

"EL DIVORCIO EN COLOMBIA"

JUAN TORRES MARTINEZ /

Trabajo de Grado presentado
como requisito parcial para
optar al título de ABOGADO.
Director y Asesor RODOLFO
PEREZ VASQUEZ.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1.986

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	
BIBLIOTECA	
BARRANQUILLA	
No. (INVENTARIO)	4034505
PRECIO	
FECHA	25 FEB. 2008
CANJE	DONACION

DR #0963.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

BIBLIOTECA

UNIVERSITARIA

No. INVENTARIO 332

PRECIO

FECHA

CANTIDAD

DESCRIPCION

T
346.016 G
T.693

CUERPO DIRECTIVO

RECTOR

Dr. JOSE CONSUEGRA HIGGINS

VICE-RECTOR

Dr. LEONELLO MARTHE

SECRETARIO GENERAL

Dr. RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA

DECANO DE LA FACULTAD

Dr. CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ

SECRETARIA ACADEMICA

Dra. BLANCA FRANCO DE CASTRO

DEDICATORIA

Al culminar mis estudios, obteniendo la realización de mis esfuerzos, quiero dedicar con cariño este trabajo:

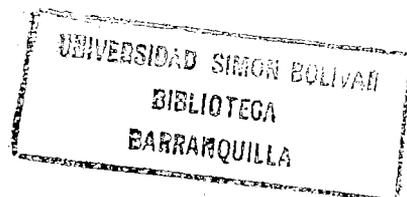
A mi esposa RUTH BONILLA, quien con su permanente apoyo físico y moral me ha secundado en todas las actividades de mi vida.

A mis hijos ALEX ALBERTO, EDWIN DAVID y JUAN CARLOS, quienes han sido para mí un estímulo permanente y un soporte moral para mi superación.

A mi madre, ANDREA MARTINEZ, quien me ha sabido formar y animar constantemente en la realización de mis estudios.

A mi maestra de primaria, ROSA DELFINA LOPEZ, quien intuyó y fomentó en mí los principios elementales de superación.

JUAN TORRES MARTINEZ



AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos:

Al Dr. RODOLFO PEREZ VASQUEZ, mi director y asesor.

Al Dr. CARLOS LLANOS SANCHEZ, Decano de la Facultad.

A la Dra. BLANCA FRANCO DE CASTRO, Secretaria Académica.

A la CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DE DESARROLLO SIMON BOLIVAR, y a su Cuerpo directivo, quienes a través de su Facultad de Derecho hicieron posible el logro de mis aspiraciones.

A todos mis profesores y amigos.

Señor

DECANO FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

Atn. Dr. Carlos Daniel Llanos Sánchez

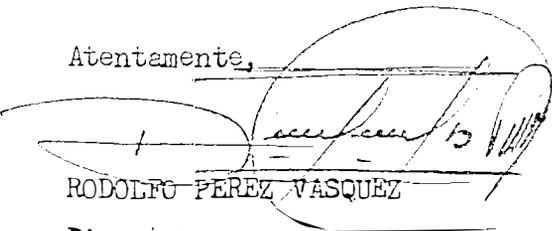
E. S. D.

En mi calidad de Director de la Tesis del graduando Juan Torres Martínez, intitulada "EL DIVORCIO EN COLOMBIA", y después de hacer un estudio minucioso, pude observar, que está contenida en ocho capítulos, desarrollando en ella a cabalidad esa figura jurídica que tanto alcance e importancia tiene en la legislación civil colombiana.

No solo esboza e interpreta las leyes pertinentes, sino que refleja con claridad la doctrina y jurisprudencia, finalizando con sus propios criterios.

Por la eficacia de su trabajo, doy concepto favorable para que cumpla con un requisito más, y pueda optar a su título de abogado.

Atentamente,



RODOLFO PÉREZ VÁSQUEZ

Director.

Barranquilla, noviembre 7 de 1986.

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

TABLA DE CONTENIDO

	PAGINA
INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I	
1. DIVORCIO EN COLOMBIA.....	3
1.1 DIVORCIO EN SENTIDO AMPLIO.....	3
1.2 DIVORCIO EN SENTIDO ESTRICTO.....	3
2. NATURALEZA.....	3
2.1 ES LA TERMINACION DE UN CONTRATO.....	4
2.2 ES LA TERMINACION DEL MATRIMONIO.....	4
2.3 ES UN INSTRUMENTO SOCIAL.....	4
3. DEFINICION.....	4
3.1 CRITERIO JURIDICO.....	4
3.2 ANTECEDENTES HISTORICOS	4
3.3 EL DIVORCIO A TRAVES DE LA HISTORIA EN LA LEGIS LACION COMPRADA.....	6
3.4 EL DIVORCIO A TRAVES DE LA HISTORIA EN LA LEGIS LACION COLOMBIANA.....	8
3.5 APLICACION PROGRESIVA DEL DIVORCIO A NIVEL MUNDIAL	9
CAPITULO II	
1. CLASES DE DIVORCIO.....	12
1.1 DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.....	12
1.2 DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL.....	12
1.3 DIVORCIO REPUDIO.....	12

1.4	DIVORCIO SANCION.....	13
1.5	DIVORCIO SIN ALEGAR CAUSAL.....	13
1.6	DIVORCIO REMEDIO.....	13
1.7	MODALIDADES EN OTRAS LEGISLACIONES.....	15
1.7.1	MODALIDADES EN CHILE.....	15
1.7.1.1	DIVORCIO PERPETUO.....	15
1.7.1.2	EFFECTOS DEL DIVORCIO PERPETUO.....	16
1.7.1.3	DIVORCIO TEMPORAL.....	17
1.7.1.4	CAUSAL.....	17
1.7.2	EL DIVORCIO EN ALEMANIA.....	18
1.7.3	EL DIVORCIO EN FRANCIA.....	18
1.7.4	EL DIVORCIO EN ECUADOR.....	19
1.7.5	EL DIVORCIO EN ESTADOS UNIDOS.....	19
1.7.6	EL DIVORCIO EN HOLANDA.....	20
1.7.7	EL DIVORCIO EN PUERTO RICO.....	20

CAPITULO III

1.	EL MATRIMONIO.....	21
2.	NATURALEZA JURIDICA.....	21
2.1	ES UNA INSTITUCION.....	21
2.2	ES UN CONTRATO.....	22
2.3	ES UNA ORGANIZACION SOCIAL.....	22
2.4	CONSEPCION MIXTA.....	22
2.5	MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO.....	23
3.	REQUISITOS DEL MATRIMONIO.....	23
3.1	REQUISITOS POSITIVOS DE FONDO.....	23
3.2	REQUISITOS NEGATIVOS DE FONDO.....	24
3.3	REQUISITOS DE FORMA.....	24
3.3.1	REQUISITOS DE FORMA COETANEO A LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO	24
3.3.2	REQUISITOS DE FORMA ANTERIORES AL MATRIMONIO.....	25

CAPITULO IV

1.	CAUSAL DEL DIVORCIO.....	27
1.1	CAUSAL PRIMERA.....	27
1.2	CAUSAL SEGUNDA.....	28
1.3	CAUSAL TERCERA.....	28

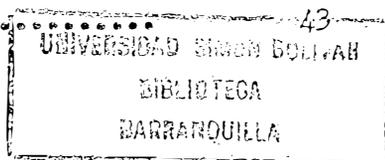
1.4	CAUSAL CUARTA.....	29
1.5	CAUSAL QUINTA.....	29
1.6	CAUSAL SEXTA.....	29
1.7	CAUSAL SEPTIMA.....	30
1.8	CAUSAL OCTAVA.....	30

CAPITULO V

1.	ACCION DE DIVORCIO Y PROCEDIMIENTO.....	32
1.1	CARACTERES DE LA ACCION DEL DIVORCIO.....	32
1.2	EXTINCION DE LA ACCION.....	33
1.2.1	RENUNCIA DE LA ACCION DEL DIVORCIO.....	33
1.2.2	DESISTIMIENTO DE LA ACCION DE DIVORCIO.....	33
1.2.3	RECONCILIACION.....	33
1.2.4	PRESCRIPCION.....	34
1.2.5	PERENCION.....	34
2.	PROCEDIMIENTO.....	34
2.1	PRESUPUESTO DE LA ACCION DE DIVORCIO.....	34
2.1.1	JUEZ COMPETENTE.....	34
2.1.2	PARTES.....	35
2.1.3	LEGITIMACION EN LA CAUSA.....	36
2.1.4	QUE NO HAYA CADUCADO LA ACCION.....	36
2.2	PRESUPUESTO DE LA DEMANDA DE DIVORCIO.....	37
2.2.1	CAPACIDAD JURIDICA PARA SER PARTE.....	37
2.2.2	DEMANDA EN FORMA Y ACOMPAÑAR LOS ANEXOS QUE LA LEY EXIGE.....	37
2.3	QUE NO EXISTA CAUSAL DE NULIDAD NI DE VICIO EN EL PROCEDIMIENTO.....	38
2.4	MEDIDAS CAUTELARES.....	38
2.5	SENTENCIA DE DIVORCIO.....	39
2.5.1	CONTENIDO DE LA SENTENCIA.....	39
2.5.2	EFFECTOS DE LA SENTENCIA.....	40

CAPITULO VI

1.	EFFECTOS DEL DIVORCIO.....	43
1.1	EFFECTOS NECESARIOS EN CUANTO AL MATRIMONIO Y LA SOCIEDAD CONYUGAL.....	43



1.2	OBLIGACIONES DE LOS PADRES DIVORCIADOS PARA CON. LOS HIJOS.....	44
1.3	OBLIGACIONES ALIMENTARIAS A FAVOR DEL DIVORCIADO INOCENTE.....	45

CAPITULO VII

1.	EL DIVORCIO DECRETADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	49
1.1	DIVORCIO DECRETADO EN EL EXTERIOR Y DIVORCIO EN MATRIMONIO, CELEBRADO FUERA DEL PAIS.....	49

CAPITULO VIII

1.	JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SO BRE EL DIVORCIO.....	52
1.1	RELACIONES SEXUALES EXTRAMATRIMONIALES.....	52
1.2	EN EL PROCESO DE DIVORCIO ES NECESARIO ACREDITAR. LA EXISTENCIA DEL MATRIMONIO.....	53
	BIBLIOGRAFIA.....	54

INTRODUCCION

Para efectos de optar al título de Abogado, tomé como tema a desarrollar en Tesis de Grado el del "Divorcio en Colombia"; me motivó para tal escogencia, el hecho de ser esta figura de gran importancia actual, dado el aumento de matrimonios civiles en nuestro país.

Esta figura jurídica tiene una gran relevancia social puesto que es el principio del remedio a las dificultades que aquejan a aquellas parejas con problemas de incompatibilidad muy frecuente, y cada día más numeroso por la modificación que ha habido en la reacción de la familia moderna.

