimiento de ésta . Cuando era la mujer quien deseaba disolver el vínculo , solamente requería abandonar la casa del marido declarán-

dolo así el arconte, que era un funcionario público o magistrado elegido al azar de la urna, en el Templo de Teseo, una vez otorgado este, podía la cónyuge retirar lo aportado a su antiguo hogar.

Entre las causales contempladas para solicitarlo estaba la esterilidad, puesto que era importante perpetuar legítimamente la especie, para adorar a los dioses familiares y mantener el culto a los antepasados.

Se conocían como hijos legítimos los concebidos de mujer legítima y por ello cuando el marido no podía concebirlos, podía la cónyuge tener relaciones con otro sin que se tipificara el adulterio. Los auxiliares, en tal caso eran los hermanos o parientes del esposo.

Las penas que sancionaban el delito del adulterio eran de índole pecuniario e infamantes, pudiéndose llegar al uxoricidio sin temor al castigo para el que lo realizara, exigiéndose, eso sí, que se le sorprendiera ya fuera en el hogar o lejos de este, siempre y cuando no ocurriera en casa de prostitución.

Cuando el esposo no repudiaba a la cónyuge adúltera, se le sancionaba con la pérdida de los derechos políticos.

Bien cabe aquí la anotación de Goldstein que en lo referente a la diso-

lución del vínculo dice:

No existen leyes expresas que autoricen el divorcio en la Grecia histórica, pero los historiadores y filósofos citan numerosos casos de separación, con miras a la perpetuación de la estirpe y del culto doméstico y con alcances eugenéticos, sobre todo en Esparta. (17)

Se puede entonces sintetizar las causales del divorcio en el derecho griego así:

-La esterilidad

-El adulterio de la mujer

-Por carecer alguno de los cónyuges de la calidad de ciudadano

-Por malos tratos o corrupción por parte del marido

La prohibición contemplada en el caso de adulterio, era la imposibilidad de contraer la mujer nuevo vínculo con su cómplice.

Con el tiempo se estructuró un sistema de causales con procedimientos especiales.

---

(17) GOLDSTEIN, Matteo. El Divorcio en Derecho Argentino, Logos, Buenos Aires, 1956. p. 16

#### 2.2.4 Hebreos

Para poder hablar de la figura del divorcio en la Legislación de los Judíos debemos observar fuentes tales como la Biblia, la michna y el talmud. El derecho israelita se compone en su totalidad por una parte, una serie de normas jurídicas prescritas por la Sagrada Biblia y gran cantidad de reglas éticas, interpretadas en el transcurso de los siglos por los rabinos.

Una inquietud que ha permanecido vigente en todas las formas de sociedad, aún en las primitivas, es que el divorcio obedece a normas de conducta subjetivas o éticas, pero en lo que hay discordancia es acerca de su origen, surgiendo la pregunta de si se debe su aparición a la civilización o más bien a sus vicios.

Para la religión Hebrea es más lógico esperar una pareja que no ha podido conformar un hogar y que por lo tanto es incapaz de educar dignamente a sus hijos dentro de las normas éticas de sus principios dogmáticos ya que no existe la comprensión, el amor recíproco y la felicidad que debe imperar en toda relación. Se deduce de éste planteamiento que la sociedad es una de las principales perjudicadas y que es mejor para ésta y sus componentes, disolver el vínculo y conceder a cada cónyuge su libertad.

El divorcio contemplado en la michna y el talmud es una institución para lo cual se exige el mutuo consentimiento . La michna es la primera codificación de Leyes Judías , tanto las escritas como la consagradas por la costumbre y se refiere a tres materias específicamente: matrimonio, divorcio y derecho penal.

El talmud interpreta la biblia y la michna era una labor realizada por rabinos, sabios y teólogos , y en sus preceptos se considera como homicida a aquel que no se preocupaba por tener larga descendencia. Las causales contempladas para que se dé el divorcio fueron, la esterilidad, el adulterio y la negligencia en general en ejercicio de los deberes conyugales.

La esterilidad de cualesquiera de los cónyuges ocasionaba el divorcio transcurridos diez años de matrimonio, puesto que el fin primordial del vínculo era la procreación de los hijos, si había ocurrido un mal parto se empezaba el conteo después del incidente y no se tenía en cuenta el tiempo pasado en cautiverio o fuera del país. Si la mujer volvía a contraer y se observaba lo mismo, perdía el derecho para siempre de volver a casarse, debiendo el marido devolver la dote recibida y ganancias.

La causal de adulterio fué primordial en el talmud, y debía revistir

las características para su tipificación siguientes:

-Ser un flagrante delito

-Que se presentara la declaración de dos testigos narrando lo observado.

El hombre incurría en dicha causal cuando convivía con mujer casada o prometida en esponsales a otro, y no por el hecho de ser infiel a la mujer, ésta en cambio cometía tal delito porque así era contemplado por la Ley penal como un pecado que implicaba fornicación, si hacía vida marital con un hombre que no fuera su esposo. La sanción que ello acarrearía era la lapidación, apedreamiento o flagelación.

En la actualidad el matrimonio religioso es el que exige un mayor ritualismo y para su disolución se requiere del pronunciamiento de magistrados y tribunales religiosos.

En lo referente a los hijos, su tenencia alimentos y demás obligaciones, se delega la solución a la jurisdicción civil.

### 2.3 DEFINICIONES DE DIVORCIO

Como se dijo anteriormente, a la palabra divorcio se le han asignado

diversos significados, a lo cual intrínsecamente estudiado implica una clasificación de él.

Algunos tratadistas lo definen así:

El Doctor ROBERTO SUAREZ FRANCO, "La palabra divorcio significa en sentido amplio, toda separación legítima entre esposos. En sentido estricto, da a entender la ruptura del vínculo conyugal en la vida de los esposos a petición de uno cualquiera de ellos, o de ambos, por virtud de un decreto judicial". (18)

El Doctor PEDRO PABLO PEÑA MOTTA, históricamente define el divorcio bajo tres aspectos:

Quoad vinculum, en sentido estricto, como disolución del matrimonio, o divorcio en cuanto se refiere al vínculo y que corresponde al significado estricto que usa actualmente el lenguaje jurídico.

Quoad thorum et mensam, en sentido amplio, como separación de los esposos en cuanto al techo y lecho.

Quoad declarationem Nuptiarum, como declaración de nulidad del matrimonio, por circunstancias contempladas en el código civil y en la reglamentación eclesiástica. (19)

---

(18) SUAREZ FRANCO, op. cit. p. 182.

(19) PEÑA MOTTA, Pedro Pablo. Familia, Religión y Estado. Bogotá, cepla 1977. p. 138.

El Doctor FERNANDO HINESTROSA, dice que es necesario distinguir el fenómeno de nulidad, de la figura del divorcio.

La nulidad es una sanción legal, aplicada judicialmente, consistente en la privación de todos los efectos, a una actuación particular que contraria profunda y gravemente las normas fundamentales, en los términos y por los conceptos prevenidos en la misma ley, y que significa la respuesta a una irregularidad inicial o congénita del matrimonio. En tanto que el divorcio es la cesación total o parcial de los efectos del matrimonio debida al surgimiento posterior de ciertos hechos, también legalmente denunciados, incompatibles con la continuidad del matrimonio en sí o de la vida conyugal, decretada según los ordenamientos por la autoridad judicial, o administrativa, o por los cónyuges, con o sin la aprobación de aquella. (20)

STELLA BURBANO DE GARCIA, "Divorcio etimológicamente significa separar legalmente dos casados, separar por sentencia judicial a los casados. Divorcio jurídicamente en sentido estricto, es una de las formas de disolución del matrimonio". (21)

OMAR U. BARBERO, tipifica la figura del divorcio en la categoría jurídica de perturbaciones matrimoniales.

---

(20) HINESTROSA, Fernando, op.cit. p. 183.

(21) BURBANO DE GARCIA, Stella. Matrimonio, Divorcio y Separación de cuerpos, Bogotá, jurídicas Wilches, 1978. p. 63.

Etimológicamente, es la expresión latina Divortium, que pone de resalto el camino distinto que siguen los cónyuges después es decir es la aptitud que después de haber recorrido unidos un trecho de la existencia se alejan por distintos caminos.

Esta cesación de la vida común de los esposos tienen dos alcances: Uno absoluto vincular, advinculum y otro limitado, relativo, thorum et mensam.

El primero, cuando los cónyuges pueden contraer válidamente un nuevo matrimonio, descartando toda posibilidad de reanudación de la vida común - reconciliación -. Y el segundo por el contrario se encuentra impedido para contraer nuevo enlace, pudiendo volver a la reconciliación en cualquier momento.

El vínculo matrimonial permanece incólume, por eso muchos prefieren reservar el término divorcio absoluto, y llamar al divorcio limitado simplemente separación. <sup>(22)</sup>

La Legislación Argentina solamente admite el término separación o divorcio limitado, pero excepcionalmente utiliza la palabra divorcio.

En nuestra Legislación y hasta la expedición de la Ley 14. de 1976, el divorcio apenas significaba la suspensión de la vida en común de los casados, sin que implicara disolución del matrimonio. Con la

---

(22) BARBERO U. Omar, Daños y perjuicios derivados del divorcio, ed. Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1977. pp. 30 y 31.

expedición de ésta ley se le dieron alcances disolutorios a ésta institución.

## 2.4 DIVERSAS CONCEPCIONES ACERCA DEL DIVORCIO

El divorcio de matrimonio civil, envuelve su disolución del vínculo matrimonial civil y los cónyuges pueden volver a casarse. Pero para comprender mejor lo relativo a las causales, es necesario expresar que existen distintas concepciones en derecho o comparado como son:

### 2.4.1 Divorcio Repudio

En el divorcio repudio es el marido quien tiene derecho a dejar a su mujer.

En la más antigua legislación, en virtud de la más relevante potestad que se otorga al marido, podía este disolver el matrimonio mediante repudio, en el versículo 24 - I del Deuteronomio puede leerse: Cuando el hombre toma una mujer y se casa con ella, si resulta que esta mujer no halla gracia a sus ojos, porque descubre en ella algo que le desagrada, le dictará un libelo de repudio, se lo podrá en sus manos y la despedirá de su casa. (23)

---

(23) LA BIBLIA. Deuteronomio, Cali Carvajal, 1975. p. 638

Esto se puede considerar como un resagó de un primitivismo imperante en las antiguas sociedades, donde primaba la autoridad masculina sobre la persona de la mujer, sin tener en cuenta el respeto y dignidad que está también exigía con base en la autoridad marital. Era la época en que el concepto de casarse se reemplazaba por el de tomar, sin que mediara la celebración de un acto jurídico.

Esta potestad desmesurada se fue limitando poco a poco, introduciéndose exigencias que limitaban el poder del varón, hasta evolucionar y convertirse en el divorcio por decisión unilateral, pudiendo la mujer solucionarlo.

#### 2.4.2 Divorcio por Voluntad Unilateral

El divorcio por voluntad unilateral, deja cada esposo la facultad de recobrar su libertad.

En este caso uno de los cónyuge demanda el divorcio presentando una serie de hechos causados por uno y otro, y que hacen imposible el mantenimiento de la comunidad matrimonial. Si el esposo contra el cual se presenta la demanda reconoce los hechos ante el juez, este dicta sentencia sin analizar la culpabilidad. Si el esposo demandado acepta los hechos, no puede decretarse el divorcio.

### 2.4.3 Divorcio por mutuo acuerdo

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

Se fundamenta en que el matrimonio es un contrato que puede formarse y disolverse por mutua voluntad. Durante una época fué rechazado este tipo de divorcio, pero renace en nuestros días en varios países: Francia, Alemania Federal, México, Perú, Brasil, Costa Rica, países socialistas etc.

En general el divorcio de mutuo consentimiento es aceptado en los países socialistas, el código de la familia de Cuba de 1975 lo autoriza; igualmente el artículo 14 del código de matrimonio y de la familia de la Unión Soviética; también la ley de matrimonio de la República Popular.

El divorcio por mutuo consentimiento se dá en muchos países en forma indirecta. Se tolera la separación de cuerpos y transcurrido algún tiempo puede convertirse en divorcio.

Tal es el caso de la novísima ley 6515 de Brasil del 26 de Diciembre de 1977, cuyo artículo cuarto autoriza la separación judicial de los

cónyuges que llevan más de dos años de casados. Transcurridos tres años desde la sentencia de separación puede solicitarse el divorcio.

De igual manera en la ley española no. 30 de 1981.

En Colombia la ley 1a. de 1976 autoriza la separación de cuerpos por mutuo acuerdo; transcurridos dos años puede pedirse el divorcio. Se diferencia de la Brasileña en que se completa otros causales para pedir el divorcio.

En esta clase de divorcio no se averigua la causa de la ruptura del vínculo matrimonial, únicamente los cónyuges deben someterse a la aprobación del juez un proyecto de convención por el cual regulan en forma muy detallada las consecuencias del divorcio, liquidación del régimen matrimonial, regulación de la pensión, atribución de domicilio, derecho de visitas, distribución de hijos etc. La demanda no puede presentarse sino casados 6 meses de celebrado el matrimonio. La demanda conjunta caduca sino se ha renovado en el plazo de los 6 meses siguientes, lo cual indica que debe transcurrir un plazo de 9 meses desde la presentación, para su renovación.

El juez decreta el divorcio si ha adquirido la convicción de que la voluntad de cada uno de los esposos es real y han consentido libremente, en la misma decisión homologa la convención que regula las consecuencias

del divorcio , puede rehusar la homologación y no pronunciar el divorcio si prueba que la convención preservar insuficientemente los intereses de los hijos o de uno de los esposos.

#### 2.4.4 Divorcio Remedio

El divorcio remedio, limita sus causas a los acontecimientos que han hecho imposible o difícil la vida conyugal, pero sin existir ninguna falta como por ejemplo, la enfermedad mental, o separación prolongada.

Como este concepto resulta de la separación de hecho prolongada y la alineación mental, en el primer caso puede pedirse si los esposos están separados desde hace más de 6 años, y en el segundo, si dentro del plazo de esos 6 años, las facultades mentales del cónyuge están alteradas de tal manera que no exista comunidad de vida entre los conyuges, sin que pueda separarse que se restablezca razonablemente.

Pero antes de atender al castigo, se debe perseguir el restablecimiento de la normalidad, no reparado en la presencia o calificación del cónyuge culpable, se exige además que el juez tenga en cuenta la edad del cónyuge enfermo, la duración del matrimonio y debe rechazar la duda si hay riesgo de que el divorcio traiga consecuencias graves sobre

la enfermedad del otro cónyuge. De lo contrario lo esencial es eliminar los males que imposibilitan la vida en común, para prevenir consecuencias mayores que pueden ir en detrimento del hogar, sus elementos y aun en el medio social en que este se encuentre ubicado.

Algunos países reglamentan el divorcio para casos excepcionales, teniendo en cuenta únicamente la falta grave de alguno de los cónyuges o hechos ajenos a todo concepto de culpa en los casos en que la vida conyugal se hacen posible :

#### 2.4.5 Divorcio Sanción

No acepta como causa de divorcio sino las faltas graves cometidas por uno de los esposos.

Parte del presupuesto de la culpabilidad de alguno de los cónyuges, requiriéndose la actividad del otro no culpable, mirándose como un código, el divorcio decretado en consideración a faltas graves, hace que el cónyuge inocente solicite el divorcio como punición al culpable. (24)

---

(24) GALLARDO, Ricardo. Divorcio, separación de cuerpos y nulidad del matrimonio en las Naciones Latinoamericanas. Madrid, Diana, 1957. p. 73.

Según la concepción francesa de 1884 este divorcio no es posible sino por un número de causas establecidas en la ley, y en una sanción que pronuncia el tribunal contra el esposo que ha cometido la falta, y no puede ser demandado sino por quien ha observado conducta irreprochable. El divorcio sanción daba fraude a la ley, porque los esposos que deseaban el divorcio prefabricaban la causal, lo que conducía a éste por mutuo consentimiento.

Las legislaciones modernas socialistas, consagran la causal genérica del divorcio.

En Francia, la Ley del 2 de Julio de 1975 establece que el divorcio puede ser pronunciado por consentimiento mutuo, por ruptura de la vida en común o por falta.

El divorcio por falta solo puede ser pedido por uno de los cónyuges por hecho imputables al otro, cuando los hechos constituyen una violación grave o renovada de los deberes y obligaciones del matrimonio haciendo intolerable el mantenimiento de la vida común de los cónyuges.

En el divorcio sanción no se enumeran las faltas que originan el divorcio. El artículo 242 preceptúa que constituye faltas, la violación grave o renovada de los deberes y obligaciones del matrimonio, de manera

que se haga intolerable el mantenimiento de la vida en común.

El sistema de 1884 se fundamentó en el divorcio sanción y reposaba en la distinción entre, causas perentorias y causas facultativas. Las primeras eran el adulterio con la condena de una pena aflictiva o infamante. Las segundas eran: excesos, sevicias e injurias. La reforma de 1885 acabó esta distinción y solo existe una causa específica: condenación de pena aflictiva e infamante.

El rechazo de la acción judicial puede existir en los siguientes casos:

-Por la reconciliación de los esposos, la cual no se refiere sino a faltas pasadas.

-Por la muerte de uno de los cónyuges

-Por la cosa juzgada

En el primer caso se disuelve ante el juez de asuntos matrimoniales, y en el segundo, se disuelve ante el tribunal de instancia superior.

La etapa que se desarrollará ante el juez tiene por fin arreglar la vida de los esposos durante la instancia y ensayar una reconciliación. En la fecha fijada el juez trata de conciliar a los esposos en presencia de sus consejeros y puede recurrir a una segunda tentativa de concilia-

ción dentro de los seis meses siguientes. Puede adoptar medidas provisionarias. Los debates no son públicos las decisiones pueden publicarse sin mencionar los nombres de las partes. El tribunal puede ordenar una investigación oficiosa sobre los hechos expuestos por los cónyuges, para lo cual comisiona un juez. Los descendientes y parientes no pueden ser oídos como testigos. Las cartas pueden ser llevadas al debate a pesar de su carácter confidencial y de la oposición del destinatario, pero con la condición de que el esposo no las haya adquirido por medios fraudulentos o violentos. La confesión y el juramento son admitidos. Además el cónyuge demandado por falta puede presentar demanda de reconvencción pidiendo divorcio o separación de cuerpos.

#### 2.4.6 Divorcio sin necesidad de alegar causales

El divorcio en este caso se decretará cuando el juez considere que la comunicación material y espiritual entre los cónyuges se ha roto sin necesidad de alegar causales.

#### 2.5 CONCEPCIONES QUE ACEPTA NUESTRA LEGISLACION

El sistema colombiano señala que el divorcio solo puede instaurarse por causas expresamente determinadas en la ley, pero de manera taxativa; el cónyuge interesado en obtener el divorcio deberá acreditar

ante el juez los hechos configurativos de la causal. Este sistema es seguido en Francia, pertenece al grupo de legislaciones que, aun cuando rechazan por principio la indisolubilidad, no dejan de considerar la perpetuidad del matrimonio como conforme a sus fines esenciales. Según Ripert y Boulanger, Se ha formado una concepción institucional del matrimonio que evidentemente sufrió la influencia de la concepción religiosa. Normalmente el matrimonio se disuelve con la muerte el divorcio no se pronuncia si no hay razones precisas e imperiosas que lo impongan. (25)

Nuestro legislador opta indiscutiblemente por incluir entre las causales de divorcio las de tipo-sanción y las tipo-remedio.

En efecto son causales de tipo-sanción las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges; el grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de sus deberes de marido o de padre y de esposa o de madre; los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ello peligran la salud, la integridad corporal o la vida de alguno de los cónyuges, o de sus descendientes, o se hacen imposibles la paz y el sosiego doméstico; la embriaguez habitual de uno de los cónyuges; el uso habitual y compul-

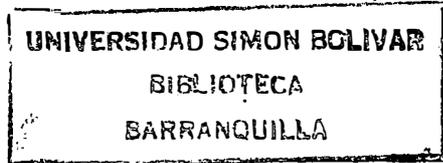
---

(25) RIPERT Y BOULANGER, op. cit. p. 192.

sivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica; y toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente, a una persona que esten bajo el mismo techo.

Son causales de tipo remedio: Toda enfermedad o mortalidad grave e incurable, física o síquica de uno de los cónyuges, que pongan en peligro la salud moral o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial y la condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años, por delito común de uno de los cónyuges, que el juez que conozca del divorcio califique como atroz e infamante.

Indirectamente el divorcio por mutuo acuerdo se considera de tipo remedio, cual es la contemplada en el ordinal 8o. grado de la Ley 1a. de 1976 que establece como causa de divorcio la separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure más de dos años, ya que la ley colombiana no acepta el divorcio por mutuo acuerdo, y como hemos dicho, el matrimonio católico es indisoluble.



