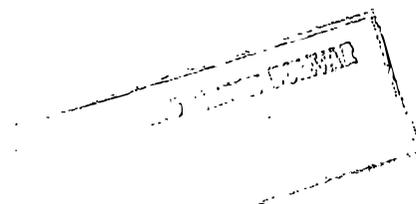


EL DIVORCIO COMO CAUSAL DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO



034361

DR # 0818.

SIMON BOLIVAR  
UNIVERSIDAD  
BARRAHONDA



SIMON BOLIVAR  
UNIVERSIDAD  
BARRAHONDA

SIMON BOLIVAR  
UNIVERSIDAD  
BARRAHONDA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA

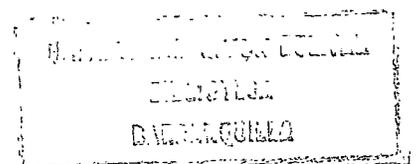
VENTANA

CLASIFICACION

ALIX JARMA MUGNO

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE: DERECHO



A la memoria de mi padre

OLIVERO Y CIA. S.A.  
SOLICITUD  
P. N. 1000

ABOGADOS ASOCIADOS  
BARRANQUILLA - COL.

BLAS GONZALEZ S.  
ABOGADO TITULADO  
CLE. 36 No. 43-91 OFI. 209  
Telefono: 414054

---

Barranquilla, Octubre de 1987

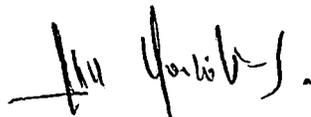
Doctor  
CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ  
Decano Facultad de Derecho  
Universidad Simón Bolívar  
E. S. D.

En mi calidad de Director de Tesis y después de haber estudiado el trabajo de la egresada ALIX MARINA JARMA MUGNO, denominado " EL DIVORCIO COMO CAUSAL DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO " me permito rendir concepto favorable a dicho trabajo.

En el cual la egresada hace un estudio del Divorcio a nivel histórico, de Derecho comparado, hasta llegar a nuestra legislación civil.

Con lo anterior se cumple un requisito más para que la egresada pueda optar su título de Abogado.

De usted muy atentamente.



BLAS GONZALEZ SANCHEZ

T  
346.0166  
J.37

## I N T R O D U C C I O N

En un comienzo cuando se hablaba del divorcio, ocasionaba un gran revuelo en la sociedad, incluso algunos consideraban que se trataba de algo inmoral y que manchaba la imagen de una familia.

En los actuales momentos es cuando ha tomado fuerza, y muchas causales han sido tomadas por el legislador y consagradas en el Código Civil, con el fin de darle solución a las personas que se encuentran unidas por el vinculo matrimonial, cuya vida conyugal es insoportable.

Como muestra de esta causales están infidelidad, ultrajes y trato cruel, embriaguez habitual, etc, estas situaciones afectan constantemente a la familia, hace que los cónyuges vivan sin entendimiento, sin armonía y bajo un clima de irrespeto e intranquilidad.

Consideramos que las leyes o normas que han sido creadas para regular esta materia, tienen como finalidad la defensa de los intereses de la familia y por consiguiente los de la Sociedad Colombiana, es mi criterio hacer de esta tesis un estudio analítico, jurídico y social sobre el particular.

RECEIVED

## ASPECTO HISTORICO Y SOCIAL DEL DIVORCIO

### CAPITULO I

El matrimonio civil tiene tres causales de disolución: La Nulidad, la Muerte de uno de los cónyuges y el Divorcio. En cambio, el matrimonio canónico solo se disuelve por la declaración de nulidad y la muerte.

La nulidad se refiere a matrimonio irregularmente celebrados y que no lograron perfeccionarse mediante su saneamiento (supra, ss 21 a 29 ). La disolución por muerte supone un matrimonio que produjo todos sus efectos normales, pero se extingue por haber desaparecido uno de los sujetos necesarios para su existencia. Tanto la muerte real como la presunta disuelven el matrimonio (C.C art.152, según la red. del art. 1 de la Ley la de la ley la de 1976). El divorcio es la disolución del matrimonio por hechos posteriores a su celebración que imposibilitan su continuación normal. El divorcio supone un matrimonio válidamente celebrado, lo que claramente lo diferencia de la nulidad. En esta presentan hechos anormales en el momento de la celebración; en el divorcio los hechos anormales surgen después de celebrado.

#### 1.0 ANTECEDENTES Y CARACTERES DE LA NUEVA LEY DEL DIVORCIO

##### LAS DISTINTAS CONCEPCIONES SOBRE EL DIVORCIO

La institución del divorcio en virtud de la cual

se disuelve el matrimonio válidamente celebrado, fué establecida en Colombia en virtud de la ley la de 1976, la que dio una redacción nueva a los art. 152 a 168, a 200, 411 (ord.4o), 423, 1820 del Código Civil; 423 y otros del Código de Procedimiento Civil.

Mucho se ha lucubrado sobre este problema del Divorcio. Teniendo en cuenta la historia del derecho y las diversas legislaciones del pasado y del presente, pueden distinguirse tendencias a este respecto, desde el denominado fácil 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 el repudio de la mujer. En el numeral. 24-1 del Deuteronomio que reproduce la Biblia, puede leerse:

" Cuando un 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 la desagrada, le redactará un libelo de repudio, se le podrá en su mano y la despedirá de su casa ".

Algunos regímenes jurídicos islámicos conocen esta clase de divorcio. El marido se abstiene de relaciones sexuales con su mujer mediante determinado tiempo al cabo del cual el matrimonio queda disuelto. Igualmente se disuelve por la apostasía de uno de los cónyuges.

El divorcio por mutuo consentimiento se fundamenta en la idea de 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 dos países; Francia y Alemania Federal.

a. En Francia, en virtud de la ley Naquet de 1884, solo se admitió el divorcio por faltas graves de uno de los cónyuges ( Divorcio - Sanción ). El legislador francés llegó a la conclusión de que el divorcio por mutuo acuerdo se practicaba con mucha frecuencia, simulándose por carta injurias de uno de los cónyuges al otro; de esta manera se convertía a los jueces en los portavoces de procesos simulados. Esto dio fundamento a la reciente ley del 11 de Julio de 1975, que autoriza el divorcio por mutuo consentimiento. En muchos casos no existen faltas, sino ausencia de comprensión o incompatibilité de humeur ). Lo que indica que el divorcio no se funda solo en las faltas graves, sino también en la comprobación del fracaso de la vida conyugal.

b. En la República Federal Alemana comenzó a regir una nueva ley del divorcio el 10 de Agosto de 1977. Se reglamenta el divorcio por mutuo consentimiento, evitándose así las injurias simuladas o el tener que revelar a los jueces la vida íntima de los cónyuges. Tan solo es necesario probar que la vida en común es un fracaso. Para ello será suficiente la confesión de que no hacen vida común desde hace un año; pero si solo uno de los cónyuges quiere

el divorcio será necesario acreditar que la vida en común no existe desde hace tres años.

Algunos países reglamentan el divorcio para casos excepcionales, teniéndose en cuenta únicamente las faltas graves de alguno de los cónyuges o hechos ajenos a todo concepto de culpa, en los casos en que la vida conyugal se hace imposible (divorcio-remedio). Un sistema de esta naturaleza se encuentra actualmente vigente en la unión Soviética y los países socialistas.

Como última tendencia debe citarse aquella que rechaza en forma sistemática toda posibilidad de disolución del matrimonio por hechos posteriores a su celebración. En este sentido tenemos la legislación del Código de Derecho Canónico. Para la Iglesia Católica, el matrimonio rato y consumado es indisoluble ( canon 1118 y 2 párr. del canon 1013 ). Según el canon 1015, " El matrimonio válido de los cristianos se llama rato si todavía no se ha consumado; rato y consumado, si entre los cónyuges ha tenido lugar el acto conyugal, al que por su misma naturaleza se ordena el contrato matrimonial y por el que los cónyuges se hacen una sola carne ". A lo que agrega el mismo canon: " Si los cónyuges han cohabitado después de haber celebrado el matrimonio, se presume que lo han consumado, mientras no se demuestre lo contrario ".

Como puede fácilmente deducirse, existen hoy día dos clases de controversias sobre este problema: la de si un matrimonio es disoluble mediante el

divorcio, o si debe sostener la tesis de su absoluta indisolubilidad; y dentro de la concepción general de la disolubilidad, que tipo de divorcio debe aceptarse: el Divorcio-Sanción, el Divorcio-Remedio, el Divorcio por Mutuo consentimiento, etc.

La doctrina de la absoluta indisolubilidad del matrimonio por hechos posteriores a su celebración es sostenida, según se acaba de indicar, por la Iglesia Católica. Los actuales países del mundo ( España, Irlanda, Argentina y algunos otros de América Latina ) que rechazaban el divorcio, lo hacen justamente por el notable predominio de las doctrinas católicas. No existe doctrina diferente que defiende la absoluta indisolubilidad.

De la biblia no puede deducirse en forma unánime la prohibición del divorcio. En el deuteronomio (24-1) se admite el divorcio por repudiación de la mujer podía hacer al marido. En cuanto al nuevo testamento, suele citarse la doctrina de los evangelios como contraria al divorcio. Sin embargo, esta doctrina no es uniforme. En el evangelio de san Marcos puede leerse (10-11 y 12) " Quien repudie a su mujer y se case con otra, comete adulterio contra aquella; y si ella repudia a su marido y se casa con otro, comete adulterio". En el mismo sentido San Lucas (16-18). En cambio, en el evangelio de San Mateo se dice (5-32): " Todo el que repudia a su mujer, excepto el caso de fornicación la expone a cometer adulterio..." El mismo evangelista advierte más adelante (19-9):" Ahora bien, os

digo que quien repudie a su mujer salvo el caso de fornicación - y se case con otra comete aduleterio ". Se aprecia que los evangelistas corrigieron en forma notable la vieja ley mosaica contenida en el Deuteronomio (24-1) de la libre repudiación que podían hacer los maridos de sus mujeres; en principio, la prohibición, pero San Mateo es bien claro al permitir el divorcio por adulterio de la mujer.

Durante varios siglos, muchos padres de la iglesia, entre otros Tertuliano, autorizaban el Divorcio conforme al texto de San Mateo.

La Iglesia en los primeros tiempos del Cristianismo, a fin de moralizar las costumbres y el matrimonio, se opuso al divorcio, que con tanta libertad se practicaba en Roma.

Ciertamente, los Romanos practicaban el Divorcio por mutuo consentimiento y ellos constituían la ruina de la familia. Al respecto es recordada una inscripción funeraria en Pompeya por la que una viuda expresaba su eterno pesar por la muerte de su Decimo Primer marido; Juvenal recuerda el caso de una mujer que en cinco años había tenido 8 maridos.

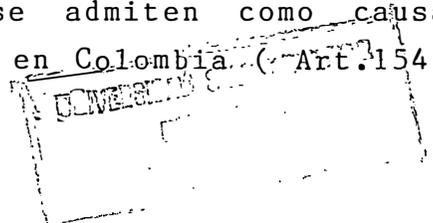
Una doctrina clara de la indisolubilidad fué expuesta por San Agustín, quien advirtió que en todo matrimonio existía la fides y el sacramentum, siendo la primera el elemento voluntario y humano ( acuerdo de voluntades: contrato ) y el segundo, un elemento espiritual que se le introduce al matrimonio, inde-

pendiente de la voluntad de los cónyuges, para hacer de él el símbolo de la unión indisoluble de Cristo y la Iglesia. Durante muchos siglos esta doctrina fué ignorada, ó mal comprendida y expuesta sin brillo en la enseñanza de los maestros de las universidades.

En el concilio de Trento (1545 a 1563) el que de manera definitiva establece la indisolubilidad de todo matrimonio, legislación que es recogida por el actual Código de Derecho Canónico.