El Divorcio ha tenido siempre una gran incidencia inclusive política ya que marca además una diferencia en relación con la posición de la iglesia como estado frente al matrimonio; los partidos tradicionales han fundamentado muchas veces sus diferencias en la posición respecto al matrimonio civil y al divorcio; aceptando algunas veces la preminencia del matrimonio sacramento sobre el matrimonio contrato.

A pesar que el concordato del año 76 desató algunos nudos de la camisa de fuerza que existía frente al matrimonio y el divorcio, nos quedamos en mitad de camino frente a las necesidades reales de la sociedad, y se impone una revisión de las relaciones entre el estado y la iglesia y una posición del estado más eficaz y acorde con la legislación civil, propósito de algunos legisladores.

Con ésta Tesis, trato de justificar y de solicitar a través de ella; una legislación más eficaz y aplicable sobre el matrimonio y el divorcio, que sea general y obligatorio y que permita la solución esperada de conflictos conyugales representados y así evitar la doble vi

da a que se ven sometidas muchas personas en éste país.

El trabajo lo organicé tratando:

Una parte Histórica; luego la parte Sustancial; y más allá los aspectos Procesales, tomando para ésta última parte los principios de moda en materia procesal civil, informado en autores de la talla de HERNANDO MORALES y del Doctor DEVIS ECHANDIA.

Creo con este trabajo llenar el requisito que me falta para la opción del título de Abogado.-

lógico entonces que exista una reglamentación especial para legalizar ésta situación ello es el divorcio.

2.1 TERMINACION DE UN CONTRATO

Es la terminación de un contrato, con voluntad de ambas partes (Bilateral), o con voluntad de una parte (Unilateralmente).

2.2 TERMINACION DEL MATRIMONIO EN TODOS SUS ASPECTOS.

Es la terminación del matrimonio en todos sus aspectos. Art 152 modificación o Ley 10. de 1.976. Art. 10.

2.3 ES UN INSTRUMENTO.

Es un instrumento que utiliza la sociedad para legalizar la situación que implica la separación.

3. DEFINICION.

"Es la disolución del matrimonio civil por hechos posteriores a su celebración que imposibilita su continuación normal, y por lo tanto, los cónyuges pueden volver a casarse.

3.1 EL divorcio supone un matrimonio válidamente celebrado, lo que claramente lo diferencia de la nulidad.

La palabra divorcio, en su acepción etimológica, se remonta a las voces latinas DIVERTERE y DIVORTIUM, que quiere decir irse cada cual por su lado para no volver a juntarse.

3.2 ANTECEDENTES HISTORICOS.

La ley del 20 de junio de 1.853, estableció la disolubilidad del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio legalmente a adulterio, decretado, ya sea por acto ilícito de cualquiera de ellos ,

como adulterio de la mujer, amancebamiento del marido, injurias graves y frecuentes, maltratos físicos, servicio y ausencia por más de tres años; o por consentimiento mutuo, salvo en el caso de que el varón fuera menor de 25 años y la mujer de 21, que no hubieran transcurrido si quiera dos años desde la celebración del matrimonio, o que hubiere pasado más de 20 años a partir de entonces, o que la mujer tuviera más de cuarenta cumplidos o que los padres de los cónyuges no convinieran, en dicho divorcio.

En el año 1.936, el honorable representante por Cundinamarca, el doctor JORGE URIBE MARQUEZ, presentó al Congreso de la República un proyecto de ley " Por lo cual se hacen algunas reformas sobre estado civil y divorcio".

En ese mismo año, el Representante por el departamento del Valle del Cauca, doctor JORGE E CRUZ, presentó otro "sobre reformas civiles", en cuyo artículo 1, se establecía que " En vida de los cónyuges el matrimonio se disuelve por divorcio". El debate se prolongó hasta el año 1.937, habiendo sido estudiado por el doctor ALFONSO ROMERO AGUIRRE , quien rindió ponencia favorable, proponiendo algunas modificaciones. E se año se presentó un nuevo proyecto de ley "Por el cual se establece, el divorcio vincular", y fué elaborado por los representantes ALFONSO ROMERO AGUIRRE, JESUS A CARDONA, JUAN JOSE TURBAY y ARTURO REGUEROS PERALTA. Este proyecto fué aprobado por la Cámara de Representantes pero no por el Senado. Además de no ser aprobado por el Senado, estos proyectos, los objetó el nuncio de su Santidad de Colombia y la Secretaría de Estado, desempeñada en ese tiempo por el Cardenal PAGELLI , que luego fué PIO XII, fundados como lo observa el Doctor ANTONIO ROCHA (1); en que expresando el artículo 1o. que " el matrimonio civil , se disuelve por la sentencia de los tribunales civiles".

Mas tarde, en el año 1.964, el Senador por Caudas, Doctor IVAN LOPEZ BOTERO, presentó un proyecto sobre la materia titulada "por medio de la cual se modifica el régimen del matrimonio civil". Este proyecto , tampoco fué aprobado por el congreso de la República de Colombia.

El 30 de Julio de 1.974, el mismo Senador volvió a presentar nuevamente un proyecto de ley "por medio de la cual se modifica el régimen del matrimonio civil" (2),

El gobierno actual, en dicho año, siendo Ministro el Doctor ALBERTO SANTOFIMIO BOTERO, presentó un proyecto de la ley elaborado por una comisión compuesta por los Doctores ARTURO VALENCIA ZEA, ALVARO PEREZ VIVES, JOSEFINA AMEZQUITA DE ALMEIDA, HERNANDO DEVIS EGHANDIA Y CIRO ANGARITA.

El gobierno presentó por medio del Ministro de Justicia, Doctor SAMUEL HOYOS ARANGO, el proyecto de la ley número 58 de 1.975, "por la cual se establece el divorcio del matrimonio civil, se regula la separación de cuerpos y se dictan otras disposiciones". Este proyecto, fué elaborado por una comisión integrada por los Doctores GESAR GOMEZ ESTRADA, CARLOS HOLGUIN, GERMAN GIRALDO ZULUAGA, HERNANDO TAPIAS HOLGUIN y MARCO GERARDO MONROY CABRA. El Senador GREGORIO BEGERRA, le introdujo algunas modificaciones y luego de un acuerdo entre la comisión y el ponente, se logró presentar un texto unico que fué aprobado tanto por la Cámara de Representantes como por el Senado, convirtiéndose en ley 1a. de 1.976, que entró en vigencia el 18 de Febrero de 1.976 cuando fué publicada en el Diario Oficial No. 34-492.

3.3 EL DIVORCIO A TRAVES DE LA HISTORIA EN LA LEGISLACION COMPARADA.

En el pueblo Hebreo, se concebía el divorcio en el sentido de la repudiación de la mujer por el marido. En efecto el DEUTERONOMIO en el versículo 10. del capítulo XXIV decía: Cuando alguno tomare mujer y se casare con ella, si después no le agrada por haberle encontrado alguna cosa torpe, le escribirá carta de repudio, se la entregará en su mano y después la despedirá de su casa.

En Egipto: La situación del marido y de la mujer era, con respecto ; al divorcio muy desigual. La mujer tomaba toda clase de precauciones para escapar a las consecuencias del divorcio; estipulaba multas, hipotecas, que el marido debía satisfacerle en caso de la ruptura del vínculo matrimonial. Ella en cambio, dejaba a salvo su derecho para pedir el divorcio cuando lo creyera oportuno.

En Grecia: Se podía solicitar el divorcio por causales preestablecidas entre las cuales se encontraba el mutuo consentimiento de los cónyuges

En Roma: En un comienzo solo existió el divorcio por mutuo consentimiento y el repudio en favor del marido.

En la actualidad, la mayoría de los países civilizados aceptan en sus legislaciones el divorcio con disolución del vínculo, en Europa solo lo repudian España e Italia.

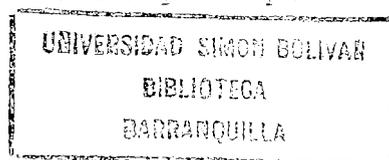
En cuanto a las causales que dan lugar al divorcio en las distintas legislaciones, y las medidas legislativas que se han tomado para evitar que se haga un abuso de él, tenemos:

Causales de carácter criminológico: El adulterio de cualquiera de los cónyuges, la condenación de algunos de ellos por delito que encierre, cierta gravedad, el atentado contra la virtud, el abandono del hogar, la conducta deshonesta, etc.

La razón de ser de estas causales es fácil de comprender por cuanto no puede obligarse al cónyuge inocente a que comparta su vida con quien incurre en la comisión de delitos comunes o en actos que repugnan a la moral.

Otras causales son las llamadas Antieugenicicas: Se fundamentan estos en que así como el legislador mediante los impedimentos procura que el matrimonio que se celebre sea útil a la sociedad, debe aceptar también que el vínculo se disuelva si estos impedimentos aparecen con posterioridad a la celebración del matrimonio, entre estas causales tenemos el alcoholismo crónico, el uso y abuso de estupefacientes, la demencia y la impotencia o esterilidad posteriores del matrimonio que afectan a alguno de los cónyuges.

La incompatibilidad de caracteres es una causal que solo acepta algunos países como: Austria, Grecia, Cuba y la mayoría de los Estados Unidos, de Norteamérica. Se teme y con razón, el abuso que se puede hacer de



esta causal, cayéndose así en Franca inestabilidad del vínculo matrimonial.

Todos los códigos tratan de evitar que se abuse del divorcio. Para este efecto contemplan una serie de normas que tiendan a impedir que se propague, por ejemplo, es común establecer la obligación del cónyuge culpable, o sea el que por su culpa dió origen al divorcio, de pagar indemnización al cónyuge inocente y de perder los gananciales de la sociedad conyugal si ésta hubiere existido.

3.4 EL DIVORCIO A TRAVES DE LA HISTORIA EN LA LEGISLACION COLOMBIANA.

Para hablar del divorcio a través de la historia en la legislación colombiana, tenemos que hablar de Antecedentes de la ley 10. de 1.976.

En nuestro derecho a partir de 1.821 y hasta la vigencia de la ley 1a de 1.976, se mantuvo el principio de la indisolubilidad del matrimonio no obstante habrá existido épocas en que se acogió el divorcio vincular.

Tal fué lo ocurrido entre los años 1.853 y 1.856, cuando se institucio nalizó el divorcio para toda la nación, mediante la ley del 20 de junio se contemplaban dos fuentes, descansaron las causales del divorcio.

La ley se encargaba de fijar el procedimiento que se debían seguir tanto para lograr el divorcio por adulterio como por consentimiento mutuo y no podía interesarse sino transcurrido un año después de formulada , la demanda, toda sentencia de divorcio tenía que consultarse con el tribunal superior respectivo.