### 3. HISTORIA DEL DIVORCIO EN COLOMBIA

Durante todo el período español en los primeros 40 años de la República, la institución matrimonial se rigió en Colombia, para todos sus efectos tanto jurídicos como civiles y religiosos, por los ordenamientos normativos dictaminados por el concilio de Trento, cuya enseñanza principal fué el matrimonio es un contrato elevado por Cristo., a la dignidad del sacramento.

Como la acción misionera de la iglesia se incia en los albores del siglo XVI y las constituciones y decretos tridentinos solo vinieron a ser promulgados de 7 décadas después, en este lapso se aplicaron, acomodadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, las disposiciones jurídicas de los diferentes códigos promulgados por las leyes de castilla, cuya vigencia, en cuanto hace a los aspectos jurídicos, siguió manteniendo su aplicación, por lo menos hasta cuando la dinastía borbónica empezó a modificar los ordenamientos jurídicos que regían al conglomerado de la monarquía.

La formal obediencia a las leyes castilla en las ciudades no registran dificultades, pese a que la misma variedad de códigos pudiera hacer pensar en presumir confusión. Fue la acción de adoctrinamiento de los indígenas la que presentó serios problemas de aplicación, de una parte por el tipo de uso y costumbres que practicaban los diversos grupos raciales y de otras, por la manera como se entendió el ejercicio de esa labor, generalmente bien intencionada, pero aplicada con disimilitudes según la comunidad religiosa a la cual pertenecieran los respectivos misioneros.

Los concilios de la arquidiócesis de Lima legislaron en varias oportunidades sobre los matrimonios de los indígenas, por cuanto la forma canónica tropezaba para su validez con la práctica de la poligamia entre los naturales, ya que estos interpretaron los ordenamientos de modo tal que les permitiese cumplir con los preceptos, pero al mismo tiempo seguir ordenando su vida particular al modo que sus costumbres lo señalaban. Este dió lugar a múltiples ocurrencias en donde se puso de manifiesto el ingenio de los indígenas para solucionar sus problemas particulares, ya que el acceso al matrimonio sacramental les impedía continuar sus tradiciones poligámicas. En determinado momento se llegó a pensar que fracasara el intento por conseguir que los indios asimilaran el autentico sentido del sacramento.

En el año 1859 se estableció la Confederación granadina, con lo cual se abrió franco camino para la implantación definitiva del Federalismo, cuya expresión más definida corresponde a los ordenamientos constitucionales de los Estados Unidos de Colombia, entre 1863 y 1865.

Como una de las normas fundamentales de la nueva organización jurídica e institucional de la nación, fomentada y sostenida por los legisladores de Rionegro y por quienes lo reemplazaron más adelante, fue la manía de erigir en normas constitucionales las más extravagantes y peregrinas teorías, peligrosas como pudieron demostrarlo las consecuencias individuales, quizás en obediencia a que sus mismos postulados permitieron la supervivencia de un estado de cosas confuso y contra lo que era de esperarse; no convirtieron de nuevo el divorcio vincular, sino que dejaron al arbitrio de cada legislatura seccional que dispusiera a su leal saber y entender sobre estas materias. Aunque la actitud entraña en cierta forma una contradicción resulta coherente con el criterio y estilo de los forjadores de una constitución que mereció los aplausos de los pontífices del libre pensamiento, pero que por su configuración, más para seres angelicales que para humanos como alguien opinó sobre ella, produjo a la larga más males que bienes.

### 3.1 INSTITUCIONALIZACION DEL DIVORCIO

#### Ley 22 del 20 de Junio de 1853

En nuestro derecho, a partir de 1821 y hasta la vigencia de la ley la. de 1976, se mantuvo el principio de la indisolubilidad del matrimonio como uno de los pilares del derecho matrimonial, no obstante haber existido épocas en que se acogió el divorcio vincular. Tal fué lo ocurrido entre los años 1853 - 1856 cuando se institucionalizó el divorcio vincular para toda la nación mediante la Ley 22 del 20 de Junio de 1853 se estableció como causales principales para conceder las siguientes:

- Las que procedían del delito de uno de los cónyuges
- Las que se originaban en el mutuo consentimiento

Se entendieron como delitos el adulterio de la mujer, el amancebamiento del marido, las injurias graves y frecuentes, los maltratos de obra, la sevicia de uno de los cónyuges hacia el otro, si ponían en peligro su vida o si hacían imposible la paz y la armonía doméstica, la ausencia de uno de los cónyuges abandonando al otro por más de tres años.

La decisión de las controversias era de conocimiento de los jueces y sus sentencias debían consultarse ante el tribunal superior. En estos casos los hijos mayores de tres años quedaban o pasaban a potestad

del cónyuge inocente y el culpable estaba obligado a dar ayuda para su alimentación, crianza y educación, en la forma indicada por el juez.

En cuanto a los bienes, mientras el cónyuge inocente conservaba los suyos, el culpable debía entregar la mitad de los propios a los hijos.

Para el divorcio con mutuo consentimiento se establecieron limitantes en cuyo caso la acción no prosperaba, ellas fueron:

-Si el varón era mayor de 25 años y la mujer menor de 21

-Si no habían transcurrido dos años de celebración del matrimonio o ya habían pasado más de veinte

-Si la mujer había cumplido cuarenta años

-Si los padres de los contrayentes se oponían

En este caso los hijos menores de 7 años y las hijas mujeres quedaban en poder de la madre, y los hijos mayores de 7 años pasaban al lado del padre. La mitad de los bienes de los cónyuges divorciados pertenecían a los hijos habidos en el matrimonio.

### 3.2. CODIGOS SECCIONALES

La forma federal del gobierno acogida a partir de 1858 cuando se pusieron en ejecución las posibilidades que en tal sentido había dejado dis-

puesta la reforma de 1853 concedió a cada uno de los nuevos estados en que se dividió la nación, la potestad de legislar sobre los diferentes aspectos que interesaban a la administración, y prácticamente sin limitaciones. Esto trajo como consecuencia inevitable, la proliferación de códigos, la disimilitud de normas y la multiplicidad de disposiciones, desacorde y contradictorias en veces, cuando no generadoras de incontables conflictos y litigios.

Con excepción de los estados de Cundinamarca, Magdalena y Panamá, cuyos códigos permanecieron relativamente estables, ya que se rigieron solamente por uno nada más, los otros seis tuvieron hasta dos códigos por estado e incluso algunos se vieron precisados a dictar leyes adicionales de carácter modificatorio. Esto da la no despreciable suma de 15 códigos civiles en un lapso aproximado de 30 años.

Con el transcurso del tiempo la mayoría de los estados fueron adoptando el código de Cundinamarca, tomando casi literalmente del Chileno que había redactado don Andrés Bello y que, a la postre, vino a convertirse en el código civil de toda la nación, una vez que se retornó al sistema de gobierno unitario.

La Ley 27 de noviembre de 1856, derogatoria de la Ley 22 de 1853, rigió las normas civiles hasta 1857 en Cundinamarca, 1858 en Santander,

1859 en Cauca y Tolima, 1860 en Boyacá, 1851 en Panamá, 1862 en Bolpivar, 1869 en Magdalena y 1875 en Antioquia.

El código Chileno, adoptado por Cundinamarca en 1857, lo fue asimismo por Santander en 1858, por Tolima en 1859, por Antioquia y el Cauca en 1861, aunque Santander lo desechó en este último año para implantar uno nuevo.

Entre las medidas que contemplaron los diferentes códigos vigentes durante el régimen federal, se tuvieron en cuenta el matrimonio civil optativo en el Cauca y Panamá, en Cundinamarca de 1857 a 1864, en Antioquia y a partir de 1875, en el Tolima de 1859 a 1877 y nuevamente desde el año de 1885.

El matrimonio civil fue obligatorio en los estados Bolívar, Magdalena y Santander, en Cundinamarca a partir de 1864 y el Tolima entre 1877 y 1885.

Se otorgó plena validez para los efectos civiles a los matrimonios celebrados de acuerdo a los cánones religiosos en Antioquia, Cauca, Panamá, Tolima y en Cundinamarca, pero este último solo hasta 1864.

Entre las disposiciones que se podrían calificar como curiosas, vale

adoptar las que adoptó Cundinamarca al negar efectos civiles a los matrimonios católicos, situación que por la suma de conflictos que originó, debió ser modificada mediante la ley 28 de 1873. El Cauca estableció plena validez para los matrimonios celebrados por indígenas que adquirieron el goce pleno de sus derechos. En Bolívar el segundo de sus códigos que tuvo vida fugaz, estableció el matrimonio civil obligatorio, pero solo concedía validez a los que fueron celebrados entre las 6:00 am. y las 6:00 pm, salvo peligro de muerte de uno de los contrayentes.

Aunque en alguno de los estados se reconoció la plenitud de efectos no solo del matrimonio civil, sino el sacramental, las causas relacionadas con la separación o el divorcio, fueron del conocimiento exclusivo de los jueces, con excepción de Boyacá, que permitió además que las autoridades de la religión bajo cuyo rito se hubiera contraído el matrimonio, conocieran de los juicios de separación o de nulidad, aunque podrían sustrarse de dicha jurisdicción, a voluntad de las partes.

Esta era la situación nacional en el momento en que los acontecimientos originados por la guerra civil de 1885 y la derrota de los ejércitos revolucionarios, produjeron un nuevo orden de cosas, que en los aspectos atinentes al matrimonio, culminaría en el concordato de 1887.

### 3.3. REGIMEN CONCORDATARIO.

Consolidadas las instituciones emanadas del ordenamiento constitucional de 1886, se adoptaron las disposiciones indispensables para acomodar y promulgar los diferentes códigos de las nuevas normaciones requerían, y cuya expedición, como se vió antes, fué reservada al concejo nacional constituyente al asumir el carácter de cuerpo legislativo.

Puede considerarse que existió un evidente estado de interinidad, entre la acción derogatoria del régimen de Rio Negro y la expedición de los nuevos códigos, con la aplicación desordenada e incoherente de las normas vigentes anteriormente en cada estado y las naturales contradicciones queeelo ocasionaban frente al régimen ahora establecido.

Las relaciones entre la iglesia y el estado se regularon durante el periodo español y la primera parte de la vida republicana, por las disposiciones contenidas en el patronato concedido por el Papa al rey de España cuya última formulación fué pactada entre Fernando VI - 1746- 1759 y el pontífice Benedicto XIV - 1740 -- 1758.

Consolidada la independencia y establecida las nuevas naciones, casi todas se declararon herederas del patronato, o que jurídicamente no era aceptable, ya que no se trataba de un convenio entre el estado español

y el pontificio, sino entre el rey y el papa, que por sus características no podía prolongar sus efectos al suspenderse los vínculos de gobierno que lo habían generado.

### 3.3.1 El Concordato con la Santa Sede

Durante una época la labor de la iglesia católica se vió entorpecida en razón de que el gobierno, siguiendo una política intervencionista, extendió el ámbito de sus poderes hasta el punto de querer regular las relaciones sociales que por derecho propio correspondía vigilar a la iglesia.

El 31 de Diciembre de 1887 suscribieron un concordato entre la República de Colombia y la Santa Sede, el Cardenal Mariano Rampolla del Tindaro en representación del papa León XIII y don Joaquín F. Veles en la del presidente Rafael Nuñez.

Posteriormente se llegó a la firma del concordato, motivado por todas las circunstancias anteriormente anotadas que vino a señalar la órbita de competencia de las dos potestades supremas en conflicto, como era el gobierno y la Santa Sede.

Por tal instrumento el estado reconocía a la iglesia católica libertad y

autoridad espiritual, como también jurisdicción sobre los católicos Colombianos dejando ya como labor y derecho propio de los súbditos de la Santa Sede y el gobernarse y administrarse de acuerdo a sus leyes, asunto en el que anteriormente había influido la autoridad civil. Estatuía también el concordato, entre otras cosas, la independencia de la legislación canónica respecto a la civil, no existiendo subordinación de una en la otra.

Por medio del concordato también se le reconocía a la iglesia por parte del estado, personería jurídica y la respectiva capacidad de goce y el ejercicio de los derechos que eran los propios, hecho que se plasmó luego en nuestro ordenamiento civil.

Así como Bolívar y Santander comprendieron con suficiente claridad en su momento, la necesidad de mantener la armonía entre el gobierno y la autoridad eclesiástica, propugnaron porque se continuara aplicando el régimen del patronato en cuanto otorgaba suficientes y válidas prerrogativas a la autoridad civil, también Nuñez en su momento, entendió la impostergable necesidad de establecer una fórmula que, dejando a salvo las competencias jurisdiccionales de cada entidad, fomentar la connatural armonía y respetara los sentimientos religiosos del pueblo colombiano, aprovechando la acción catalizadora que ha ejercido siempre la doctrina cristiana, para el mejor ordenamiento de la vida en

sociedad.

Esto fué lo que originó la firma de un Concordato, fórmula adecuada para regularizar las relaciones estado-iglesia conforme a los nuevos usos que el tiempo había venido creando, regulándose la relación de las dos instituciones de acuerdo a los criterios de la época.

#### 3.4 ANALES LEGISLATIVOS POSTERIORES AL CONCORDATO DE 1887

En los años siguientes a la aprobación del Concordato de 1887, fueron adoptadas varias medidas relacionadas con la familia y el matrimonio, como fueron;

La ley 95 de 1890, que facultó a los notarios para inscribir el matrimonio en los registros civiles, a los jueces del circuito para decretar medidas tendientes a evitar el menos cabo de los bienes sociales o los de la esposa administrados por el marido, al marido el derecho de impugnar la paternidad del hijo habido en el matrimonio, si podía demostrar que no hacía vida conyugal con ella en la época en que pudo efectuarse la concepción y la de reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por la esposa cuando el nacimiento hubiese ocurrido más de diez meses después de producirse el abandono del hogar por parte de aquella.

La Ley 8 de 1922 reconoció a la mujer casada una incipiente capacidad al concederle la administración directa de los bienes de uso personal y de los elementos propios del ejercicio de la profesión. Esta capacidad fué consagrada plenamente mediante la ley 67 de 1930 para la mujer casada y divorciada.

La ley 28 de 1932 trató ampliamente sobre el régimen patrimonial en el matrimonio, como consecuencia natural de la ley 70 de 1931, reglamentada y adicionada por la ley 91 de 1936. Al desarrollar el mandato constitucional que difiere a la ley la reglamentación del patrimonio familiar, autoriza su constitución a favor de los esposos y los hijos, así como sus características del inembargable.

La Ley 45 de 1936, inspirada en el sentido justiciero y humanitario de amparo al nacido fuera de l matrimonio, le puso remedio a esta penosa situación, los cuales eran víctimas inocentes de una odiosa discriminación y de los prejuicios de una sociedad imbuída por preceptos muy poco formales.

El registro civil se reglamentó mediante la ley 92 de 1938 y el decreto 1003 de 1939, sus disposiciones rigieron hasta el decreto 1260 de 1970 contentivo de un nuevo estatuto sobre el estado civil de las personas derogando las medidas anteriores.

Finalmente, en el año de 1968 se expidió la ley 75, más conocida como la ley de la paternidad responsable, reglamentada por el decreto 398 de 1960, mediante la cual se introdujeron reformas al sistema del código civil, a la ley 45 de 1936, en particular sobre el régimen de la investigación de la paternidad natural y a la ley 83 de 1946.

Como puede apreciarse, en los últimos años se ha ido creando una conciencia más clara y mejor adecuada a las circunstancias tanto más aún al establecerse el decreto 2820 de 1974 que constituye la igualdad de derechos y obligaciones en cuanto al ejercicio de la patria potestad a las mujeres y a los varones, edad para contraer matrimonio, efectos del mismo, separación de cuerpos y bienes, emancipación, suspensión y terminación de la patria potestad, normas corregidas y reformadas mediante decretos 752 de 1975, complementándolas con la ley 27 de 1977, que estableció mayoría de edad a los 18 años.

### 3.5 ANTECEDENTES DE LA LEY DEL DIVORCIO

Con anterioridad a la vigencia de la ley la. de 1976 se presentaron varios proyectos sobre el divorcio vincular, pero ninguno de ellos tuvo éxito, en razón del concordato vigente para la época que hacía imposible la expedición de una ley constitutiva que consagrara el divorcio vincular.

Sin embargo, ya para 1935, se había presentado a la consideración de la camaras un primer proyecto sobre el particular. En Febrero de 1937, los representantes Pedro E' Cruz, Jorge Uribe Marquez y Eduardo Bossa, presentaron un nuevo proyecto que contemplaba el matrimonio civil facultativo y el divorcio vincular para matrimonios civiles. Posteriormente una comisión especial de la camara de representantes integrada por tres miembros, presentó un nuevo proyecto, mucho más extenso que los anteriores, el cual comprendia un primer título sobre el matrimonio facultativo, dividido en cuatro capítulos, referentes a disposiciones preliminares, condiciones para la celebración del matrimonio, procedimiento, nulidad y sus efectos; y un título segundo, que desarrollaba el divorcio y la separación conyugal, dividido en 4 capítulos, contentivos de temas sobre disposiciones generales, separación conyugal, procedimiento y disposiciones varias.

El 27 de Julio de 1937 se presentó un proyecto, redactado en dos artículos que contemplaban el divorcio, y que la indisolubilidad matrimonial no era de orden público en Colombia.

En 1964, el Senador por Caldas Iván Lopez Botero, presentó un nuevo proyecto.

Bajo el gobierno de presidente Alfonso Lopez Michelsen se presentó

un proyecto de divorcio para matrimonios civiles, reservándose la indisolubilidad matrimonial a los matrimonios católicos. El proyecto que contemplaba 9 causales de divorcio, no llegó a convertirse en ley de la República.

El 17 de Julio de 1973, el Doctor Alfredo Vasquez Carrizosa, representando a la República de Colombia y el arzobispo ritual de Vibiana, nuncio apostólico de Bogotá, en representación del estado vaticano, firmaron un nuevo concordato con el protocolo final, que fueron aprobadas por la ley 20 del 18 de Diciembre de 1974.

Este nuevo convenio derogó el que venia rigiendo de 1887 así como la ley 54 de 1924. En el se reconocen por parte del estado plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico, para cuyo efecto la respectiva autoridad eclesiástica transmitirá copia del acta al funcionario a quien corresponda inscribirla en el registro civil. Señala la jurisdicción y competencia de los tribunales eclesiásticos para asumir el conocimiento de las causas relativas a la disolución de los matrimonios canonicos, incluidas las referentes a la dispensa del matrimonio rato y no consumado pero trasmite al tribunal superior correspondiente decretar su ejecución en cuanto a efectos civiles y su inscripción en el registro civil, salvo en aquel punto que se refiere a los aspectos canonicos del pr i-  
vi-

legio de la fé - , una vez las decisiones y sentencias eclesiásticas sean firmes y ejecutoriadas conforme al derecho.

Suprimido el requisito de la apostacía para los matrimonios civiles, estaba abierto el campo para la promulgación del divorcio vincular de los mismos, decisión que vino a adoptarse mediante la ley la. de 1976.

Este proyecto de esta ley fué presentado por el ministro conservador Dr. Samuel Hoyos Arango, a instancia del gobierno de coalición, logrando así la aprobación entre muchos más sobre el particular.

Es necesario aclarar que dicho proyecto de la ley del divorcio es el denominado divorcio - sanción, por cuanto se considera que el divorcio por mutuo consentimiento o divorcio remedio, no es conveniente instituirlo en consideración a la realidad colombiana.

### 3.6 LEY la. DE 1976

La institución del divorcio en virtud de la cual se disuelve el matrimonio válidamente celebrado, fué establecido en Colombia en virtud de la ley la. de 1976 la que dió una redacción nueva a los artículos 152 a 168 168 a 200, 237, 411 ord. 4o., 423 y 1820 del código civil; artículos

414 numeral 2o. , 423 y 442 del C.P.C.

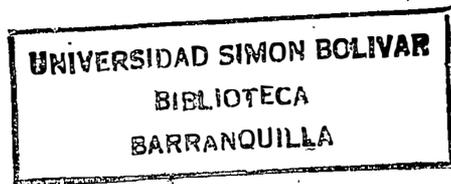
La presente Ley se aplica en cuanto al divorcio, a los matrimonios civiles, y en cuanto a la separación de cuerpos y la separación de bienes, a los matrimonios civiles y católicos, tanto los que se celebran con posterioridad a su vigencia, como a los celebrados con anterior a ella. - Artículo 29 Ley la. de 1976-.

Los matrimonios católicos celebrados con dispensa basada en los privilegios de la fé no sufrirán afectos civiles, mientras no medie al estado de libertad civil de los contrayentes. El respectivo tribunal Superior de Distrito Judicial, una vez comprobado el estado de libertad de los cónyuges, ordenará la inscripción del matrimonio canónico en el registro civil, con el fin de que surta plenos efectos civiles. -Artículo 30 Ley la. de 1976-.

Esta ley rige desde el día de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias, en especial los artículos 6o. de la ley 57 de 1887 y 52 de la ley 153 del mismo año. Artículo 31 ley la. 1976.