La tesis de la Iglesia Católica no es demasiado absoluta, pues existen causas de disolución, algunas de las cuales bien pueden englobarse dentro de lo que actualmente se denomina divorcio.

- El matrimonio rato pero no consumado puede ser disuelto. Ahora bien, dentro de cualquier legislación laica tal clase de disolución se denomina simplemente divorcio.
- Las causales de nulidad establecidas en el Código de Derecho Canónico, especialmente las relativas a vicios de la voluntad, son interpretadas por los tribunales eclesiástico con gran amplitud. La sola presunción de que la enfermedad mental de uno de los cónyuges tiene sus raíces cuando se expuso el consentimiento matrimonial, equivale a la causal de enfermedades mentales u otras anomalías síquicas que se admiten como causa de divorcio en Alemania y en Colombia. (Art. 154,



ord.6).

Al lado de la tesis de la indisolubilidad, se han formulado otras favorables al divorcio.

La reforma protestante abrió la primera brecha seria a la indisolubilidad, al afirmar que el matrimonio no es sacramento y que podía disolverse por adulterio de cualquiera de los cónyuges. Para esta religión prevaleció la tesis expuesta por el evangelista San Mateo ( 5-32;19).

También los grandes filósofos del siglo XVIII se opusieron a la indisolubilidad. Juan Jacobo Roseau afirmó que el matrimonio debía ser una unión libre, la cual se formaba o disolvía por el mutuo consentimiento de los cónyuges. VOLTAIRE enseñó que el divorcio era una necesidad natural. " Estas concepciones intoxicaron los medios cultos, donde el cristianismo no se encontraba hondamente arraigado ". También las doctrinas naturalistas que lo consideraron como mero contrato civil, facilitaron notablemente la admisión del divorcio.

### 1.1 ANTECEDENTES EN COLOMBIA

Durante mucho tiempo la jurisdicción matrimonial en jurisdicción alguna para el matrimonio civil. A partir del año de 1823, el Estado Colombiano pretendió controlar algunos de los aspectos del matrimonio católico. En virtud de la ley del 21 de Junio de

1823 se prohibió a los eclesiásticos cobrar derechos arancelarios; en 1826 ( Ley del 7 de Abril ) se prohibió a los curas párrocos que violaran esta ley. Semejantes leyes fueron estimadas por muchos como violatorias del derecho matrimonial de la Iglesia.

La ley del 20 de Junio de 1853 reglamenta por primera vez el matrimonio civil para los habitantes de la Nueva Granada. Consta de 55 artículos y en ella se establece el divorcio vincular por el mutuo consentimiento de los cónyuges, excepción hecha de varones de 25 años y mujeres de 21 años, o cuando el matrimonio lleva más de 20 años de celebrado, o si la mujer ha cumplido 40 años, o cuando los padres de los cónyuges se opusieren ( Art.39 C.C).

Posteriormente, por la ley del 8 de Abril de 1856 se otorgó validez y efectos civiles al matrimonio " Celebrado conforme al rito religioso de los contrayentes, con tal que después de la celebración comparezcan ante el notario o juez del distrito de la vecindad de la mujer y dos testigos y expresen que ha habido mutuo y libre consentimiento, y concurren las cualidades y condiciones de que el título 2 de esta ley ... ".

En cuanto al divorcio vincular se suprimió, al estatuirse por el artículo 4o que " El matrimonio solo puede disolverse por la muerte de alguno de los contrayentes; todo pacto en contrario es nulo ".

El 26 de mayo de 1873 se expidió el Código Civil que actualmente rige, y allí se reglamentó el matri-

monio civil ( Art.113 y s. ); por el artículo 153 se estatuyó que el divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende en la vida en común de los casados ". De acuerdo con el leguaje de este y otros artículos, la palabra divorcio tuvo dos sentidos; en primer término, para indicar la simple separación de cuerpos y, en segundo término, para indicar el rompimiento del vínculo matrimonial. Este último se ha venido conociendo con el nombre de divorcio vincular.

El parlamento Colombiano había sido reacio a la reglamentación del divorcio ( vincular ), pues, excepción hecha de la ley 20 de Junio de 1853, que no alcanzó a tener tres años de vigencia, el ordenamiento jurídico familiar de la Nación, recientemente influido por la iglesia Católica, había proclamado que el matrimonio es indisoluble por causas posteriores a su celebración, salvo la muerte de uno de los contrayentes o la sentencia de nulidad.

En el año de 1974, el gobierno del presidente López Michelsen presentó al parlamento un proyecto de divorcio que había sido elaborado por una comisión de juristas<sup>1</sup>. Dicho proyecto contemplaba el divorcio para los matrimonios civiles únicamente. Fué repartido en el Senado de la República al senador Doctor

---

1.- Fueron miembros de esta comisión: HERNANDO DEVIS ECHANDIA, ALVARO PEREZ VIVES, CIRO ANGARITA, JOSEFINA AMEZQUITA y el autor de esta obra. El proyecto elaborado por dicha comisión corre publicado en varios folletos: a) Derecho de Familia dentro del mandato claro, Ministerio de Justicia Bogotá, 1974, p-19 y s.; b) Proyecto de Ley por la cual se promulga el estatuto de la Familia, 1974, publ. del Instituto Colombiano de Bienestar

Gregorio Becerra, quien lo corrigió en el sentido de extenderlo también a los matrimonios celebrados católicamente, conforme a la idea directora de la reciente ley del divorcio aprobada en Italia. Sabido es que esta ley establece:

- La sentencia de divorcio, disuelve los matrimonios civiles;
  
- No disuelve los matrimonios celebrados conforme a las normas de la Iglesia Católica ( Código de Derecho Canónico ), pero suspende sus efectos civiles. Debe tenerse en cuenta que al prescindir de los efectos civiles, de los matrimonios católicos, se autoriza a los divorciados a contraer un nuevo matrimonio por lo civil. El motivo fundamental de la corrección hecha al proyecto del gobierno era muy justa, pues durante la vigencia del Concordato de 1888 todos los bautizados, estaban, en Colombia, forzados a celebrar matrimonios eclesiásticos, encontrándose el matrimonio civil al alcance solo de los infieles ( y a partir de la Ley 54 de 1924 o ley Concha, de los bautizados que apostataran de su religión ). En consecuencia: al promulgarse una ley del divorcio limitada solo a matrimonios civiles, quedaban al margen de los beneficios de ella la mayoría de los matrimonios actualmente existente en el país. El proyec

---

Familiar. Al lado del proyecto de divorcio fueron elaborados otros importantes proyectos por la comisión mencionada: Proyecto por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los hombres, y el que sin modificaciones se convirtió en el dto 2820 de 1974; el proyecto por el cual se crea la jurisdicción de la familia; proyecto sobre matrimonio y sobre la sociedad conyugal.

to corregido dio lugar a vivas controversias y por este motivo no recibió aprobación legislativa.

Nuevamente se presentó a las Cámaras Legislativas en 1975, y habiendo correspondido de nuevo el reparto al senador GREGORIO BECERRA, se acordó aprobarlo como ley de la República, pero limitado únicamente al matrimonio civil .

Lo que indica que los matrimonios católicos celebrados y que se celebren en el futuro no alcanzan a ser tocados por el divorcio.

## 1.2 LEY 1a DE 1976

La nueva ley 1a de 1976, o ley del divorcio y separación de cuerpos, y cuya vigencia comenzó el 18 de febrero de 1976, tiene las siguientes características:

a. Rompe una sólida tradición favorable a la indisolubilidad del matrimonio, lo cual se justifica ampliamente, pues la tesis de la indisolubilidad matrimonial trajo, como consecuencia natural, el excesivo aumento de los casos de concubinatos en el país. En efecto: todos los matrimonios

---

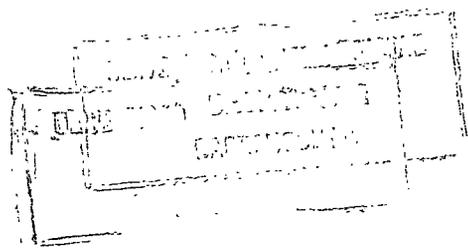
1.- El nuevo proyecto presentado por el gobierno en 1975, se separaba en importantes materias del proyecto de 1974: se prescindía de la concepción del divorcio-remedio y se reproducía la hoy derogada concepción francesa del divorcio-sanción. Con inteligencia y tacto, el senador Gregorio Becerra resucitó en lo esencial el proyecto de gobierno de 1974 el que con pequeñas modificaciones se convirtió en la ley 1a de 1976.

mal avenidos daban lugar, en la mayoría de los casos, a una separación de hecho, y los cónyuges separados no tenían, generalmente, otro remedio sino el establecimiento de una unión no autorizada por la ley.

- b. La expedición de esta ley fue posible en virtud del nuevo Concordato celebrado con la Santa Sede y aprobado por la ley 20 de 1974, pues debe recordarse que, según el viejo Concordato de 1887, los bautizados solo podían casarse por el rito de la Iglesia Católica, salvo que apostataran ( Ley 54 de 1924 o Ley de Concha ). El nuevo concordato de 1974 establece como derecho común el matrimonio civil, dando, no obstante, efectos civiles al matrimonio celebrado según el Código Canónico ( Infra, s 65 ).
- c. La nueva ley representa un término medio entre las distintas concepciones del divorcio. Por una parte, no es el divorcio un negocio fácil, pues no se contempla como causal la repudiación de la mujer por parte del marido, ni la declaración unilateral de uno de los cónyuges o el mutuo consentimiento de ambos. Empero, la causal 8 del artículo 154 ( Nueva red. de la ley la de 1976 ) estatuye como causal de divorcio la separación de cuerpos decretada judicialmente que haya durado más de dos años; y el artículo 165 ( Nueva red ). Contempla como causal de separación de cuerpos el mutuo consentimiento manifestando ante juez competente. Además, las causales son muy limitadas ( son solo 9 ) y se consideran

como las más graves las que atentan contra la paz doméstica. También debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 155 ( Nueva Redacción) el Juez solo decretará el divorcio cuando los hechos constitutivos de la causal probada hayan producido un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial, que no sea posible esperar el restablecimiento de la unidad de vida de los casados.

- d. La nueva ley del divorcio, ó ley la de 1976, solo puede aplicarse a los matrimonios civiles, no a los matrimonios celebrados por el Código de Derecho Canónico. Lo que nos indica que en Colombia a partir de la vigencia de la nueva ley, existirán dos clases de matrimonios: los civiles y que son disolubles mediante el divorcio, o sea los matrimonios eclesiásticos.
- e. Dicha ley da nombres claros al divorcio y a la separación de cuerpos. El primero, es el que antiguamente era necesario caracterizar con la expresión de divorcio vincular; la separación de cuerpos se denominará en el futuro con ese nombre y lo reemplaza la palabra divorcio, que antes empleaba el Código Civil.



## CAPITULO II

### CAUSALES DEL DIVORCIO

Las causales que pueden alegarse para pedir divorcio están centradas en dos grupos: a un grupo pertenecen las causales debidas manifiestamente a la falta o culpa de uno de los cónyuges contra la institución matrimonial y en otro grupo están aquellas causales no debidas a culpa. Como ejemplo del primer grupo tenemos: La infidelidad, el abandono por parte de los cónyuges, de sus obligaciones familiares; la embriaguez habitual; el uso de sustancias alucinógenas o estupefacientes, y cualquier conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper a pervertir al otro a un descendiente.

En el segundo grupo tenemos la 6a ó relativa a las enfermedades que imposibilitan la vida del hogar, la 8a ó sea la incompatibilidad de caracteres y la 9a ó privativa de libertad superior a cuatro años por delito calificado de atroz ó difamante.