En el divorcio por mutuo acuerdo, los hijos menores de siete años y las mujeres quedaban bajo potestad de la madre y los mayores de siete años bajo la potestad del padre. En el divorcio por delito, los hijos mayores de tres años, pasaban a potestad del cónyuge inocente y el culpable quedaba a colaborar con la crianza y educación de los hijos de manera prevista por el juez.

Bajo el gobierno del Presidente ALFONSO LOPEZ MICHELSEN, se inició un proceso tendiente al establecimiento del divorcio vincular en Colombia como culminación o ejecución de uno de los postulados de su plataforma política expedida para su campaña presidencial. Fué así como el Congresista ALBERTO SANTOFIMIO BOTERO, Ministro de Justicia, presentó un proyecto de divorcio para matrimonios civiles, reservandose la indisolubilidad matrimonial a los matrimonios católicos. El proyecto que contemplaba nueve causales de divorcio, no llegó a convertirse en ley de la República. Fué entonces cuando el Ministro Conservador doctor SAMUEL HOYOS ARANGO, a instancias del gobierno de coalición, presentó un proyecto de divorcio que a la postre con varias modificaciones y re formas introducidas por la Cámara se convirtió en ley 1a. de 1.976.

3.5 APLICACION PROGRESIVA DEL DIVORCIO A NIVEL MUNDIAL:

El divorcio se ha venido aplicando progresivamente a nivel mundial, mucho se ha lucubrado sobre este problema del divorcio, teniendo en cuenta la historia del derecho y de las diversas legislaciones del pasado y del presente, pueden distinguirse distintas tendencias a éste respecto desde el denominado divorcio-repudiación hasta la absoluta indisolubilidad matrimonial.

En las más antiguas legislaciones, en razón de la relevante potestad, que se otorgaba al marido podía este disolver el matrimonio mediante repudio, algunos regímenes jurídicos islámicos conocen esta clase de divorcio.

Durante una época fue rechazado éste tipo de divorcio, pero renace en nuestros días en varios países: Francia, Alemania Federal, México, Costa Rica, Perú, Brasil, países sociales etc.

Y así progresivamente se ha venido aplicando en casi todas las legislaciones de los diversos países del mundo. En muchos casos no existen faltas, sino falta de comprensión o incompatibilidad de carácter, lo que indica que el divorcio no se funda en faltas graves, sino también en la comprobación del fracaso de la vida conyugal.

En cuanto a los bienes, la mitad de estos pertenecían, por el ministerio de la ley a los hijos que procrearan en el matrimonio, sin importar si el divorcio ocurría por mutuo consentimiento o por delito, en éste último caso, solo pasaba el dominio de los hijos la mitad de los bienes del cónyuge culpable.

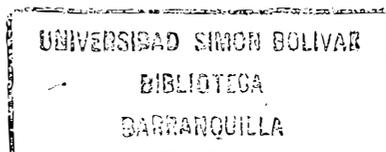
El divorcio vincular desapareció como institución de orden nacional, en el año 1.856, sin embargo, a partir de 1.859, con el advenimiento, de la Constitución Federalista, Granadina, en algunas provincias, que luego se convirtieron en Estados, como Panamá Santander, Bolívar y Magdalena, se institucionalizó el divorcio vincular en sus legislaciones, pero a partir de 1.887 cuando mediante la ley 57 se adoptó el c.c. del Estado de Cundinamarca para toda la nación, se restauró la indisolubilidad del vínculo, situación que perduró hasta el 18 de febrero de 1.976, fecha en que entró en vigencia la ley de divorcio del matrimonio civil.

Antes de la vigencia de la ley 1a. de 1.976, se presentaron varios proyectos sobre el divorcio en febrero de 1.937.

Una comisión especial de la cámara de Representantes, integrada por RICARDO SARMIENTO ALARCON y JESUS ANTONIO GUZMAN, presentó un proyecto en el cual comprendía 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 cuatro capítulos, contentivos de tema sobre disposiciones generales, separación conyugal, procedimiento y disposiciones varias.

El 27 de julio de 1.937, los representantes ALFONSO ROMERO AGUIRRE, JUAN JOSE TURBAY, JESUS A. CARDONA y ARTURO PERALTA, presentaron otro proyecto, redactado en dos artículos que contemplaban el divorcio y que la indisolubilidad matrimonial no era de orden público en Colombia (3).

- (1) ROCHA ANTONIO. Matrimonio, Educación y Actualidad Concordataria Ediciones Populibro, Bogotá 1.975.
- (2) Proyecto de Ley, Núm 18 de 1.974.
- (3) LOZANO PEDRO PABLO. EL Divorcio en Colombia, Bogotá Imprenta Nacional 1.937.-



CAPITULO II

2. CLASES DE DIVORCIO.

Después de haber estudiado lo referente a la definición del divorcio sus antecedentes, evolución histórica etc. Pasamos a estudiar también las distintas modalidades del divorcio en nuestra legislación ; y en la legislación Chilena como derecho comparado. Así mismo un análisis somero del divorcio en otras legislaciones.

1.1 DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

Inspirado en la teoría de que el matrimonio es un contrato se le permite a los esposos desatar aquél vínculo matrimonial, que voluntariamente crearon.

1.2 DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL.

Se fundamenta en la teoría de que siendo el matrimonio una unión libre, bien podía cada cónyuge recobrar su libertad.

1.3 DIVORCIO REPUDIO.

Existía en el derecho antiguo, es una manera de deshacer el vínculo por la voluntad omnimoda de uno de los cónyuges, casi siempre el marido. Entre el pueblo judío encontramos un ejemplo de tal modalidad "Si un hombre toma una mujer y después de haber cohabitado con ella viniera a ser mal vista, él por algún vicio notable (de alma o de cuerpo), hará una escritura de repudio y la pondrá en mano de la mu

jer y la despedirá de su casa" (4)

1.4 DIVORCIO SANCION.

Admite solamente como causa de divorcio, la falta grave de uno de los cónyuges y tomando como un verdadero castigo el divorcio decretado.

1.5 DIVORCIO SIN ALEGAR CAUSAL.

Se decreta el divorcio cuando el juez considere que la unión material y espiritual se ha roto entre los cónyuges.

1.6 DIVORCIO REMEDIO.

Busca el restablecimiento de la normalidad así no pueda hacerlo de la manera más deseada como restablecimiento total, su disolución no ~~depende~~ de de la voluntad de los cónyuges sino que está limitada a los acontecimientos que han hecho imposible o difícil la vida conyugal pero sin que existan en ninguno de los cónyuges falta alguna.

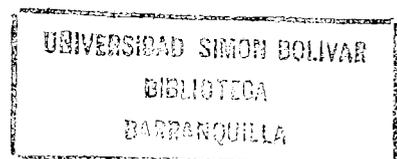
Para nuestra legislación existen tres clases de divorcio:

1.- DIVORCIO SANCION.

Encontramos dentro de esta modalidad las siguientes causales:

A.- Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado. Se presumen las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma o eficacia. Art. 154. Modificado. Ley 12. de 1.976, art.4o.

B.- 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.



C.- Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ello peligran la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendientes, o se hacen imposibles la paz y el sociogdoméstico.

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

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

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

2.- DIVORCIO REMEDIO.

La aplicación de este encierra las siguientes causales:

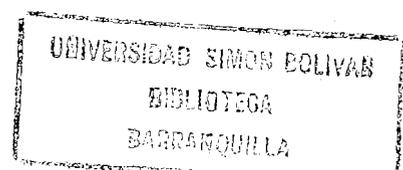
A.- Toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o síquica de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.

B.- 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 o infamante.

3.- DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

Aunque no está consagrada en nuestra legislación la causa de divorcio por mutuo consentimiento al analizar la causal 8 del artículo 154 del C.C. vemos que se trata de una forma indirecta de divorcio por mutuo consentimiento. El numeral 8 del art. 154 dice que una causal para el divorcio es la separación de cuerpos decretada judicialmente, que perdure más de dos años.

Analizando el artículo 15 de la ley 1a. de 1.976, modificado al artí



165 Modificado. Ley 1a. numeral dos encontramos ésta señalada para lograr la separación de cuerpos "Por mutuo consentimiento de los cónyuges, manifestado ante el juez competente.

De esta manera podemos observar como se puede llegar indirectamente al divorcio por mutuo consentimiento a través de la separación de cuerpos

1.7 MODALIDADES EN OTRAS LEGISLACIONES.

Me limitaré a estudiar el divorcio en la legislación chilena como derecho comparado y haré un análisis somero del divorcio en otras legislaciones.

1.7.1 MODALIDADES EN CHILE.

1.7.1.1 DIVORCIO PERPETUO

CAUSALES:

A.- Adulterio de la mujer o del marido; ésta causal es aceptada universalmente, caen pues en él la mujer casada que yace con hombre que no sea su mujer.

En material penal se considera como adulterio del marido el que éste tenga manceba dentro de su casa o fuera de ella o con escándalo.

B.- Ser uno de los cónyuges autor, instigador o cómplice en la perpetración de un delito contra los bienes, la honrra o la vida del otro cónyuge, además en cualquiera de las modalidades delito consumado, el delito frustrado y la tentativa, pues la disposición se refiere a la preparación del delito.

En este caso, ésta causal debe probarse por medio de sentencia ejecutoriada.

C.- Condenación de uno de los cónyuges por crimen o simple delito; En esta causal, para poderse solicitar el divorcio basta con que el cónyuge haya sido condenado por un simple delito, sin atender a la mayor o menor gravedad de la pena que haya merecido el hecho punible por ejemplo:

- 1o- Que el conyuge haya sido condenado por un simple delito o crimen.
- 2o- Que la condena se haya impuesto por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.
- 3o- Tentativa para corromper a los hijos o complicidad en la corrupción; en esta causal el legislador tampoco acepta la reconciliación de los cónyuges, tampoco es necesario que los hijos que se traten de corromper sean comunes de ambos cónyuges, basta que lo sea de cualquiera de ellos.

1.7.1.2 EFECTOS DEL DIVORCIO PERPETUO.

A.- En cuanto a los Hijos:

Según lo anunciado en los artículos 223 y 224, reformados por la ley 5680 del 13 de septiembre de 1.935, a la madre divorciada ha ya o no dado lugar al divorcio, le toca el cuidado personal de los hijos menores de diez años y de las hijas de toda edad, y el marido, el cuidado de los hijos varones, desde que han cumplido, diez años.

Si ambos padres son inhábiles el juez confiará el cuidado personal de los hijos a otra persona o persona competente preferenciales a los ascendientes legítimos. A falta de estos, a un reformatorio autorizado para éste efecto por el Presidente de la República. (art. 21. de la ley 4447).

B.- Efectos con relación a los bienes de los cónyuges:

A.- Se disuelve la sociedad conyugal si ella hubiera existido.

B.- Si los cónyuges estuvieren casados bajo el régimen de sociedad, la mujer recobra su plena capacidad.