La nueva ley, o ley del divorcio y separación de cuerpos cuya vigencia comenzó el 18 de Febrero de 1976, tiene las siguientes características:

-La doctrina de la nueva ley se explica en función de los siguientes puntos: Causales de divorcio, Acción de divorcio y procedimiento; efectos del divorcio, separación judicial de cuerpos y separación de hecho.



#### 4. CAUSALES DE DIVORCIO CONTEMPLADAS EN NUESTRA LEGISLACION

Existen dos grupos de causales de divorcio:

Las debidas manifestamente a la falta o culpa de uno de los cónyuges contra la institución matrimonial, y las no debidas a culpa. Ejemplos de la 1ª son: la infidelidad, el abandono por parte de los cónyuges de sus obligaciones familiares; los ultrajes o injurias de un cónyuge contra otro, la embriaguez habitual, el uso de sustancias alucinógenas o estupefacientes, y cualquier conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro o a un descendiente.

Causales no debidas a la comisión de un delito familiar: la relativa a enfermedades que imposibiliten la vida del hogar, cuya fuente será siempre la incompatibilidad de caracteres y la pena privativa de la libertad superior a 4 años por delito calificado de atroz e infamante de uno de los cónyuges.

El artículo 4o. de la ley 1a. de 1976, establece nueve causas de divorcio, las que de acuerdo a la misma norma modifican el texto del artículo 154, del código civil, estas son:

4.1 LAS RELACIONES SEXUALES EXTRAMATRIMONIALES DE UNO DE LOS CONYUGES, SALVO QUE EL DEMANDANTE LAS HAYA CONSENTIDO, FACILITADO O PERDONADO.

SE PRESUMEN LAS RELACIONES SEXUALES EXTRAMATRIMONIALES POR LA CELEBRACION DE UN NUEVO MATRIMONIO, POR UNO DE LOS CONYUGES, CUALQUIERA QUE SEA SU FORMA Y EFICACIA.

Los cónyuges están obligados a guardarse fe. Todo matrimonio supone la promesa formal que cada novio hace al otro de mantener relaciones sexuales sólo con él y excluir de ellas a toda persona. El incumplimiento de esta promesa implica la comisión del más grave delito contra el hogar y contra el otro cónyuge.

Antiguamente se colocaba en diferente plano la infidelidad de la mujer y del marido, pues este incumplía su obligación de guardarle fe a su mujer solo cuando establecía relaciones sexuales extramatrimoniales que alcanzaran a constituir amancebamiento; en cambio la mujer

incumplía cuando establecía cualquier relación sexual extramatrimonial, por ocasional y secreta que fuera. Es decir, las relaciones sexuales extramatrimoniales del marido con diferentes mujeres y que no tuvieran el carácter de estables y permanentes, no alcanzaban a constituir infidelidad pues no configuraban el estado de amancebamiento.

En Colombia fué suprimida esta desigualdad por el artículo 4o. del decreto 2820, que establecía que para efectos de los dos primeros ordinales del artículo 154 del Código Civil; las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges será causal de divorcio posteriormente, el artículo 154 del código civil fué sustituido totalmente por la Ley la. de 1976 quien igualó la infidelidad de la mujer a la del marido.

En el sistema anterior a la Ley la. de 1976, la causal se circunscribía exclusivamente al adulterio de la mujer, y se le complementaba luego con la causal siguiente:

El amancebamiento del varón. Pero ya el decreto 2820 de 1974 había escogido como causal única de separación las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges.

La tesis de sostener que el adulterio de la mujer es atentado grave contra el honor del marido, y no le es igualmente el adulterio del marido contra el honor de la mujer, y no tenía razón de ser.

En efecto, los cónyuges tienen obligación de guardarse fe obligación que recae por igual en ambos cónyuges, tiene su fundamento social en la unidad matrimonial. Por lo demás el matrimonio, como contrato unilateral, impone a ambas partes obligaciones en una profunda y cabal y estricta equivalencia y computabilidad. (26)

La palabra adulterio tiene un significado preciso: Es la unión sexual de un varón casado con una mujer distinta de la propia o de la mujer casada con un varón que no sea su marido. La expresión relaciones sexuales extramatrimoniales se refiere en primer lugar al adulterio. Es indiferente que lo cometa el hombre o la mujer, y tiene lugar tanto si el cómplice en el adulterio es casado, a su vez, o es soltero; es suficiente la mera unión carnal aún practicada por una sola vez para que se produzca el derecho al divorcio sin que la ley exija estabilidad o frecuencia en las relaciones con una misma persona. En consecuencia la expresión, relaciones sexuales extramatrimoniales se comprende tanto el adulterio y el homosexualismo, como la actividad sexual anormal, que, sin constituir adulterio, produce repugnancia hacia el débito conyugal al ser conocido por el otro esposo.

---

(26) COLOMBIA CASACION. 6 de Abril de 1956, G.J., t. LXXXII, citado por SUAREZ FRANCO, Roberto, p. 197.

Supuestos o condiciones de las relaciones sexuales extramatrimoniales.

Primero: No importa el número de relaciones sexuales extramatrimoniales efectuadas; además ellas deben haberse verificado o consumado de modo intencional y conciente; el demandante debe ser totalmente inocente con respecto al dolo o intención del demandado; es suficiente que se trate de relaciones sexuales extramatrimoniales, sin distinguir el sexo de la persona con quien se haya practicado.

La redacción del prural, relaciones sexuales de uno de los cónyuges, se refiere indistintamente a las de cualquiera de ellos; de manera alguna se exige que el demandante tenga que probar más de una relación sexual del demandado.

Segundo: Toda relación sexual extramatrimonial del marido o de la mujer supone siempre la cópula perfecta o la imperfecta.

La consumación de la relación sexual extramatrimonial se dá en los siguientes casos:

-En la cópula perfecta, que implica la penetración del miembro viril en la vagina de la mujer, de modo natural, y la efusión del verdadero

semen dentro del órgano femenino.

-En la cópula imperfecta; que consiste en la penetración del miembro viril sin efusión del semen dentro de la vagina de la mujer y sin polución.

-En el coito vestibular.

-En la cópula onástica, que tiene lugar cuando la unión carnal es desviada de manera positiva de su eficacia procreadora.

-Las aberraciones sexuales, utilizando órganos impropios para la generación, o mezclándose con seres irracionales.

Tercero: Debe tratarse de relaciones sexuales extramatrimoniales y ellas pueden haberse realizado con personas diferentes del otro cónyuge, con animales. etc.

-Se entiende de ordinario, que las relaciones sexuales deben practicarse con personas del sexo opuesto; pero se tiene en cuenta las realizadas también con personas del mismo sexo.

-En general, las relaciones sexuales con animales se equiparan al adulterio.

-Cuando la mujer es violentada, teniendo en cuenta ante todo la violencia física, simplemente moral no excluye la infidelidad pero la hace menos grave. Se exceptúa el caso en que la mujer se coloca en condiciones propicias para que sobre ella se ejerza la violencia.

Igualmente, el estado de inconciencia en que se encuentra cualquiera de los cónyuges al realizar la relación sexual extramatrimonial, es eximente de responsabilidad y excluye la infidelidad, salvo que por su culpa se halla colocado en aquel estado.

También la infidelidad cometida por el demás, en razón por la falta de conciencia de su acto, es eximente de responsabilidad.

-Se refiere que el marido y la mujer sepan objetivamente que existe el matrimonio y su estado de casado. Por este motivo, si por ausencia prolongada del marido y por noticias de que falleció, la mujer tiene certeza objetiva de que su matrimonio está disuelto, y, como consecuencias establece relaciones sexuales con otro hombre, no es culpable de adulterio, en caso de que aparezca el marido y se descubra que el matrimonio no está disuelto.

-Tampoco es adulterio culpable auge en que interviene error acerca de la persona, como cuando la mujer cree que está acostada con su marí-

do , pero lo está con un hombre diferente .

Quinto: El artículo 154 - red. Ley la. de 1976 - advierte que la relación sexual extramatrimonial no es causal de divorcio cuando el otro cónyuge la consintió , la perdonó o la facilitó.

A este respecto , el legislador quiso ajustarse a los dictado corrientes dictados por la doctrina y la jurisprudencia , y por muchas importantes leyes actuales , pues ya la ley Alemana lo contemplaba e incluso el código de derecho canonico; motivo por el cual este aspecto de la causal la. , tiene especial transcendencia en el campo procesal. El demandado en juicio será quien podrá proponer como excepción el consentimiento del demandante a las relaciones sexuales extramatrimoniales o el que las haya facilitado , o simplemente perdonado. A continuación veremos como siguen las causas enervantes del derecho a pedir el divorcio por la cuasal Relaciones Sexuales Extramatrimoniales , son los siguientes:

#### 4.1.1 Consentimiento del Adulterio

Implica que el cónyuge inocente ha expresado su voluntad de permitirle al otro la realización de tales relaciones; ese consentimiento puede ser expreso o tácito , según se exteriorise por manifestaciones inequí-

voca, o bien inferirse de un comportamiento que revele complacencia, tolerancia o estímulo.

El acto o actos que conduzcan a establecer el consentimiento deben ser anteriores a la infidelidad sin que ello obste para que la defensa del demandado pueda instaurarse con buen éxito.

El Doctor ARTURO VALENCIA ZEA, opina lo siguiente:

El consentimiento que uno de los cónyuges dá para que el otro pueda establecer relaciones sexuales con persona diferente, es desde luego, contrario a la buena costumbre, pero no implica quebramiento de la fé conyugal; y pueda verse expresado antes y con posterioridad al hecho que lo constituya. El asentimiento para el adulterio puede revocarse en todo momento, aún en el supuesto caso de que uno de los cónyuges hubierase obligado por escrito a tolerarlo. (28)

#### 4.1.2 Provocación del Adulterio

Con esto se quiere decir dar motivo a su realización. Se requiere que el cónyuge ofendido no haya facilitado o hecho posible el adulterio del culpable o lo haya perdonado.

---

(28) VALENCIA ZEA, op. cit., pp. 176 y 177.

La razón de ello es que la relación sexual extramatrimonial debe constituir siempre una falta contra el otro cónyuge, para que este pueda pedir el divorcio.

Se dice se ha facilitado, cuando uno de los cónyuges concientemente sitúa al otro en circunstancias propicias para la comisión del adulterio. Es claro que se niega el derecho a pedir el divorcio al marido que prostituye a su mujer aunque esta ceda a la propocisión, pues es la más despreciable y repugnante el actor intelectual del hecho que el comitente; sin embargo, no pierde el derecho al divorcio el varón que ofreció ocasión indirecta al adulterio de su esposa, como en el caso de expulsión o abandono y denegación de alimentos, sevicias o negativa al débito conyugal.

#### 4.1.3 Condonación del Adulterio

El cónyuge inocente que condona o perdona expresa o tácitamente el adulterio, no tiene derecho a pedir el divorcio por esta causa. Se entiende por condonación, la remisión de la injuria mediante el perdón de la parte ofendida. El fundamento de ellos reside en el carácter meramente facultativo que tiene este derecho, otorgado por el ordenamiento en favor de la parte inocente en virtud de la violación de la fidelidad conyugal en su aspecto de relación intersubjetiva.

Como se dijo puede ser tácita o expresa; es expresa cuando el demandante de manera inequívoca ya sea con palabras o por escrito ha manifestado el propósito de remitir la ofensa y tácita en el caso de que después de haber tenido noticias del adulterio los cónyuges conviven o tienen trato cariñoso. Pero el presupuesto para que obre la condonación, es que el cónyuge inocente tenga conocimiento del adulterio.

En el derecho canónico se presume el perdón del adulterio cuando el conyuge inocente continúe en la cohabitación en los seis meses siguientes de haberse conocido la infidelidad.

#### 4.1.4 Compensación del Adulterio

Según el Doctor GERARDO MONROY CABRA, "Esta teoría puede aplicarse a los matrimonios celebrados civilmente, ya que si es marido instaura el proceso del divorcio por adulterio de la mujer y esta demuestra en el término probatorio que también el marido incurrió en adulterio, no podría el juez decretar el divorcio". (29)

Además, el artículo 60. de la ley la corroborará lo dicho cuando establece que el divorcio solo podrá ser demandado por el cónyuge que

---

(29) MONROY CABRA, Gerardo. Derecho de Familia, Jurídica Wilches Bogotá - Colombia 1982. p. 223.

no haya dado lugar a los hechos que lo motivan.

El canon 1129, parág. 1 dice: "no procede la separación perpetua cuando uno y otro cónyuge han cometido adulterio". Es decir admite la compensación del adulterio.

La causal primera establece en su parte final una presunción: "se presume en las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma y eficacia".

Se trata de una presunción de hechos, es decir, aquella que se puede desvirtuar durante el curso del proceso.

Con la presunción se persigue facilitarle la prueba de las relaciones sexuales extramatrimoniales al cónyuge ofendido, pues bastaría con demostrar las nuevas nupcias del otro para que tenga efecto la causal.

El hecho en sí, es la celebración de un segundo matrimonio y para que la norma tenga aplicación se requiere la celebración de éste último sin estar legalmente disuelto el primero o que por los menos se presenten dificultades para decidir si el primero se disolvió o el

segundo matrimonio tiene plena validez. Queda comprendidos en esta causal los siguientes casos:

-Se celebra por uno de los cónyuges un segundo matrimonio, sin haberse disuelto el primero; vale decir, se comete el delito de bigamia. El otro cónyuge podrá pedir el divorcio acreditando su matrimonio con el bigamo y el nuevo matrimonio celebrado.

-Uno de los casados en Colombia se traslada a otros países y obtiene el divorcio; verificado lo cual, celebra un segundo matrimonio en alguno de esos países. A partir de la Ley 1a. de 1976 los divorcios decretados en el exterior son varios, siempre que la causal alegada esté contemplada en nuestro código civil, y si el demandado fué notificado personalmente o emplazado según la ley de su domicilio - Artículo 64 del código civil -.

Puede suceder el caso de que el demandado en divorcio no haya sido notificado personalmente o emplazado según las leyes procesales Colombianas por el caso muy frecuente de que su domicilio haya sido algún municipio del país.

Si no se cumple lo anteriormente dispuesto, no hay ninguna duda que el segundo matrimonio es nulo en virtud del ordinal 12 del artículo

140 del código civil.

-La causal también se refiere al privilegio de la fé en sus dos formas: Paulino y Petrino.

Quedó consagrado en forma indirecta el privilegio de la fé mediante la presunción de relaciones sexuales extramatrimoniales al contraer se un segundo matrimonio, que si bien puede ser eficaz canonicamente en virtud del rescripto pontificio, sin embargo es nulo civilmente -ordinal 12 artículo 140 del código civil.- La causal no solo se refiere al matrimonio católico celebrado en virtud del privilegio de la fé, sino también a cualquier matrimonio que se contraiga en Colombia o en el exterior, estando subsistente el primer vínculo matrimonial. El artículo 30 de la ley dice: " Los matrimonios católicos celebrados con dispensa basada en los privilegios de la fé no surtirán efectos civiles mientras no medie el estado de libertad de los contrayentes. El respectivo tribunal superior del distrito judicial, una vez comprobado el estado de libertad de los contrayentes, ordenarán la inscripción del matrimonio canónico en el registro civil, con el fin de que produzca plenos efectos civiles". Dicho estado de libertad se consigue con el divorcio, probando la celebración del primer matrimonio y del matrimonio canónico celebrado con fundamento en el privilegio paulino o del segundo matrimonio en otros casos.

Ahora, la causal relaciones sexuales extramatrimoniales debe probarse con cualquiera de los medios probatorios autorizados por la ley procesal. Sin embargo la ley primera de 1976 en su artículo sexto establece, que las causas de divorcio no podrán probarse con la sola confesión de los cónyuges. Esta restricción no significa que la confesión sea prueba impertinente o legalmente prohibida que el juez deba rechazar sin límite si se le pide en el proceso, ya que el tenor del artículo 178 del Código del Procedimiento Civil, ésta prueba sirve para corroborar o afirmar otros medios probatorios que obren en el proceso, pero por sí sola carece de eficacia para acreditar las causas de divorcio.

En Colombia la causal relaciones sexuales se puede alegar tanto en el divorcio como en la separación de cuerpos. Igualmente según el artículo 200 del C.C., la separación de bienes procede por las mismas causas que autorizan la separación de cuerpos, y como ésta tiene las mismas causales instituidas para el divorcio, se colige que también las relaciones sexuales extramatrimoniales, sirve para instaurar un proceso contencioso de separación de bienes.

#### 4.2 EL GRAVE E INJUSTIFICADO INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE ALGUNO DE LOS CONYUGES, DE SUS DEBERES DE MARIDO O DE PADRE Y DE ESPOSA O DE MADRE

Esta causal en el sistema anterior, se consagraba bajo los términos de

"absoluto abandono en la mujer en los derechos de esposa y de madre, y el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y padre". Entendiéndose por absoluto abandono el alejamiento del cónyuge de su casa voluntariamente, e inclusive la separación física del hogar en forma definitiva.

#### 4.2.1 Cuándo opera esta causal

Esta causal Segunda de la Ley primera de 1976, se considera como determinante para que pueda ser decretado el divorcio. Opera cuando el padre o la madre, según el caso incumplen en sus más elementales obligaciones inherentes a la institución matrimonial, obstaculizando el cumplimiento de sus fines naturales y contribuyendo así al resquebrajamiento de la sociedad familiar.

Los deberes u obligaciones de cada cónyuge existen, en primer lugar, frente al cónyuge y en segundo lugar, frente a los hijos. Se puede presentar esta causal cuando un cónyuge se niega sistemáticamente al débito conyugal, abandono del hogar, o incumple la obligación alimentaria o no suministra lo necesario para la crianza y educación de los hijos, etc.

Las principales aplicaciones:

-La negativa constante de uno de los cónyuges a la relación sexual.

-La negativa a la procreación mediante el uso de métodos anticonceptivos.

-La negativa a la formación de un hogar, o sea, el querer vivir bajo un mismo techo.

-El abandono de la obligación de suministrar alimentos al otro cónyuge o a los hijos.

-El abandono de los hijos.

-El abandono del hogar.

El abandono del hogar puede provenir del hecho de que uno de los cónyuges lo haga sin causa justificada, o porque despida al otro cónyuge o se niega a recibirlo en el hogar. En cuanto a la negativa a la procreación por el uso de métodos anticonceptivos, es necesario distinguir si la mujer los usa por tener aberración de maternidad, se justifica en este caso el divorcio; si los usa después de haber tenido hijos, no se justifica el divorcio especialmente cuando se quiere garantizar una mediana educación de los hijos habidos.

### Características del incumplimiento:

El incumplimiento de esta causal se refiere a la omisión de una o más de las obligaciones inherentes al matrimonio y a la paternidad o maternidad según el caso. Este incumplimiento debe ser: grave e injustificado.

"La gravedad del incumplimiento debe ser tal que viole las más elementales obligaciones derivadas del matrimonio, que son la cohabitación, la fidelidad, el socorro y la ayuda mutua.

El Doctor Roberto Suarez Franco entiende por injustificado, "La ausencia de motivo que excusa la violación de los deberes de esposo o padre y de esposa o madre". (30)

La sanción solamente puede recaer sobre el sujeto culpable de alguna acción u omisión prevista por la ley, es decir que perturbe la paz familiar sin razón valedera.

El cónyuge que alegue el incumplimiento le corresponde la carga de la prueba y al otro cónyuge le corresponderá probar la causa justa del in-

---

(30) SUAREZ FRANCO, op. cit. p. 203.

cumplimiento.

#### 4.2.2 Concepto de la Corte Suprema de Justicia

El criterio inicial adoptado por la Corte para entender el alcance de la causal, sobre absoluto abandono de los deberes de esposo o padre, comprendió no solo el aspecto en sí mismo contemplado en la causal, sino que subordinó ese abandono al factor tiempo. Pero a partir de 1932 lo modificó en el sentido de que "el abandono puede ser definitivo y completo respecto a uno solo de los deberes de uno de los cónyuges". Según esto el abandono por parte de alguno de los cónyuges en uno de sus deberes que incumben y que hicieron imposible la consecución de los fines para los cuales está constituido el matrimonio, sería causal suficiente para decretar el divorcio.

La corte ha estimado que ese criterio de tiempo, usado de modo exclusivo es erróneo, y que el término de absoluto que empleaba el Código Civil para precisar el abandono del marido en sus deberes, es el más propio para definir el punto. Lo absoluto es lo completo, total o definitivo, término opuesto a lo incompleto, deficiente o temporal. Hay pues, abandono absoluto de los deberes de esposo y padre, cuando un hombre deja de cumplirlos en tal forma, que los fines que la ley ha tenido en cuenta para señalarlos no pueden cumplirse. Y si a veces el tiempo puede ser una circunstancia que señale el abandono completo, en otros no podrá indicarlos de manera segura y en ocasiones no tendrá significación alguna. Un marido o padre que en un instante deja su hogar, abandona en forma absoluta el cumplimiento de sus deberes, si las circunstancias indican que no piensa volver a prestar la protección moral y económica a que está obligado, o sea, que no es un abandono temporal; desde luego, las apreciaciones de otras causales de divorcio, que lo son también de separación de bienes, han de quedar al prudente criterio del juez, puesto no es preciso señalar posiciones rígidas en el particular.