**2.0 PRIMERA CAUSAL:** " 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 y eficacia ".

En esta causal queda establecida como motivo para

solicitar el divorcio, la infidelidad de uno de los cónyuges, puesto que con ella se viola el respeto mutuo que se deben los esposos; ellos están obligados a guardarse fé y a mantener relaciones sexuales solamente entre sí, y en ningún caso es permitido que éstas se den extramatrimonialmente por parte de alguno de los cónyuges.

Anteriormente existía una gran desigualdad en cuanto a que se era más exigente con la fidelidad de la mujer, pero esta desigualdad fué suprimida por el artículo 4o del Decreto 2820 de 1974 que otorgó igualdad de derechos y obligaciones a las mujeres y a los hombres. En él se indicó que para efecto de los primeros radicales del artículo 154 del Código Civil, las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges serían causa de divorcio. Más tarde esta norma se sustituyó por el artículo 4 de la ley la de 1976, que modificó nuevamente el artículo 154 del Código Civil, estableciendo lo que en la actualidad son las causales de divorcio.

En el nuevo artículo 154 del Código Civil se habla de " relaciones sexuales extramatrimoniales " de uno de los cónyuges... pero es de anotar que en estas debe darse por parte del cónyuge culpable un consentimiento libre de cualquier violencia física, e incluso debería aceptarse que la presión moral ejercida sobre uno de los cónyuges para lograr con estas relaciones sexuales con una persona extraña, llega a configurar una circunstancia que debe tenerse en cuenta y considerar así menos grave el acto de infidelidad cometido. Además, para que en efecto se consuma el adulterio;

las relaciones sexuales extramatrimoniales deben conllevar la verificación objetiva de una relación sexual.

Así pues, que si uno de los cónyuges cede a la realización de relaciones sexuales extramatrimoniales bajo la presión de una violencia física, aquí se está dando una circunstancia que la libera de responsabilidad, pues no fué este acto consciente de libre violación, sino por el contrario, contra su consentimiento y contra su voluntad. En este caso no estaría configurándose la primera causal de divorcio, porque si bien es cierto que se dió la consumación sexual fuera del matrimonio, en ello no intervino el consentimiento del cónyuge que tuvo una relación sexual extramatrimonial, tenga clara conciencia de que con ello está la obligación de fidelidad, que sobre él para que el hecho del matrimonio.

Cuando me refiero al hecho de que la violencia sustrae a las relaciones sexuales que con ellas se logró, del ámbito de las relaciones extramatrimoniales de uno de los cónyuges de que habla el Código Civil como primera causal de divorcio, no se ha hecho diferencia de sexo al referirme al cónyuge que fué víctima.

Está entendido así visto desde el punto de vista de que en la vida carnal el sujeto pasivo puede ser no sólo una mujer sino que puede ser también un hombre al que una mujer violenta objetivamente para sostener con él una relación sexual extramatrimonial, en tal caso no se está configurando la causal que da origen al divorcio.

También exime de responsabilidad y excluye el adulterio, el estado de inconsciencia en que se encuentra el cónyuge al realizar una relación sexual extramatrimonial, para que se configure la primera causal el cónyuge que realizó relaciones sexuales extramatrimoniales debe estar en su cabal conocimiento.

Las relaciones sexuales extramatrimoniales realizadas con cualquier persona sin distinción de sexo, es decir, la conservación por parte de uno de los cónyuges de relaciones homosexuales se enmarca dentro del ordinal 10 del artículo 154 del Código Civil, y por consiguiente, causal de divorcio.

Las relaciones sexuales extramatrimoniales por parte de uno de los cónyuges no configurarán causal de divorcio si el cónyuge demandante del divorcio las ha consentido, facilitado o perdonado<sup>1</sup>.

El canón 1129 del Código de Derecho Canónico, dice: " Los adulterios de uno de los cónyuges puede el otro, permaneciendo el vínculo, romper, aún para siempre, la vida en común, a no ser que él haya consentido el crimen, o haya dado motivo para él, ó haya perdonado expresa o tácitamente él mismo lo haya también cometido ".

---

1.- VALENCIA ZEA, ARTURO. Derecho de Familia. Tomo V. Bogotá, Temis, 1978, p.202.

El artículo 154 del Código Civil en su ordinal lo establece una presunción de derecho de infidelidad o de relaciones sexuales extramatrimoniales cuando uno de los cónyuges comete bigamia o cuando contrae nuevo matrimonio cualquiera que sea su forma y eficacia. Se requiere que el primer matrimonio no haya sido disuelto por nulidad ó divorcio, pues en este caso ya no se trataría de relaciones extramatrimoniales violatorias de la fé conyugal.

2.1 SEGUNDA CAUSAL: " El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de sus deberes de marido o de padres y de esposa o madre".

Dentro del matrimonio cada cónyuge tiene obligaciones que cumplir frente al otro cónyuge y frente a los hijos; la violación de estas obligaciones ó deberes configura causal de divorcio. Entre los deberes que tiene cada cónyuge están: El debido conyugal, la fidelidad, el socorro y ayuda mutua, la obligación de vivir juntos, escoger de común acuerdo la residencia, cuidado personal de los hijos etc.

Para que el incumplimiento pueda ser alegado como causal de divorcio, deberá ser grave e injustificado, de manera que el simple alejamiento temporal del hogar parte de uno de los cónyuges, por ejemplo, por querrela doméstica, sin que tal abandono haya quebrantado peligrosamente la seguridad del otro cónyuge y de los hijos, porque a los pocos días aquel retorna, no llega a configurar causal de divorcio, pues tal hecho no reviste la gravedad que exige la

Ley.

Igualmente el incumplimiento deberá ser injusto; se deriva de ello la conclusión de que si se ha originado el incumplimiento por razones fortuitas como por ejemplo, reveses en los negocios que no le permite sufragar los gastos del hogar, ésto no constituye incumplimiento injustificado en sus obligaciones de marido y padre, por lo tanto, no se puede alegar tal hecho como causal de divorcio.

Como principales violaciones a las obligaciones que se deben entre sí los cónyuges, tenemos:

- La permanente negativa de uno de los cónyuges a la convivencia sexual. La negativa de uno de los cónyuges a la procreación; cuando ya se tienen varios hijos no pueden invocarse como causal de divorcio.
- La oposición de uno de los cónyuges a la formación del hogar o la negativa a querer vivir bajo el mismo techo.
- El abandono de la obligación de suministrar alimentos al actual cónyuge o a los hijos.
- El abandono de los hijos.
- El abandono del hogar: en el cual puede prevenir del hecho de que uno de los cónyuges lo abandone sin causa justificada o por que despide al otro o se niegue a recibirlo en el hogar.

Cuando se violan los deberes que un cónyuge tiene para con el otro, o cuando se violen las obligaciones para con los hijos y dicha violación sea grave e injustificada constituyen causal de divorcio.

## 2.2 TERCERA CAUSAL:

" 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 hace imposible la paz y el sosiego doméstico ".

Los ultrajes son los agravios e injurias de que un cónyuge puede hacer víctima al otro y pueden ser de palabras o de hechos; de todas maneras si esto ocurre se viola el respeto recíproco que se deben los cónyuges. El amor, el respeto y la comprensión recíproca entre los cónyuges son pilares básicos para la armonía matrimonial y si ellos son desconocidos o vulnerados, es posible que en tal situación se perturbe en forma insubsanable la comunidad de vida de los cónyuges, lo que va deteriorando el matrimonio, al perder éste su valor como fundamento de la familia.

Se considera como ultraje, aquella actitud de un cónyuge contra el otro buscando su deshonor o que va en detrimento de su honor o buen nombre, como por ejemplo, atribuirle un delito que no ha cometido.

Es también considerado irrespeto injurioso dentro de los cónyuges, el revelar intimidades de la vida conyugal, ó el teatro sexual desconsiderado por parte de un cónyuge para con el otro.

Se considera que ha habido cruel y mal tratamiento de obra cuando han habido agresiones físicas o materiales lo cual por sí solo constituye causal que puede invocarse para pedir el divorcio. Se puede dar el caso de que el marido nunca haya agredido a la mujer de palabras, pero si la maltrata físicamente sin pronunciarle ninguna palabra ofensiva e injuriosa.

Dada esta circunstancia, está corriendo riesgo la integridad de la mujer, y además conlleva la posibilidad de que en el hogar no se den la paz y el sosiego necesario. Un cónyuge maltrata al otro de obra, o le da trato cruel cuando lo golpea, le produce lesiones personales, etc.

Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra pueden estar dirigidos no solo contra el otro cónyuge, sino también contra sus descendientes.

Es de anotar que los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra deben ser intencionales. Por este motivo, las palabras injuriosas que en estado de enajenación mental dirigida un cónyuge contra el otro no puede considerarse como ultraje que de motivo pueda invocarse como causal de divorcio, lo mismo sucede cuando el otro cónyuge se le ocasiona involuntariamente una lesión.

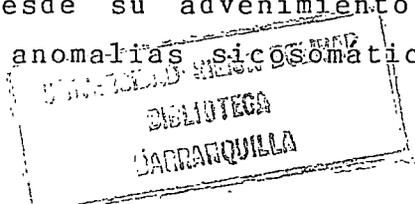
Pero si se da el caso de que por su culpa uno de los cónyuges se coloca en estado de inconciencia por el uso de drogas y bajo el estado de drogadicción realiza cualquiera de los hechos antes mencionados, si estaríamos frente a un hecho que podría invocarse como causal de divorcio por el cónyuge que ha sido víctima.

Se hace posible recalcar que la condición para que los ultrajes produzcan efectos jurídicos, es que su ocurrencia conlleva entre los cónyuges el quebrantamiento de la paz y el sosiego doméstico; y en cuanto al trato cruel y a los maltratamientos de obra, deben ser de tal gravedad que ponga en peligro la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges o de sus descendientes.

### 2.3 CUARTA CAUSAL:

" La embriaguez habitual de uno de los cónyuges ".

Esta causal tiene como finalidad el evitar que el otro cónyuge se vea obligado a soportar las inconveniencias propias de convivir con un vicioso, y tiende además a impedir que la institución familiar que es el núcleo más importante de la sociedad, se vea afectado por un virus que no va a permitir su verdadera función dentro de la organización social. En efecto la familia, que tiene como una de las finalidades principales de procreación, se vería afectada si los hijos nacidos en ella desde su advenimiento al mundo sean víctima de graves anomalías sicosomáticas,



porque es bien sabido que padres alcoholizados pueden engendrar hijos enfermos, idiotas, cretinos, etc.

El alcoholismo en uno de los cónyuges produce consecuencias múltiples y muy graves, porque además de las consecuencias anteriormente comentadas, la presencia de un cónyuge habitualmente embriagado, traerá con seguridad el incumplimiento de sus deberes de marido o de padre y de esposo o de madre, lo cual configura otra de las causales que pueden invocarse para divorcio. Además, la presencia de un padre o madre alcohólico produce efectos nocivos en la siquis de los hijos, si los hay y constituye un mal ejemplo para ellos.

El cónyuge que con frecuencia se embriague muy seguramente estará propenso a llegar al hogar y dar a su consorte un trato cruel o a maltratarlo de obra o a injurarlo y es más en máximo estado de embriaguez puede atentar contra la integridad física del otro cónyuge, aquí está, además, configurandose la tercera causal de divorcio.

Arturo Valencia Zea<sup>1</sup>, comenta que " La embriaguez implica el uso del licor en forma tan inmoderada que haga imposible la paz y el sosiego doméstico. En esto la ley tiene más en cuenta las consecuencias de la embriaguez, que la embriaguez en sí misma ".

---

1.- Ibidem., p. 213.