1.7.1.3 DIVORCIO TEMPORAL.

Tiene limitación en el tiempo según lo establece el artículo 20, inciso 2 de la ley del matrimonio civil, que dice: "La duración del divorcio temporal no pasará de cinco años". Dentro de este plazo, queda al criterio del juez fijar su duración atendiendo al mérito del proceso, y la naturaleza de las causales probadas.

1.7.1.4 CAUSALES.

A.- Avaricia del marido, si llega hasta privar a su mujer de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades, durante el régimen, normal del matrimonio, el marido es el administrador de la sociedad conyugal y percibe los frutos de los bienes de la mujer, por lo tanto está obligado por la ley a suministrarle lo necesario para la vida.

B.- Negarse la mujer sin causa legal a seguir a su marido:

El marido tiene derecho a obligar a su mujer a vivir con él a seguirle donde quiera que traslade su residencia. El incumplimiento de ésta obligación sin causa justificada por parte de la mujer autoriza al marido para solicitar el divorcio.

C.- Malos tratamientos de obra inferidos a los hijos, si pusieren en peligro su vida:

El maltrato a que se hace referencia, debe ser de tal gravedad, que ponga en peligro la integridad física del hijo.

1.7.1.5 EFECTOS DEL DIVORCIO TEMPORAL:

En lo relacionado con los hijos y la persona de los cónyuges, se producen los mismos efectos que se presentan en el divorcio perpetuo.

En lo que respecta a los bienes de los cónyuges, la situación difiere en principio, el divorcio temporal no afecta a los bienes, no disuelve la sociedad conyugal, ni la mujer recobra su capacidad.

1.7.2 EL DIVORCIO EN ALEMANIA.

A.- PRINCIPIO DE LA CULPABILIDAD:

No puede pedir el divorcio el cónyuge culpable de adulterio, o que lo ha consentido o lo ha hecho posible o lo ha facilitado.

B.- Según el artículo 43 de la ley 16 de 1.946: "Un cónyuge puede solicitar el divorcio cuando el otro por falta conyugal grave o por comportamiento inmoral ha producido una perturbación en la relaciones matrimoniales que no pueda esperar la reanudación de una vida en común digna", no se puede solicitar el divorcio cuando un cónyuge ha cometido una falta que atendiendo a su naturaleza y sobre todo a causa de la conexión de la falta del otro cónyuge con su propia culpabilidad no justificada la solicitud de divorcio que atienda debidamente la dignidad de la institución matrimonial.

D.- Los artículos 44 al 48, consagran otras causales, tales como enfermedad mental, conducta derivada, enfermedad contagiosa o repulsiva

1.7.3 EL DIVORCIO EN FRANCIA.

L

Las causales para pedir el divorcio en Francia según los artículos 229 al 232, son los siguientes:

A.- ADULTERIO:

Es preciso que exista consumación, no bastando la simple intimidad no hay diferencia entre el cometido por la mujer o por el marido

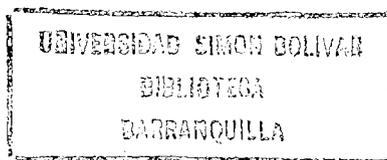
B.- CONDENA:

Las penas según el artículo 7 del código penal, son las siguiente: Muerte, reclusión y la detención criminal a perpetuidad, la reclusión y la detención criminal cierto tiempo.

C.- EXCESOS, SEMICIA e INJURIAS:

Los hechos deben constituir violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones, y hacer intolerable la continuidad del vínculo.

Conyugal, en cuanto a los motivos, la jurisprudencia acepta la in



juría grave o los malos tratos, embriaguez, falta al deber de fidelidad, juego de azar, crueldad mental etc.

1.7.4 EL DIVORCIO EN ECUADOR.

El artículo 132 de la codificación de 1.960 expresa:

- A.- El adulterio de uno de los cónyuges.
- B.- Sevicia.
- C.- Amenazas graves y frecuentes de un cónyuge contra la vida del otro
- D.- El hecho de que dé a luz la mujer un hijo concebido antes, siempre siempre que el marido hubiere reclamado contra la legitimación del hijo y obteniendo una sentencia ejecutoriada que declare la ilegitimidad, conforme a lo dispuesto en éste código.

1.7.5 EL DIVORCIO EN ESTADOS UNIDOS.

Son causas de divorcio:

A.- Adulterio.

Esta causa es válida en todos los estados, se extiende también a actos de homosexualismo. No se concede el divorcio cuando ha mediado perdón del inocente, ni cuando el adulterio es recíproco; ni cuando el inocente no presenta la demanda, si no transcurrido cierto tiempo.

B.- Abandono.

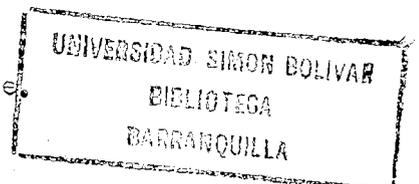
Es causa de divorcio en todos los estados menos en Carolina del Norte. La mayoría de las leyes exigen que el abandono dure determinado tiempo.

C.- Separación de Hecho.

Esta separación debe durar 2, 3, 5 y 10 años, según el Estado en que se presente.

D.- La Intemperancia alcoholica habitual.

E.- Enajenación mental, duradera e incurable.



1.7.6 EL DIVORCIO EN HOLANDA.

La legislación holandesa no consagra el divorcio por mutuo consentimiento.

Las causales son las siguientes:

A.- Adulterio.

B.- Abandono malicioso;

La acción solo puede ser admitida en caso de que el esposo que haya abandonado el domicilio sin causa legítima, persiste en la negación de restablecer la vida en común. Debe existir para que se apruebe ésta causa por lo menos cinco años de abandono.

C.- La condena por delito;

A una pena de prisión por más de cuatro años.

1.7.7 EL DIVORCIO EN PUERTO RICO.

A.- El adulterio de cualquiera de los cónyuges.

B.- La condena de uno de los cónyuges por delito grave que lleve a la pareja la pérdida de derecho civil.

C.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer.

D.- El abandono de la mujer por su marido o del marido por su mujer por un tiempo mayor de un año.

E.- La locura incurable de cualquiera de los esposos, sobrevenida después del matrimonio, por un período de más de siete años, cuando impida la convivencia de los cónyuges, y comprobada satisfactoriamente por un dictamen de los peritos- médicos.

(4) DEUTERONOMIO. Cap. 24. Versí. 1o. Petisco.

CAPITULO III

EL MATRIMONIO: Definición, Naturaleza, Requisitos.

1. DEFINICION.

Al ocuparnos del divorcio como tema principal, no podemos pasar pasar por alto el fenómeno opuesto a él, o sea el Matrimonio, éste capítulo estudia todo lo referente a institución, sus fines, requisitos etc.

En el Digesto Modestino (5) lo definió así:

El Matrimonio es la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para el mutuo socorro, a llevar el peso de la vida, y para compartir su común destino.

En nuestro código civil está contemplado en el artículo 113 y lo define de la siguiente manera: "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".

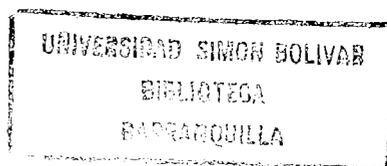
2. NATURALEZA JURIDICA.

o

Con respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio, existen varias teorías a saber:

2.1 ES UNA INSTITUCION.

Básada en las ideas expuestas por REWARD y HAURION, la expone BONNE CASE en los siguientes términos:



El matrimonio es una Institución compuesta de un conjunto de reglas , esenciales imperativas, cuya finalidad es de dar a la unión de los sexos a la familia, es una organización moral que corresponda a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanente del hombre, las directivas dadas por la noción del derecho (6)

Los tratadistas MAZEAUD, afirman que el "matrimonio- estado, el carácter institucional es el que predomina las reglas que rigen los aspectos durante su unión conyugal, están fijadas imperativamente por el legislador, los esposos no podrían modificarlas", pero luego agregan, que en el sistema francés existe un sistema mixto en el carácter institucional ya que tienen en cuenta el elemento consensual.

En nuestro sistema puede decirse que es mixto, por cuanto se tiene en cuenta la voluntad de las partes, a autoridad pública a los esposos(6)

2.2 ES UN CONTRATO.

En el derecho canónico, el matrimonio aún estado elevado a la dignidad de sacramento y aun reconocimiento de origen divino, es considerado como un contrato, el consentimiento de los esposos debe ser un sacramento delegado por el ministro del culto, el párroco o el obispo o un sacerdote delegado por ellos (canones 1012 y 1018).

Nuestro código civil en el artículo 113, define el matrimonio como un "contrato solemne por el cual una mujer y un hombre se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente", esto significa que a la luz del derecho positivo colombiano, el matrimonio civil es un contrato solemne y debe ser concluído en la forma preescrita por , la ley ad substantiam actus.

2.3 ES UNA ORGANIZACION SOCIAL

Es la base de la sociedad, es la primer forma de sociedad, su núcleo primario, los países que tienen una sociedad y una sólida familia tienen un buen desarrollo social.

2.4 CONSECION MIXTA:

Algunos autores (PLANIOL, RIPERT, los Hermanos MAZEAUD), dicen que el matrimonio es un contrato por cuanto existe voluntad creadora , de

efectos jurídicos e institución puesto que la ley regula los efectos y la duración del matrimonio, no hay duda de que el matrimonio no es un contrato equiparable sino como lo afirmamos anteriormente, un negocio jurídico de la familia y desde luego, extrapatrimonial. El régimen matrimonial no es un derogable por voluntad de las partes.

2.5 MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO.

LEON DUGUIT (7), expresa esta teoría en los siguientes términos:

"Ver en el matrimonio un contrato es innegablemente un error. Sin duda, es una convención pero una convención que es la condición de nacimiento de una situación legal objetiva: La situación legal de casados el estado de casados; situación permanente que tiene consecuencias generalmente que se imponen no solo a los esposos, sino a todos, y que está determinada por la ley en sus efectos y en su extinción".

3. REQUISITOS DEL MATRIMONIO.

Existen requisitos que se refieren a las cualidades que deben reunir, los contrayentes en sí mismo considerados y requisitos de forma a aquellos que se refieren a la forma como ha de celebrarse el matrimonio. Los requisitos pueden ser positivos o negativos.

3.1 REQUISITOS POSITIVOS DE FONDO.

A.- DIFERENCIA DE SEXOS EN LOS CONTRAYENTES.

Contempla nuestro código civil colombiano en su artículo 113 en forma expresa, el matrimonio es un acto solemne entre un hombre y una mujer, esta condición allí impuesta pertenece a la esencia, misma del matrimonio. El acto que se intentase con omisión de este requisito no llegaría a nacer el derecho; sería inexistente.

B.- LA PUBERTAD.

Es esa época de la vida en que comienza a manifestarse en el hombre o en la mujer la aptitud para reproducirse influyendo mucho en este aspecto factores como la raza, alimentación el medio climático

en que se viva etc.

La mujer sin duda alguna llega a la pubertad mas temprano que el hombre.