"Es cierto que en alguna ocasión - dice la Corte -, esta entidad consideró que no era abandono o padre que había

estado lejos de su casa durante quince meses: No basta esa ausencia - dijo - para constituir el abandono que designa el artículo 154 del C.C. como causal de separación. El esposo que se aleja temporalmente de su casa, ahuyentado por querellas o dependencias económicas, no deja para siempre a la esposa, que es lo que constituye el abandono absoluto de que habla la ley." (31)

La Corte sigue pronunciándose en los siguientes términos:

En sentencia del 11 de Julio de 1929, la Corte sostuvo que no consistía en un desamparo temporal del hogar por parte del esposo, ausentado de él, por querellas domésticas, sino el quebrantamiento del deber de los cónyuges tienen de observar en la participación de la vida conyugal. Posteriormente, y con el fin de precisar más la noción jurídica de abandono absoluto, dijo la Corte que esto consistía en el menosprecio de aquellos deberes que toma sobre sí el individuo a virtud del matrimonio, ya por el derecho natural, ya por las leyes positivas, deberes que tienen una fuente moral común: el amor y la veneración recíproca de los esposos, del cónyuge para con su esposa y sus hijos: *efficacia pietatis*.

La corte ha sostenido a este respecto:

La ley impone a los casados ciertas obligaciones que brotan

---

(31) Cas., 11 Julio 1929, "G. J.", t. XXXVII, pág. 26. Citado por SUAREZ, op cit. pp. 203 y 204.

naturalmente de la relación jurídica matrimonial, como las recíprocas de fidelidad, socorro y ayuda.

Si el marido, pues, como sucede en el caso que se estudia, abandona el hogar doméstico, desde luego que se ausentó de él sin justificación, y además, dejó de atender su obligación de socorro que mira al sostenimiento de las necesidades materiales de su esposa y de sus hijos y, de contera privó a aquella de todo trato, hasta llegar al extremo de retirarle la palabra, con lo que infringió ciertamente su deber de asistencia o ayuda para su cónyuge, es menester concluir que de manera injustificada y en manera grave, ha incumplido para con su esposa los siguientes deberes que la ley impone como marido:

- a) La obligación de socorrerla, es decir, de darle lo necesario para su congrua subsistencia (art. 175 del C.C.)
- b) La obligación de vivir junto con ella (art. 11 del decreto 2820 de 1974); y
- c) La obligación de ayudarla o asistirle, vale decir, de prestarle apoyo moral, intelectual y afectivo en todas las circunstancias de la vida. (art. 176 ibídem)

Y agrega la Corte que dentro de tales obligaciones se cuentan también las de orden moral.

El tribunal en su sentencia, tras sentar con apoyo en doctrina de la Corte la premisa exacta de que en materia de relaciones matrimoniales pesan sobre el marido obligaciones de tutela del hogar no solo económicas sino morales, apoyó la decisión recurrida en un doble orden de razones, cada uno independiente del otro y por lo mismo suficiente por sí solo para servir de soporte a la conclusión final. En primer lugar, habiendo encontrado que el demandado confesó en posiciones que desde el 14 de Mayo de 1964 no vive bajo un mismo techo con su mujer y su hija, y que desde esa fecha se separó del hogar, circunstancia que estimó corroborada por los testimonios de N.N. y X.X., consideró que ello no más acreditaba el incumplimiento por aquel de la obligación de prestar a su mujer y a su hijita tutela moral, y era bastante por consiguiente para decretar la separación de bienes demandada, y, en segundo lugar, halló que el demandado no había demostrado que hubiera atendido a la congrua subsistencia de su esposa y su hija, prueba que estimó correspondía a él aducir, pues calificó el Tribunal como indefinida la negación al respecto postulada por la actora en su demanda como hecho constituti-

vo de la acción. De donde dedujo que el demandado tampoco atendió al deber de tutela económica a que estaba obligado, haciéndose así más imperioso decretar la separación. (32)

#### 4.3 LOS ULTRAJES, EL TRATO CRUEL, Y LOS MALTRATAMIENTOS DE OBRA, SI CON ELLO PELIGRA LA SALUD, LA INTEGRIDAD CORPORAL O LA VIDA DE UNO DE LOS CONYUGES, O DE SUS DESCENDIENTES, O SE HACEN IMPOSIBLES LA PAZ Y EL SOSEGO DOMESTICOS.

##### 4.3.1 Concepto

La causal contempla la agresión por parte de uno de los cónyuges al otro por medio de palabra o de obra condicionándola al peligro físico o moral que sufra el otro cónyuge o el hogar en general.

La doctrina guarda silencio sobre el sentido de la acepción ultraje; aunque se han venido considerando jurídicamente las palabras ultraje e injuria como sinónimas, siendo sus alcances sean distintos en el campo penal.

La injuria, por lo tanto, equivale al agravio, hecho o dicho contra ra-

---

(32) Cas., 25 Febrero 1970. "G.J.", t. CXXXIII, pág. 104. Citado por SUAREZ, op. cit. pp. 205 y 206.

zón y justicia; está representada por todo hecho u omisión que hiera la justa susceptibilidad del otro cónyuge, conforme con su educación y posición social de los esposos.

Los ultrajes son las injurias que un cónyuge infiere al otro, y puede ser de palabra o de hecho. En general todo ultraje o injuria de uno de los cónyuges hacia el otro, implica violación de los deberes mutuos de respeto y afecto. Los cónyuges están obligados a amarse, respetarse y comprenderse. Dentro de tal amor, respeto y comprensión, cada cual debe permitir al otro el desarrollo de su personalidad, la práctica de sus creencias y sentimientos que son normales dentro de una concepción ética y corriente de la vida social.

Dentro de un concepto general de ultraje o injuria, se comprenden los siguientes casos:

-Todos los actos de infidelidad que no alcanzan a constituir una relación sexual extramatrimonial; entre los cuales tenemos el hecho de que la mujer sin autorización del marido se haga practicar la inseminación artificial, sobre todo cuando a consecuencia de ella quede embarazada. Así mismo, todos los actos de tipo sexual que cometa la mujer, que no implique la realización completa de la cópula fornicaria, como cuando ella, por su conducta ligera o imprudente, compromete el honor del

marido.

-Toda ofensa al honor u honra de uno de los cónyuges o de sus más próximos parientes - padres -, especialmente la imputación de delitos no cometidos y que implican una profunda falta de respeto y consideración.

El trato cruel es la conducta considerada hacia el otro cónyuge puede comprender acto físico o de carácter moral; en la forma en que está redactada la causal da a entender que son actos de carácter moral ya que los físicos están comprendidos dentro de los matratamientos de obra.

Los matratamientos de obra son igualmente ataques o injurias pero provenientes de acciones materiales, es decir, se refieren a actos de acción física ejercidos por un cónyuge sobre otro, ejemplo: los golpes, las lesiones personales etc.

La causal comprende dos elementos: uno objetivo, de relativa fácil demostración, que implica el hecho o hechos constitutivos del ultraje y cuya prueba suele preconstituirse con la declaración de testigos, y uno subjetivo, de apreciación judicial, para determinar el alcance jurídico de la causal.

El elemento subjetivo está condicionado a la apreciación del juez, consistente en deducir hasta que punto los ultrajes o las injurias, el trato cruel y los maltratamientos de obra han hecho peligrar la salud de la víctima, su integridad corporal, o el último la paz y el sosiego doméstico. El juez debe analizar esto teniendo en cuenta el estado de las costumbres, la educación y el medio en el cual se haya producido. El ultraje o el maltratamiento de obra pueden ser considerados graves en clases sociales educadas, pueden no serlo entre gente de baja esfera social y carente de cultura. También es necesario tener en cuenta las circunstancias que originaron el hecho, una palabra un poco viva puede ser provocada en un momento de exasperación; una violencia pasajera que sería grave en tiempo normal, puede ser excusada por las circunstancias.

En general las injurias o ataques; el trato cruel a los maltratamientos de obra deben ser intencionados.

Las injurias o ataques de palabra o por escrito, como el trato cruel y los maltratamientos de obra, han de revestir tal gravedad que produzcan alguno de estos resultados:

-En cuanto a los maltratamientos de obra, constituir un peligro para la salud, la integridad corporal o la vida de alguno de los cónyuges, o de

sus descendientes.

En cuanto a los simples ataques o injurias, es necesario que estos hagan imposible la paz y el sosiego doméstico.

Basta un ultraje grave, un solo trato cruel y un solo maltratamiento de obra para que pueda tener lugar el divorcio.

#### 4.4 LA EMBRIAGUEZ HABITUAL DE UNO DE LOS CONYUGES

##### 4.4.1 Generalidades

Esta causal para decretar el divorcio no fué reconocida por el derecho romano, por el francés ni por el español, sin embargo su creación obedece a razones de justicia, porque tienen por objeto librar a un cónyuge del fastidio que le causa el otro por este vicio.

##### 4.4.2 Concepto

Según el diccionario enciclopédico Planeta, "La embriaguez es el estado producido por la intoxicación aguda por el alcohol etílico". (33)

(33) DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO PLANETA, Tomo 4, editorial Planeta. Madrid, Barcelona, Bogotá, Buenos Aires, Caracas, Lima, México, Quito, Santiago de Chile. p. 1631.

ficación de su personalidad, convirtiéndose así en un enfermo peligroso para su consorte, sus descendientes, e inclusive para la sociedad, siendo un mal ejemplo en el hogar causándole un daño moral.

La prueba para demostrar los hechos constitutivos de esta causal, es el peritazgo. El juez debe valerse de médico psiquiatras o de sicólogos para que verifiquen la categoría del mal, si ello ya implica habitualidad y si se torna en un consumo indispensable por parte del cónyuge que lo padece. La prueba testimonial y la documental, pueden ser auxiliares indispensables para llegar a la convicción de que se ha configurado la causal.

4.6 TODA ENFERMEDAD O ANORMALIDAD GRAVE E INCURABLE, FISICA O PSIQUICA DE UNO DE LOS CONYUGES, QUE PONGA EN PELIGRO LA SALUD MORAL O FISICA DEL OTRO CONYUGE O IMPOSIBILITE LA COMUNIDAD MATRIMONIAL.

#### 4.6.1 Generalidades

La academia de la jurisprudencia ha propuesto la supresión de la frase salud moral, lo que evidentemente es un acierto ya que es un error utilizar esa expresión, porque moralmente es imposible lesionar a un cónyuge con una enfermedad o anormalidad del otro; ha debido decirse

mental o psíquica.

La causal incluye la enfermedad y la anormalidad. La enfermedad implica una alteración más o menos de la salud corporal; la anormalidad, lo que accidentalmente se halla fuera de su natural estado o de las condiciones que le son inherentes. Para la concurrencia de esta causal se requieren estos requisitos:

-Que la anormalidad o enfermedad sea grave.

-Que sea incurable.

-Que ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge.

-Que imposibilite la comunidad matrimonial.

-Que haya producido un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial, de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento de la unidad de vida de los casados.

-Que el divorcio se justifique moralmente.

La gravedad y lo incurable de una enfermedad son cuestiones que no pue-

de resolver el juez directamente sin tener que valerse de los dictámenes médicos para garantizar en cada caso si la enfermedad o anomalía reviste tales caracteres que inexorablemente son causa grave de pena o para el rompimiento del vínculo. De todas maneras el juez goza de facultades para analizar y estudiar el alcance de las pruebas, los dictámenes periciales con el fin de apreciarlas y ver con ellas se preconstituyen los hechos y circunstancias de esta causal.

La causal tiene una exigencia de carácter subjetiva que en muchos casos es de difícil decisión para el juez; es decir una vez probada la enfermedad física o psíquica y precisando sus alcances de enfermedad grave e incurable es necesario hacer una relación con la salud mental y física del otro cónyuge para establecer si todas esas circunstancias anormales imposibilitan la comunidad matrimonial.

Esta causal en todo momento desconoce la obligación moral que tienen los cónyuges a ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida, sobre todo en los momentos de quebramientos de salud. Sin embargo es el juez a quien se le confía el estudio de cada uno de los casos de desaveniencia conyugal, definir cuando y bajo cuales circunstancias la enfermedad de un cónyuge impone al otro la obligación de socorrerse conforme a lo ordenado en el artículo 176 del C.C., y cuando constituye una causa de separación.

La doctrina ha dicho que en la expresión prostituir no solo se comprende la inducción por parte del marido a que la mujer se dedique al comercio carnal sino también a los actos contra natura y abusos deshonestos que el marido le haga a su mujer.

Con respecto a los hijos, el precepto no dice de que clase de hijos se trata. Pero se entiende que no solo debe tratarse de hijos comunes de ambos cónyuges, siendo suficiente que lo sea de cualquiera de ellos.

La causal comprende varios aspectos: En primer término se refiere a la conducta de uno de los cónyuges, lo que quiere decir el comportamiento y manera de vida del cónyuge ofendido para corromper al otro cónyuge y otras personas que vivan bajo el mismo techo.

La forma como está estructurada la causal hace suponer que se debe tratar de aptitudes más o menos prolongadas y permanentes, pero basta un solo acto que dé por sí hacer presumir la corrupción de la víctima para que se configure la causal.

Por otro lado, la causal exige que se trate de corromper a otra persona; esto implica un comportamiento muy definido por parte del cónyuge actor, tendiente a la corrupción como sería inducir a la víctima a la prostitución, hurto, robo o el consumo de sustancias alucinógenas. Se di-

ferencia esta causal con respecto a las anteriores, en que el acto doloso o culposo motivo del divorcio puede haber sido ejecutado por el comitente sobre persona distinta del otro cónyuge, que convivan bajo el mismo techo.

Para la configuración de la causal es preciso que se trate de actos deliberados y concientes del cónyuge infractor, con los cuales pretenda la corrupción del ofendido; este debe ser persona que no se haya ya bajo un estado de perversión, por cuanto no se configuraría el acto doloso, y en caso de que el cónyuge que se considere ofendido intentase la acción, podrá el otro excepcionar dentro del juicio, demostrando la depravación de la víctima.

La causal en su preconstitución judicial no es fácil, porque comprende la prueba de varias cosas:

En primer término debe probarse la acción corruptora del actor, es decir, el hecho o hechos ejecutados a plena conciencia, o en estado de embriaguez o alucinación ocasionados por su propia voluntad. En segundo lugar debe demostrarse que esos hechos iban directamente hacia la corrupción de la víctima lo que en ciertos casos se demuestra con la prueba de los mismos hechos constitutivos de la causal; y en tercer lugar, la tendencia a corromper a la víctima. Esto en ocasiones se puede

tomar en apreciaciones subjetivas del juzgador, puesto que sería muy difícil en un momento dado la intención dolosa. La prueba documentada y testimonial son las idóneas para la preconstitución de los hechos objeto de la causal.

#### 4.8 LA SEPARACION DE CUERPOS DECRETADA JUDICIALMENTE Y QUE PERDURE MAS DE DOS AÑOS

##### 4.8.1 Generalidades

Comprende esta causal el reconocimiento de un hecho ya existente:

Una separación de cuerpos cuya reconciliación se torne imposible.

En el proyecto inicial se hablaba de separación judicial; no obstante, en su redacción definitiva se omitió la condición de que se tratase de separación judicial y por ello, la separación por mutuo consenso, aunque judicialmente decretada, es causal de divorcio.

Los dos años previstos en la ley comienzan a contarse a partir del día siguiente a aquel en que queda ejecutoriada la sentencia judicial que decreta la separación de cuerpos.

Esta causal exige como medio probatorio, la prueba del matrimonio ci-

vil, copia de la sentencia de separación de cuerpos debidamente autenticada para que el juez establezca que entre la ejecutoria de la sentencia de separación y la pretensión de la demanda han transcurrido dos años. En todo caso si dentro de éste término de separación los cónyuges cohabitan, el divorcio prospera a pesar de la reconciliación privada.

La separación de cuerpos puede pedirse por mutuo consentimiento de los cónyuges manifestado ante un juez competente.

Esta cuasal resulta ser una de las más importante, por ello tendrá especial aplicación:

-Cuando los cónyuges no quieran dar a conocer las causas por las cuales resuelvan romper su matrimonio;

-Cuando no se produzca ninguna de las causales de divorcio pero existe incompatibilidad de caracteres.

4.9 LA CONDENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD PERSONAL, SUPERIOR A CUATRO AÑOS , POR DELITO COMUN, DE UNO DE LOS CONYUGES, QUE EL JUEZ QUE CONOZCA DEL DIVORCIO CALIFIQUE COMO ATROZ E INFAMENTE.

#### 4.9.1 Generalidades

Esta causal desde el punto de vista jurídico, parece poco científica; en su misma relación como en su concepción jurídica está mal presentado. El legislador ha debido considerar como origen de la causal el delito y no la condena privativa de la libertad.

El delito va a ser calificado dos veces: Una primera por el juez penal, quien una vez establecido el hecho delictivo y la circunstancias en que se cometió, fijará la condena; y una segunda por el juez civil, quien deberá entrar a calificar si se trata de un delito atroz o infamante.

La configuración de la causal presume la prueba de los siguientes hechos

-Prueba de la comisión de un delito común por uno de los cónyuges, mediante la copia de la sentencia debidamente ejecutoriada, con la que se acredite que el juez penal, que conoció el proceso respectivo declaró probado el delito.

-Que se trate de un delito común de uno de los cónyuges, con lo cual se descarta el delito político.

-Que el juez civil califique el delito como atroz e infamante. Este requisito hace ineficaz la causal por cuanto es el juez penal a quien corresponde hacer la calificación y no al civil, quien no goza de esa atribución. Es posible que los jueces civiles se abstengan de definir este aspecto, negando la concesión del divorcio, salvo que en caso de excepción el juez penal se prestase a ello. De no ser así bastaría aducir una copia de la sentencia proferida por el juez penal con lo que se acredita la configuración del delito y la pena de 4 años, para que el juez decreta el divorcio.

Tanto el divorcio como la pena privativa de la libertad deben haberse verificado durante el matrimonio, por la causal expresa que debe tratarse de delito común de uno de los cónyuges, o sea, cuando ya tenían esa calidad.

No se tiene cuenta de los delitos cometidos por uno de los cónyuges antes del matrimonio, aunque la condena se produzca durante él. Sin embargo un grave delito cometido antes del matrimonio que no tuvo manera de conocer el otro cónyuge, puede constituir ultraje e injuria que haga imposible la paz doméstica, caso en el cual puede pedirse el di-

vorcio con fundamento en la causal tercera del artículo 154.

El juez del divorcio debe tener en cuenta la gravedad del delito en sí mismo y examinar la incidencia que tenga en el matrimonio.

Existen delitos que no pueden ser calificados de atroces e infamantes, como sucede con los políticos. Otros delitos en cambio, son infamantes como son todos los delitos contra la familia; en general lo infamante del delito está referido al honor del otro cónyuge; por ese motivo lo pueden ser el homicidio, robo, atraco, estafa, abuso de confianza. etc.

## 5. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS CAUSALES DE DIVORCIO

Causales específicas y genéricas: Algunas de las causales se refieren a hechos singulares y concretos, como sucede con las relativas al adulterio, la embriaguez habitual o el uso de sustancias alucinógenas o estupefacientes, las enfermedades o anormalidades, la conducta tendiente a corromper al otro cónyuge y las cadenas privativas de la libertad, constituyen las causales específicas.

Al lado de las específicas hay dos causales genéricas que son las que se refieren al incumplimiento de los deberes conyugales y paternos y a la de los ultrajes que perturban la paz doméstica.

La causal segunda que se refiere al incumplimiento de los deberes familiares, por si sola podría absorber las demás, excepción hecha de las enfermedades mentales o físicas.

La causal tercera también es muy amplia porque abarca mucha de las

causales singulares: Infidelidad, incumplimiento de los deberes matrimoniales, embriaguez, uso de estupefacientes, conducta tendiente a corromper los hijos y al otro cónyuge; o sea, las dos causales genéricas la segunda y la tercera, pueden englobarse en una sola: incumplimiento de los deberes conyugales.

Con la ayuda de estas dos causales genéricas y las restantes singulares se tiene un amplio sistema de divorcio para la legislación colombiana.

La ley 1a. de 1976 dió a todas las causales el carácter de facultativa, pues el artículo 155 del código civil permite al juez decretar el divorcio solo cuando encuentre que los hechos constitutivos de la causal probada hayan producido un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento de ella.

Además agrega al artículo que el juez podrá negar el divorcio si lo considera moralmente no justificado, en atención de los hijos menores, a la antigüedad del matrimonio y a la edad de los cónyuges.

En algunas causales el juez tiene carácter discrecional, como son los siguientes casos, y en otros no.