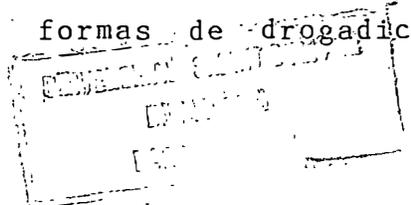
#### 2.4 QUINTA CAUSAL:

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

La drogadicción o farmacodependencia es una realidad social que en ningún modo podía el legislador dejarla de lado, al igual que el alcoholismo que como se comenta anteriormente es igual causal de divorcio.

En todas sus distintas formas, tanto la farmacodependencia como la drogadicción, son un estado síquico y a veces físico que se caracteriza por modificaciones del comportamiento y por otras reacciones que comprende siempre un impulso irreprimible a tomar el fármaco o estupefaciente en forma continua habitual o periódica, a fin de experimentar sus efectos síquicos y, a veces, para evitar el malestar producido por la privación. El uso habitual y compulsivo de cualquier droga produce tolerancia a las mismas, o sea la adaptación del organismo a la droga, la cual impone la necesidad de aumentar progresivamente para obtener efectos semejantes a los de la dosis inicial.

Las repercusiones de la drogadicción sobre el organismo y siquismo del individuo son diferentes según el tipo de droga, la dosis la duración de su uso, la calidad de la sustancia empleada, el medio ambiente en que se conserve la vía de administración del tóxico y las características somatosíquicas individuales; en general todas las formas de drogadicción



producen serios trastornos de la personalidad. Este último tiene sus aplicaciones en la vida familiar y por lo tanto, son fundamentales en lo que se relaciona con la causal que puede alegarse para pedir divorcio.

Los trastornos de la personalidad que inicialmente predisponen al individuo al abuso de las drogas, a medida que éste último se desarrolla, aquella se agudiza.

Los trastornos de la personalidad desarrollados en el cónyuge drogadicto tienen una gran trascendencia en su comportamiento en el orden social, por consiguiente, en el ámbito familiar; en este aspecto, las consecuencias suelen ser de mayor repercusión y mas peligrosas que las producidas por la embriaguez de uno de los cónyuges; por esta razón, la causal quinta casi nunca se da aislada, sino en concomitancia con otros u otras de las enumeradas en el artículo 154 del Código Civil. En efecto, un cónyuge farmacodependiente está muy propenso por su ejemplo, a protagonizar hechos configurantes de las causales segunda y tercera, pero de todas formas aun cuando éste último no se dé, la sola configuración de la causal quinta puede resquebrajar, debilitar y desquiciar la comunidad matrimonial en tal forma que no sea posible esperar que su unidad se restablezca.

## 2.5 SEXTA CAUSAL:

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

La enfermedad mental grave que uno de los cónyuges

autoriza el divorcio. Se debe tratar de una anomalía mental grave, hasta el punto de impedir en el cónyuge enajenado una libre autodeterminación de la voluntad. De tal forma que los trastornos mentales leves o de carácter temporal no revisten las características que exige la ley para que alcancen a constituir causal de divorcio.

También la anormalidad de carácter grave puede no alcanzar a constituir una enfermedad mental al tratarse simplemente como una anomalía de tipo síquico. Ello autoriza el divorcio si su existencia produce un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial por ser consecuencia de trastornos protológicos.

Entre las anomalías que dan origen a que se rompa la armonía doméstica tenemos: La neurastenia, la psicocastenia, la epilepsia, las psicopatías leves, las toxicomanías, la debilidad del espitiru, la llamada locura mental, etc.

También la enfermedad o anormalidad grave e incurable puede ser una enfermedad de carácter físico, como por ejemplo, la sífilis, la tuberculosis y la lepra. En todo caso, se deben tratar de enfermedades que a más de ser graves e incurables pongan en peligro la salud moral o física del cónyuge, imposibilitándole por tanto, a la comunidad matrimonial, a tal punto que haya producido un desquiciamiento profundo en las relaciones conyugales, de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento de la unidad de la vida matrimonial.

## 2.6 SEPTIMA CAUSAL:

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

Para la aplicación a esta causal, es preciso tener en cuenta las buenas costumbres imperantes en la ciudad; ésto, en razón de que los términos corromper o pervertir por tener una proyección significativa muy amplia, sólo alcanzan un grado de precisión dentro de tales lineamientos.

Como conducta que escoja dentro de la causal séptima tenemos la predisposición a que un cónyuge lleve al otro y a sus descendientes para carácter crímenes o actos depravados que corrompan su moral. También encaja aquí la prostitución de la mujer por parte del marido, todas estas conductas configuran la causal séptima que puede invocarse para el divorcio. Es más, la simple tentativa de cualquier conducta de éstas, es suficiente para invocar el divorcio de parte del cónyuge inocente.

La actividad corruptora de uno de los cónyuges puede ir no sólo dirigida al otro cónyuge, sino a un hijo o a cualquier persona dependiente del hogar que esté bajo el cuidado y protección de los cónyuges.

Invocada la causal de que se habla para pedir divorcio éste puede ser negado justificadamente si dicha causal

no esta debidamente aprobada y si se considera que la conducta del cónyuge que se acusa, no alcanza a producir un grave desquiciamiento de la comunidad doméstica de característica tales que no se pueden suponer su fácil restablecimiento.

## 2.7 OCTAVA CAUSAL:

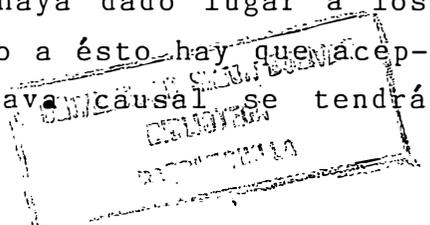
" La separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure más de dos años ".

Puede invocarse como causal de divorcio el hecho de que los cónyuges se encuentren separados de cuerpos por sentencia judicial desde hace ya más de dos años.

La sentencia judicial que decrete la separación de cuerpos puede ser producto de un juicio de separación de cuerpos o bien de un anterior proceso de divorcio, conforme a la ley la de 1976, reformatoria del Código Civil Colombiano; en una demanda de divorcio puede solicitarse en forma subsidiaria la separación judicial de cuerpos para los casos en que no sea concedido el divorcio.

En cualquiera de los dos casos se puede proferir sentencia decretando la separación judicial de cuerpos, y si ella dura dos años, ininterrumpidamente podrá ser invocada como causal de divorcio.

Hay que hacer la claridad, de que el divorcio sólo puede invocarlo el cónyuge que haya dado lugar a los hechos que lo motivan. De acuerdo a esto hay que aceptar que con respecto a la octava causal se tendrá



muy en cuenta en cabeza de quién recae la responsabilidad de hecho que originó la separación de cuerpos.

Es preciso señalar al respecto que existe una excepción y es el caso que está previsto en el artículo 10. ordinal segundo de la Ley 165 que dice: " Podrá haber lugar a la separación de cuerpos por el mutuo consentimiento de los cónyuges manifestando ante el juez competente ".

En el anterior evento para efectos del divorcio no podrá aplicarse la norma contemplada en el artículo 156 del Código Civil, porque en este caso no se puede señalar a uno de los cónyuges como responsable de originar los hechos que motivaron la disolución del vínculo matrimonial, por este motivo cuando se produce una sentencia judicial decretando separación de cuerpos por solicitud de común acuerdo de los cónyuges y ésta se ha prolongado ya por espacio de más de dos años, configurándose así la octava causal de divorcio, ésta podría ser invocada para tal efecto por cualquiera de los cónyuges.

La causal octava se considera como una de las más importantes por sus aplicaciones especiales, ya que, por ejemplo, cuando una pareja de casados decide divorciarse y no quieren manifestar las que tienen para ello, o cuando existiendo incompatibilidad de caracteres que imposibilite la vida armoniosa del hogar; los cónyuges para lograr obtener el divorcio, presentan ante el juez competente demanda de separación judicial de cuerpos, la cual vencido el plazo de

dos años, constituye ya causal de divorcio, la cual podrá ser invocada por cualquiera de los cónyuges.

De cierto modo, la causal octava está reemplazando una causal de aquí no existe y es la de petición de divorcio invocando nuestro consentimiento de los cónyuges.

## 2.8 NOVENA CAUSAL:

" La condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años, por delito común, de uno de los cónyuges, que el juez conozca el divorcio califique como atroz e infamante ".

Cuando se hace la salvedad de que debe tratarse de la comisión de un delito común, se justifica por cuanto implica el reconocimiento de una situación excepcional para quienes son condenados a penas privativas de la libertad por delitos políticos.

Para algunos doctrinantes, la calificación del delito como atroz e infamante corresponde hacerlo al juez penal en razón de que aparte de tener sobre esto conocimiento de causa, es la persona más indicada para hacer la estimación de que está íntimamente relacionado con el concepto de peligrosidad que pertenece al ámbito del Derecho Penal.

Para poder ser aceptado como causal de divorcio tanto la comisión del delito como la equivalente condena deben haber tenido lugar dentro del matrimonio.

## CAPITULO III

### LA ACCION DE DIVORCIO

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

La acción de divorcio es la facultad que tiene uno de los cónyuges para demandar ante juez competente la disolución del vínculo matrimonial civil.

La acción de divorcio se trasmite en un proceso civil que se inicia con una demanda de divorcio del matrimonio civil, esta demanda puede provenir de cualquiera de los cónyuges, el admite, el juez competente y normalmente finaliza con una sentencia judicial que resuelve la pretensión del demandante solo podrá demandarse en acción de divorcio por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan: esto según lo establecido por el nuevo artículo 156 del Código Civil.

El artículo 157 del Código Civil, artículo 7 Ley 1a de 1976, establece que en el proceso de divorcio, las partes constituyen solamente los cónyuges; pero si éste fueren menores de edad podrían también intervenir mis padres. El Ministerio Público también se ha oído siempre en interés de los hijos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la intervención que en la acción de divorcio se autoriza a los padres, constituye

una cuadyuvancia y de ninguna manera significa que su relación en el proceso se debe a que se consideren parte del mismo. Los padres no podrán oponerse a la demanda, si apelan a la sentencia.

### 3.0 CARACTERISTICAS DE LA ACCION DE DIVORCIO

La acción de divorcio tiene como característica el ser personalísima, no puede ceder ni puede transmitirse a los herederos, ni tampoco compete a los descendientes, ni el Ministerio Público.

Como consecuencia de lo anterior, si estando en curso un proceso de divorcio, muere uno de los cónyuges, termina el proceso, por la única razón que las únicas partes en el proceso de divorcio son los cónyuges, tanto en el sentido sustancial como el procesal. Son los cónyuges los que están legitimados con la causa, sin interés jurídico de disolver el vínculo, nadie más interesado para la disolución del matrimonio como los litigantes.

Los cónyuges son los sujetos titulares de la acción jurídica sustancial que se discute en el proceso. Solo el cónyuge inocente puede ejercer la acción de divorcio.

La acción de divorcio no es renunciante anticipadamente, pero el legislador no puede impedir que los cónyuges perdonen a posteriori los hechos que podrán sustituir causal. Lo anterior solo puede hacerse antes de que el juez decreta la sentencia que apruebe el divor-

cio, pues de lo contrario, habiendo sido ya dictada en firme, los cónyuges ya se encuentran divorciados su vínculo matrimonial está ya roto y, por lo tanto, si quieren reconciliarse tienen que apelar a la realización de un nuevo matrimonio.

### 3.1 TITULARES DE LA ACCION DE DIVORCIO

Los titulares de la acción de divorcio o las partes, son los mismos cónyuges, claro está que el cónyuge que haya dado motivo al divorcio no puede promover la demanda porque nada puede alegar su propia culpa.

Si los cónyuges son menores podrán intervenir los padres, solo para coadyuvar las pretenciones del hijo o para ser oídos en una forma general si así lo solicitare.

El ministerio Público será oído siempre en interés de los hijos menores y para lo cual debe modificarse obligatoriamente el auto admisorio de la demanda.