En el derecho canónico la edad minima para contraer matrimonio válidamente es de dieciseis años para el varón es de catorce años para la mujer.

3.2 REQUISITOS NEGATIVOS DE FONDO.

A.- INEXISTENCIA DE VINCULO MATRIMONIAL ENTRE LOS CONTRAYENTES:

Tiene su fundamento en régimen familiar adoptado por nuestra legislación es decir la monogamia.

La inobservancia de éste requisito conlleva además de la nulidad del segundo matrimonio, a incurrir en la conducta sancionada por el artículo 358 del código penal (Delito de Bigamia).

B.- HOMICIDIO DEL CONYUGE.

Es la prohibición absoluta de contraer matrimonio que ha matado o ha hecho matar al cónyuge con quien estaba unido. Este impedimento o prohibición no tiene existencia mientras no se dicte la sentencia que declare delito.

C.- ADULTERIO DE LA MUJER.

Se prohíbe el matrimonio entre la mujer adúltera y su cómplice , siempre que antes de celebrarse se hubiere declarado judicialmente al adulterio (C.C. art. 140. num. 7)

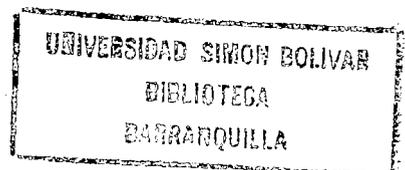
3.3 REQUISITOS DE FORMA

Este requisito está condicionado a establecer el cumplimiento de la solemnidad decretada en este caso por el legislador.

3.3.1 REQUISITOS DE FORMA COETANEO A LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.

A.- LOS RELACIONADOS CON EL FUNCIONARIO.

En competencia para conocer de la celebración del matrimonio el



juez civil municipal del domicilio de la mujer, artículo 126 del código civil.

B.- LOS RELACIONADOS CON EL LUGAR.

Nuestro ordenamiento legal dispone que debe celebrarse donde tenga su domicilio la mujer.

C.- Los relacionados con la presencia del cónyuge, requisito que fundamentalmente que los contrayentes expresen su declaración de voluntad ante el juez, su secretario, y dos testigos salvo el caso que uno de ellos se encuentre ausente y exprese su declaración mediante apoderado.

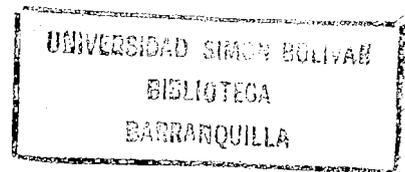
D.- ACTA Y REGISTRO.

Expresado el consentimiento se levantará un acta de lo ocurrido, lo cual firmará el juez, los contrayentes, testigos y el secretario.

3.3.2 REQUISITOS DE FORMA ANTERIORES AL MATRIMONIO.

A.- AVISO AL JUEZ Y PUBLICACIONES.

Los que quieran contraer matrimonio deben dirigirse al juez competente y manifestar su decisión verbalmente o por escrito. En este acto el memorial respectivo expresará los nombres de los padres o curador según sea el caso y de los testigos que deben declarar las cualidades de estos para poderse unir en el matrimonio. Dando el lugar de la vecindad de aquellas personas, si rinde los requisitos anteriores descritos el juez procederá a recepcionar la declaración a los testigos indicados por los solicitantes, integrados los testigos indicados por los solicitantes el juez ordenará finar un edicto por quince días en la puerta de su despacho, anunciando en él los nombres y apellidos de los contrayentes y el lugar de su nacimiento, para que dentro del término fijado anteriormente, concurra el que crea con derecho a impedir el matrimonio o para que se denuncien los impedimentos que existen entre los contrayentes.



Si existe oposición, el juez dispondrá que en ocho días los interesados presenten pruebas de la oposición concluída, los cuales señalará el día para la celebración del juicio, y citadas las partes, se resolverá la oposición de tres días después de haberse practicado ésta diligencia. El fallo del juez puede apelarse ante el inmediato superior.

(5) MONROY CABRA, MARCO GERARDO. Matrimonio Civil y Divorcio en Colombia, 2a. ed. Edit. Temis 1.979.

(6) BONNECOSE, JULIEN. Precis de droit civil, t.I. París Dalloz. 1954

(7) LEON DUGUIT, Cita de ARTURO VALENCIA SEA, Derecho Civil. T.V, Bogotá, Edit, Temis, 1.977.

CAPITULO IV

1. CAUSALES DEL DIVORCIO.

1.1 CAUSAL PRIMERA.

La relación sexual de un varón casado con una mujer distinta de la de la propia o de la mujer casada con varón que no sea su marido. Se puede observar que la expresión Relaciones Sexuales Extramatrimoniales se refiere en primer lugar al adulterio. En este caso es indiferente que lo cometa el varón o la mujer, y tiene lugar tanto si el cómplice en el adulterio es casado, o es soltero.

Es suficiente la mera unión carnal, aún practicada por una sola vez para que se produzca el derecho al divorcio.

Las relaciones sexuales existen en los siguientes casos:

- A.- En la cópula perfecta, que implica la penetración del miembro viril en la vagina de la mujer de modo natural y la efusión de verdadero semen dentro del órgano femenino.
- B.- En la cópula imperfecta, que consiste en la penetración del miembro viril sin efusión de semen dentro de la vagina de la mujer y su polución.
- C.- En el coito vestibular (inseminato ad oes vagine)
- D.- La inseminación artificial; si bien no supone la cópula carnal, no puede ser objeto de consentimiento matrimonial por su carácter ilícito.

1.2 CAUSAL SEGUNDO.

Es grave e injustificado incumplimiento por parte de algunos de los cónyuges de sus deberes de marido o de padre y de esposa o de madre. Se puede presentar esta causal cuando cualquiera de los cónyuges, se niega sistemáticamente al debito conyugal, abandona el hogar o incumple la obligación alimentaria, o no suministra lo necesario para la crianza y educación de los hijos.

Al respecto se deben hacer las siguientes observaciones:

A.- El incumplimiento debe ser grave e injustificado.

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

Las principales aplicaciones que se dan a esta causal, según el tratadista ARTURO VALENCIA ZEA (9), son las siguientes:

1o- La negativa constante de uno de los cónyuges a la realización sexual.

2o- La negativa a la procreación mediante el uso de métodos anticonceptivos.

3o- La negativa a la formación de un hogar, o sea el querer vivir bajo un mismo techo.

4o- El abandono de los hijos

5o- El abandono del hogar.

1.3 CAUSAL TERCERA.

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 cónyuges o de sus descendientes, o sea hacen imposible la paz y el sosiego doméstico.

El trato cruel puede definirse como la conducta desconsiderada que realiza un cónyuge hacia el otro, igualmente los maltratamientos de obra son ataques o injurias, pero provenientes de acciones materiales de que son, ejemplo: Los golpes, las lesiones personales etc.

En caso concreto, el juez apreciará la gravedad del ataque o injuria o los maltratos de obra según el estado de las costumbres, a la educación y el medio en el cual se ha producido.

1.4 CAUSAL CUARTA.

"La embriaguez habitual de uno de los cónyuges".

Al analizar esta causal el juez debe tener en cuenta si la embriaguez es habitual o simplemente se trata de un aspecto esporádico y además de conformidad con el previsto en el artículo 5 de la ley 1a., si tal embriaguez conduce al desquiciamiento de la comunión espiritual y material entre los cónyuges.

1.5 CAUSAL QUINTA:

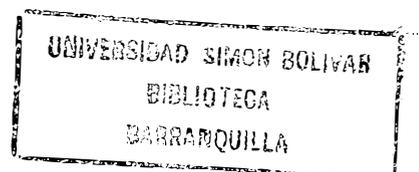
"El uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica".

Sin duda alguna en esta causal la expresión "Uso", hace referencia, al consumo personal de la droga. En razón de que el consumo de sustancias alucinógenas se ha vuelto infortunadamente común en nuestra sociedad, y en vista de los efectos perjudiciales para la persona y la familia, la causal tiene amplia justificación moral y social.

1.6 CAUSAL SEXTA.

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

Para la concurrencia de esta causal se requieren otros requisitos:



A.- Que la anormalidad o enfermedad sea grave.

B.- Que sea incurable.

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

D.- Que imposibilite la comunidad matrimonial

1.7 CAUSAL SEPTIMA.

"Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente, o a persona que está a su cuidado y conviva bajo el mismo techo".

Casi todas las legislaciones consagran como causal automática de divorcio la propuesta del marido para prostituir a la mujer, igualmente tipifican como causal el intento del marido o de la mujer para corromper o prostituir a sus hijas y la convivencia en su corrupción o prostitución.

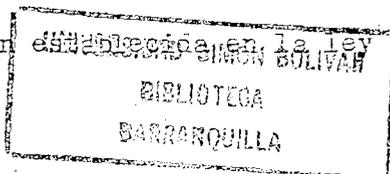
Como el precepto no distingue, no es necesario que los hijos que se traten de corromper sean comunes de ambos cónyuges, siendo suficiente que lo sea de cualquiera de ellos.

1.8 CAUSAL OCTAVA.

"La separación de cuerpos decretada judicialmente, que perdure más de dos años".

Esta causal es considerada como una forma indirecta para obtener el divorcio por mutuo consentimiento.

Esto nos lleva a concluir, que los cónyuges que desean el divorcio, cuando éste le ha sido negado o cuando el ejercer la acción para pedirlo haya caducado o cuando su conducta no está contemplada en ninguna de las causales de divorcio, pueden recurrir a esta forma de divorcio consensual claro está, con la restricción establecida en la ley que



debe perdurar por mas de dos años.

(9) VALENCIA ZEA, ARTURO, Derecho Civil, T. V. Bogotá Temix 1.982.-

CAPITULO V

1. ACCION DE DIVORCIO Y PROCEDIMIENTO.

El divorcio supone una demanda formal ante el juez competente y persi que una sentencia judicial firme, la demanda debe provenir de los cónyuges y solamente de ellos, pero si fueren menores de edad, podrán intervenir sus padres.

1.1 CARACTERES DE LA ACCION DEL DIVORCIO.

Todo proceso de divorcio supone:

- A.- Una demanda debe provenir de cualquiera de los cónyuges, si fuere menor de edad, podrán intervenir sus padres (art. 157, Modificado por la ley 1a. de 1.976, art. 7), con esto podemos indicar que aunque se produzcan causales de divorcio notorias y conocidas del público, si el cónyuge ofendido no formula demanda, nadie puede hacerlo en su reemplazo. En este caso solo se encuentra legitimado para formular demanda de divorcio, el cónyuge que no haya dado dentro del término de un año, contado desde cuando tubo conocimiento de los hechos que lo motivan respecto de las causas 1a y 7a o desde cuando se sucedieron los hechos, en tratandose de las causas 2a, 3a, 4a, y 5a.
- B.- Sentencia judicial en firme: El divorcio supone una sentencia judicial, así lo expresa el artículo 152 del c.c. modificado por la ley 1a. de 1.976, artí 1, que dice: El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por

divorcio judicial declarado.