-En cuanto al adulterio de la mujer, cuando es grave de tal forma que por la posición social y moral del marido es indispensable el restablecimiento de la comunidad matrimonial; en cuanto al adulterio del marido cuando es continuado y no hay posibilidad de que cese en el futuro.

-Cuando se acreditan las relaciones sexuales extramatrimoniales en virtud del segundo matrimonio de uno de los cónyuges, se debe decretar el divorcio pues el primer matrimonio está ya disuelto y no se puede esperar el restablecimiento.

-En el caso de la causal tercera, los ultrajes o injurias continuadas, de manera especial cuando pelagra la salud o la vida del otro cónyuge o la de los hijos; cualesquiera que sea el tiempo que haya durado el matrimonio, la edad de los cónyuges, debe decretarse sin más el divorcio.

-Respecto de la causal octava una vez que se cumplan los requisitos exigidos por ella, nada impide decretar el divorcio.

Existen causales perentorias y facultativas. En las perentorias, probadas la causal, el juez debe decretar el divorcio, cuando el matrimonio de hecho o de derecho está disuelto o en suspenso su vigencia.

En las facultativas , aunque se hubiera probado la causal , el juez puede abstenirse a dictar sentencia de divorcio , sobre todo cuando aún subsiste la vida común de los cónyuges. Si esta ya no existe , carece de toda justificación negar el divorcio.

Todas las causales de divorcio deben ser probadas , inclusive las excesivamente genéricas. Ninguna de las causales debe probarse con la confesión de los cónyuges; esto con el fin de evitar que el divorcio llegue a decretarse por el mutuo consentimiento al simular los cónyuges falta que no existen. Pero sin embargo la confesión puede tenerse en cuenta cuando aparezca confirmada por otros medios de prueba.

No se permite el divorcio por mutuo consentimiento , pero este puede concederse invocando la causal optada , ya que la nueva ley permite judicialmente obtener la separación de los cuerpos por mutuo consentimiento.

#### 5.1. DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ PARA DECRETAR EL DIVORCIO

Al tener de lo dispuesto por el artículo 50. de la ley la. de 1976 , para que el juez pueda decretar la disolución del vínculo se requerirá la preexistencia de uno o varios hechos que vulneren o hayan vulnerado el matrimonio , o quebrantado los deberes a él inherentes , es decir que

hayan producido un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento de la unidad de vida de los casados.

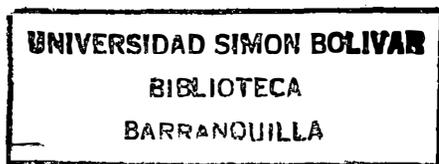
Se requiere que este o esos hechos hayan sido realizados voluntaria y concientemente por uno de los cónyuges y denunciados por el otro, dentro del procedimiento señalado por la ley.

Ese desquiciamiento de la comunidad matrimonial, que no haga posible preveer el restablecimiento de la unidad de vida de los casados, es un hecho que implica una serie de apreciaciones subjetivas del juez, muchas veces caprichosa y de no fácil decisión, pues la misma ley consagran que las causales en si mismas no son suficientes, aún probadas para decretar el divorcio, ya que además de estas, hay que demostrar al juez el desquiciamiento de la comunidad en forma grave, lo que en realidad es casi imposible.

En el caso del divorcio, tendrá que convencerse al juez de lo más aconsejable es decretarlo en atención al interés de los hijos menores, sin que la antigüedad y la edad de los cónyuges sea óbice para ello.

En la legislación Colombiana esta causal para decretar el divorcio puede ocasionar más males que ventajas, y por ese motivo debería supri-

mirse.



## 5.2 JUSTIFICACION MORAL DEL DIVORCIO

En el inciso segundo del artículo 50. de la ley la. de 1976, señala una restricción potestativa del juez que conoce la causa, que podrá negar el divorcio, si lo considera moralmente no justificado, en atención al interés en los hijos menores, a la antigüedad de matrimonio y a la edad de los cónyuges. De estas tres razones, las dos últimas figurarán en las codificaciones de 1853 y en la de los estados de la unión aunque no en el ejercicio del criterio del juez, sino de manera taxativa.

Esta restricción potestativa del juez que conoce la causa exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

-El demandante debe demostrar los hechos constitutivos de la causal que invoque para pedir el divorcio.

-Si los hechos que fundamentan la causal están probados, además el juez debe analizar el caso concreto para poder deducir si ha producido o no desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento de la unidad

y dinero que una de las partes especialmente el demandante empleó para demostrar por los diferentes medios probatorios la causal que invocó, no tengan a juicio de él, el valor para decretarlo muchas veces por capricho o porque haya un interés pecuniario o animadversión, que de verdad sería fácil de denunciar, pero difícil de mostrar.

Además esta atenta contra la estabilidad emocional y social de los cónyuges.

### 5.3 NATURALEZA DE LA ACCION DE DIVORCIO

#### 5.3.1 Concepto

La acción se define como el derecho que tienen los particulares de acudir a la justicia, requiriéndose la demanda que es el medio para ejercitar el derecho de acción o petición de parte interesada. Es un derecho que se tiene en relación al estado y dirigido hacia este para que ponga en funcionamiento la jurisdicción y se produzca el proceso.

#### 5.3.2 Clasificación

Débase observar el derecho que se quiere proteger para poder catalogarla y así poder decir, que es una acción que desde el punto de vista

-Causales que deben alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia, siempre que no hayan transcurrido más de un año contado desde la fecha en que el demandante tuvo conocimientos de los hechos constitutivos de aquellas: La 1a. y la 7a. Ibid.

-Causales que caducan en el término de un año, contando desde cuando sucedieron: La 2a., 3a., 4a. y 5a. Ibid.

Primer grupo: Las causales sexta, octava y novena pueden demandarse en cualquier tiempo.

La sexta no caduca, por razones de elemental caridad. Aunque son muchas las condiciones impuestas por la ley para que se configure la causal: que se trate de una enfermedad anormal física o psíquica; que sea grave; que sea incurable; que ponga en peligro la salud moral y física del otro cónyuge; que imposibilite la comunidad matrimonial; que produzca un desquiciamiento profundo e irremediable de la comunidad matrimonial; que se justifique moralmente.

Como el estado no quiere que el divorcio se produzca y solo lo acepta como último recurso; por eso no se puede obligar a un cónyuge a que abandone el cumplimiento del deber de ayudar, auxiliar y socorrer al otro, imponiéndole términos de caducidad que podrían ayudarle a "de-

cidirse" antes de tiempo.

El año pasado se discutió en los Estados Unidos la teoría del "derecho de morir", a causa de la conservación artificial de la vida de una paciente desahuciada y en estado de coma. Supongamos que el esposo de la enferma quisiera demandar el divorcio después de haber dejado transcurrir un término hipotético de caducidad. Sería razonable que se le negara el divorcio por no haber solicitado antes? Sería justo advertirle a un esposo o esposa que si persiste en socorrer y ayudar al enfermo durante determinado tiempo, después no podrá divorciarse de él, pero si lo abandona antes podrá esperar mejor éxito en la causa de disolución de su matrimonio? 36

Casi lo mismo puede predicarse en relación con la pena privativa de la libertad:

Si la esposa del convicto decide apoyarlo durante su pena y prestarle ayuda mientras este permanezca en prisión, estará cumpliendo los deberes conyugales que le impone el artículo 176 del código civil y que surgen de uno de los fines del contrato matrimonial, enunciado en el artículo 10. 113 del mismo código: el auxilio mutuo. Pero puede optar por el divorcio y repudiar al penado. Sin embargo, no quiere el derecho obligarle a que demande la disolución de su matrimonio, ni a estimularla a que lo haga; y la caducidad produciría el efecto de motivar la demanda de antes de tiempo. No obstante, considero que sí debería existir un término de caducidad para impedir que se demande el divorcio después que el condenado pague su pena y se reanude la convivencia, por lo que lo contrario deja al exconvicto en manos de su cónyuge, quien podrá demandarlo a su arbitrio en cual-

---

(36) GALLON GIRALDO, Carlos. Universitas canónicas, Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, Profesor. P. 361.

quier momento arguyendo la causal novena, aunque los verdaderos motivos de la desaveniencia sean posteriores y vanos.<sup>37</sup>

Respecto a la causal octava, las razones para que no esté sometida a términos de caducidad son apenas obvias. Si dos años de separación judicial de cuerpos son causa suficiente de divorcio, con mayor razón lo serán tres, o cuatro años, o diez, o veinte.

Segundo grupo: Las causales 1a. y 7a. Estas causales están sometidas doblemente a términos de caducidad: Un año a partir de los conocimientos de los hechos y dos años después de su ocurrencia.

El primero se funda en la conveniencia de evitar que uno de los esposos extorcione al otro por faltas que no fueron alegadas oportunamente porque, presume la ley, no fueron graves hasta el punto de desarticular la armonía del hogar, como lo demostraría el hecho de que los cónyuges hubieran continuado cohabitando durante un largo tiempo.

Si la mujer sostiene relaciones sexuales extramatrimoniales y el marido no la demanda pero tampoco la perdona, correría el riesgo de que, pasado el tiempo, ofendido el marido por una falta menor y consciente de que ésta no constituye sufi-

---

(37)Ibid, p. 362.

ciente fundamento para interponer con éxito su acción, denunciará los hechos sucedidos anteriormente y callarse los verdaderos motivos que tuvo para solicitar el divorcio, escudado en pruebas contundentes que guardó en forma maliciosa durante largo tiempo.<sup>38</sup>

El segundo término, dos años desde la ocurrencia de los hechos, obedece a razones de seguridad. El marido que creía honesta a su mujer puede sufrir tanto impacto al conocer una falta cometida por ella, hace dos años, como por una cometida hace 30 días. Pero que fácil sería ocultar el conocimiento, es decir, "no sabía" y demandar al cabo de largo tiempo, mostrando dolor fariseo de cónyuge ofendido, cuando, en realidad, las verdaderas causas o razones fueran ajenas a las propuestas como fundamento de hecho de la demanda.

Ahora bien, la caducidad relativa a los hechos que con posterioridad se repiten, operan en forma independiente respecto de cada uno de ellos.

Sí, por ejemplo, la mujer se abstuvo de demandar al marido hace 5 años, cuando este intentó corromper o seducir a la sobrina, confiada al cuidado del matrimonio, en cuya habitación vivía, no pierde por ello la oportunidad de hacerlo ahora si su cónyuge reincidió en su conducta. Aquí opera de nuevo el principio de que el estado no tiene interés

---

(38) Ibid, p: 362.

en que la gente se divorcie, enunciando antes, y cuyo corolario es que nadie está obligado a demandar el divorcio porque todo el mundo tiene el derecho de proteger su matrimonio. Igualmente.

Si la mujer abandonó a su cónyuge y entabló relaciones concubinarias con otro varón, hace 4 años, el marido podrá demandar el divorcio con fundamento en las relaciones sexuales sostenidas por su esposa durante el último año, porque el hecho de que haya caducado la acción respecto a las relaciones sostenidas ilícitamente por su mujer durante los primeros 3 años, no le concede licencia a ella para continuar manteniéndolas en forma indefinida. Obviamente, si la mujer demuestra que dichas relaciones han sido consentidas, perdonadas o facilitadas, podrá enervar la acción de divorcio, pero no por caducidad sino por probarse alguna de las excepciones de mérito que consagren en forma expresa el artículo 154, No.1 del código civil.<sup>39</sup>

Tercer grupo: Las causales segunda, tercera, cuarta y quinta. Estas causales caducan en término de un año, contado desde su ocurrencia.

El grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo o padre, o de esposa o madre, rara vez se agota en un solo hecho. Antes bien, por el contrario, ordinariamente la causal se configura en una sucesión de episodios, de conducta reiterada, cuya principal característica es la omisión de quehaceres ordenados por la ley y por la naturaleza del matrimonio, tales como vivir juntos, socorrerse y ayudarse, pro-

---

(39) Ibid, p, 363.

tegerse mutuamente, subvenir a las expensas domésticas en proporción a las respectivas facultades, velar por el bienestar de los hijos y proveer para su sostenimiento, crianza y educación, vigilar su conducta, etc.

Para que se considere suficiente el grave e injustificado incumplimiento, es necesario que estas conductas y otras similares se repitan con alguna frecuencia y se convierten en hábito e indudablemente el inocente podrá demandar con éxito la disolución del vínculo matrimonial.

Ahora bien, si concluimos que para tipificarse la causal del incumplimiento grave e injustificado de los deberes conyugales, se debe lo anteriormente anotado. Y como desde cuando puede comenzarse a computar el término. Ya hemos dicho que el estado por ningún motivo quiere el divorcio. Atenderemos lo que dice al respecto el Doctor Gallón Giraldo.

Si el marido deja la casa, esposa e hijos y al cabo de año la mujer no ha demandado el divorcio por la evidente causa del grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposo y padre, no puede el derecho concederle al fallido patente de curso para continuar infringiendo las obligaciones que le caben como varón casado, con su esposa y con su prole. En muchos casos la víctima no demanda porque conserva la esperanza de que su consorte vuelva. Pero porque no demande no desaparece la obligación impuesta por el artículo 178 del código civil: "Salvo causa justificada los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno tiene derecho a ser recibido en casa del otro". No considero causa

justificada el hecho de que el inocente se haya abstenido de demandar durante el primer año de abandono, ni puede el demandado oponerse al divorcio alegando que la esposa se abstuvo de demandar durante el primer año, contado a partir de la fecha en que abandonó su hogar, si el incumplimiento generado por esa conducta ha continuado; y si se concluyera lo contrario, el inocente quedaría en absurda situación de no poder demandar al fallido pero éste si podría reclamar en cualquier tiempo el derecho de ser acogido como hijo prodigo en la casa que dejó, y sino se le abrieran las puertas de su morada quedaría facultado para demandar el divorcio por culpa del inocente, quien se abstuvo de dar cumplimiento a la obligación legal de recibirlo. 40

Ahora si, evidentemente, la caducidad debe computarse desde cuando sucedieron los últimos hechos constitutivos de la causal, y si esto ocurre coetamente al tiempo de la presentación de la demanda, no caducan así haya transcurrido largo tiempo desde la época en que se inició el incumplimiento.

La causal tercera presenta dificultades similares en torno a la aplicación de la caducidad. Esta causal exige el cumplimiento de dos requisitos para que se entienda configurada:

-La conducta objetiva, el trato cruel, los ultrajes y maltratamientos de obra, por una parte y

---

(40) Ibid, p. 365.

-El efecto, el peligro para la salud, a integridad corporal o la vida o hacerse imposible la paz y el sosiego doméstica por la otra. En algunos casos basta un solo hecho para que se dé la causal, especialmente en los maltratamientos de obra, los cuales generalmente ponen en peligro la vida o la integridad corporal del ofendido, pero en los ultrajes y el trato cruel, que generalmente no atentan contra la salud física de la víctima sino contra la paz y el sosiego doméstico eventualmente, contra la salud mental, no puede establecerse claramente en que momento se hicieron imposible esa paz y ese sosiego doméstico. Además si se hicieron imposible, es de suponer que al tiempo de interponerse la demanda no existe paz en el hogar.

Sobre las causas cuarta y quinta, la caducidad es inoperante. El marido que lleva quince años embriagándose habitualmente no puede proponer con éxito la excepción de caducidad, alegando que su conducta fue tolerada pacíficamente durante el primer año y que, por ende, adquirió impunemente el derecho de continuar reincidiendo en su desagradable conducta.

Pero si existe un término de caducidad podría pensarse que le cabe al actor el derecho de interponer la demanda antes del vencimiento del término de un año contado desde la fecha en que el demandado dejó de embriagarse. Por ejemplo: El marido ingresa a una entidad donde se

recibe terapia alcoholica e inicia un proceso de abstinencia tendiente a rehabilitarse de su deterioro social. Al cabo de seis meses la mujer decide demandar, antes de que se venza el término de caducidad; si el demandado demuestra que ya no se embriaga o que su embriaguez no es habitual no podrá en mi opinión declararse probada la causal. Lo mismo sucede con el consumo habitual y compulsivo de estupefacientes y alucinógenos. El hecho de que durante el primer año no se alegue la causal, no faculta al adicto para continuar aplicándose drogas o sustancias sicotrópicas; y si se aleja del vicio no podrá el inocente demandar después el divorcio, aunque lo intente antes del vencimiento del término de caducidad, porque si el demandado demuestra que ya no se droga desaparece los supuestos de habitualidad y de compulsión exigidos por el numeral 5 del artículo 4o. de la ley de 1976. La mejor prueba de que el uso no es habitual no compulsivo es la abstinencia del consumidor.

Lo anterior expuesto nos dá a pensar que el estudio de este tercer grupo de causales, sometidos inadecuadamente a un término de caducidad, no deja de ser un peligro grave para la familia. Fué un error de técnica el haberla sometida a esta modalidad extintiva de la acción y si en alguna oportunidad es sometida a reformas, la ley la. de 1976, habrá que suprimir la caducidad respecto de las causales segunda, tercera, cuarta y quinta de esta ley; debe dejarse al juez en libertad de apreciar si

la causal alegada y probada ha producido el efecto de desvirtuar la unión conyugal, o por lo menos, exige que la unión se interponga durante la época en que se estén padeciendo los efectos perniciosos de la conducta denunciada como supuestos de hecho de la demanda.

## 6. PROCEDIMIENTO TEORICO PRACTICO PARA DECRETAR EL DIVORCIO

### 6.1 PROCEDIMIENTO TEORICO

#### 6.1.1 Aspectos Generales

El procedimiento de divorcio se tramita mediante el proceso abreviado -ley 1a. de 1976, artículo 26 - y se caracteriza por su desminución en los términos.

Es un proceso declarativo puesto que las partes sostienen posiciones contrapuestas y tiende hacia la declaración del derecho por parte del juez, ordinario porque no está sujeto a término especial. Se encuentra reglamentado en el título XXII, capítulo 1o. del libro 3 del código de procedimiento civil.

El proceso de divorcio tiene características especiales que es necesario estudiar porque hay aspectos importantes relacionados con la calidad

de las partes, determinación del juez competente, medidas preventivas que pueden tomarse etc. Además de la implicación social y personal en el ámbito de la familia que la sentencia que otorga el divorcio trae como consecuencia, al decidir sobre una relación que afecta tanto relaciones personales como intereses patrimoniales.

#### 6.1.2 Juez Competente

Es competente para conocer del proceso de divorcio el juez civil del Circuito del domicilio matrimonial, entendiéndose por éste el lugar donde viven los esposos de consumo, o en su defecto, el del domicilio del cónyuge demandado.

El código de procedimiento civil en su artículo 16 número 3o. señala la competencia para conocer los procesos de divorcio encargado de ello a los jueces del circuito y según el territorio, le corresponde aquel en el cual los cónyuges tengan su domicilio común siempre y cuando lo conserve el demandante.

De acuerdo a lo anterior, únicamente se le otorga competencia en materia de divorcio a la justicia civil, siendo ella la única llamada a resolver éste conflicto a los jueces del circuito.

En lo concerniente al domicilio conyugal bien vale citar la anotación que al respecto trae Mateo Goldstein, cuando dice: "es el lugar vinculado naturalmente al cumplimiento de las obligaciones emergentes de la unión conyugal". (41)

Por tanto, este es el criterio que debe tenerse en cuenta para observar el circuito ante el cual se iniciará el proceso de divorcio entendiendo por él lugar de la radicación jurídica de las personas en lo concerniente al asiento de sus negocios y lugar donde es el domicilio común y real de los esposos.

En el caso de que haya habido separación de hecho y cambio del lugar de uno de los cónyuges, se demandará; en el domicilio común si lo conserva el demandante, o en el domicilio del demandado.

La competencia varía cuando los cónyuges tienen su domicilio en el exterior, pues será competente el juez del país extranjero del domicilio conyugal o en el caso de que vivieron separados, será competente el juez del país del domicilio del demandado.

De acuerdo a lo anteriormente citado, aunque el matrimonio se haya ce-

---

(41) GOLDSTEIN, op. cit. p. 335

lebrado en el exterior, es competente el juez colombiano si el demandado reside en Colombia, por lo cual no tendrá ningún valor en nuestro país una sentencia que de ese matrimonio se dicte en el extranjero.

### 6.1.3 Partes en el Proceso de Divorcio

#### 6.1.3.1 Noción

Parte en el proceso es toda persona jurídica y natural que intervenga en este, por sí mismo o por medio de su representante, mirándolo como sujeto de la relación jurico-procesal. Es parte todo lo que siendo afirmando su titular activo o pasivo de una relación jurídica pide su nombre la realización de dicha relación de parte de los órgano jurisdiccionales.

En el proceso de divorcio tiene tal categoría según lo prescrito en el artículo 7o. de la ley la. de 1976, unicamente los cónyuges, estableciéndose que en caso de ser estos menores de edad, pueden intervenir sus padres. Así mismo el Ministerio Público será oído siempre en interés de los hijos.