Si los cónyuges son menores de 18 años, apesar de estar emancipados por el matrimonio, para instaurar la petición de divorcio o para contradecirla, deberá asignar con la aprobación del juez, un curador Ad-Litem, para que los represente si es púber ya que si es inpúber el juez lo designará.

### 3.2 CADUCIDAD DE LA ACCION DE DIVORCIO

Si las causales invocadas para pedir el divorcio

son las consagradas en los numerales 2-3-4 y 5 del artículo 4 de la ley la de 1976, el término de caducidad de la acción será de un año, que comenzará a contarse desde el momento en que se consumó el acto culpable.

Si las causales invocadas son las contempladas en los numerales 1 y 7 podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia de los hechos.

Cuando se trata de invocar las causales 6-8 y 9 como no se encuentran mencionadas en el artículo 4 de la Ley la. de 1976, se presume que para el alegarlas no tiene término de caducidad.

### 3.3 TRAMITACION DEL PROCESO DE DIVORCIO

De acuerdo a lo establecido por el artículo 26 de la Ley la. de 1986, el divorcio se tramitará y decidirá en proceso abreviado.

La demanda del divorcio se formulará ante el juez del circuito del domicilio conyugal o ante el del domicilio del demandado.

Con la admisión de la demanda proceden las medidas cautelares que pueden ser decretadas sobre bienes que pueden ser objeto de ganancias y que se encuentran en cabeza de uno de los cónyuges.

La Ley establece lo siguiente:

En el proceso de divorcio se observan las siguientes

reglas:

- Simultaneamente con la admisión de la demanda de divorcio o antes si hubiere urgencias, podrá el juez decretar las siguientes medidas: Decretar a petición de partes las medidas cautelares autorizadas en el ordinal B del artículo 691 del Código de Procedimiento Civil, sobre los bienes sociales y también sobre los bienes propios, con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge tuviera derecho, si fuere el caso.

Las medidas cautelares tienen por finalidad, unos garantizar la seguridad y cuidado de los cónyuges y de los hijos, y las otras persiguen proteger los derechos matrimoniales que cada cónyuge tenga sobre los bienes de la sociedad conyugal.

Las medidas cautelares ordenadas por nuestro estatuto procesal en los procesos de divorcio de matrimonio, según el artículo 691 son los siguientes:

Cualquiera de las partes podrá pedir el embargo y secuestro de los bienes que pueden ser objeto de gananciales, y que estuvieren en cabeza de la otra; si se trata de bienes sujetos a registros, el secuestro se practicará una vez inscrito el embargo y allegado el certificado de propiedad que comprenda un período de 20 años si fuera posible.

- El embargo y secuestro practicado en estos procesos no impedirá perfeccionar los que se decretan sobre los mismos bienes en proceso de ejecución, antes

de quedar en firme la sentencia favorable al demandante que en aquella de dicte; con tal objeto se dará aplicación en lo dispuesto en el numeral lo del 558, el remanente no embargado en otras ejecuciones y los bienes que en esta se desembarquen, se consideraran embargados para los fines del proceso de nulidad del matrimonio, divorcio o separación de bienes.

- Las anteriores medidas se mantendrán hasta la ejecutoria de la sentencia; pero si a consecuencia de esto fuere necesario liquidar la sociedad conyugal, continuará vigente en el proceso de liquidación.

Si dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia civil o eclesiástica que disuelva la sociedad conyugal, no se hubiere promovido la liquidación de este hecho, las notificaciones del auto admisorio de la demanda y las publicaciones respectivas, se levantarán aún de oficio, las medidas cautelares.

- Cualquiera de los cónyuges podrá solicitar que se levanten las medidas que afecten sus bienes propios y para ello, tramitará el incidente y el auto que lo decida es apelable en el efecto diferido.
- Para la práctica del depósito de personas, cuando fuere el caso, se aplicarán en lo pertinente, las disposiciones sobre secuestro de bienes.

### 3.4 DEMANDA DE RECONVENCION

Una vez que ha sido admitida la demanda, el juez ordenará su notificación al demandado, siendo el traslado de 10 días. Durante este término el demandado podrá proponer demanda de reconvención. Esta consiste en afirmar que el demandante ha incurrido también en algunas de las causales que autorizan el divorcio.

Una vez que ha sido presentada y aceptada la demanda de reconvención el juez estará frente a dos demanda de divorcio, procedentes cada de los cónyuges. El demandado pretende probar que si él resulta culpable fué porque el demandante incurrió en culpa y así poder conseguir que los efectos de la sentencia de divorcio no recaigan solo sobre él. Es posible que pretenda probar que la violación de algunas de sus obligaciones familiares se debió a culpa del demandante, como cuando es acusado de adulterio como consecuencia de que el otro se nego en forma constante a permitirle el acceso carnal.

Admitida la demanda de reconvención, el juez citará a los cónyuges para una audiencia de conciliación a la cual deberán asistir personalmente.

Si los cónyuges no concurren el juez citaría para una segunda audiencia que deberá tener lugar no antes de dos meses ni mas de tres, de la fecha señalada para la primera, si en esta nueva audiencia tampoco hay conciliación, el juez ordenará seguir el proceso.

El juez podrá oír a los hijos y su sugerencia en

el proceso no será parte y habrá de ser tenida como prueba de analizarse en su momento determinado de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

## CAPITULO IV

### EFFECTOS DEL DIVORCIO Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

#### 4.0 EFECTOS

Los principales efectos del divorcio judicialmente pronunciados son los siguientes:

Por lo establecido en los artículos 152 y 160 del Código Civil, el primer efecto del divorcio es el reompimiento del vínculo matrimonial entre los cónyuges, como consecuencia de ello los cónyuges divorciados pueden, a partir de la declaración de divorcio contraer nuevo matrimonio.

Una vez declarado el divorcio judicialmente, de inmediato se disuelve la sociedad conyugal, esto taxativamente establecido en el artículo 160 del Código Civil, y el inciso lo del artículo 1820 que fué modificado en su artículo 25 por la ley la de 1976, que indica que la sociedad conyugal se disuelve entre otras causales, por la disolución del matrimonio.

El Código de Procedimiento Civil indica en sus artículos 625 y 626 el procedimiento a seguir para efectuar la correspondiente liquidación, igualmente hay que seguirse por lo establecido en los artículos 5-6-7 del título XXII del libro 4o del Código Civil.

Si los cónyuges son capaces y prefieren liquidar la sociedad conyugal de mutuo acuerdo, solo tendrán

que constituir la escritura pública en la que se hará constar la correspondiente relación de bienes y deudas sociales y según lo preceptúa el ordinal 5o del artículo 181 del Código Civil.

La providencia que decreta el divorcio o la disolución del matrimonio produce efectos desde el momento en que se produce dicha evidencia hacía el futuro. Por consiguiente, a partir de ese momento los divorciados pierden su calidad de cónyuges y los hijos comunes habidos hasta ese momento no pierden por ningún motivo su condición ya adquirida de hijos legítimos.

Cuando el divorcio ha sido decretado con base fundamental en las causales 1-2-3-4-5 ó 7 del nuevo artículo 154 del Código civil, el cónyuge que sea declarado inocente tiene derecho a revocar las donaciones que hubiere hecho a favor del cónyuge culpable sin que éste tenga ninguna opción para hacer valer aquellas concesiones que en capitulaciones matrimoniales se hicieron a su favor.

Decretado judicialmente el divorcio, los cónyuges divorciados no tienen ya ningún derecho a partir de esta declaración a reclamar porción conyugal o a heredar abintestato en la sucesión del otro, invocando su calidad de cónyuge supérstite, ya que esta se perdió en el mismo momento en que se decretó la sentencia de divorcio.

Una que se ha decretado la sentencia de divorcio, el cónyuge que se declare culpable, le tocará correr

con la obligación alimentaria del cónyuge inocente. Si ambos cónyuges son declarados culpables no surgirá obligación alimentaria alguna. Si el divorcio ha sido decretado en base a las causales 6-8 y 9 y ambos cónyuges son inocentes le tocará decidir al juez de acuerdo a las reglas de equidad y principios generales del derecho sobre lo concerniente a la obligación alimentaria.

Los títulos XII y XIV del Código de Procedimiento Civil establecen todo lo referente a los hijos comunes de los divorciados. Los hijos menores quedarán en poder de uno y de otro cónyuge teniendo en cuenta su edad, sexo y causal por la cual se produjo el divorcio.

Ejecutoriada la sentencia de divorcio, se producen como consecuencias necesarias 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 inocente que necesitaré de ella.

La disolución del matrimonio se produce sin efectos retroactivos, lo que equivale a decir que cesa de existir para el futuro; los efectos producidos en el pasado subsisten en el sentido de que los divorciados fueron cónyuges hasta la sentencia de divorcio y los hijos comunes fueron y siguen siendo legítimos.

Hombre y mujer divorciado pueden casarse de nuevo con persona diferente de su antiguo cónyuge; y si llegaren a arrepentirse del divorcio y quisieren convi-

vir de nuevo, necesitarán celebrar entre sí un nuevo matrimonio, pues de no hacerlo, así, su convivencia se interpretará como concubinato y los hijos que tuvieren serán extramatrimoniales ó naturales.

Este problema de sí los divorciados podían o no casarse de nuevo entre sí, constituyo durante mucho tiempo un verdadero quebradero de cabeza para el legislador francés.

En efecto, el primitivo artículo 295 del Code ( Red. de 1804 ) estableció: los cónyuges divorciados no pueden casarse de nuevo entre sí; más tarde, por la ley 27 de Julio de 1884, se permitió que pudieran casarse de nuevo, siempre que ninguno de ellos hubiere realizado un segundo matrimonio el cual se hubiera roto por el divorcio; por la ley del 5 de abril de 1919, se prohibió el divorcio a los casados entre sí por segunda vez salvo cuando se daba la causal relativa a una condena o pena aflictiva o infamante; por la ley del 26 de marzo de 1924, se facilitó el nuevo matrimonio si existieren hijos del primer matrimonio y el segundo matrimonio se hubiere disuelto por muerte del cónyuge; finalmente, por ley del 4 de enero de 1930 se permitió, sin ninguna excepción o limitación, que los divorciados pudieran casarse de nuevo<sup>1</sup>.

---

1.- El origen de esta vacilaciones en Francia arrancó de una frase de Montesquieu, citado en el momento de redactarse el primitivo artículo 295 del Code, y según la cual "Permitir jugar con el divorcio, es permitir jugar con el matrimonio". Advierten que dicha razón careció de seriedad.

Esta regla se conserva por la nueva del divorcio del 11 de Julio de 1975 ( Art. 263 del Code ).

Nuestro código contenía una limitación para que la mujer adúltera pudiera casarse con su cómplice. En efecto, el ordinal 7o del artículo 140 del Código Civil estatúa que el matrimonio es nulo. " Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio". Pues bien, por la ley 24 de 1974 el parlamento autorizó al presidente de la República para que estableciera sin limitaciones de ninguna clase la total igualdad de derechos y obligaciones entre los hombres y mujeres.

Al expedirse el decreto 2820 de 1974 en uso de la autorización de la mencionada ley, si bien no se derogó expresamente el ordinal 7o del artículo 140 del Código Civil, no obstante, por el artículo 70 se derogaron las " demás disposiciones contrarias a la ley " ( A debido decirse a este decreto ) y sin duda, el mentado ordinal 7o del artículo 140 del Código Civil contenía una notable discriminación entre derechos de hombres y mujeres, por cuanto el 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 servido para fundamentar la sentencia de divorcio. En síntesis, el ordinal 7o del artículo 140 se encuentra derogado<sup>1</sup>. A lo que es necesario

---

1.- El antiguo artículo 298 del Code prohibía un segundo matrimonio del cónyuge divorciado por adulterio con su cómplice.

agregar: el legislador, al dictar sus leyes, debe guiarse tratando de interpretar la naturaleza humana y no principios o reglas de una moral excesivamente estricta que está al alcance solo de determinadas personas. Todo cónyuge adúltero cuyo matrimonio se disuelve por divorcio, pretende rehacer su vida conyugal precisamente con su cómplice; de no permitir ese segundo matrimonio, equivale a forzar un estado indefinido de concubinato.