1.2 EXTINCION DE LA ACCION.

La acción o pretensión de divorcio se extingue:

A.- Por la muerte de cualquiera de los cónyuges, la muerte extingue automáticamente la acción y en consecuencia esta jamás se transmite a los herederos, si por ignorancia de la muerte de uno de los cónyuges, se prefiere sentencia judicial, esta carece de eficacia, y por lo tanto es inexistente.

B.- Por la declaración judicial de nulidad del matrimonio.

C.- Por el perdón que el cónyuge inocente haga de las faltas cometida por el culpable: El perdón implica la declaración de querer olvidar la ofensa y estar dispuesto el cónyuge inocente a continuar el matrimonio.

1.2.1 RENUNCIA DE ACCION DE DIVORCIO.

Debe realizarse con posterioridad a los hechos que le sirvan de causa o fundamento.

La doctrina estima como contrarias al orden público familiar y a las buenas costumbres y en consecuencia nulas en forma absoluta, las renunciaciones anticipadas a ejercer la acción, pues ello implica la declaración de voluntad de un cónyuge a que el otro pudiera violar obligaciones instituidas por motivos del orden público.

1.2.2 DESISTIMIENTO DE LA ACCION.

Las acciones de desistimiento puede ejercerla o abstenerse de ejercerla una persona libremente, una vez presentada la demanda e iniciado el proceso. El desistimiento viene a constituir un perdón para el cónyuge culpable.

1.2.3 RECONCILIACION.

La reconciliación no equivale exactamente al perdón, pues este es acto unilateral y aquella es acto bilateral.

1.2.4 PRESCRIPCION.

A.- En cuanto a las causales 1 y 7 , la norma estipula el plazo de un año para alegarlas, pero se tiene en cuenta es a partir del día , en que el cónyuge inocente tuvo conocimiento de los hechos respectivos, pero transcurridos dos años no puede alejarse en ningún caso.

B.- En lo que consierne a las causales 2, 3, 4 y 5, la demanda no puede instaurarse si ha transcurrido un año desde que sucedieron los hechos respectivos.

1.2.5 PERENCION.

La acción y el proceso respectivo de divorcio se extinguen cuando es abandonado por el demandante durante seis meses en la primera instancia en los términos del artículo 346 del código de procedimiento civil, o cuando se abandona en la segunda instancia por el mismo término artículo 347 del código de procedimiento civil.

2. PROCEDIMIENTO.

2.1 PRESUPUESTO DE LA ACCION DE DIVORCIO.

"La acción de divorcio es el derecho público sujeto, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural y jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del estado a un caso concreto mediante una sentencia a través de un proceso".

2.1.1 JUEZ COMPETENTE.

Es competente para conocer del proceso de divorcio el juez civil del circuito del domicilio matrimonial, o en su defecto el del domicilio,

en el exterior, es competente el juez del estado donde se encuentren domiciliados, el juez del país de domicilio del demandado la demanda de divorcio se tramitará a través de un proceso abreviado que reglamentan los artículos 414 del código de procedimiento civil, en concordancia con el artículo 26 de la ley 1a. de 1.976, cuando es por mutuo consentimiento, siguiendo la regla general de los contratos que dice:

"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. art. 1602 c.c.

2.1.2 PARTES.

Son partes unicamente los cónyuges, pero si estos fueron menores de edad podrán intervenir sus padres, artículo 7 de la ley 1a. de 1.976.

Es importante hacer resaltar el concepto emitido por el Doctor HERNANDO DEVIS ECHANDIA, a cerca de la intervención de los padres en el proceso de divorcio cuando los cónyuges fueren menores de edad.

Esta intervención no puede ser litisconsorcial, porque los padres no aportan sus propios litigio al proceso, ni ad excludemum, por igual razón, ni por denuncia de pleito o por llanamiento de garantía por obvia razón o por consiguiente, solo puede ser como coadyuvancia, por motivos morales y familiares, cuando apoyan la causa del hijo o simplemente para el solo fin de que expongan su opinión si es adversa a la posición adoptada por el hijo, es decir a la demanda si este es demandante y a la oposición o aceptación si fuere demandado por estas razones creemos que ha debido decirse simplemente que, los padres podrán ser oídos si así lo solicitaren y que tal deberá ser la interpretación que la jurisprudencia debe darle a esa parte del artículo 7 o nuevo 157 del código civil. Por lo tanto no podrán los padres apelar de la sentencia ni oponerse a la demanda si su hijo expresa su voluntad, en sentido contrario, pero si están apoyando su causa como coadyuvantes, podrán sufrir el descuido del apoderado del hijo, pidiendo pruebas en el memorial de intervención o en diligencia donde ellas sean

precedentes, interponiendo la conducta adoptadas por el hijo y ejecutando los actos que todo coadyuvante le son permitidos".

2.1.3 LEGITIMACION EN LA CAUSA.

La legitimación es la causa, respecto del demandante consiste en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelve si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda

Respecto al demandado en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimado para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante.

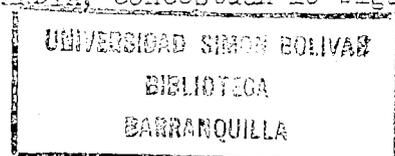
2.1.4 QUE NO HAYA CADUCADO LA ACCION.

Aunque se estima que la acción de divorcio por norma general no debe prescribir por pertenecer al estado civil de las personas, es lo cierto que en nuestro medio precluye con el transcurso del tiempo; la norma general enseña que caduca la acción una vez transcurrido un año.

El artículo 6 de la ley 1a. de 1.976 dispone: No puede demandarse el divorcio; Al término de un año contado desde cuando el demandante tuvo conocimiento de los hechos si se trata de las causales 1 y 7 (relaciones sexuales extramatrimoniales con personas distintas al otro cónyuge. Si se trata de las causales 2, 3, 4, 5, o sea el grave e injustificado incumplimiento por parte de algunos de los cónyuges de sus deberes, los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos y embriaguez habitual de los cónyuges y el uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes, el término de caducidad es de un año contado a partir de la ocurrencia de los hechos.

Hay que agregar que las causales 1 y 7 solo podrán alegarse dentro de los años siguientes a su ocurrencia.

Al respecto el Doctor HERNANDO DEVIS ECHANDIA, conceptúan lo siguiente



Significa que a pesar de que el demandante no conoció antes de vencer se esos dos años, el adulterio del demandado; se producirá la la ca ducidad lo cual lo conduce a la moral y antisocial, consecuencia de que el legislador otorga el perdón al cónyuge que incurra en semejante gravísima falta, si tiene la habilidad de impedir que el otro la co nozca dentro de los dos años siguientes (11)

2.2 PRESUPUESTO DE LA DEMANDA DE DIVORCIO

Que se formule ante el juez competente. El funcionario competente co mo se dijo anteriormente para conocer de la demanda de divorcio. Es el juez civil del circuito del domicilio matrimonial o en su defecto, el del domicilio del cónyuge demandado, si los cónyuges están domici liados en el exterior, es competente el juez del estado donde se en cuentran domicilios, o en su defecto, el juez del país del domicilio del demandado.

2.2.1 CAPACIDAD JURIDICA PARA SER PARTE.

Sigue el artículo 7 de la ley 1a. de 1.976 en el proceso de divorcio son partes únicamente los cónyuges, pero si estos fueren menores po drán intervenir sus padres.

La intervención de los padres es de simple coadyuvancia procesal, es en interés de la familia y de la moral.

2.2.2 DEMANDA EN FORMA Y ACOMPAÑAR LOS ANEXOS QUE LA LEY EXIGE.

Para que sea admitida la demanda de divorcio debe reunir los requisi tos establecidos en el artículo 75 del código de procedimiento civil

Acto seguido se ordenará correr traslado al cónyuge demandado por el término de diez días ordenado citar al agente del ministerio público y si lo cree conveniente a los hijos. Dentro del término de traslado de la demanda el demandado puede presentar demanda de reconvencción propo ner excepción de caducidad, de cosa juzgada, de pleito pendiente o

cualquier excepción pertinente.

La demanda debe tener como anexos la prueba de matrimonio y del estado civil de los hijos menores por cuanto en la sentencia hay que determinar a quien corresponde la patria potestad y el cuidado de ellos.

Si el matrimonio se contrajo en el exterior, es necesario haberlo registrado en la notaría 1a. de Bogotá, para que se considere prueba i dónea de su celebración.

2.3 QUE NO EXISTA CAUSAL DE NULIDAD NI DE VICIO EN EL PROCEDIMIENTO.

Para decidir de fondo la controversia con sentencia, se requiere que no exista causal de nulidad, al temor del artículo 152 del código de procedimiento civil y concordantes, que invaliden las actuaciones dentro del proceso y que se hayan fallado los incidentes dentro del proceso.

La nulidad impide los efectos jurídicos del acto y se debe a defectos de forma, capacidad, representación o competencia.

2.4 MEDIDAS CAUTELARES.

El artículo 8 de la ley 1a. de 1.976, estableció que en el artículo , 158 del código civil quedará así : "En cualquier momento a partir de la presentación de la demanda, podrá el juez a petición de cualquiera de las partes decretar las medidas cautelares autorizadas por la ley sobre bienes de objetos de ganancias y que se encuentren en cabeza del otro cónyuge. Y el artículo 27 de la misma dispone, el artículo, 423 del código del procedimiento civil quedará así:

1.- Simultáneamente con la admisión de la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencia, podrá el juez decretar las siguientes medidas:

A.- Autorizar la residencia separada de los cónyuges y si estos fueren menores no habilitados de edad, disponer el depósito en casa

de sus padres o de parientes más próximos o en la de un tercero cuando el juez lo considere conveniente.

B.- Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de uno y otro, o de un tercero, según lo crea conveniente para su protección.

C.- Señalar la cantidad con que cada cónyuge debe contribuir según sus facultades para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes y para la educación de estos.

D.- Decretar en caso de que la mujer esté embarazada, las medidas previstas por la ley del artículo 226 c.c. modificado, decreto 2820, de 1.974 art. 17., para evitar la supresión del parto, si el marido lo solicita.

2.- Se aplicará lo dispuesto en el artículo 410 del código de procedimiento civil, pero si el juez lo considere conveniente, lo deberá oír también a los hijos.

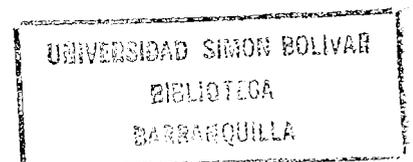
El juez puede decretar ésta serie de medidas cautelares en el auto que admite la demanda, o antes de dicha admisión si hubiere urgencia.