El texto es un poco confuso, pues parece dar a entender que estos -padres- pueden tomar el papel de litis consortis, cosa errónea puesto que no es litigio propio de ellos, lo que se resolvería en el proceso, ni se

encuentran en una misma posición, ni tampoco son coadyugantes puesto que a ellos el resultado desfavorable del pleito no los hace más gravosa la defensa de sus derechos, ni estos tienen un interés jurídico en la sentencia, no pudiendo oponerse al divorcio o asumir una conducta diferente a la observen en el proceso las partes, puesto que ocurre la emancipación de los hijos por el hecho del matrimonio, siendo entonces capaces.

La intervención de los progenitores es solamente para mayor información del juez y no como partes en el proceso.

Aún cuando la causal sea notoria y conocida por todo el mundo no por eso puede formular la demanda persona diferente al ofendido.

El Ministerio Público puede intervenir en el proceso en interés de los hijos, y por ende pedir pruebas y ejercer todos los actos atinentes a tal calidad. en el caso de no existir hijos menores no se requiere la presencia del Ministerio Público.

Si el demandante es menor de 18 años, para instaurar la pretensión o contradecirla requiere de un curador ad litem, ya que sigue siendo incapaz, a pesar de estar emancipado por el matrimonio.

Respecto a la legitimación, el artículo 6o. de la ley 1a. de 1976 dice: El divorcio solo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan. Vale decir, que la acción solo puede instaurarla el cónyuge inocente; sin embargo, cuando sea también culpable de la misma causal o de otra, podrá instaurar la demanda, excepto si el inocente incurrió en la causal por culpa de aquel.

#### 6.1.4 Demanda y sus Excepciones

Todo divorcio supone una demanda ante juez competente y sentencia judicial en firme.

La demanda debe provenir de cualquiera de los cónyuges, pero si fuera menores de edad podrán intervenir sus padres. Esto indica que, aún cuando se produzcan causales de divorcio notorias y conocidas del público, si el cónyuge ofendido no la formula nadie puede hacerlo en su remplazo.

El cónyuge que no haya dado lugar al divorcio es el que se encuentra legitimado para formularla. Esto se fundamenta por las siguientes razones:

Primero: En un principio romano se dice que a nadie se permite alegar ante la justicia su propia inmoralidad cuando de ella pretenda obtener

beneficios y privilegios a su favor.

Segundo: Es necesario respetar y proteger el derecho de cada cónyuge de perdonar la ofensa y el derecho a la intimidad que consiste en mantener secreto las faltas del otro cónyuge que constituyen infracción a las obligaciones derivadas del matrimonio.

Algunas causales pueden ser alegadas por cualquiera de los cónyuges, como es el caso de las relaciones sexuales dentro de un segundo matrimonio, pueden alegarse aun por el cónyuge que haya dado lugar al divorcio.

La demanda debe reunir los requisitos exigidos por el artículo 75 del código de procedimiento civil; debe tenerse como anexos la prueba del matrimonio y del estado civil de los hijos menores, por cuanto en la sentencia hay que determinar a quien corresponde la patria potestad y cuidado de ellos; si se contrajo el vínculo en el exterior es necesario registrarlos en la notaria para que se considere prueba idónea de su celebración, etc.

Admitida la demanda con el lleno de los requisitos exigidos, se ordenará correr traslado al cónyuge demandado por el término de 10 días, ordenando igualmente citar al agente del Ministerio Público y, sólo lo cree convenien-

te, a los hijos. Dentro del término de traslado de la demanda podrá el demandado contestarla bien mediante la demanda de reconvencción o bien proponiendo las excepciones que caben para el caso. En el primer evento puede presentarse una concurrencia de culpas toda vez que la culpa que se predica del demandado puede ser originada por culpa del demandante. No opera la compensación de las culpas sino que se debe probar que la culpa de uno tuvo lugar por la del otro.

El demandado puede presentar demanda de reconvencción en la que a pesar de alegar que su demandante incurrió en una de las causas de divorcio, solo pida la separación de cuerpos. En tal caso es viable su reconvencción no solo porque tanto el divorcio como la separación se tramitan como abreviados sino porque si se puede decretar el divorcio con mucha más razón se podrá decretar la simple separación de cuerpos, que entre otras cosas se puede solicitar como acción subsidiaria. -artículo 423 del código de procedimiento civil -.

En cuanto a las excepciones cabe advertir que proceden las siguientes:

-Cesa juzgada - artículo 97 parte final C.P.C.

-Falta de jurisdicción o de competencia del juez - Ibid No. 1.

-Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones - Ibid No. 5.

-Trámite inadecuado de la demanda por habersele dado un curso distinto al que le corresponde - Ibid No. 6.

-Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto - Ibid No. 8.

-Caducidad según los términos del artículo 60. de la ley 1a. de 1976.

-La de perdón.

-Reconciliación de los cónyuges.

#### 6.1.5 Medidas Preventivas

La misma naturaleza del proceso de divorcio hacen necesario, en las mayorías de las situaciones, toman medidas especiales en razón de la posición de las partes e interés en juego, investigaciones realizadas y repercusión de las decisiones que se toman.

Dichas medidas a veces en razón de la seguridad de las personas o de

la urgencia en practicarlas, pueden ocurrir como precautelares antes del proceso o en el transcurso del mismo estando consignado en el artículo 423 del código de procedimiento civil.

#### 6.1.5.1 Preventivas personales

La primera es acerca de la autorización judicial para que los cónyuges puedan habitar separadamente, ubicandolas, cuando sean menores en casa de sus padres, parientes más próximos o la de un tercero cuando el juez lo considere conveniente - artículo 423 No. 1 lit. a del C.P.C.

Esta separación es una consecuencia inmediata e ineludible, frente a la situación creada por la presentación de la demanda por parte de uno de los cónyuges, ya que se presume al iniciarse el juicio causa un más grave traumatismo en las resquebrajadas relaciones matrimoniales; por tal motivo el juez no debe demorar esta primera medida.

La segunda, poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges, o de uno y otro, o de un tercero, según lo crea más conveniente para su protección. Ibid. lit. b-. El juez tiene amplio poder discrecional para determinar la conveniencia de la custodia de los menores en cabeza del demandante o de ambos cónyuges, del cónyuge demandado o de un tercero.

Caundo se trate de menores de muy corta edad, el juez puede considerar que, aún cuando lo solicite el demandante, es más conveniente para los hijos que permanezcan en poder de la madre demandada.

También se le encarga de la custodia de la prole, si ha instaurado la acción de divorcio, alegando el incumplimiento de los deberes de esposo y padre.

Se le atribuye la tenencia de los hijos mayores de 3 años al cónyuge varón cuando la causal invocada por éste en su condición de demandante ha sido la del adulterio o la de alejamiento de las obligaciones y deberes de esposa o madre.

Una tercera es la de señalar la cantidad con que cada cónyuge debe contribuir, según sus facultades, para gastos de habitación sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y para la educación de estos - Ibid. lit. c -.

Estas cantidades la fijará el juez según su criterio y de acuerdo con las probanzas que al respecto se aporten. Pueden fijarse provicionalmente desde el autoadmisorio, y podrá efectuarse su cobro por la vía ejecutiva en proceso de mínima cuantía - artículo 426 C.P.C. -, al cual solo se podrá proponer como excepción del cumplimiento de la obligación.

Como definitivos se pueden fijar, alimentos en beneficio de los hijos menores y del cónyuge inocente. La cuantía la señalará el juez según lo que se demuestre por las partes o mediante investigación oficiosa. Su posterior aumento o disminución se sujetarán al trámite incidental señalado en el artículo 24 de la ley la. de 1976.

Y finalmente una cuarta, el marido puede solicitarle al juez las medidas preventivas en la ley para evitar su posición del parto - artículo 17 del decreto 2820 de 1974 -. Se requiere en este caso la solicitud de manera expresa del marido y el estado de embarazo de la mujer.

La decisión del juez puede consistir en enviarle una compañera o una matrona que la ayude en el parto, concepto este que hoy en día ha sido remplazado por la asistencia médica al tiempo del embarazo y parto.

La mujer puede presentar objeciones contra las personas enviadas por el marido, y si el juez la encuentra fundadas sus negativa puede decretar el nombramiento de otras.

Se puede también solicitar por el consorte cuando creen que su cónyuge esta embarazada, el traslado de ésta al seno de una familia honesta y de toda su confianza, debiendo la mujer mudarse, excepto en el caso de tener razones de peso y así lo manifiesta el juez, quedando este

plenamente convencido de ello, designando otro lugar para el cumplimiento de dicha disposición.

Cuando las medidas de inspección y vigilancia no han podido llevarse a cabo por sustrarse la esposa a ello el marido no será obligado a reconocer el hecho y circunstancias del parto sino en cuanto se probare inequívocamente por parte de la mujer o del hijo, en juicio contradictorio, - artículo 228 del código civil -.

Si por el contrario, fuere el marido que emitiere tomar las medidas de inspección y vigilancia que le confiere la ley sobre el embarazo y parto, será obligado a aceptar la declaración de la mujer acerca del hecho y circunstancias del parto.

#### 6.1.5.2 Preventivas Económicas

En cuanto a ésta clase de medida, el juez podrá ordenar el embargo y secuestro de los bienes que pueden ser objeto de ganancial, y que estuvieren en cabeza del otro cónyuge. El secuestro de los bienes sometidos a registro solo se practicará cuando esté inscrito el embargo y se haya allegado el certificado de propiedad respectivo, que comprende un período de por lo menos de 20 años. -artículo 423, No. 1o. Lit. e - en concordancia con el artículo 691 No. 1o. del C.P.C. -.

Sobre esos mismos bienes se puede decretar otros embargos mientras quedan en firme la sentencia de divorcio, pues esa sentencia señalaría el momento en que los bienes salen del patrimonio de cada cónyuge para convertirse en gananciales.

También podrá pedirse el embargo y secuestro de bienes que no pertenezcan a la sociedad conyugal, con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge tuviere derecho según el caso.

Para el embargo de los bienes sociales, se deberá prestar caución suficiente para preveer posibles perjuicios.

Las medidas podrán levantarse de oficio sin estando en firme la sentencia no se proceda a la liquidación de la sociedad disuelta. Y de acuerdo con lo que expresamente dice el artículo 1821 del CC; una vez disuelta la sociedad se procederá a la confección del inventario de los bienes. Los muebles y papeles deben guardarse bajo llave y sello - excepto los muebles de uso diario - y permanecer así hasta que se haga un inventario solemne.

Hoy en día, después de la vigencia de la ley 28 de 1932 de conformidad con el sistema vigente, solo son embargables para los efectos del juicio de divorcio los bienes sociales.

#### 6.1.6 Trámite del Juez

La actuación procesal del funcionario se dirige, antes que todo, a buscar la reconciliación de los cónyuges y evitar el divorcio por medio de las audiencias de conciliación. En caso de no ser esto posible, debe verificarse la existencia de la causal o de las causales invocadas para no decretar el divorcio sobre la base de un acuerdo fraudulento de los cónyuges tendiente a obtenerlo, además algo muy importante es el decretar las medidas precautivas del caso para amparar tanto los cónyuges como a los hijos.

#### 6.1.7 Audiencia de Conciliación

La Ley la. de 1976 en su artículo 27 No. 3o., prescribe que una vez contestada la demanda de divorcio y la de reconvención, si la hay, el juez ordenará la citación de ambos cónyuges para que concurran personalmente a una audiencia de conciliación.

El objeto de dicha diligencia, que es obligatoria cuando se instaura la acción de divorcio, es impedir medidas extremas si se hayan otras soluciones menos drásticas y los cónyuges están dispuestos a acatarla. De ello puede ocurrir que se logre el arreglo conyugal que conduzca a la terminación del proceso.

Se observa al tener de lo dispuesto en el artículo anteriormente citado, que si fracasa la audiencia de conciliación de primera instancia, se citará por el juez a una segunda audiencia, que ocurrirá no ante de dos meses, ni después de tres de la fecha señalada para la primera. Si ésta también fracasa el proceso continuará.;

Los cónyuges deben comparecer personalmente, sin poder hacerse representar por apoderados, pero podrán comparecer asistido por un abogado. En el caso de que uno de los cónyuges solicite el retiro de un apoderado en virtud de las razones íntimas que quiere exponer, el juez lo ordenará.

La audiencia de conciliación tiene como fundamento examinar cuidadosamente en presencia y bajo la dirección del juez la causa o causas de divorcio, valorar sus consecuencias frente a cada cónyuge y frente a los hijos legítimos comunes; y, ante todo, mediante una sabia ponderación de la conducta de cada cónyuge y la positiva posibilidad de mejora en el futuro, ver si es posible ya sea la abstención o renuncia al divorcio, o ya simplemente su aplazamiento o suspensión durante determinado tiempo. Se estima -advierten los autores que el tiempo y la reflexión pueden contribuir a apaciguar los ánimos. Los resultados de una audiencia de conciliación en el proceso del divorcio pueden depender, en gran parte, de la buena experiencia, de la prudencia e inteligencia del juez en los difíciles problemas del derecho de la familia. (42)

---

(42) VALENCIA ZEA, op. cit., p. 195

### 6.1.8 Pruebas

En lo que se refiere a las pruebas para el caso del divorcio, el legislador considera que son aplicables aquellas consagradas en el código de procedimiento civil, que en su artículo 175 dispone que sirven como pruebas, aparte de las ya tradicionales, todas aquellas que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El artículo 6o. de la ley 1a. de 1976 en su inciso 2o. prescribe: "Que las causas de divorcio no podrán probarse con la sola confesión de los cónyuges". El objeto de esta medida es evitar colisiones o fraudes a la ley. La prueba de confesión es eficaz puesto que la ley la estima conducente y pertinente pero debe completarse con otros medios.

Al respecto el Doctor Hernando Devis Echandía, opina:

Esto es correcto, porque de lo contrario se obtendría el divorcio por mutuo consentimiento disfrazado de confesión; pero no significa que este carezca de todo mérito probatorio, sino que será una prueba incompleta que debe reforzarse con otras de cualquier clase, inclusive las de indicios plenamente demostrados, graves concurrentes y concordantes, lo mismo que testimonios y documentos. (43)

Esto es lógico, pues como se anotó anteriormente, las partes pueden

---

(43) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, citado por op cit. p. 216

ponerse de acuerdo para solicitar el divorcio invocando ciertas causas, existiendo en el fondo un mutuo consentimiento al respecto y por la acción no puede intertarse de semejante manera. La confesión como lo anota Devís Echandía puede apoyarse en cualquier otra clase de prueba, ya sea documental, testimonial y aun con indicios.

La norma consagrada en la ley 1a. es una excepción que el legislador contempla en los diferentes medios de prueba, considerados como idóneos en el código de procedimiento civil.

#### 6.1.9 Terminación del Proceso

Existen dos formas de terminar el proceso de divorcio: normal y anormal.

##### 6.1.9.1 Normal

Por sentencia: Cuando el proceso termina de esta forma ella puede contemplar una de dos posibilidades: o la de negar el divorcio o la de decretarlo. En caso de que deniegue el divorcio, podrá decretar la separación de cuerpos si ésta se hubiere solicitado como petición subsidaria en la demanda. De no ser así, deberá limitarse a absolver al demandado y condenar costas al demandante, si fuera el caso, de acuerdo con el código de procedimiento civil.

Si el juez accede a las pretenciones de la demanda y decreta el divorcio, la sentencia deberá contener:

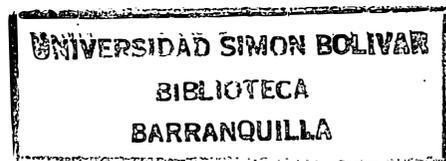
-La personas o personas quien el juez considere más conveniente para la custodia de los hijos, teniendo en cuenta los intereses de estos y su tierna edad.

-A cual de los cónyuges se le entrega a patria potestad de los hijos, en los casos en que la causal probada en el juicio de divorcio sea determinante de la suspensión o pérdida de aquella, o si los hijos deben quedar bajo guarda.

-La proporción entre los cónyuges deben contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, en proporción a sus capacidades económicas, salvo que el hijo tenga bienes propios.

-Si fuera el caso el monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges deba al otro.

Además deberá contener otros puntos que serán objeto de estudio más adelante.



#### 6.1.9.2 Anormal

La terminación anormal del proceso se da en los casos siguientes: Por reconciliación, por muerte de una de las partes y por perención.

-Por reconciliación: La reconciliación de los cónyuges puede ocurrir, o en audiencia, o en el transcurso del juicio o fuera de ella. Si ocurre en audiencia, de ello se dejará constancia en el expediente y el juez ordenará la terminación del proceso por reconciliación; de no ser así, los cónyuges deberán formular por escrito, personalmente y de manera expresa la terminación del proceso por reconciliación, a lo cual accederá el juez.

La ley permite demandar el divorcio nuevamente por causa sobreviniente a la reconciliación. Si se ha decretado el divorcio mediante sentencia ejecutoriada, si los cónyuges se reconcilian tendrán que volver a contraer matrimonio.

-Por muerte de uno de los cónyuges: En caso de muerte de uno de los cónyuges en la secuela del juicio, el otro deberá aducir al proceso el acta civil de defunción, con lo cual demostraría el deceso de la contraparte. Ante dicha evidencia, el juez ordenará la terminación del juicio, pues la causa de este ha cesado por haber ocurrido la disolución del

vínculo por muerte.

-Por perención: Es una sanción que establece la ley cuando no hay impulsión del proceso por más de seis meses por parte del demandante, ya sea en primera o en segunda estancia. EL término se cuenta desde la notificación del último auto o día de práctica de la última diligencia.

En el proceso de divorcio cabe esta forma de terminación y como consecuencia de ella se decreta el levantamiento de las medidas cautelares, siendo imposible iniciarlo nuevamente dentro de los dos años siguientes a la notificación del auto que lo decreta.

-Por desistimiento: Es otra de las forma de terminación anormal del proceso consistente en el abandono voluntario de las pretensiones de la demanda, manifestado ante el funcionario antes del pronunciamiento de la sentencia y después de presentado el libelo. Puede prevenir solamente del demandante, o sea, calificarse como unilateral que podrá interpretarse como remisión, en algunos casos.

Se dice por la ley que usualmente, debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sus efectos negativos solamente se le imputan al cónyuge que desista, pero si el demandado ha presentado demanda de reconvencción, ésta no puede seguir su trámite normal, en razón de que

no tiene individualidad propia.

#### 6.1.10 Sentencia de Divorcio

Según el artículo 155 del C.C. pareciera que el juez tiene plena libertad para decretar o abstenerse de decretar el divorcio.

El poder discrecional que se le otorga al juez se encuentra limitado y solo debe ejercerle en caso que lo justifiquen ampliamente.

Primero: Siempre que la causal de divorcio se encuentre debidamente comprobada debe decretar el divorcio, y en especial, cuando el desquiciamiento profundo de la comunidad sea de tal gravedad que no es posible de esperar el restablecimiento del hogar. El hecho de que exista demanda de divorcio y de que hayan fracasado las audiencias de conciliación, es síntoma de que la vida conyugal se ha roto de manera definitiva.

Segundo: Respecto a la culpabilidad, en toda demanda de divorcio debe quedar claro cual de los cónyuges es inocente y cual no. Sobre éste particular deben distinguirse estas clases de sentencia: Aquellas en que un cónyuge es inocente y el otro culpable; otras en que ambos cónyuges resultan inocentes, ante todo cuando el divorcio se decretó por las causa-

les, sexta, octava y novena.

Tercero: Contra toda sentencia de divorcio debe interponerse el recurso de apelación. En todo caso, una vez en firme, debe registrarse en la forma prevista en el artículo 5o. del decreto 1260 de 1970, de manera que el notario respectivo donde se registró el matrimonio deje la constancia pertinente.

Deberá remitirse copia de la sentencia al funcionario de registro que anotó el nacimiento de los divorciados. El notario que registró el divorcio en el acta de matrimonio deberá guardar en el archivo de la notaría los documentos pertinentes.

## 6.2 PROCEDIMIENTO PRACTICO

### 6.2.1 Demanda de Divorcio

Señor.

Juez civil del circuito (TURNO)

E. \_\_\_\_\_ S. \_\_\_\_\_ D' \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_, mayor de edad, de ésta vecindad, identificado con la cédula de ciudadanía No. \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_, abogado titulado en inscrito con T. P. No. \_\_\_\_\_ Ministerio de Jus-

ticia, por medio del presente escrito, comedidamente me dirijo a usted, en mi carácter de apoderado de la señora MATILDE OJEDA PEINADO, también mayor y de la misma vecindad, con el objeto de demandar al señor \_\_\_\_\_, mayor de edad y vecino de ésta ciudad, para que con citación y audiencia y previos los trámites legales, se decrete el divorcio definitivo y la consiguiente disolución del matrimonio civil que contrajo mi representada con dicho señor el día \_\_\_\_\_ de 19 \_\_, ante el señor juez \_\_ civil municipal de Barranquilla, según la prueba que acompaño; la disolución y liquidación de la respectiva sociedad conyugal formada por dichos esposos; que los hijos menores de este matrimonio queden al cuidado de la madre, a quien corresponde la patria potestad; que el demandante quede en la obligación de suministrar alimentos congruos a la demandante y a sus hijos menores \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_, en la proporción que señale el juzgado; que se condene en costas al demandado. En subsidio, en solicito se decrete la separación definitiva de cuerpos y la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

## HECHOS

lo.) Mi representada contrajo matrimonio civil con el demandado el día \_\_\_\_\_, en el juzgado \_\_\_\_\_ Civil Municipal de Barranquilla.

26.) Dicho matrimonio fué registrado el día \_\_\_\_\_ de 19\_\_ en la  
notaría \_\_\_\_\_ del Circulo de Barranquilla.

36.) De este matrimonio nacieron los menores \_\_\_\_\_ y  
\_\_\_\_\_, los cuales están actualmente al cuidado de la  
madre.

40.) El demandado señor \_\_\_\_\_, mantiene relaciones se-  
xuales extramatrimoniales sin que mi representada las haya consen-  
tido, facilitado ni perdonado.

50.) Estos hechos han producido un desquiciamiento profundo de la comu-  
nidad matrimonial de tal gravedad, que no será posible esperar el  
restablecimiento de la unidad de vida conyugal de los citados esposos.

60.) Mi representada tiene todo el derecho de demandar el divorcio por no  
haber dado ella lugar a los hechos que lo motivan y hallarse dentro  
de los términos señalados en el artículo 60. de la ley 1a. de 1976.

#### P E T I C I O N E S

Alimentos Provisionales:

El señor juez se servirá disponer que mientras se tramita y decide este

proceso, que el demandado suministre alimentos provisionales a su esposa y a sus hijos menores \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_, en una cuantía de \_\_\_\_\_ (\$ \_\_\_\_\_) M.L.; mensuales para cada uno de ellos.

Capacidad económica del demandado:

Según aparecen de la declaración de renta y patrimonio que acompaño, el demandado tiene una renta líquida de \_\_\_\_\_ (\$ \_\_\_\_\_) M.L. mensual que le permite suministrar los alimentos provisionales solicitados sin menoscabo de sus intereses.

Copia:

Desde ahora solicito se me expida copia del auto por medio del cual se admita la demanda y se fijen los alimentos provisionales a favor de mis representados.

Medidas Cautelares:

Atentamente solicito se sirva decretar el embargo y secuestro preventivos de los siguientes bienes de propiedad de la sociedad conyugal:

Del inmueble número \_\_\_\_\_ de la calle \_\_\_\_\_ de esta ciudad, determinados por los siguientes linderos: Por el Norte: \_\_\_\_\_ metros, con predio que es o fué de \_\_\_\_\_; por el sur: \_\_\_\_\_ metros, con predios que es o fué de \_\_\_\_\_; por el este: \_\_\_\_\_ metros y linda con predio que es o fué de \_\_\_\_\_; y por el oeste \_\_\_\_\_ metros, con la calle \_\_\_\_\_.

Del automovil marca \_\_\_\_\_ modelo \_\_\_\_\_ tipo \_\_\_\_\_, color \_\_\_\_\_, motor \_\_\_\_\_, placas \_\_\_\_\_, que se estaciona en el taller situado en la \_\_\_\_\_ de esta ciudad.

Sírvase nombrar el secuestro que usted estime conveniente y señalar día y hora para la diligencia respectiva.

Así mismo le solicito se sirva oficiar al señor registrador de instrumentos públicos y privados del circuito de Barranquilla hasta nueva orden de su juzgado, se abstenga de registrar cualquier título por medio del cual se pretenda enajenar o gravar bienes de la sociedad conyugal, en referencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoco como fundamentos de derecho los artículos : 411, 413, 414, y 417 del código civil; 16 número 3o.; 415 a 421 y 691 del código de procedimiento civil; 13, 24, 42 y 45 del decreto 2820/74; lo. a 14, 23 a 27 y 29 de la ley la de 1976 y demás disposiciones concordantes y pertinentes.

P R U E B A S

Acompaño las siguientes:

-Registro civil de matrimonio del demandante con el demandado.

-Registro civil de nacimiento de sus menores hijos legítimos \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_.

-Copia de la última declaración de renta del demandado.

-Declaraciones de los testigos señores \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_, rendidas en el juzgado \_\_\_\_\_ civil del circuito sobre  
la capacidad económica del demandado.

Además, solicito que con citación de la parte contraria se decreten las siguientes pruebas:

-Que se cite a los señores \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_ con residencia y domicilio el primero en la \_\_\_\_\_ y el segundo en la calle \_\_\_\_\_ ambos de esta ciudad, para que se fatifiquen en sus

#### COMPETENCIA Y CUANTIA

Es usted competente para conocer del proceso, por la naturaleza de la acción y la vecindad de las partes. La cuantía la estimo es mas de \$ \_\_\_\_\_ de pesos M. L.

#### PROCESO A SEGUIR

El proceso a seguir es el abreviado contemplado en el título XXII, capítulo I y II del código de procedimiento civil.

#### NOTIFICACIONES

Al demandante: en la \_\_\_\_\_ de esta ciudad.

Al demandado: en la \_\_\_\_\_ de esta ciudad.

Al testigo, Sr. \_\_\_\_\_ en la \_\_\_\_\_  
de esta ciudad.

Al testigo, Sr. \_\_\_\_\_ en la \_\_\_\_\_  
de esta ciudad.

EL suscrito en la Secretaría de su juzgado o en mi oficina de abogado  
situada en la \_\_\_\_\_ de esta ciudad.

Del señor juez atentamente,

\_\_\_\_\_  
Firma del apoderado  
T.P. \_\_\_\_\_ del Minjusticia  
C.C. No. \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

#### 6.2.2 Nota de presentación y para pasar al despacho

JUZGADO \_\_\_\_\_ CIVIL DEL CIRCUITO, Barranquilla, \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ de mil novecientos ochenta y \_\_\_\_\_ (198\_\_).

Presentada personalmente por el signatario Dr. \_\_\_\_\_  
identificado con la C.C. No. \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_  
y T.P. No. \_\_\_\_\_ del Minjusticia.

Hoy \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 198\_\_, y al despacho el presente  
proceso para que se sirva proveer.

El secretario,

\_\_\_\_\_  
Firma del Secretario

6.2.3 Auto para admitir la demanda de divorcio

Artículos 415 C.P.C.; 26 y 27 ley 1a. de 1976

JUZGADO \_\_\_\_\_ CIVIL DEL CIRCUITO, Barranquilla, \_\_\_\_\_  
de mil novecientos ochenta y \_\_\_\_\_ (198\_).

Se admite la anterior demanda de divorcio del matrimonio civil, de \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ contra \_\_\_\_\_ en consecuencia,  
trámitase por el proceso abreviado.

De ella corráse traslado al demandado por el término de diez días, para  
que la conteste, y al agente del Ministerio Público, Fiscal del Circui-  
to.

Autorizase la residencia separada de los cónyuges, si son mayores de  
edad.

Déjense al cuidado de la demandante a los menosres \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_.

Fíjase en \$ \_\_\_\_\_ la cuota que el demandado debe aportar para los gastos de habitación y sostenimiento de la demandante y sus hijos, como también para la educación de los últimos.

Decretase el embargo y secuestro previo de los bienes muebles e inmuebles determinados en la demanda.

Comuníquese el embargo del inmueble al Registrador, quien deberá expedir el certificado ordenado en el artículo 681 del C.P.C. en un período de veinte años si fuere posible.

Nómbrese secuestro al señor \_\_\_\_\_ y désele posesión.

Para practicar la diligencia de secuestro se comisiona al señor Inspector Distrital de Policía del barrio respectivo, con facultad para posesionar al secuestro y reemplazarlo en caso necesario. Líbrese despacho con insertos.

Oficiése al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito para que, hasta nueva orden de éste juzgado, se abstenga de registrar todo título por medio del cual se pretenda enajenar o gravar en cualquier forma, los bienes de la sociedad conyugal.

Oficiese a la Circulación para la captura del vehículo y para que sea puesto, a órdenes del comisionado, en el sitio que indique el demandante para practicar el secuestro.

El Señor Agente del Ministerio Público será parte en este proceso en interés de la ley y defensa de los menores.

Reconócese al Doctor \_\_\_\_\_ como apoderado judicial de la señora \_\_\_\_\_ en los términos y para los efectos a que alude en el memorial-poder presentado.

\_\_\_\_\_  
Firma del juez

\_\_\_\_\_  
Firma del Secretario

#### 6.2.4 Notificación al Agente del Ministerio Público

En Barranquilla, a \_\_\_\_\_ notifiqué personalmente el auto anterior al señor Agente del Ministerio Público. Impuesto. firma.

\_\_\_\_\_  
Firma del notificado

\_\_\_\_\_  
Firma del Secretario

6.2.5 Traslado al Demandado

En Barranquilla, a \_\_\_\_\_; notifiqué personalmente el auto anterior al demandado y le corrí traslado ordenado, para lo cual le entregué, en tantas \_\_\_\_\_ hojas útiles, copia de la demanda y de sus anexos. En constancia firma,

\_\_\_\_\_  
Firma del demandado o de un testigo

\_\_\_\_\_  
Firma del notificador

\_\_\_\_\_  
Firma del secretario

6.2.6 Informe del Secretario

Al despacho hoy \_\_\_\_\_ informando que el término del traslado está vencido.

\_\_\_\_\_  
Firma del Secretario

6.2.7 Señalamiento de día para la Primera Audiencia

JUZGADO \_\_\_\_\_ CIVIL DEL CIRCUITO, Barranquilla, \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ de mil novecientos ochenta y \_\_\_\_\_ (198\_).

Cítese a los cónyuges para que a la hora de las \_\_\_\_\_ del día \_\_\_\_\_  
del presente año, concurren personalmente a este despacho a la cele-  
bración de la primera audiencia de conciliación.

Notifíquese.

\_\_\_\_\_  
Firma del juez

\_\_\_\_\_  
Firma del Secretario

Nota: Este auto se notifica personalmente al Agente del Ministerio Pú-  
blico y por estado a las partes.

6.2.8 Señalamiento de día para la segunda audiencia

JUZGADO \_\_\_\_\_ CIVIL DEL CIRCUITO, Barranquilla \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ de mil novecientos ochenta y \_\_\_\_\_ (198\_).

Cítese nuevamente a los cónyuges para la segunda audiencia de conciliación que tendrá lugar en este despacho el día \_\_\_\_\_ a la hora de las \_\_\_\_\_.

Notifíquese

\_\_\_\_\_  
Firma del juez

\_\_\_\_\_  
Firma del Secretario

6.2.9 Decreto de Pruebas

Artículos 404, 405 y 418 del C.P.C.

JUZGADO \_\_\_\_\_ CIVIL DEL CIRCUITO, Barranquilla, \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ de mil novecientos ochenta y \_\_\_\_\_ (198\_)!

No habiéndose logrado la conciliación con los cónyuges, en las dos audiencias anteriores, se dispone seguir adelante este proceso.

Con citación del demandado, practíquense las pruebas pedidas en la demanda. En consecuencia se dispone:

Cítese a los testigos y recíbase la ratificación de sus declaraciones.

Líbrese oficio al Director del Instituto Departamental de Transportes y Tránsito de esta ciudad, para que expida copia o certifique sobre la propiedad del vehículo objeto de embargo en el libelo de la demanda.

Líbrese Despacho al Registrador de Instrumentos Públicos de Barranquilla, a fin de que envíe la certificación del inmueble solicitado como medida previa en el libelo de la demanda.

Notifíquese

---

Firma del juez

---

Firma del Secretario

#### 6.2.10 Informe del Secretario

Al despacho hoy \_\_\_\_\_ informando que el auto que decretó las pruebas está ejecutoriado.

---

Firma del Secretario

6.2.11 Término para practicar pruebas

JUZGADO \_\_\_\_\_ CIVIL DEL CIRCUITO , Barranquilla , \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ de mil novecientos ochenta y \_\_\_\_\_ (198\_).

Señalese el término de veinte días para practicar las pruebas pedidas y decretadas en este proceso.

La audiencia para recibir las declaraciones de los testigos se llevará a cabo el día \_\_\_\_\_ dentro de la hora de las \_\_\_\_\_.

Notifíquese

\_\_\_\_\_  
Firma del juez

\_\_\_\_\_  
Firma del Secretario

6.2.12 Informe del Secretario

Al despacho hoy \_\_\_\_\_ informado que el término de prueba está vencido.

\_\_\_\_\_  
Firma del Secretario

6.2.13 Alegaciones

Artículos 152 número 6 y 419 del C.P.C.

JUZGADO \_\_\_\_\_ CIVIL DEL CIRCUITO, Barranquilla, \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ de mil novecientos ochenta y \_\_\_\_\_ (198\_).

Córrase traslado a las partes por el término común de cinco días para alegar de conclusión

Notifíquese

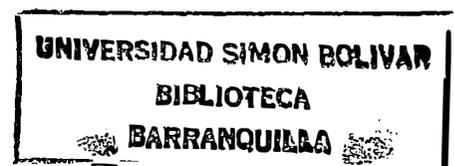
\_\_\_\_\_  
Firma del juez

\_\_\_\_\_  
Firma del Secretario

6.2.14 Informe del Secretario

Al despacho hoy \_\_\_\_\_ informando que el término del traslado está vencido.

\_\_\_\_\_  
Firma del Secretario



6.2.15 Sentencia de Divorcio

Artículos 163 C.N.; 304 y 392 del C.P.C.; 2o. número 1o. Decreto 1250/70; 5o. y 72 Decreto 1260/70; 1o. Decreto 2158/70; 5o. y 27 rgl. 5a. ley 1a. de 1976.

JUZGADO \_\_\_\_\_ CIVIL DEL CIRCUITO, Barranquilla, \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ de mil novecientos ochenta y \_\_\_\_\_ (198\_)l

La señora \_\_\_\_\_, mayor de edad, vecina de esta ciudad, por medio del apoderado Dr. \_\_\_\_\_ demandó al Sr. \_\_\_\_\_, también mayor de edad y de la misma vecindad, para que con su citación y audiencia y previos los trámites legales, se decrete: El divorcio definitivo y la consiguiente disolución del matrimonio civil que contrajo con dicho señor el día \_\_\_\_\_ ante el señor juez \_\_\_\_\_ civil municipal de Barranquilla; la disolución y liquidación de la sociedad conyugal formada por dicho señor; que los menores hijos de este matrimonio queden en poder de la demandante por tener ella la patria potestad; que el demandado está obligado a suministrar alimentos congruos a la demandante y a sus menores hijos \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_; que el mismo demandado debe pagar las costas de este proceso.

En subsidio solicita se decrete la separación definitiva de cuerpos y la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, con costas a cargo del demandado.

Funda su demanda en el hecho de que el demandado mantiene relaciones sexuales extramatrimoniales, sin que la demandante las consienta, facilite o perdone.

De la demanda se dió traslado al demandado por el término legal, quien la contestó ( o no la contestó según el caso ), y se opuso ( o no se opuso ) a las pretenciones de la demandante. También se citó y oyó al Agente del Ministerio Público en interés de la ley y defensa de menores

En las audiencias de conciliación celebradas en este despacho no se logró la reconciliación de los cónyuges a pesar de las insinuaciones y sugerencias que el suscrito juez le hizo al respecto, de acuerdo con lo ordenado por la ley.

Tramitad el proceso en forma legal y no habiéndose incurrido en ninguna causal de nulidad que pudiera invalidar lo actuado, se procede a resolver previas las siguientes consideraciones:

La demandante presentó con la demanda el registro civil de matrimonio

contraído con el demandado, el de nacimiento de sus menores hijos \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_, copia de la declaración de renta del demandado y declaraciones extraprocesales rendidas por los testigos \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_. Dentro del término de pruebas se recibieron las declaraciones extraprocesales rendidas por los testigos \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_, y se allegaron las certificaciones del Instituto Departamental de Transportes y Tránsito acreditando la propiedad del vehículo de placas \_\_\_\_\_ marca \_\_\_\_\_ modelo, \_\_\_\_\_ tipo, \_\_\_\_\_ color \_\_\_\_\_, motor \_\_\_\_\_ a nombre del demandado señor \_\_\_\_\_ y el certificado de tradición del inmueble situado en la calle \_\_\_\_\_ No. \_\_\_\_\_ con matrícula No. \_\_\_\_\_ expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Barranquilla a nombre del señor \_\_\_\_\_.

Por su parte, el demandado se limitó únicamente a contestar la demanda dentro del término señalado para ello.

Los artículos 411 y 414 del C.C. y 23 de la ley 1a. de 1976, establecen la obligación perentoria del marido de suministrarle alimentos congruos a sus descendientes legítimos y a la mujer divorciada sin su culpa.

La capacidad económica del demandado para suministrar alimentos está suficientemente demostrada con la copia de la declaración de renta que se acompañó a la demanda.

El divorcio lo ha demandado el cónyuge que no dió lugar a los hechos que lo motivan y dentro de término señalado en el artículo 60. de la ley 1a. de 1976.

Por lo expuesto, el juzgado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1o.) Decrétese el divorcio definitivo y la consiguiente disolución del matrimonio civil contraído por el señor \_\_\_\_\_ con la señora \_\_\_\_\_ el día \_\_\_\_\_ en el juzgado \_\_\_\_\_ Civil Municipal de \_\_\_\_\_, el cual fué registrado el día \_\_\_\_\_ bajo el número \_\_\_\_\_ en el libro de registros respectivo de la Notaría \_\_\_\_\_ de esta ciudad.

2o.) Decrétese la disolución y liquidación de la sociedad conyugal formada por dichos esposos, siguiendo para ello el procedimiento señalado en el artículo 626 del C.P.C.

3o.) Declárese separado al demandado del ejercicio de la patria potes-

tad sobre sus hijos menores \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_

Por consiguiente dichos menores quedarán en lo sucesivo, al cuidado de su madre a quien corresponde legalmente el ejercicio de la patria potestad sobre ellos, a falta del padre.

4o.) El demandado queda en la obligación de suministrar alimentos congruos a la demandante y a sus menores hijos legítimos \_\_\_\_\_

y \_\_\_\_\_ en cuantía de \$ \_\_\_\_\_

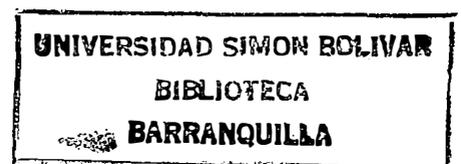
M.L., para cada uno de ellos por mesadas anticipadas. También puede cumplir esta obligación con los intereses de un capital suficiente que consigne un establecimiento de crédito de esta ciudad, dentro del término de diez días.

5o.) Oficiase al respectivo funcionario del Estado Civil para que tome

nota de esta sentencia en los registros de nacimiento y matrimonio de los cónyuges, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 27 rgl. 6a. de la ley 1a. de 1976.

6o.) Regístrese esta sentencia en la tarjeta o libro respectivo de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito.

7o.) Igualmente, regístrese esta sentencia en la respectiva oficina de



Circulación y Tránsito.

Nota: Estos registros son necesarios para hacer saber que los bienes ya no pertenecen a los cónyuges, individualmente considerados, sino a la sociedad conyugal.

80.) Las costas del proceso son de cargo del demandado. Téase.

O se niegan las peticiones principales de la demanda, pero se decreta la separación definitiva de cuerpos y la disolución y liquidación de la sociedad conyugal pedidas subsidiariamente.

O se niegan todas las peticiones de la demanda y se absuelve al demandado de los cargos que en ella se le hicieron, con costas a cargo de la demandante.

Cópiese y notifíquese.

---

Firma del juez

---

Firma del secretario

Nota: Para la notificación de la sentencia véanse los modelos 1, 23 a 25 y 200.

## 7. EFECTOS JURIDICOS DEL DIVORCIO

De acuerdo a Hernán Larrain:

Todas las legislaciones que admiten el divorcio absoluto, convienen en que su objeto principal es disolver el matrimonio, producir la separación de vida común de los cónyuges, la liquidación de cualquier forma de sociedad conyugal o régimen de comunidad de bienes, pasando antes a constituir el acrecentamiento del patrimonio privativo de estos para contraer nuevas nupcias. (44)

Para Roberto Suarez Franco; se "debe entender por efectos del divorcio, las consecuencias inmediatas que de él se siguen, con relación a los cónyuges, a los hijos y a los bienes". (45)

Arturo Valencia Zea; "Los efectos o consecuencias del divorcio tienen carácter necesario, ya que producen la disolución del matrimonio y de

---

(44) LARRAIN RIOS, op. cit. p. 287

(45) SUAREZ FRANCO, op. cit. p. 221.

La sociedad conyugal". (46)

Por su parte Matteo Goldstein y Morduchewicz, " Consideran que el divorcio produce efectos propios y consecuencias comunes, por lo cual se deben regular las numerosas situaciones jurídicas emergentes del matrimonio". (47)

Los efectos de la sentencia de divorcio merecen, para Martha Bahamón y Helo, "Especial atención a la novedad del tema y sus importantes consecuencias en un medio que como el nuestro, no se encuentra apta no económica, ni moral, ni culturalmente, para afrontar este avance legislativo". (48)

#### 7.1 EN CUANTO A LAS PERSONAS DE LOS CONYUGES

El divorcio vincular trae como consecuencia, tal vez la más importante, el rompimiento del vínculo conyugal, dejando a los cónyuges en libertad para volver a contraer matrimonio válido.

---

(46) VALENCIA ZEA, op. cit. p.197

(47) GOLDSTEIN, op.cit. p. 383

(48) BAHAMON, Martha y HELO, Olga. El Divorcio en Colombia. Fondo Rotatorio Oficial, Bogotá, 1977. p.45.

El rompimiento o cesación del vínculo ocasiona a su vez la terminación de las obligaciones recíprocas entre los esposos, a saber: la cohabitación, la fidelidad, el socorro y la ayuda mutua.

Los efectos generales del divorcio se proyectan hacia el futuro, ya que por su naturaleza no pueden ser de aplicación retroactiva.

Cuando la sentencia de divorcio tiene origen en las causales 1o., 2o., 3o., 4o., 5o. y 7o. determinadas en el artículo 4o. de la ley 1a. de 1976, el cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que por causa del matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable, sin que este pueda invocar derechos o concepciones estipuladas exclusivamente en su favor en capitulaciones matrimoniales, lo que es en cierta forma, una manera de indemnizar al cónyuge inocente y sancionar al culpable.

Igualmente los divorciados pierden el derecho a invocar la calidad de cónyuge sobreviviente para heredar ab-in-testato, en la sucesión del otro, ni a reclamar porción conyugal, lo que es apenas una consecuencia lógica de la disolución del matrimonio y de la sociedad conyugal, que es donde se originan esos derechos y que no tienen razón de ser, si ha terminado la entidad que les dá origen.

No estableció la ley autorización alguna a los jueces para condenar en

perjuicios al cónyuge culpable. Aunque tampoco lo dice la norma, se supone que si por efectos de la disolución de la sociedad conyugal, se derivan perjuicios de orden económico, la parte afectada está en libertad de incoar la acción que determine los resarcimientos a que por tal razón tienen derecho.

Aunque tampoco lo contempla la ley se considera que la exoneración del deber de denunciar penalmente al otro cónyuge se pierda por efectos de la sentencia de divorcio, derecho que es inherente a los lazos que crea el vínculo matrimonial y que tampoco tienen razón de subsistir cuando aquellos han prescrito por efectos de sentencia judicial debidamente ejecutoriada.

## 7.2 EN CUANTO A LOS HIJOS

Los hijos nacidos dentro del matrimonio mantienen, obviamente, su carácter de hijos legítimos.

La sentencia de divorcio surte efectos con relación a los hijos comunes y menores de edad, ya que según el artículo 10 de la ley la. de 1976, subsisten los derechos y deberes de los divorciados respecto de los hijos comunes, de acuerdo con las reglas establecidas en el Título XXI del libro I del código civil. Sobre este particular, el artículo 11 de dicha ley señala que sin perjuicio de lo que dispone el juez en sen-

tencia, respecto de la custodia y el ejercicio de la patria potestad, los efectos del divorcio en cuanto a los hijos comunes de los divorciados se reglarán por las disposiciones contenidas en los Títulos XII y XIV del Libro I del Código Civil.

Al producirse la sentencia de divorcio, se determina en ella la suerte futura de los hijos menores, decisión que compete al juez que la dicta, disponiendo que den al cuidado de uno de los cónyuges, o de uno y otro o de otra persona, atendiendo a su edad, sexo y causa probada de divorcio.

Además debe pronunciarse así mismo sobre el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos no emancipados, en aquellos casos en que la causa del divorcio determinan la suspensión a la pérdida de la misma, o si los hijos deben quedar bajo guarda. En uno u otro caso debe ante todo, tener en cuenta los intereses de los hijos primordialmente, y luego los intereses de los padres.

La ley concede al juez que conoce y falla un proceso de divorcio, la facultad de establecer en proporción en que los cónyuges deben contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 257 del código civil, en concordancia con lo establecido en el artículo 423, ordinal 5o. letra c.

Con respecto a la capacidad de que dispone el juez para decidir sobre la suerte futura de los hijos anota Suarez Franco que ,

Si de la secuela del juicio resulta que ambos cónyuges son culpables, deberá el juez entregar los hijos varones menores de 7 años y las mujeres a la madre. Sin embargo , aunque no haya disposición que así lo consagre debe evitar en cuanto a las circunstancias lo permitan , la distribución de los hijos entre sus padres procurando que ellos queden bajo la custodia del más idóneo para llevar a cabo su crianza , educación y establecimiento.

No debe atenerse el juez exclusivamente a lo que acuerden los padres sobre la distribución de sus hijos , cuando hubiere , aproximación entre las partes sobre este aspecto del divorcio , y deberá decretar en el proceso , aun de oficio , las pruebas que considere conveniente o cerciorarse de las circunstancias indispensables mediante las audiencias , sobre la conveniencia de entregar la custodia de los hijos a un cónyuge o a otro. Claro que hay ciertas causales de divorcio que , probadas , conducen a concluir que los hijos deben necesariamente entregársele al cónyuge inocente , pero puede que en ciertos casos que el juez considere prudente apartar a los hijos de sus padres y entregarlos a un familiar o allegado que se interese en su custodia y cuidado. No creemos en la bondad de los centros de educación oficiales , por cuanto la experiencia ha demostrado su ineficacia y perjudicialidad para el menor. (49)

### 7.3 EN CUANTO A LOS BIENES

Los efectos que produce la sentencia de divorcio con relación a los bienes son variados y podemos sintetizarlos así:

---

(49) SUAREZ FRANCO , op. cit. p. 222.

cónyuges responderán solidariamente ante ellos.

Su liquidación puede hacerse de dos maneras:

-Por mutuo consentimiento o escritura pública.

-Por la vía judicial ante el mismo funcionario que conoció el juicio de divorcio.

Ante la situación de ocultamiento de alguno de los bienes por parte de uno de los cónyuges, éste perderá su porción en la cosa estando obligado a restituirla doblada.

### 7.3.2 Revocación de donaciones hechas por causa del matrimonio al cónyuge culpable.

Se requiere que sean efectuadas antes del matrimonio, estableciéndose limitaciones en cuanto al tiempo, pues se exigen sean hechas con anterioridad a la celebración del vínculo para que tengan carácter de irrevocables con el fin de no perjudicar a los terceros, puestos que después del matrimonio se consideran revocables teniendo efecto solamente después del fallecimiento del cónyuge. La otra restricción consagrada por la ley, según el tenor de lo dispuesto en el artículo 1844 del

-Embriaguez habitual

-Uso permanente y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes.

-Condena privativa de la libertad personal superior a 4 años, originadas por delito común.

Se establece también por la norma anteriormente citada, la prohibición al consorte culpable de invocar derechos o concesiones estipuladas exclusivamente en su favor en capitulaciones matrimoniales.

7.3.3 Prohibición de invocar la calidad de cónyuge sobreviviente para heredar ab intestato, en la sucesión del otro, o de solicitar porción conyugal

Cuando el difunto no testó y entra a suplir su voluntad las normas que para el efecto están consagradas en nuestro código civil, libro III, artículo 1037 y siguientes, observaremos que si antes del fallecimiento ocurre el pronunciamiento por parte del juez, de la sentencia judicial que otorga el divorcio ocasionando la disolución de la sociedad conyugal, lo cual trae a su vez la liquidación de ella, en la que les será adjudicado su cuota de gananciales, a cada uno de los cónyuges, y con

esto precluye todo derecho de carácter económico con relación a los bienes matrimoniales, mal podría reclamarse por parte del consorte supérstite un derecho matrimonial puesto que carece de vocación hereditaria.

El artículo 1040 del código civil habla del llamamiento a heredar del cónyuge supérstite, pero el divorcio disuelve el matrimonio desapareciendo tal calidad por la destrucción del vínculo, no pudiéndose hablar ya de consortes, cosa que podría hacerse solamente en el caso de estar separados.

#### 7.3.4 Respecto de terceros

El divorcio produce efectos respecto de terceros, en cuanto al disolver la sociedad conyugal, afecta los intereses y las obligaciones de índole patrimonial que la misma por tal carácter hubiera contraído y que, dictada la sentencia deberán ser atendidos particularmente por cada cónyuge, en la proporción que se desprenda de los dispuesto a lo atinente a la separación de los bienes de dicha sociedad.

Estos efectos se producen desde el momento en que la sentencia queda ejecutoriada en firme y se cumple el registro de inscripción en el registro civil.

Sin embargo, es preciso considerar que las consecuencias pecuniarias se producen virtualmente desde la instauración de la demanda, ya que al suspenderse tácitamente la personería de la sociedad en controversia por encontrarse a la expectativa del respectivo fallo, si bien las obligaciones de tal naturaleza no prescriben por el hecho de ser motivo de demanda, las partes en litigio dilatarán su cumplimiento hasta tanto no se conozca la decisión judicial.

La ley señala los procedimientos del caso para que los efectos salvaguarden los intereses de estos y no los afecten en materia grave, disponiendo que la liquidación conyugal disuelta por divorcio, sea elevada a escritura pública, la que deberá registrarse conforme a la ley para que pueda ser oponible todo el mundo.

Como es obvio, el divorcio no produce respecto de terceros, efecto alguno de orden afectivo. Tampoco en el aspecto moral, distintos de aquellos que se originen en el cumplimiento de lo dispuesto por la sentencia en atención a las obligaciones contraídas por la sociedad conyugal, en la parte que corresponda a cada cónyuge.

#### 7.4 CONSECUENCIAS SOCIOLOGICAS DEL DIVORCIO EN COLOMBIA

Actualmente existe la necesidad de implantar el divorcio como único re-

medio para solucionar los diferentes problemas matrimoniales, que tienen como asidero en unos casos, en la inmensa cantidad de matrimonios realizados para salvar el honor de la familia, sin considerar que su celebración en tales circunstancias casi siempre ajenas a la voluntad de los contrayentes. En esos casos por lo general no se consulta la voluntad de los implicados en el asunto, sino la conveniencia e intereses de sus familiares y allegados, pese a la labor matrimonial que se vienen practicando desde hace algunos años por sacerdotes, con superfluas enseñanzas que en la mayoría de las veces se alejan de la realidad.

En otros, la inmadurez mental de los comprometidos hacen estragos en la institución matrimonial, quedándoles la única alternativa de acudir a él. Así mismo muchas personas se casan sin tener en cuenta los diferentes niveles de desarrollo social con una gran variedad de patrones culturales a que pertenece cada uno, y que con el transcurrir del tiempo les fué imposible asimilarlos.

Pero en el fondo el problema del divorcio es mucho más grave de lo que se piensa, pues la familia colombiana no está preparada social, política ni económica para salir adelante con sus consecuencias, llegando a pretender a largo plazo a desacreditar la institución matrimonial de modo tal que la gente termina por prescindir de ella.

El divorcio como resultado del desquiciamiento de la institución familiar, produce efectos de inocultable gravedad que inciden necesariamente en el comportamiento de la sociedad, en la estructura de la escala de valores que regula su desenvolvimiento y en las consecuencias que se derivan del estado de cosas resultante.

Carlos Gallón, nos dice al respecto:

Si aceptáramos que el matrimonio es simplemente un contrato, como el contrato es un acuerdo de voluntades y las cosas se deshacen como se hacen, bastaría otro contrato, otro acuerdo de voluntades, para que el matrimonio terminara. No nos parece lógico ni justo olvidar la relevancia que dicho contrato tiene. El matrimonio es un contrato, es posible disolver un acuerdo, pero para disolver una familia se necesita algo más que un acuerdo. Las legislaciones que prescriben o limitan el divorcio protegen un bien jurídico. Cuál es ese bien? Sería desproporcionado que todo un sistema social volcara la plenitud de su poder para la protección de un simple acuerdo de voluntades, es más correcto pensar que esta protección recae sobre la familia. Por algo ha sido reconocido como elemento esencial del orden social.

De tal manera que es menester que en el futuro, las providencias y regulaciones que la aplicación de la ley del divorcio vayan resultando, y encausen los principios de doctrina hacia un énfasis mayor en el sostenimiento y solidez de la Institución familiar y en el interés de los hi-

---

(50) GALLÓN, op. cit. p. 24

jos menores pero con firmeza y claridad y no tan gaseosamente de firmados como aparecen en el texto de la ley.

Y que esas medidas mediante la aplicación de normas legales nos incorporen plenamente dentro del concierto de las naciones avanzadas, para que podamos ostentar con indubitable orgullo que por fin pudimos derrotar el oscurantismo y recuperar los valores intangibles de la civilización.

Ahora, si en un futuro se produjera la revisión de las normas concordatorias, se puedan ajustar los intereses representados en las altas partes contratantes, en armonía y respeto recíprocos, de modo tal que las disposiciones pactadas, sin alterar la órbita natural que corresponde a cada potestad, se identifiquen en los propósitos de que las consecuencias solo produzcan resultados eficaces que consoliden las instituciones, preserven el contenido de nuestra dimensión histórica lo engrandezcan y dignifiquen.

## CONCLUSIONES

Vista la razón de ser y la finalidad Suprema de la Institución del Divorcio en nuestro país, las diferentes etapas por las que ha atravesado, la culminación de este proceso que se plasmó con la expedición de la ley la. de 1976 por parte del Congreso de la República, podemos concluir: que de un comienzo el pueblo Colombiano venía clamando desde hace varios años para que el estado consagrara legislativamente el Divorcio Vincular, ello no por simple capricho sino porque debíamos tener una legislación en este sentido: que consagrara legal y moralmente la rehabilitación de aquellos a quienes el contrato o acuerdo matrimonial se les había convertido en un peso demasiado grande imposible de sobrellevar, hogares completamente destruidos, abandono de los cónyuges entre sí en sus deberes de marido o padre o de esposa o madre, irresponsabilidad de estos para con sus hijos, uniones irregulares, aleatorios inestables y ocasionales, los desordenes sexuales surgidos de una falsa noción de masculinidad y feminidad; en fin un estado de cosas lamentables pero desafortunadamente ciertas.

Pedir justicia para justos es fácil y edificante, pero pedir justicia para aquellos que obviamente han fracasado en una relación humana como es el matrimonio, es una empresa que debe ser mucho más fácil, pues es un hecho histórico que las grandes reformas judiciales, las grandes decisiones legales que le dieron al hombre mayores derechos civiles y lo afianzaron más en la libertad y la justicia se hicieron muchas veces en casos de personas fracasadas e ignominiosas.

Ante esta situación y como remedio a la misma el estado tenía consagrada unas disposiciones sobre la separación de cuerpos, pero ésta no era la solución ya que solo suspende la vida en común de los casados, y no le pone freno a la destrucción del hogar ni remedia nada: se requiere algo más operante que le hiciera frente al problema como debía ser: la implantación del Divorcio.

Y como el Divorcio significa la disolución de un matrimonio válido, existente con el derecho a volverse a casar válidamente sin tener que estar condenados a la penosa situación de no tener la más mínima posibilidad legal y hasta moral de constituir una nueva vida, un nuevo hogar mediante la celebración de un nuevo matrimonio; él resuelve el problema.

Muchos creen que el divorcio pretende acabar con el matrimonio pero

de acuerdo a lo investigado el divorcio separa lo que está unido y si no existe la unión no puede existir la separación.

Si se tiene en cuenta que el matrimonio es la unión de un hombre con una mujer, con el fin de vivir juntos, procrear y educar a los hijos, y de auxiliarse mutuamente, lo razonable es que los comportamientos de aquella pareja deben estar acordes con estas finalidades. Cuando este desarrollo armónico se resquebraja haciendo imposible la vida conyugal entra el divorcio a solucionar el conflicto permitiendo, que los cónyuges o al menos aquel que está sufriendo los hechos denigrantes de su persona, recobre su libertad y reaga su vida, proveyendo en torno a la prole las medidas más convenientes para su crecimiento y desarrollo en un ambiente más propicio, pues lo que se trata es evitar la corrupción, donde la convivencia por múltiples razones ya no es posible continuarla, y que trae como consecuencia el deterioro de la moral y de las buenas costumbres, razones que tuvo en cuenta el legislador al establecer causales de disolución del matrimonio civil y otras normas concordantes o afines a ella.

El legislador al haber establecido serias y determinadas causales para acudir al divorcio, no quiso imponerle al matrimonio esta institución sino ante las existencia de aquellos hechos irregulares, queda al arbitrio y a la consideración del cónyuge afectado acudir a él, es decir

el divorcio no es obligatorio. El divorcio impone el respeto mutuo, protegiendo la dignidad de la mujer y el marido.

Sin embargo, consideramos que la ley la. , no colmó las aspiraciones de todos los colombianos, teniendo en cuenta que la gran mayoría, hoy por hoy contrae matrimonio por el rito católico, pues solamente fué instituido para el matrimonio civil, y lo ideal sería que en Colombia existiera el divorcio tanto para el matrimonio civil como para el católico. Fuera de las ataduras del concordato no hay razón que justifique un tratamiento discriminatorio y exclusivista para uno y otro matrimonio.

Desavenida la pareja, rotos los lazos afectivos y desaparecidas las razones que motivaron la unión, no se justifica la permanencia de un vínculo que no cumple ya ninguna función social y se hace necesaria la disolución.

Realmente la ley la. fué un fruto de una fusión y una negociación entre los dos partidos, motivo por el cual se dejaron vacíos, y fueron más las críticas que se le han formulado, que los elogios y los aciertos que se le reconocen. El punto de las causales es lo que más ha sido blanco de las críticas.

Peró en síntesis la ley la. de 1976, de por sí es una gran conquista

por parte de sentores interesados en dar soluciones concretas a los problemas familiares.

Sólo no resta esperar que el tiempo se encargue de ir actualizando sus disposiciones , ir las poniendo a tono con una sociedad en permanente cambio , con problemas constantes para lo cual el derecho debe ir modificando su ordenamiento jurídico.

## BIBLIOGRAFIA

- AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina, Lecciones de Derecho de Familia. Bogotá. Témis 1980.
- BURBANO DE GARCIA, Stela, Matrimonio, Divorcio y Separación de Cuerpos. Bogotá Jurídicas Wilches 1978.
- CAÑON RAMIREZ, Pedro Alejo. Sociedad Conyugal y Concubinato. Derecho Civil. Tomo IV, Legislación Jurisprudencia y Doctrina. 1982.
- DICCIONARIO ENCICLOPEDICO PLANETA. Tomo IV, Editorial Planeta Madrid, Barcelona, Bogotá, Buenos Aires, Caracas, Lima México, Quito, Santiago de Chile.
- FASSI, Santiago C, La Familia Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Buenos Aires. Nos. 98 y 99 Semestral.
- FELIX CASTRO, José. Derecho de Familia. Bogotá, Edición dirigida.
- GOLDSTEIN, Matteo. El Divorcio en Derecho Argentino, logos. Buenos Aires, 1956.
- HEINRICH, Lehman, El Divorcio. Estudio de Derecho Civil Comparado Jurídicas de Chile, Santiago de Chile. 1966.
- JARAMILLO CASTAÑEDA, Armando. Divorcio y Separación de Cuerpos. 5 ed. Bogotá. Jurídicas Wilches 1982.
- JOSSEERAND, Louis, Cours de droit civil. st. Recueil Sirey, París. Tomo I. 1949 Pág. 665.
- JURISPRUDENCIA ECLESIASTICA COLOMBIANA, Nulidad de Matrimonios por defecto del consentimiento. Editorial Témis. Bogotá. 1976.

LARRAIN, Hernán. El Divorcio. Estudio de Derecho Civil Comparado, Jurídicas de Chile.

LOPEZ DE LA PAVA, Enrique. Derecho de Familia, Bogotá Universidad Externado de Colombia. 1970.

LEON JARAMILLO, Gustavo. Derecho de Familia, Ediciones Hombre Nuevo.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia, Librerías Jurídicas Wilches. Bogotá - Colombia 1982.

-----, Derecho de Menores, Primera Edición. Bogotá Colombia. 1983.

NUÑEZ CANTILLO, Adolfo. El Hijo Natural frente a la Legislación Colombiana. Profesor especializado en Derecho de Familia.

PETT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Albatros, Buenos Aires. 1970.

RESTREPO URIBE, Liborio. Matrimonio, Divorcio y Concordato. Bogotá Témis 1972.

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia, del Régimen de las personas. 3 ed... Bogotá. Témis 1981.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho de Familia. Bogotá. Témis 1982.

VEIEZ, Fernando. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. Bogotá Lex 1981.

WEST, Morris L. y FRANCIS, Roberto. Escándalo en la Asamblea.

ZANNONI, Eduardo A. Derecho de Familia. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1978. Tomo II.

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR**  
**BIBLIOTECA**  
**BARRANQUILLA**

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR**  
**BIBLIOTECA**  
**BARRANQUILLA**