La sentencia de divorcio implica disolución de la sociedad conyugal, pues esta en ningún caso puede tener existencia al margen del matrimonio.

A partir de la sentencia de divorcio, los cónyuges pierden esta calidad y no puede alegarse para heredar abintestato en la sucesión del otro, ni para reclamar porción conyugal ( Código Civil artículo 162, 2do párrafo ).

#### 4.1 DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La disolución de la sociedad conyugal se realiza por las causales previstas en el artículo 1820 del Código Civil y que dice:

- Por disolución del matrimonio.
  
- Por la separación de cuerpos decretada judicialmente salvo que por mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla.

- Por la sentencia de separación de bienes.
- Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 140 del Código Civil. En este evento no se forma sociedad conyugal.
- Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación.

La sentencia que decreta el divorcio o la separación de cuerpos, o la separación de bienes, disuelven la sociedad conyugal y en cuanto a la liquidación de ella, caben dos posibilidades: Liquidarla de conformidad con lo dispuesto en los artículos 625 y 626 del Código de Procedimiento Civil, como trámite subsiguiente, en el mismo expediente y ante el mismo juez. Liquidarla mediante escritura pública, respondiendo solidariamente ante los acreedores y con título anterior al registro de la escritura de disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Antes de la vigencia de la ley la de 1976 no podía disolverse la sociedad conyugal por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, por escritura pública, pues no se podía permitir ni la diligencia probatoria de inventario, ni el emplazamiento a terceros, ni la sentencia aprobatoria de la partición ni eludirse el pago de los impuestos fiscales por razones de orden público.

#### 4.2 SEPARACION DE CUERPOS

Jurídicamente se entiende por separación de cuerpos la suspensión de la vida común de los casados, o sea la autorización para que marido y mujer vivan alejados uno de otro sin que se rompa el vínculo matrimonial.

Una vez que ha sido presentada ante el juez Civil del Circuito del domicilio de los cónyuges la demanda, e iniciado el juicio de divorcio, se puede pedir dentro del proceso la separación de cuerpos únicamente; pero si el proceso se ha iniciado pidiendo la separación de cuerpos, no se puede exigir posteriormente que dentro del mismo proceso se concluya con la sentencia de divorcio.

El artículo 10 de la ley de 1976 dicen que son aplicables a la separación de cuerpos las mismas causales que regulan el divorcio que están establecidas en el Código Civil reviste gravedad no solo para los cónyuges sino también para los hijos y para la sociedad, por consiguiente se llegó a concluir que para prevenir males que podían ser mayores era necesario aceptar el divorcio que por muchísimas razones está instituido.

La separación de cuerpos produce los mismos efectos que el divorcio con la única diferencia de que el vínculo matrimonial permanece vigente, no se disuelve.

La separación de cuerpos suspende la comunidad de

los cónyuges en cuanto a techo, lecho y mesa siempre y cuando uno de los dos cónyuges de causa para ello de acuerdo a lo establecido por la ley.

La separación de cuerpos puede ser definitiva o temporal, la definitiva es aquella que fué motivada por una causal tan grave que la separación es total, es concluyente hasta el punto de implicar la disolución de la sociedad conyugal. La separación de cuerpos temporal es aquella que se obtiene mediante sentencia judicial por un tiempo determinado puede ser propuesta por uno de los cónyuges, o por ambos, es decir, pactada de común acuerdo.

Cuando la separación de cuerpos sobreviene por decreto judicial, convencional o de hecho, el matrimonio no tiene ya ninguna existencia aún cuando virtualmente subsiste en apariencia ante la sociedad.

Cuando entre los cónyuges que se separan de cuerpos existen hijos, el juez en defensa de estos y previo concepto del ministerio público podrá objetar el acuerdo de los cónyuges, pero si no existen hijos comunes no habra objeción por parte del juez y por consiguientes no itervendra el Ministerio Público.

El Código de Derecho Canónico no admite el divorcio, pero si admite la posibilidad de que los cónyuges se separen cuando han ocurrido hechos tan graves que ya trastornan la paz doméstica. Los cánones 1128 a 1132 reglamentan la separación de lecho, mesa y habitación. La comunidad doméstica siempre supone

una vida común de los cónyuges, de lecho mesa y habitación, por consiguiente la separación de cuerpos puede darse también, además de temporal y definitiva, en forma parcial o en forma total. La parcial se da cuando el marido y la mujer se separan de lecho por mutuo consentimiento dada por ejemplo la circunstancia de grave enfermedad contagiosa de uno de los cónyuges. También es parcial la separación cuando abarca el lecho y la mesa, lo cual ocurre cuando el marido y la mujer, aún viviendo bajo el mismo techo, no cohabitan ni hacen común sus comidas.

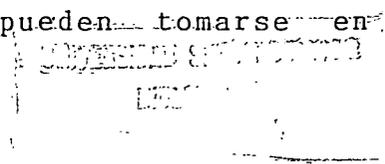
Se da la separación total cuando los cónyuges deciden separarse del todo, mesa, lecho y habitación, es decir, cuando cada quien decide vivir en residencia separada.

#### 4.3 PROCEDIMIENTO DE LAS SEPARACIONES DE CUERPOS

En el proceso de separación de cuerpos se utilizan diferentes procedimientos de acuerdo a las causales que se aleguen en el proceso. Se pueden alegar las mismas causales para el divorcio o se puede pedir la separación de cuerpos por mutuo consentimiento.

- Cuando para pedir la separación de cuerpos se alegan las causales del artículo 154 del Código Civil se tramitarán por proceso abreviado reglamentado por los artículos 414 a 421 del Código de Procedimiento Civil.

Las medidas cautelares que pueden tomarse en



el proceso de divorcio pueden ser igualmente utilizadas en el proceso de separación de cuerpos.

Una vez que el cónyuge demandado ha sido notificado, éste puede proponer demanda de reconvencción para que si se declara culpable también se declare culpable el demandante de la causa alegada y así poder evitar la responsabilidad especial del culpable frente al que ha sido declarado inocente.

En las audiencias de conciliación pueden presentarse los siguientes casos:

- a. Que el demandante no desista de la acción y el demandado se opone;
  - b. El demandante desiste, en este caso se produce la conciliación y el proceso se da por terminado;
  - c. El demandante insiste en la separación y el demandado accede a ella, se produce entonces la causal de separación de cuerpos por mutuo consentimiento.
- Si por mutuo consentimiento se produce la separación de cuerpos, se tramitará en proceso verbal. En la demanda enviada al juez, los cónyuges expresarán en que estado queda la sociedad conyugal; si la separación es temporal o es definitiva, si es temporal especificará el tiempo de duración de la separación, que no puede exceder de un año.

Vencido este plazo, se presume que ha habido reconciliación, pero los cónyuges pueden declarar al juez

que la separación se torne definitiva o que desean ampliar el término de separación.

Tendrán los cónyuges que determinar como se van a atender los hijos comunes, la proporción en la que contribuirán a los gastos de su crianza, educación, establecimiento, y si es necesario, el sostenimiento de cada cónyuge. El juez podrá en interés de los hijos y previo concepto del Ministerio Público objetar el acuerdo de los cónyuges.

#### 4.4 SEPARACION DE BIENES

La separación de bienes dentro de los cónyuges se efectúa sin que para ello sea necesario el divorcio, éste se lleva a cabo por decreto judicial o por disposición de la ley. La separación de bienes puede pedirse alegando las mismas causales que para el divorcio y por mutuo consentimiento de los cónyuges por haber incurrido uno de ellos en la cesación de pagos, quiebra, o concurso de acreedores, oferta de cesación de bienes, disipación o juego habitual, administración fraudulenta o notoriamente desquiciada de su patrimonio, en tal forma, que ponga en peligro los intereses del demandante en la sociedad conyugal.

#### 4.5 PROCEDIMIENTO PARA LA SEPARACION DE BIENES

La separación de bienes se tramita por el procedimiento abreviado según lo establecido en el artículo 414,

numeral la del Código de Procedimiento Civil.

En los procesos de separación de bienes se pueden decretar medidas cautelares autorizadas en el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil que dice en forma taxativa: " Cualquiera de las partes podrá pedir el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales y que estuvieren en cabeza de la otra; si se trata de bienes sujetos a registro, el secuestro se practicará una vez inscrito el embargo y allegado el certificado de propiedad, que comprende un período de veinte años, si fuere posible ".

La ley la de 1976, en su artículo 27 literal e, autoriza también el decretar medidas cautelares " sobre bienes propios con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge tuviere derecho si fuere el caso ".

De acuerdo con lo establecido por el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil, "el embargo y secuestros practicados en los procesos de separación de bienes, impedirán perfeccionar los que se decretan sobre los mismos bienes en proceso de ejecución, antes de quedar en firme la sentencia favorable al demandante que en aquellos de dicte; para lo cual se aplica el artículo 558 en su numeral lo y el remanente no embargo en otras ejecuciones y los bienes que en éstas se desembarquen se considerarán embargados para los fines del proceso de nulidad de matrimonio, divorcio o separación de bienes ".

#### 4.6 QUIEN PUEDE PEDIR LA SEPARACION DE BIENES ?

Tanto el artículo 21 de la Ley 1a de 1976, como el artículo 422 del Código de Procedimiento Civil, preceptúa:

" Cualquiera de los cónyuges puede pedir la separación de bienes ".

Anteriormente solo podía pedir la separación de bienes la mujer, pero a partir de la vigencia de la Ley 28 de 1932, ambos cónyuges pueden solicitarla.

La separación de bienes puede demandarse en los siguientes casos:

- Por las mismas causales que autorizan la separación de cuerpos.
- Por mutuo consentimiento de los cónyuges manifestando ante juez competente.

## CAPITULO V

### CESACION DEL DIVORCIO

El divorcio cesa: Por muerte de uno de los cónyuges, lo cual resulta apenas lógico. Por reconciliación, pero cuando sobrevinieren causas diferentes o nuevos actos culpables, se decretará el divorcio nuevamente.

A los hechos cometidos se pueden agregar los anteriores antecedentes. No se trata de revivir aquellos trechos, sino con el fin de que el juzgador los tenga presente para dictar sentencia.

#### 5.0 PROCEDIMIENTO

El juicio se tramita como proceso verbal que termina con la sentencia, teniendo como base las situaciones personales de los cónyuges en patrimonio y ante todo, la conveniencia de los hijos.

Están previstas dos audiencias de conciliación con intervalos de 2 a 3 meses, contados desde la fecha señalada para la primera y , en el caso de que los cónyuges no se avinieren, se continuará con el juicio.

Se preveen en este proceso medidas cautelares que el juez debe dictar para salvaguardar los intereses de los hijos y de los cónyuges. Artículo 27 de la ley la de 1976.

En la separación de cuerpos y tratándose de matrimonios canónicos por solicitud de uno de los cónyuges, la causa respectiva se suspenderá en primera instancia y por una sola vez, por el término de 30 días para dar lugar a la acción conciliadora y pastoral de la iglesia. Artículo 9 del Concordato.

## CAPITULO VI

### OBLIGACION DE LOS PADRES DIVORCIADOS PARA CON LOS HIJOS

En general, los derechos y obligaciones entre padres e hijos existentes 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 de divorcio, decidirá a cual de los divorciados corresponde ejercer en el futuro la patria potestad, o si esta es compartida por ambos. La patria potestad quedará a cargo de un cónyuge, con exclusión del otro, en todos los casos en que la causa probada del divorcio determine suspensión o pérdida de ella para el demandado. Si la patria potestad se extingue para ambos cónyuges, ordenará la guarda de los hijos. En todo caso, extinguida la vida 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 o a otra persona atendiendo a su edad, sexo y causa probada de divorcio (Código de Procedimiento Civil., Art.423, ord.5 ).