El auto que decreta medidas cautelares en el proceso de divorcio, no tiene apelación, pero es susceptible de reposición para pedir el embargo y secuestro de los bienes sociales no exige caución.

No se justifica el depósito de los cónyuges menores no habilitado de edad, en caso de sus padres o parientes o de un tercero, por que por el hecho del matrimonio han quedado emancipados y se les debe reconocer suficiente madurez como para poder vivir como y donde les plazca al producirse la separación.

2.5 SENTENCIA DE DIVORCIO.

2.5.1 CONTENIDO DE LA SENTENCIA.



De acuerdo al numeral 5 del artículo 423 del código de procedimiento civil, en el contenido de la sentencia, el juez deberá tener en cuenta primordialmente los siguientes requisitos:

- A.- Poner a los hijos menores 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.
- B.- A quién corresponde la patria potestad sobre los hijos no emancipados en todos los casos en que la causa probada de divorcio termine suspensión o pérdida de la misma o si los hijos deben quedar bajo guarda.
- C.- La proporción en que los cónyuges deben contribuir a los gastos, de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del artículo 257, del código civil.
- D.- Si fuere el caso, el monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges debe a otro.

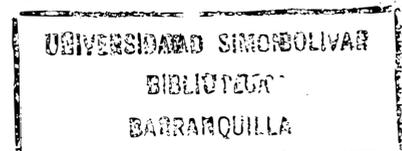
Los artículos 23 y 24 de la ley 1a. de 1.976, reformatorio de los artículos 411 y 423 del código civil, dispone el primero que el cónyuge culpable del divorcio de la separación de cuerpos debe alimentos al otro, cuando éste no haya incurrido en falta, y el segundo que la pensión alimentaria para el otro cónyuge o para los hijos, podrá convertirse los intereses de un capital que se consiguiera a este efecto en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo, el cual se restituirá al alimentante o a sus herederos, cuando cese la obligación o que el alimentante preste garantía personal o real para asegurar el cumplimiento del pago de la pensión.

2.5.2 EFECTOS DE LA SENTENCIA.

- A.- La sentencia que decreta al divorcio disuelve el vínculo matrimonial y por lo tanto los excónyuges quedan en libertad para contraer nuevo matrimonio con otra persona o con la misma de conformidad con lo establecido en el artículo 1a de 1.976 reformatorio del aa

artículo 152 del código civil.

- B.- Según el artículo 25 de la ley 1a. de 1.976, reformativo del artículo 1820 del código civil y 625 del código de procedimiento civil, disuelve la sociedad conyugal y por lo tanto debe procederse a su liquidación como en el caso de separación de cuerpo, por escritura pública o mediante trámite judicial sobre el mismo expediente.
- C.- Según el artículo 10 de la ley 1a. de 1.976 que modificó el artículo 160 del código civil, "Ejecutoriada la sentencia en que se decreta el divorcio, quedan disueltos el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, pero subsisten los derechos y deberes de los divorciados, respecto de los hijos comunes y según el caso, los deberes y derechos alimentarios de los cónyuges entre sí.
- D.- El artículo 11 de la ley 1a. de 1.976, dice: "El artículo 161 del código civil quedará así: Artículo 161 sin perjuicio de lo que disponga el juez en la sentencia, respecto de la custodia y ejercicio de la patria potestad, los efectos del divorcio en cuanto a los hijos comunes de los divorciados se regirán por las disposiciones contenidas en los títulos XII y XIV del libro 1 del código civil" Cuando exista sentencia de juez de menores que haya regulado la guarda y la suspensión de la patria potestad, pero a diferencia, de lo que ocurre en materia de alimentos y si el juez civil del divorcio regula dichos guardas y patria potestad, la revisión de ambas corresponderá siempre al juez de menores.
- E.- Cuando el divorcio se haya decretado con base en alguna de las causales 1, 2, 3, 4, 5 y 7, señaladas en el artículo 12 de la ley 1a. de 1.976 del código civil, el cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que por causa de matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable, sin que éste puede invocar derechos o concesiones estipuladas en su favor en capitulaciones matrimoniales. Debe tenerse en cuenta que si ambos cónyuges han incurrido en causal de divorcio probada, ninguno podrá ejercer el derecho que en este texto se otorga.



F.- El artículo 13 de la ley de 1.976, que modificó el artículo 163 del código civil expresa: "El divorcio del matrimonio civil en el extranjero se regirá por la ley del domicilio conyugal, para estos efectos entiendese por domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consumo y en su defecto se repita como tal el del cónyuge demandado. Se requiere como requisitos primordiales para la aplicación de estas normas:

1o- Que el matrimonio se haya celebrado en el exterior por lo civil.

2o- Que los cónyuges tengan su domicilio en el exterior.

3o- El artículo 30 de la ley 1a. de 1.976, conceptua: Los matrimonios católicos celebrados con dispensa basadas en los privilegios de la fé no surgirá efectos civiles, mientras no medie el estado de libertad civil de los contrayentes".

(10) DEVIS ECHANDIA HERNANDO. Compendio de Derecho Procesal.
Bogotá A.B.C. 1.979.

(11) DEVIS ECHANDIA HERNANDO. Compendio de Derecho Procesal
Bogotá A.B.C. 1.979.-

CAPITULO VI

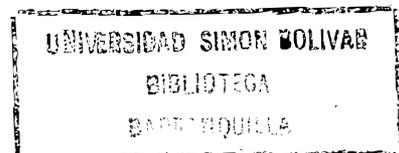
1. EFECTOS DEL DIVORCIO.

1.1 EFECTOS NECESARIOS EN CUANTO AL MATRIMONIO Y LA SOCIEDAD CONYUGAL

Ejecutada la sentencia de divorcio, se produce como consecuencia la disolución del matrimonio y de la sociedad conyugal, otros efectos se producen en relación con los hijos y con la obligación alimentaria, que el cónyuge culpable debe suministrar al cónyuge inocente, que ne cesitare de ella.

La disolución del matrimonio se produce sin efecto retroactivo, lo que equivale a decir que cesa de existir el futuro, los efectos producidos en el pasado subsisten en el sentido de que los divorciados pueden casarse de nuevo con person diferente de su antiguo cónyuge; y si; llegaren a arrepentirse del divorcio y quisieran convivir de nuevo, ne cesitarán celebrar entre sí un nuevo matrimonio, pueden no hacerlo, así su convivencia se interpretará como concubinato y los hijos que tuvieron serán extramatrimoniales o naturales.

La persona que teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curatela, quisiere volver a casarse, de berá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando. Decreto 2820 de 1.974 artículo 5o., para la confección de éste inventario se dará a dichos hijos un curador especial, ésta medida tien de a garantizar la estabilidad del patrimonio de los menores hijos de presedentes matrimonios.



El artículo 7. del decreto 2820 de 1.974 consagra además que el funcionario judicial se abstendrá de autorizar el matrimonio hasta cuando la persona que va a contraer matrimonio o nuevas nupcias le presente copia auténtica de la providencia por la cual se designó curador a los hijos, del auto que le decernió el cargo y del inventario de los bienes de los menores.

En efecto el ordinal 7 del artículo 140 del código civil, estatuyó, que el matrimonio es nulo cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiera declarado en juicio probado el adulterio.

Al expedirse el decreto 2820 de 1.974, en uso de las autorizaciones, de la ley 24 de 1.974, no se derogó el ordinal 7 del artículo 140, del código civil si bien no obstante por el artículo 70 se derogaron las "Demás disposiciones contrarias a esta ley". Sin duda este tenía un notable discriminación entre derechos de hombre y mujer, por cuanto el matrimonio del marido divorciado por adulterio no se le prohibía casarse con su cómplice o sea con la mujer con la que había mantenido relaciones sexuales extramatrimoniales y había dado motivo para la sentencia de divorcio.

Todo cónyuge adúltero cuyo matrimonio se disuelve por divorcio, pretende rehacer su vida conyugal precisamente con su cómplice, el no permitir ese segundo matrimonio, equivale a formar un estado indefinido de concubinato. La sentencia de divorcio implica disolución de la sociedad conyugal, pues ésta en ningún caso puede tener existencia al margen del matrimonio.

A partir de la sentencia de divorcio los cónyuges pierden ésta calidad y no puede alegarse para hacer heredar habintestato en la sucesión del otro, ni para reclamar porción conyugal (código civil, artículo 162, página 2.)

1.2 OBLIGACIONES DE LOS PADRES DIVORCIADOS PARA CON LOS HIJOS.

Los derechos y obligaciones entre los padres e hijos, existen durante el matrimonio, subsisten a pesar del divorcio, es necesario evitar en lo posible, que los hijos sufran las consecuencias de la disolución del matrimonio de sus padres.

El juez en la sentencia que decreta el divorcio, decidirá a cual de los divorciados corresponde ejercer en el futuro la potestad parental (patria potestad), o si ésta es compartida por ambos, la potestad parental quedará a cargo de uno de ellos, con exclusión de otro en todo los casos en que la causa probada del divorcio determine suspensión o pérdida de ella para el demandado: Si la potestad parental se extingue para ambos cónyuges, ordenar la guarda de los hijos. En todo caso, extinguida la vida en común de los divorciados, debe proveerse siempre sobre el cuidado personal de todos y cada uno de los hijos legítimos, el que puede encomendarse a los cónyuges de o a otra persona atendiendo a su edad, sexo y causa probada de divorcio, (código de procedimiento civil, artículo 423, ordinal 5 letra c).

1.3 OBLIGACIONES ALIMENTARIAS A FAVOR DEL DIVORCIADO INOCENTE.

Según el ordinal 4 del artículo 411 del código civil (red. del artículo 23 de la ley 1a. de 1.976), se deben alimentos a las mujer o al hombre divorciado sin culpa, por parte de quien dió lugar al divorcio

Disuelto el matrimonio se extingue todas las obligaciones familiares, que se habían creado por él. El deber de socorro y ayuda mutua a que se refiere el artículo 176 del código civil, existe entre cónyuges pero la sentencia de divorcio los priva de tal calidad ahora son extraños entre sí, sin embargo a éste respecto aducirse el siguiente argumento: Quienes contraen matrimonio lo hacen para hacer vida en común durante toda la vida y no para divorciarse luego, en principio la obligación de socorro y ayuda mutua se contrae por toda la vida.

En virtud de igualdad de derecho y responsabilidad entre mujeres y hombres proclamada por el decreto 2620 de 1.974, el divorcio puede implicar para el cónyuge inocente una brusca alteración de su nivel de vida y no es justo que se vea competida a padecer penalidades en los ca

tos en que no dió lugar al divorcio.