Las obligaciones previstas en los artículos 250 a 268 del Código Civil ( Título XII del Libro 1 ) subsisten a cargo de los padres divorciados. Por dicha circunstancia, en la sentencia de divorcio el Juez debe indicar la proporción en que los divorciados deben contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 257 del Código Civil ( C. de P. C., art.423, ord. 5o letra c ).

## 6.0 OBLIGACION ALIMENTARIA A FAVOR DEL DIVORCIADO INOCENTE

Según el ordinal 4 del artículo 411 del Código Civil (Red del art.23 de la ley la de 1976), se deben alimentos a la mujer o al hombre divorciado sin culpa, por parte de quien dio lugar al divorcio.

Disuelto el matrimonio se extinguen 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 y la sentencia de divorcio los privó de tal calidad; ahora son extraños entre sí. Sin embargo, suele a este respecto aducirse el siguiente argumento: quienes contraen matrimonio lo hacen para hacer vida común durante toda su vida y no para divorciarse; luego, en principio, la obligación de socorro y ayuda se contrae por toda la vida. Especialmente, advierte CARBONNIER, " el marido tomó a su cargo el deber vitalicio de proteger a su mujer contra la miseria. El derecho se sirve de esa base, éticamente articulada, para prolongar el deber de auxilio a través de la obligación alimenticia subsiguiente al matrimonio". Este argumento debe extenderse hoy día a los alimentos que pueda salir a deber la mujer al marido en virtud de la igualdad de derechos y responsabilidades entre mujeres y hombres proclamada por el decreto 2820 de 1974. En efecto, el divorcio puede implicar para el cónyuge inocente una brusca alteración de su nivel de vida, y no es justo que se vea compelido a padecer penalidades en los casos en que él no dio lugar a divorcio.

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

- El carácter indemnizatorio se hace derivar de la culpa del obligado a prestar alimentos, o sea del cónyuge que dio lugar al divorcio; de donde se deriva la necesidad entre la culpa del divorciado y el perjuicio sufrido por el cónyuge del obligado, la obligación de transmite a sus herederos;
- Como simple prolongación de la obligación de socorro y ayuda, es decir, como mera pensión de alimentos, de lo cual se colige que la cuantía se halla sujeta a variación según las posibilidades económicas del obligado y según las necesidades del acreedor; además, en que la pensión se extingue con la muerte del divorciado que tiene derecho a percibir, y no puede enajenarse o embargarse por los acreedores.

El tribunal de Casación de Francia ha sintetizado su doctrina mediante la siguiente definición: La pensión alimenticia que un divorciado deba al otro está dirigida a reparar el perjuicio resultante de la separación anticipada del deber de auxilio (socorro y ayuda), al que completa y sustituye.

Es aplicable esta doctrina y esta jurisprudencia a nuestro derecho tal como es anunciada en Francia, o necesita algunas precisiones y correcciones? Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que nuestro Código Civil contiene dos reglamentaciones separadas: la del título XXI del libro 1o (Arts. 411 a 427), que trata de los alimentos que se deben por ley a ciertas personas, y la del título XXXIV del libro 4o (Arts 2341 a 2360), que regula la responsabilidad común por dolo o culpa. Cada una de estas reglamentaciones obedecen a criterios diferentes.

- La del título XXI del libro 1o (arts.411 y s ). no está construida con el concepto de culpa o dolo, sino con idea diferente: el parentesco (excepción hecha de la obligación instituida por el ord. 1o: alimentos del donatario a favor del donante). La obligación alimenticia supone ciertas condiciones tanto en el obligado como en el acreedor: a- El deudor debe encontrarse en condiciones económicas que le permitan cumplirla y, en todo caso, su cuantía se gradúa según sus facultades y sus circunstancias domésticas ( C.C., art.419); b- El acreedor debe tener necesidad de la pensión, por una parte y, por otra, no debe cometer injuria atroz contra el alimentante ( C.C. art.414). Si cesa el estado de pobreza o estado de necesidad en el alimentario o acreedor, se extingue la obligación. Lo que conduce a que una pensión alimenticia puede estar sujeta a un aumento o disminución, según las circunstancias económicas del alimentante o del alimentario; finalmente, los alimentos son indispensables: no pueden

cederse ni renunciarse, ni son transmisibles por causa de muerte ( C.C. art.424 ).

- La de los artículos 2341 y siguientes del Código Civil es de indemnización y supone los elementos comunes de toda responsabilidad: conducta ilícita, un daño o perjuicio y una relación de causalidad entre el ilícito ( dolo o culpa ) y el perjuicio. Esta indemnización no tiene en cuenta el estado de necesidad en que se encuentran el perjudicado y se determina de una vez por todas, no estando sujeta a modificaciones; y puede disponerse de ella: venderse, cederse y transmitirse por causa de muerte.

Estimamos que, debido a la naturaleza propia de nuestra legislación civil, la pensión de alimentos que tiene derecho a reclamar el hombre o mujer divorciados se fundamenta en forma preponderante en las disposiciones de los artículos 411 y siguientes del Código Civil lo cual indica que es consecuencia de una prolongación en el futuro de la obligación de socorro y ayuda a que se refiere el artículo 176 del mismo Código; tesis esta que se ajusta en un todo a la ley, puesto que el legislador la instituye en el propio artículo 411 pero, desde otro punto de vista, no existe inconveniente de orden lógico en que la cuestionada pensión alimenticia tenga, en determinadas circunstancias, cierto carácter indemnizatorio, según veremos a continuación.

Solo el cónyuge que no haya dado lugar al divorcio

tiene derecho a pedir alimentos. El cónyuge culpable jamás tiene tal derecho.

Las sentencias de divorcio en Colombia harán varias calificaciones en lo relativo a culpabilidad:

- a. Ambos cónyuges son culpables, pues cada uno incurrió en las causales que autorizan el divorcio, lo que sucederá en virtud de la demanda de reconvención del demandado; en este supuesto no surge obligación alimenticia alguna;
- b. El demandante alegó una de las primeras cinco causales o la 7a del artículo 154 y triunfó frente a un demandado que no instauró demanda de reconven-  
ción, o si la instauró no la aprobó; en este caso, el demandante resultó inocente frente al demandado que dio lugar al divorcio. Tiene especial aplicación el ordinal 4o del artículo 411 del Código Civil.
- c. El demandante alega la causal 6, o sean las enfermedades o anormalidades graves e incurables, físicas o síquicas del demandado, o alega la causal 8 precisamente por la citada causal 6, o por separación judicial de cuerpos decretada por mutuo consentimiento; también ha podido obtenerse el divorcio por la causal 9, esto es, pena privativa de la libertad, que no implica un ilícito familiar. En este caso ninguno de los cónyuges es culpable de los hechos constitutivos de la respectiva causal de divorcio.

No existe discusión sobre la existencia de la obligación alimenticia en favor del divorciado inocente frente al divorciado culpable, hipótesis que se refiere el artículo 411, ordinal 4o, tampoco puede existir controversia sobre la no existencia de la obligación en favor de cónyuge que motivó el divorcio. Guardo silencio el legislador sobre la existencia o no existencia de la obligación en el caso de que ambos divorciados hayan resultado inocente ( causales 6-8 y 9, en determinados casos ). No hay duda que existe un vacío sensible en la ley, en manera alguna prohibición de que el demandante inocente se halle exonerado de alimentar al demandado que es también inocente. Tal vacío debe llenarlo la doctrina teniendo en cuenta los dictados de la equidad y los principios generales del derecho ( ley 153 de 1887. art. 5-8 y C.C. Art.32) en el sentido de que el divorciado sin culpa puede exigir la pensión alimenticia frente al otro que igualmente es inocente. Sobre el particular, debe recordarse aquí lo que dispone el 61 de la ley matrimonial alemana, de 1946, la que otorga alimentos al cónyuge inocente frente al igualmente inocente, de acuerdo con la equidad.

#### 6.1 ESTADO DE NECESIDAD

Debe existir el estado de necesidad de los alimentos en el momento de dictarse la sentencia de divorcio? La doctrina y la jurisprudencia francesa suelen dar a la pensión de alimentos carácter de indemnización, y por este motivo afirman que el estado de necesidad debe existir en el momento de dictarse la sentencia,

de donde deducen que si el divorciado inocente no necesitaba alimentos en aquel momento, no nace la obligación si posteriormente cae en insolvencia o pierde su empleo o se inutiliza para trabajar<sup>1</sup>. En este punto la doctrina Colombiana no tiene por que dar a la pensión en estudio carácter alguno indemnizatorio, sino solo el carácter que se deduce del artículo 176 del Código Civil obligación de socorro y ayuda, pero que prolonga sus efectos más allá del matrimonio. En efecto, las obligaciones alimenticias que existen entre parientes ( C.C. art.411) se condicionan simplemente a la existencia de la necesidad del acreedor, la que puede presentarse en cualquier tiempo.

De lo expuesto se infiere que la demanda de alimentos puede instaurarse cuando aparezca el estado de necesidad del divorcio. Podrá pedirse con la misma demanda de divorcio; podrá después de dictada la sentencia. En este último caso, los alimentos solo podrán reclamarse desde la presentación de la demanda ( C.C. art.421 ); por ningún motivo puede pedirse desde la fecha en que se dictó la sentencia de divorcio, pues si no se pidieron por aquel entonces, ni se le admitirá prueba en contrario, ya que rige aquí el principio de *in praeteritum non vivitur*.

Durante cuanto tiempo el divorciado ( culpable o

---

1. Sin embargo, según, J. CARBONNIER ( ob.cit., t.I. vol.II,p.194), la jurisprudencia francesa estima que el posterior estado de necesidad se tendrá en cuenta y justificará la demanda de alimentos, si el mencionado estado existía en potencia al tiempo del divorcio, por ejemplo, la enfermedad que afectaba al cónyuge de tiempo atrás. La corte de Casación francesa, en fallo del 18 de octubre de 1926, negó una pensión de alimentos a una divorciada, por

inocente ) debe suministrar alimentos al hombre o mujer divorciados sin su culpa? Conforme al artículo 422 del Código Civil los alimentos se entienden concedidos por toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda<sup>2</sup>.

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 ( C.C art.414);
- b. Por la insolvencia en que pueda caer el obligado, pues desaparece la posibilidad de cumplir la obligación, y a lo imposible nadie es obligado;
- c. Por la desaparición del estado de necesidad del acreedor; por ejemplo, recibir una herencia, consigue trabajo bien remunerado, etc;
- d. Por el matrimonio del divorciado acreedor, lo cual es lógico, por cuanto reaparece de nuevo la obligación de socorro y ayuda mutua del artículo 176 entre el divorciado y el nuevo cónyuge.

---

cuanto su estado de necesidad nació en razón de una enfermedad posterior al divorcio. Con suma razón critican jurisprudencia H.L. y J MANZEAUD ( OB.cit.T.I.Lectures II, después del núm.1517,p,1434), en estos términos: "Esta concepción no reposa sobre ningún fundamento serio. El perjuicio sufrido por la mujer Divorciada, con ocasión del divorcio, tiene su causa en el divorcio, porque sin él el marido habría estado obligado a subvenir a las necesidades de la mujer nacida con ocasión de la enfermedad. En la denominada tesis de la causalidad adecuada, la que en materia de respon-

## 6.2 CUANTIA DE LOS ALIMENTOS

La cuantía de los alimentos se determina teniendo en cuenta las necesidades del divorciado inocente y las posibilidades económicas del obligado a prestarlos ( C.C. art.413 y 420 ).

En general los alimentos comprenden el suministro de los medios de subsistencia del alimentario. Entre estos medios se halla no solo lo relativo a la alimentación propiamente tal, habitación, vestuario, sino especialmente el pago de gastos médicos, drogas, clínicas, etc.

Según las circunstancias y según la demanda, los alimentos en sumas de dinero que hayan de pagarse cada mes en forma anticipada; pero también podría ser por semanas o quincenas (CC.art.421).

Igualmente podrá el juez disponer que se conviertan en los intereses de un capital que se consigue a este efecto en un banco, caja de ahorros u otros establecimientos análogos, y se restituye al alimentante o sus herederos luego que cese la obligación (CC. art.423 párr.1, según la nueva red. del art.24 de la ley la de 1976).

---

sabilidad del derecho común es la tesis más estricta, se reconoce que hay relación causal cada vez la culpa hace normalmente posible el daño.

2. El inc.2.del art.422 del C.C. según el cual los varones tienen derecho a alimentos hasta los 21 años (salvo algún impedimento corporal o mental), contenía una discriminación entre derechos de hombres y mujeres; debe entenderse derogado por el art. 7o del decreto 2820 de 1974, frase final.

También 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 (C.C.art.423, 2 párr. nueva red. del art.24 de la ley la de 1976).

La cuantía de alimentos señalados por sentencia podrá ser modificada por el mismo juez, si cambiaren las circunstancias que la motivaron ( C.C. art.423, párr.4, según la red. del art.24 de la ley la de 1976 ).

Según se advirtió ( supra, s 18-v ), son válidos los pactos de los cónyuges en los cuales se determine por mutuo consentimiento la cuantía de la obligación alimentaria. Dichos pactos están sujetos a revisión judicial si han cambiado las circunstancias que lo motivaron, especialmente en cuanto se refiere a la cuantía (C.C. art.423, párr.3 red. del art.24 de la ley la de 1976 ). Estos pactos pueden haberse celebrado antes de la demanda de divorcio, durante el proceso o después de dictada la sentencia, y son nulos si de algún modo hubieren violado las buenas costumbres, como cuando se celebran antes de la demanda de divorcio con la finalidad de facilitarlos.

## CAPITULO VII

### EL DIVORCIO CON RESPECTO A OTROS PAISES

Un problema tanto confuso era el de sí en Colombia se puede pedir y decretar el divorcio de matrimonios celebrados en el exterior, como el valor que debía darse al divorcio decretado fuera del país respecto de matrimonios celebrados en Colombia.

La nueva ley del divorcio resolvió estos problemas mediante los artículos 163 y 164 del Código Civil.

Los matrimonios celebrados en el exterior pueden obtener el divorcio en Colombia, en el país, ( C.C. art.163 ). Es entendido que los jueces Colombianos darán aplicación a las causales de divorcio previstas en el Código Civil. Podrán dar aplicación a una causal vigente en el país donde se casaron, en el supuesto de que la ley Colombiana no la complete? 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: " La ley del domicilio matrimonial rige:

- a. La separación conyugal;
- b. La disolución del matrimonio, siempre que la causa alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebren.

Más difícil es el problema de los divorcios de matrimonios celebrados en Colombia y que se decreten en el exterior.

En cuanto a los matrimonios civiles, producen plenos efectos los divorcios obtenidos en el exterior, a condición de que la causal respectiva de disolución sea admitida por la ley Colombiana y que el demandado haya notificado personalmente o emplazado según la ley de su domicilio ( C.C. art 164).

El requisito de que la notificación se cumple conforme a la ley del domicilio del demandado es importante y persigue evitar que uno de los cónyuges, al domiciliarse en el exterior, pretenda el divorcio sin que lo sepa el otro cónyuge, en caso de que este no se haya trasladado a la ciudad donde se instaura el divorcio.

De ordinario, por tratarse de una sentencia proferida en el exterior ya a al que pretende hacerse producir efectos en Colombia, se requiere el exequátur ( C. de P. C. art.69 y s ).

El exequátur de la sentencia de divorcio debe solicitarse a la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, la que examinara previamente:

- a. Si se encuentra debidamente ejecutoriada conforme a la ley del país de origen.
- b. Que se presente copia debidamente autenticada y legalizada;
- c. Que se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado ( C. de P. C art.194 ).

Admitida la demanda de exequátur, la Corte ordena dar traslado

al otro divorciado, salvo que la petición haya sido hecha por ambos, y al procurador delegado en lo civil, por cinco días. Vencido el traslado, se dará un nuevo traslado común a los divorciados, por cinco días, para que presenten sus alegaciones; pero este último término puede renunciarse.

Vencido este último traslado, la Corte concede o niega el exequátur. Si lo concede, ordenará que la sentencia de divorcio se inscriba en el registro de estado civil de la persona, con lo cual la disolución del matrimonio queda definitivamente consumada.

Producen efectos en Colombia las sentencias de divorcio católico celebrados en el país? Conforme al actual Concordato los casados en Colombia por el Código de derecho Canónico no pueden obtener el divorcio ante juez nacioanles, pues la nueva ley del divorcio solo se aplica a quienes se casen por lo civil. Sinembargo, este Concordato solo obliga a los jueces colombianos, no a los del exterior; por este motivo, es posible que el juez de México, Venezuela, Ecuador o Panamá decrete el divorcio de un matrimonio católico.

El problema, en verdad, se concreta en saber si la Corte Suprema, sala de casación civil, otorga o niega el exequátur a tales sentencias de divorcio. A nuestro parecer, debe conceder el exequátur con fundamento en el recíproco respeto que los Estados deben a las sentencias proferidas en cualquiera de ellos y porque Colombia le ha garantizado a las autoridades eclesiásticas no disolver matrimonios canónicos celebrados en el país; pero no les ha garantizado impedir u oponerse que el juez de otro país desconozca normas concordatarias que no conocen, o si conocen, no tienen por qué cumplir.

Otorgado el exequátur, nos encontramos ante el caso de un matrimonio canónico que ha cesado de producir efectos civiles en Colombia, aunque se sostenga que el vínculo matrimonial subsiste frente al derecho canónico.

De todos modos, lo más frecuente consiste en que, obtenida sentencia de divorcio en el exterior, los divorciados o uno de ellos procede a celebrar matrimonio por lo civil, generalmente en el país donde se obtuvo la sentencia de divorcio. Que validez corresponde a este matrimonio civil en el país?.

Si se produjo el exequátur, el nuevo matrimonio tiene plena validez; si no se obtuvo el exequátur, el segundo matrimonio es nulo.

## C O N C L U S I O N

El divorcio es la disolución del matrimonio por hechos posteriores a su celebración que imposibilitan su continuación normal, pero ese matrimonio debe estar validamente celebrado y en sentido se diferencia de la nulidad que es otra causal que da disolución.

En épocas antiguas se tenía un criterio drástico sobre el Divorcio, como era el de repudiar a la mujer en razón de la relevante potestad que se otorgaba al marido, así ocurrió en algunos países Islámicos.

Una de las reformas importantes surgidas ultimamente en Colombia fué la de otorgar iguales derechos al marido y a la mujer, en la medida en que ejercen conjuntamente la patria potestad, y no como se tipificaba antes que la mujer queda sometida a la potestad del marido.

El legislador que siempre ha pretendido es la igualdad entre ellos para salvaguardar sus intereses.

Sería muy sustancioso que el divorcio fuera permitido en los matrimonios católicos, porque realmente existen muchas personas unidas por ese vinculo, que han conseguido la separación legal de cuerpos y bienes, pero quieren rehacer su vida y se ven precisados a mantener relaciones sexuales extramatrimoniales.

Es indispensable que las parejas antes de casarse tengan conocimiento sobre los efectos que produce el matrimonio en cuanto a derechos y obligaciones, así como conocen algo aunque somera sobre los efectos que produce el divorcio, para no recurrir a él por el solo hecho de hacerlo o con el fin de contraer nuevo matrimonio.

Es necesario tener como base el entendimiento, satisfacción respeto, paz y tranquilidad dentro del hogar, que es lo que protege la ley.

## B I B L I O G R A F I A

CODIGO CIVIL - Bogotá: Editorial Temís 1984

MONROY CABRA, MARCO GERARDO \_ Derecho de Familia -  
Bogotá - Editorial jurídico  
Wilches, 1982.

VALENCIA ZEA, ARTURO - Derecho de Familia - Bogotá  
Editorial Temís 1978

LEON JARAMILLO, GUSTAVO\_ Derecho de Familia - Ediciones  
Hombre Nuevo

HINESTROZA REY, ROBERTO - Derecho de Familia, Bogotá Exter  
nado de Colombia 1983

BARBANO DE GARCIA, ESTELLA - Matrimonio, Divorcio y Sepa-  
ración de cuerpo, Bogotá Edi-  
torial Wilches 1978

DUQUE GIL, ALFONSO - La separación Canónica de Cuerpos -  
por la Jurisdicción Civil, Bogotá -  
Editorial El Foro de la Justicia -  
1982

## INDICE GENERAL

	Página
ASPECTO HISTORICO Y SOCIAL DEL DIVORCIO . . . . .	1
CAPITULO I . . . . .	1
1.0 ANTECEDENTES Y CARACTERES DE LA NUEVA LEY DEL DIVORCIO LAS DISTINTAS CONCEPCIONES SOBRE EL DIVORCIO . . . . .	1
1.1 ANTECEDENTES EN COLOMBIA . . . . .	8
1.2 LEYA 1a DE 1976 . . . . .	12
CAPITULO II . . . . .	15
CAUSALES DEL DIVORCIO . . . . .	15
2.0 PRIMERA CAUSAL . . . . .	15
2.1 SEGUNDA CAUSAL . . . . .	19
2.2 TERCERA CAUSAL . . . . .	21
2.3 CUARTA CAUSA . . . . .	23
2.4 QUINTA CAUSAL . . . . .	25
2.5 SEXTA CAUSAL . . . . .	26
2.6 SEPTIMA CAUSAL . . . . .	28
2.7 OCTAVA CAUSAL . . . . .	29
2.8 NOVENA CAUSAL . . . . .	31
CAPITULO III . . . . .	32
3.0 CARACTERISTICAS DE LA ACCION DE DIVORCIO . . . . .	33

UNIVERSIDAD  
COLOMBIANA

3.1 TITULARES DE LA ACCION DE DIVORCIO . . . . .	34
3.2 CADUCIDAD DE LA ACCION DE DIVORCIO . . . . .	34
3.3 TRAMITACION DEL PROCESO DE DIVORCIO . . . . .	35
3.4 DEMANDA DE RECONVENCION . . . . .	38
CAPITULO IV . . . . .	40
EFFECTOS DEL DIVORCIO Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDA CON- YUGAL . . . . .	40
4.0 EFECTOS . . . . .	40
4.1 DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	45
4.2 SEPARACION DE CUERPOS . . . . .	47
4.3 PROCEDIMIENTO DE LAS SEPARACIONES DE CUERPOS . .	49
4.4 SEPARACION DE BIENES . . . . .	51
4.5 PROCEDIMIENTO PARA LA SEPARACION DE BIENES . . .	51
4.6 QUIEN PUEDE PEDIR LA SEPARACION DE BIENES . . .	53
CAPITULO V . . . . .	54
5.0 PROCEDIMIENTO . . . . .	54
CAPITULO VI . . . . .	56
OBLIGACION DE LOS PADRES DIVORCIADOS PARA CON LOS HIJOS . . . . .	56
6.0 OBLIGACION ALIMENTARIA A FAVOR DEL DIVORCIADO INOCENTE . . . . .	57
6.1 ESTADO DE NECESIDAD . . . . .	62

6.2 CUANTIA DE LOS ALIMENTOS . . . . .	65
CAPITULO VII . . . . .	67
EL DIVORCIO CON RESPECTO A OTROS PAISES . . . . .	67