La doctrina y la jurisprudencia francesa explica la naturaleza jurídica de la obligación alimenticia entre divorciados como indemnización, por una parte, y por otra como pensión alimenticia o sea prolongación del auxilio (Socorro y ayuda), entre cónyuges más allá del matrimonio

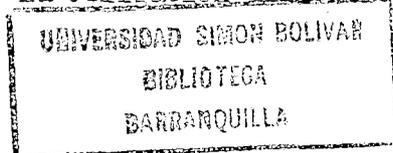
A.- El carácter indemnizatorio se hace derivar de la culpa del obligado a prestar alimentos o sea del cónyuge que dió lugar al divorcio de donde se deriva una relación de causalidad entre la culpa del divorciado y el perjuicio sufrido por el cónyuge inocente; además en el caso de muerte del obligado, la obligación se tramita a sus herederos.

B.- Como obligación de socorro y ayuda es decir, como pensión del alimento, la cuantía se haya sujeta a variación según las posibilidades económicas del obligado según la necesidad del acreedor, en , que la pensión se extingue con la muerte del divorciado que tiene derecho a percibirla y no puede enajenarse o embargarse por los acreedores.

La pensión alimenticia que un divorciado debe al otro está dirigida a reparar el perjuicio resultante de la desaparición anticipada del deber del auxilio (socorro y ayuda), al que completa y sustituye. Son aplicables éstas doctrinas en francia, debe tener en cuenta que nuestro código civil contiene dos reglamentaciones separadas: La del título XXI del libro 1 (artículo 411 a 427), que trata de alimentos que se deben por la ley a ciertas personas y la del título XXXIV del libro 4 (Artículo 2341 a 2360), que regula la responsabilidad por dolo a culpa, cada una de estas reglamentaciones obedece a ciertos criterios diferentes.

Sólo el cónyuge que no haya dado lugar al divorcio tiene derecho a pedir alimentos, el cónyuge culpable jamás tiene derecho a tal motivo.

No existe discusión sobre la existencia de la obligación alimenticia



en favor del divorciado inocente frente al divorciado culpable, hipótesis que se refiere al artículo 411, ordinal 4:

No hay duda que existe un vacío sensible en la ley en manera alguna, de prohibición de que el demandante inocente se haya exonerado de alimentar al demandado que tiene es inocente de tal vacío, debe llenarse la doctrina teniendo en cuenta los dictados de la equidad y los principios generales del derecho (ley 153 de 1.887, artículo 5 y 8 y del código civil artículo 32), en el sentido de que el divorcio sin culpa puede exigir la pensión alimenticia frente al otro que igualmente es inocente.

Debe existir el estado de necesidad de alimentos en el momento de dictarse la sentencia de divorcio.

La pensión de alimentos está sujeta a extinguirse por las siguientes causas:

- A.- Por injuria atroz que cometa el acreedor contra el obligado, si la injuria es grave, los alimentos se reducirán a lo estrictamente necesario para la subsistencia del acreedor (código civil, artículo 414).
- B.- Por la insolvencia en que pueda caer el obligado, pues desaparece la capacidad de cumplir la obligación y en estas circunstancias, nadie es obligado.
- C.- Por la desaparición del estado de necesidad del acreedor; por ejemplo: Recibe una herencia, consigue trabajo bien remunerado etc.
- D.- Por el matrimonio del divorciado acreedor, por cuanto reaparece de nuevo la obligación de socorro y ayuda mutua del artículo 176 entre el divorciado y el nuevo cónyuge.

La cuantía de los alimentos se determina teniendo en cuenta las necesidades del divorciado inocente y las posibilidades económicas

del obligado a prestarlos (código civil, artículo 413 y 420).

Según las circunstancias y según la demanda los alimentos se ordenarán en sumas de dinero que haya de pagarse cada mes en forma anticipada , pero también podría ser por semanas o quincenas (código civil artículo 421).

Podrá el juez a solicitud del divorciado ordenar que el obligado a los alimentos preste garantía personal o real para asegurar su cumplimiento en el futuro (código civil, artículo 423, párrafo 2, nueva redacción del artículo 24 de la ley 1. de 1.976).

CAPITULO VII

1. EL DIVORCIO DECRETADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

1.1 DIVORCIO DECRETADO EN EL EXTERIOR Y DIVORCIO EN MATRIMONIO CELEBRADO FUERA DEL PAIS.

Los matrimonios celebrados en el exterior del país pueden obtener el divorcio en Colombia, en los casos que los cónyuges o uno de ellos se domicilie en el país (código civil artículo 163), reformado por el artículo 13 de la ley de 1.976), es entendido que los jueces Colombianos darán aplicación a las causales de divorcio previstas en el código civil, podrán dar aplicaciones a una causal vigente en el país donde se casaron, en el supuesto de que la ley colombiana no la contemple. Parece que no especialmente cuando se alega el divorcio por mutuo consentimiento, al respecto, debe tenerse en cuenta lo que dispone el artículo 13 del tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1.889.-

La ley del domicilio matrimonial rige:

A.- La separación conyugal.

B.- La disolubilidad del matrimonio, siempre que la causa alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró.

1c- En cuanto a los matrimonios civiles producen plenos efectos, los divorciados obtenidos en el exterior a condición de que la causal

de disolución sea admitida por la ley Colombiana y que el demandado y que haya sido notificado o emplazado según la ley en su domicilio. (código civil artículo 14). El requisito de que la notificación se cumpla conforme a la ley del domicilio del demandado es importante y con él se persigue evitar que uno de los cónyuges al domiciliarse en el exterior, solicite el divorcio sin que lo sepa el otro cónyuge en caso de que éste no se haya trasladado a la ciudad donde se instaura, el divorcio.

2.- Producen efectos en Colombia las sentencias de divorcio de matrimonios católicos celebrados en el país. Conforme al actual concordato, los casados en Colombia por el código de derecho canónico no puede obtener el divorcio ante jueces nacionales, la nueva ley del divorcio solo se aplica a quienes se casen por lo civil. Sin embargo éste concordato solo obliga a los jueces Colombianos, no a los del exterior, por este motivo es posible que el juez de México, Venezuela, Panamá o Ecuador decrete el divorcio de un matrimonio católico.

Colombia le ha garantizado a las autoridades eclesásticas no disolver matrimonios canónicos celebrados en el país, pero les ha garantizado a impedir u oponer a que el juez de otro país desconozca normas concordatorias que no conoce o que si las conoce, no está obligado a cumplirlas. Si los divorcios decretados en el exterior de matrimonios, civiles o canónicos celebrados en Colombia, tienen validéz, es lógico que igual validez tendrá el nuevo matrimonio que celebren los divorciados en el país o fuera de él. Ningún problema se presenta en relación con los matrimonios civiles que obtienen el divorcio en el exterior, conforme a las claras normas de los artículos 163 y 164 del código civil (red. nueva ley 1 de 1.976)

Se ha afirmado que el casado en Colombia por lo canónico y divorciado en el exterior; si contrae nuevo matrimonio comete delito de bigamia.

Este delito no existe por varios motivos:

A.- El casado canónicamente en Colombia ha obtenido sentencia de divorcio en otro país, el nuevo matrimonio es válido donde se celebra . Por éste motivo, cuando el artículo 15 del código penal advierte en el ordinal 4 que la ley colombiana se aplicará al nacional, que cometiere un delito en el extranjero, sino hubiere sido juzgado en el exterior, está exigiendo que el hecho sea delito tanto en el exterior como en Colombia, pero conforme a lo dicho el nuevo matrimonio en el extranjero no es delito.

B.- El artículo 15 del tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1.940 establece:

1.- La separación conyugal.

2.- La disolubilidad del matrimonio; pero su reconocimiento no será obligatorio para el estado en donde el matrimonio se celebró si la causal de disolución invocada fué el divorcio y las leyes locales no lo admiten como tal, en ningún caso la celebración del matrimonio realizado con las leyes de otro estado, puede dar lugar al delito de bigamia.

CAPITULO VIII

1. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE EL DIVORCIO.

1.1 RELACIONES SEXUALES EXTRAMATRIMONIALES.

Cuándo debe entenderse que el otro cónyuge las ha consentido. No se da el caso cuando la voluntad es forzada por el temor o la dependencia.

Sentencia del 6 de mayo de 1.981, pronunciada en el proceso de separación de cuerpos, adelantado por MARIA ARACELY MOLINA, frente a HUGO JAVIER QUIROGA (Magistrado ponente Doctor HECTOR GOMEZ URIBE).

Desde luego cabe suponer que el reiterado agravio de infidelidad dados su continuidad es tan dilatado lapso y el reducido ambiente de una población pequeña, no pudo pasar inadvertida para para la demandante durante tanto tiempo en que guardó su protesta, pudiendose deducir tales circunstancias que consistió en tan irregular conducta, quedándose de tajo la validez de la causal como generadora de separación de cuerpos, según voces del ordinal 1. del artículo 154 del código civil "Son causas de divorcio y de separación de cuerpos, según el artículo 165, ibídem: 1.

Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado". La subraya es de la corte.)

Sucede sin embargo que el término "consentir" precisa tomarlo en sentido de que voluntariamente se acepta una determinada situación, no

en aquel en que se accede a ésta forzada la voluntad por circunstancias que coartan la libertad, por factores de dependencia o de temor

1.2 EN EL PROCESO DE DIVORCIO ES-NECESARIO ACREDITAR LA EXISTENCIA DEL MATRIMONIO.

Fuera de las exigencias de orden formal exigidas por la ley ritual era absolutamente indispensable de que se demostrase con pruebas idóneas, la existencia del matrimonio celebrado entre los cónyuges y cuya disolución demanda el esposo ante los jueces. No otra puede concluirse de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 77 del código de procedimiento civil, al exigir la legitimación desde el principio; y como dicho matrimonio fue celebrado en el extranjero, fuera de otra exigencia como las indicadas por el artículo 13 de la ley 1a. de 1976 su prueba ha de sujetarse a las previsiones de los artículos 101, 259, y 160 del código de procedimiento civil, y 67 del decreto 1260 de 1970 (Auto 25 ag. 1.978. mag por HORACIO MONTOYA GIL).

(Auto 25 ag. 1.978, Mag, por HORACIO MONTOYA GIL).

BIBLIOGRAFIA

- CALCEDO CASTILLA, Jose J. Derecho Internacional Privado. 6a. Edición Bogotá, Editorial, Temis 1.967.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. (parte Especial). 5a. Edición, Editorial A.B.C. Bogotá, 1.981.
- HINESTROSA REY, Roberto. Derecho de Familia. Lecturas. Bogotá, V ex ternado de Colombia. 1.983.
- LEON JARAMILLO, Gustavo. Derecho de Familia. Ediciones Hombre Nuevo. Segunda edición. Medellín, 1.979.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia. Primera Edición, Librería Jurídica Wilches. 1.982.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Matrimonio Civil y Divorcio en Colombia. Segunda Edición. Editorial Temis, 1.979.
- ORTEGA TORRES, Jose. Código Civil Colombiano. Decimosexta Edición , Editorial Temis, 1.983.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho de Familia, Quinta Edición. Editorial, Temis. Bogotá. 1.983.--

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA