UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL DIVORCIO EN COLOMBIA

Tesis para optar el grado de doctor en derecho y ciencias sociales

ERNESTO MUÑOZ RICAURTE

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

1979

1979

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Rector de la Universidad:

EL DIVORCIO EN COLOMBIA

Decano de la Facultad:

Dr. GALO A. BUNDANO LOPEZ

Tesis para optar al grado de doctor en derecho y ciencias sociales

Dra. EDELMIRA BOLAÑOS MUÑOZ

Presidente de Tesis:

Dr. JOSE ANTONIO BOLAÑOS MUÑOZ

ERNESTO MUÑOZ RICAURTE

Autor:

ERNESTO MUÑOZ RICAURTE

1979

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION

No. 12462 Ej 1
Valor $ 1800 Vol.
Fecha 11-1-81 Don. Varios
Fac. Ord. Mar Canje
Libreria Astor Comp.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Rector de la Universidad:

Dr. JULIO C. CABRERA REALPE

Decano de la Facultad:

Dr. GALO A. BURBANO LOPEZ

Secretaria de la Facultad:

Dra. EDELMIRA BOLAÑOS MUÑOZ

Presidente de Tesis:

Dr. JOSE ANTONIO BOLAÑOS MUÑOZ

Autor:

ERNESTO MUÑOZ RICAURTE

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
No. 17463 Ej 1
Valor $1800.- Vol.
Fecha VI-1-81 Don. V
Fac. Art. Mar. Canje
Librería Autor Comp.

ARTICULO 23 DE LA RESOLUCION 13
DE JULIO DE 1964

"La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en su trabajo de tesis. Solo velará porque no se publiquen nada contrario al dogma y a la moral católica y porque la tesis no contenga ataques o polémicas puramente personales; antes bien, se vea en ellas el anhelo de buscar la verad y la justicia".

T
346.2861
1967
E1.1

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES

A. Concepto general sobre el divorcio..... 3

B. Clasificación del divorcio..... 4

C. Generalidades del divorcio en la antigüedad y en la Edad Media..... 7

D. Antecedentes del divorcio en Colombia..... 11

CAPITULO SEGUNDO

A. Concepto

B. Naturaleza

C. Hechos

D. Sistemas

Esta tesis, intitulada el "Divorcio en Colombia", la he elaborado por dos razones: la primera, para optar una vital aspiración de tipo intermedio y la segunda, pensando en la MUJER, que cree todavía que el Matrimonio civil, es un "amancebamiento", y no sabe ella, las grandes consecuencias jurídicas que la Ley 1° de 1976 sobre el "divorcio" tiene en Colombia.

CAPITULO TERCERO

CAUSALES DE DIVORCIO EN LA LEY 1 DE 1976.

A. Causal primera..... 20

AN
T
D346.2861
M 967
E1.1.

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES

A. Concepto general sobre el divorcio..... 3

B. Clasificación del divorcio..... 4

C. Generalidades del divorcio en la antiguedad y en la Edad Media..... 7

D. Antecedentes del divorcio en Colombia..... 11

CAPITULO SEGUNDO

FUNDAMENTOS GENERALES DE LAS CAUSAS DE DIVORCIO

A. Concepto de causa..... 18

B. Necesidad de la preexistencia de la intencionalidad 19

C. Hechos constitutivos de las causales de divorcio..... 19

D. Sistemas de regulación de las causales de divorcio..... 21

CAPITULO TERCERO

CAUSALES DE DIVORCIO EN LA LEY 1 DE 1976

A. Causal primera..... 24

1. Elementos de la relación sexual extramatrimonial.....29
2. Reiteración del hecho.....30
3. Extinción de la causal cuando la relación sexual ... 30
extramatrimonial fué consentida, facilitada o per_
donada
4. Pruebas 34
5. La inseminación artificial de la mujer casada cons_
tituiría una relación sexual extramatrimonial? 35
6. El acto homosexual es adulterio? 37
7. Término de caducidad 38

B. Causal segunda..... 39
1. Características del incumplimiento..... 40
2. Obligaciones inherentes a la causal..... 40
3. Domicilio conyugal..... 43
4. Es causal de divorcio el incumplimiento de las obli_
gaciones domésticas por parte de la mujer?..... 43
5. Pruebas..... 44
6. Término de caducidad..... 44

C. Causal tercera..... 45
1. Concepto de ultraje..... 45
2. Concepto de trato cruel..... 46
3. Concepto de maltratamiento de obra..... 46
4. Características..... 48
5. Caducidad..... 50

6. El atentado contra la vida del otro cónyuge debe ser una nueva causal de divorcio?..... 50

7. Pruebas..... 51

D. Causal cuarta.....52

E. Causal quinta 53

F. Causal sexta.....55

G. Causal séptima.....62

H. Causal octava.....65

I. Causal novena.....68

SEGUNDA PARTE

CAPITULO CUARTO

JUICIO DE DIVORCIO

A. Caducidad de la pretensión del divorcio..... 71

B. Partes en el proceso de divorcio..... 72

C. Medidas preventivas..... 76

D. Formas de poner fin al proceso de divorcio..... 79

E. Trámite..... 83

F. Excepciones..... 87

G. Audiencia de conciliación..... 88

H. Terminación del juicio..... 92

I. La sentencia de divorcio..... 96

J. Efectos de la sentencia que decreta el divorcio 97

A. Efectos necesarios en cuanto al matrimonio y la sociedad conyugal..... 97

B. Obligaciones de los padres divorciados para con los hijos..... 99

C. Obligación alimentaria a favor del divorciado inocente..... 101 101

CAPITULO QUINTO

A. Divorcio decretado en el exterior y divorcio de matrimonio celebrado fuera del país..... 107

SEGUNDA PARTE

Modelos prácticos de demanda y trámites que han de seguirse en los casos de divorcio de un matrimonio civil. 111

CONCLUSIONES 128

Apéndice de la Ley 1° de 1976 139

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Debido a las grandes consecuencias que la Ley 1 de 1976 sobre "el divorcio" tiene en Colombia, creí de vital importancia hacer un análisis de ésta desde un punto de vista jurídico objetivo en forma clara, preciso y serio o sea respetuoso del criterio de los diversos autores consultados. Aunque es lógico suponer que tiene una gran incidencia en una sociedad que no se encuentra apta para recibirlo.

Por lo anterior quiero destacar a través del presente estudio los aspectos positivos y negativos de la ley, por lo cual se estableció el divorcio para el matrimonio civil.

En tal forma para optar una vital aspiración de tipo intermedio, más no por ello de inusitada importancia, presento hoy ante los Honorables miembros del Jurado Calificador, ante los estamentos Universitarios bajo todas sus dignidades, esta tesis para optar al título de Abogado que he denominado: "EL DIVORCIO EN COLOMBIA".

El tema comprende dos partes: una teórica y otra práctica dividida la primera en capítulos para una mejor comprensión de la institución que le dan configuración propia a esta interesante rama del Derecho, como es el Derecho civil.

Para tal efecto desarrollaremos el tema dentro del siguiente esquema:

En el capítulo primero se contemplan los aspectos generales tales como la noción de divorcio, su clasificación, generalidades, y antecedentes del divorcio en Colombia; en el segundo, los fundamentos generales de las causas del divorcio; el capítulo tercero, viene a integrar el núcleo de nuestro estudio ya que éste trata de las causales de divorcio, explicando en cada una, los hechos típicos, efectos y críticas; el capítulo cuarto, se refiere al trámite establecido para el juicio, es decir, el aspecto procesal; y el capítulo quinto, trata del divorcio decretado en el exterior y del divorcio de matrimonio celebrado fuera del país. Y por último, con el fin de facilitar una comprensión mayor del contenido de nuestro trabajo, presento un apéndice del contenido de la Ley 1 de 1976, así como modelos prácticos de demanda y trámites que han de seguirse en los casos de divorcio de un matrimonio civil.

Sin ahorrar esfuerzos, esta tesis, fruto de muchos meses de consulta y de algunos meses de práctica forense y poniendo todo el empeño, para contribuir con un grano de arena, que serviría tanto a profanos, estudiantes de derecho, y más que todo, a quienes emprenderán la existencia del matrimonio civil, como un paso más en sus relaciones con la sociedad actual colombiana.

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES

A. CONCEPTO GENERAL SOBRE EL DIVORCIO.-

El término "divorcio" proviene de la voz latina "divortium" que significa separación, aunque también puede atribuirse su origen a la palabra "divertere" que significa "tomar cada cual su rumbo". Pero sea cual fuere su procedencia, lo cierto es que cuando nos referimos al divorcio, inmediatamente se nos presenta la idea de un matrimonio disuelto.

En la actualidad nuestra legislación no dá una definición, siguiendo la corriente moderna de no incluir definiciones o conceptos legales dentro de los Códigos, por ser las definiciones tautológicas, es decir, no alcazan a definir lo definido. Pero para efectos de una mayor claridad en nuestra tesis, definiremos el divorcio como: "La ruptura del vínculo conyugal decretada judicialmente por motivos establecidos previa y taxativamente por el legislador, siempre y cuando que se haya producido un desquiciamiento profundo en la comunidad matrimonial.

El desquiciamiento del matrimonio "es un conjunto de hechos que demuestran, en forma indudable, la imposibilidad de reconstruir la vida conyugal sobre bases firmes y de lograr por ese medio el cumplimiento de los fines de la institución del matrimonio (1)", según lo afirma el Dr. Fernando Morduchowicz.

Entonces, el desquiciamiento viene a constituir uniones imposibles que sólo serían fuentes permanentes de reyertas y escándalos y de mal ejemplo para los hijos.

De la noción anterior podemos concluir que para que el divorcio opere entre nosotros, se requiere la existencia de un matrimonio válido y que uno o ambos cónyuges hayan incurrido en cualquiera de las conductas que como causales de disolución del vínculo contempla la ley.

B. CLASIFICACION DEL DIVORCIO.-

Dentro de las varias clasificaciones que se han hecho del divorcio vale la pena tener en cuenta principalmente dos:

1. Divorcio Vincular o Perfecto y Divorcio Imperfecto

El primero, recientemente consagrado en nuestro derecho por virtud de la Ley 1 de 1976, que es el que disuelve el matrimonio y deja en libertad a los cónyuges para contraer nuevas nupcias, poniendo fin al vínculo matrimonial; el segundo no afecta para nada el vículo, pero sí pone fin a la vida en común de los casados lo cual equivale a una separación de cuerpos y de bienes de los esposos, que deja sin embargo subsistente el vínculo conyugal, obliga a la fidelidad e impide a los esposos celebrar nuevas nupcias.

El divorcio vincular es rechazado por la iglesia y prohibido a sus fieles; el segundo es admitido y regulado cuida-

dosamente por la ¡gles¡a.

A pesar de las d¡f¡cultades por las opos¡c¡ones de la ¡gles¡a, el d¡vorc¡o v¡ncular, ha s¡do adm¡t¡do por la ma_yor¡a de los pueblos cultos: Franc¡a, Rus¡a, Bélg¡ca, Luxem_burgo, Aleman¡a, Holanda, Su¡za, Inglaterra, D¡namarca, Por_tugal, y Grec¡a entre los Europeos; Mex¡co, Bol¡v¡a, Cuba, Panamá, Guatemala, El Salvador, Perú, Uruguay y Venezuela, entre los Lat¡noamer¡canos y en la mayor parte de la Amér¹ca del Norte.

El d¡vorc¡o v¡ncular no es aceptado en Argent¡na, Ch¡le, y Paraguay.

2. D¡vorc¡o Contractual, Convenc¹onal o Voluntar¡o y D¡vorc¡o Legal.-

El pr¡mero se or¡g¡na en el mutuo acuerdo entre los esposos que acuden al juez para que decrete la ruptura del v¡nculo; el segundo sólo se ocas¡ona por cusas predeterm¡na_das en la ley y puede cob¡gar dos formas:

a) El D¡vorc¡o Soluc¡ón o D¡vorc¡o remed¡o que, como su nombre lo ¡nd¡ca, t¡ene como f¡n correg¡r s¡tuac¡ones que han or¡g¡nado un an¡qu¡lam¡ento del matr¡mon¡o y el juez en la sentenc¡a no hace s¡no declarar ese estado de destrucc¡ón matr¡mon¡al y decretar la l¡bertad de los casados, como ejem_plos se pueden c¡tar: la enfermedad mental o la separac¡ón

prolongada.

b) El Divorcio Sanción que es el que prevalece actualmente en nuestra legislación colombiana no acepta como causa de divorcio sino las faltas graves cometidas por uno de los esposos.

En el sistema consagrado en la Ley 1 de 1976, existen tres categorías de causa de divorcio.

1. Divorcio sanción en el caso de las causales 1°, 2°, 3°, 4° y 5°.

2. Divorcio remedio en el caso de las causales 6° y 9°.

3. Indirectamente divorcio por mutuo consentimiento en la causal 8° ya que es causal de divorcio, la separación de cuerpos decretado judicialmente que perdure por más de dos años. Es decir, si bien existe la causal del mutuo consentimiento, indirectamente y a través de la causal 8° podrán llegar los cónyuges por mutuo consenso.

El tratadista RICARDO GALLARDO demostró en su obra de derecho comparado en materia de divorcio, que las causales en los países latinoamericanos, son casos iguales o similares: "las leyes de estos países han llegado a obtener, salvo rarísimas excepciones, la más completa uniformidad en cuanto se refiere a las causales jurídicas que dan lugar al

divorcio o a la separación; ello debe entenderse no en un sentido formalista es decir, de una misma causal debe repetirse invariablemente en una y otra de estas legislaciones, sino en un sentido más amplio, a saber, que todas estas legislaciones exigen que se cumpla el máximo de probabilidades para garantizar la efectividad y la realidad de los hechos invocados por los cónyuges. Por lo demás, aunque la lista de las causales no sea absolutamente idénticas en estos países, resulta ser bastante semejante, y existe a la vez una equivalencia de criterios para valorar los hechos materiales que tipifican cada una de esas causales".

C. GENERALIDADES DEL DIVORCIO EN LA ANTIGUEDAD Y EN LA EDAD MEDIA.- Según KNNECHT, la cuestión del divorcio "se manifiesta en un período que comprende de 4.500 a 5.000 años", durante los cuales han oscilado los pueblos entre una estricta defensa del matrimonio y tendencia a flexibilizar las rígidas pautas de la indisolubilidad de esta importante institución.

1. EL CODIGO DE HAMMURABI.

El más antiguo de la humanidad precisa de manera clara las causales que determinan la licitud del divorcio tanto para el hombre como para la mujer.

El marido podía solicitar el divorcio por razones de es-

UNIVERSIDAD DE NAVARRA BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION PROCESOS TECNICOS

terilidad que se probaba en la no fecundación después de varios años de matrimonio. A su turno la mujer podía divorciarse por la negligencia de éste en el cumplimiento de sus deberes, como jefe del hogar, o cuando huía dejándola en el abandono, ya que este proceder significa la ruina del hogar.

2. EN ASIRIA

El divorcio existió pero al tiempo de que el hombre se lo autorizaba valiéndose en el adulterio de la mujer o cualquier falta que ella cometiera, y el esposo considerara grave, en tanto que a la mujer no se le reconocía ninguna causal que le permitiera pedir el divorcio, así se tratase de un hombre cruel o ignominioso, la desigualdad era tal que a la mujer se la consideraba una cosa y no se le reconocía la calidad de persona.

3. EN LA INDIA

Que es uno de los pueblos de mayor religiosidad, dió firmesa a la solidaridad del matrimonio y la familia; el divorcio se estableció con severas restricciones, dentro de las cuales se destaca primordialmente el adulterio, no porque no le revistiese de gravedad sino precisamente por todo lo contrario, ya que se consideraba imposible su existencia.

Debido a la religiosidad de ese pueblo, fueron pocos los casos que se conocieron de adulterio. El divorcio podía pedir-

se por dos causales ¡mportantes; la ester¡l¡dad y el defecto f¡s¡co adqu¡r¡do con poster¡or¡dad al matr¡mon¡o. Pero ¡gual que en As¡r¡a, estas causales solamente pod¡an ser alegadas por los hombres, ya que las mujeres no ten¡an n¡ngún derecho a repud¡ar a su mar¡do.

4. EGIPTO

En la época de los grandes faraones se presenta, el pr¡n_c¡p¡o de la ¡nd¡solub¡l¡dad del matr¡mon¡o, pero con la espe_c¡f¡cac¡ón de los deberes y derechos, surge por consecuenc¡a lóg¡ca que el ¡ncumpl¡m¡ento de uno y otro facultaba a qu'en resultaba v¡ct¡ma para d¡solver el v¡nculo matr¡mon¡al.

5. DERECHO HEBREO

En los numerales 1°, 2°, 3°, y 4° del cap¡tulo 23 del D_euteronom¡o, se establecen las consecuenc¡as del d¡vorc¡o con todos sus efectos.

D¡ce un comentar¡sta Hebreo, que la perfección m¡sma del matr¡mon¡o y para que este no sea un¡ón vana, s¡n sent¡do mo_ral, esta rel¡g¡ón aunque censura el d¡vorc¡o, no lo proh¡be para la moral de la rel¡g¡ón de Israel, es mucho mejor desu_n¡r a una pareja, que no ha sab¡do dar a su casa un verdadero sent¡do de hogar, que obl¡gar a dos seres que no se qu¡eren más o que por alguna razón no estén de acuerdo en llevar una v¡da fel¡z en común.

Según el Marquez de Pastocret, el divorcio es muy antiguo entre los hebreos, ya que se practicaba antes de Moisés. El hombre que repudiaba, percibía la suma que había donado al padre a título de compra de la esposa.

6. EN GRECIA

El matrimonio fué siempre monógamo, pero el concubinato del marido con la cortesana era legal.

En los tiempos homéricos, aún se realizaban los matrimonios por medio de una compra y más tarde se efectuó por medio del contrato. El divorcio podía efectuarse por el abandono, o de la entrega de la mujer. La mujer también podía solicitar el divorcio por medio del arconte, en caso de que lo concediera se le debía restituir la dote junto con los intereses. El adulterio se castigaba con la muerte.

Según Montesquieu, una ley de Solón, daba a ámbos cónyuges, el derecho al repudio, en donde se establecía la esterilidad como causal de divorcio, e imponía una indemnización para el marido ofendido por parte del cómplice de la mujer, en caso de adulterio.

En Esparta, no se conoció el adulterio. En Atenas fué tan seria esta figura, que se obligaba a los esposos ofendidos a repudiar a la adúltera y esta pasaba a ser esposa legítima del cómplice.

7. CHINA

También se conoció la repudiación, de la que era causal la esterilidad, la falta de consideración y respeto al suegro o a la suegra, el robo, el mal carácter y la enfermedad incurable. A pesar de la gran cantidad de causales, no se abusó del divorcio y eran muy escasos los repudios.

D. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN COLOMBIA.

Desde comienzos de la república, es decir, desde 1820 y hasta 1975, el derecho matrimonial colombiano mantuvo como doctrina básica la indisolubilidad del vínculo matrimonial; sin embargo, entre 1853 1 1856 se aceptó el divorcio vincular. Y, más concretamente la ley del 20 de Junio de 1853 estableció la disolubilidad del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, por divorcio legalmente decretado, ya sea por acto ilícito de cualquiera de ellos como el adulterio de la mujer, amancebamiento del marido, injuria grave y frecuentes maltratamientos físicos, sevicia y ausencia por más de tres años; o por consentimiento mutuo, salvo el caso de que el varón fuera menor de 25 años y la mujer de 21 que no hubiera transcurrido siquiera dos años desde la celebración del matrimonio o que - hubiere pasado más de 20 años a partir de entonces, o que la mujer tuviera más de 40 años cumplidos o que los padres de los de los cónyuges no convinieran en dicho negocio. Pero la ley del 8 de de Abril de 1856, derogó esta ley estatuyendo que el matrimonio solo se disuelve por la muerte de uno de los cón-

yuges. En la época de la Federación de algunos estados, im_ plantaron el divorcio como por ejemplo: Santander, Panamá, Bolivia, Magdalena. Habiéndose adoptado por la ley 84 del 26 de Mayo de 1873 el Código Civil del Estado Soberano de Cundi_ namarca como Código de la Unión y habiendo aquel consagrado la indisolubilidad del matrimonio, quedó abolido el divorcio vincular que solo vino a restablecerse con la Ley 1° de 1976. Más adelante, en 1885, surgió la necesidad de atender transi_ toriamente a la continuidad del orden jurídico y fue así como en las disposiciones transitorias de la Constitución de 1886 se declaró en el Artículo H lo siguiente: "Mientras el poder legislativo no disponga otra cosa, continuará rigiendo en ca_ da departamento la legislación del respectivo Estado. El Con_ sejo Nacional Constituyente, una vez que asuma el carácter de cuerpo legislativo, se ocupará preferencialmente en expedir una ley sobre adopción de códigos de la legislación nacional".

Posteriormente vinieron las leyes 57 de 1887 y 153 de 1_ 888 donde se consagraron los siguientes principios:

1. El matrimonio civil es indisoluble y sólo existe sepa_ ración de cuerpos: artículos 152 y 153.

2. El matrimonio católico produce efectos civiles: art. 12 de la Ley 57 de 1887.

3. Las causas de nulidad y separación de los matrimonios católicos son de competencia exclusiva de la Iglesia y se ri_

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
SERVICIOS TECNICOS

gen por los artículos 17 y 18 de la Ley 57 y 51 de la Ley 153 de 1887.

En el año de 1936 el representante de Cundinamarca Dr. Jorge Uribe Marquez, presentó al Congreso Nacional un proyecto de ley "por el cual se hacen algunas reformas sobre estado civil y divorcio". En esta iniciativa se consagraba el divorcio vincular en Colombia y además se establecían algunas normas que regulaban la vida de las personas en el país. En el mismo año de 1936 el representante por el Valle del Cauca Dr. Jorge E. Cruz, presentó otro proyecto "sobre reformas civiles", en cuyo artículo primero se establecía que: "En vida de los cónyuges el matrimonio se disuelve por divorcio". El debate abierto con ocasión de los anteriores proyectos de ley se prolongó hasta el año de 1937, cuando a la consideración del parlamento se presentó otra iniciativa, por la cual se establece el divorcio vincular".

La Cámara terminó impartiéndole su aprobación a este último proyecto; pero en el Senado el resultado fue adverso. Además, estos proyectos fueron objetados por el Nuncio de su Santidad en Colombia y el Secretario de Estado, desempeñada por el Cardenal Pacelli, que luego fué Pio XII, fundados como lo observa el Dr. Antonio Rocha en que el artículo primero " El matrimonio civil se disuelve por sentencia de los tribunales civiles. Los divorciados en el exterior, podrán contraer

matr¡mon¡o c¡v¡l en Colomb¡a", ello podr¡a ¡mpl¡car una d¡s_ m¡nuc¡ón de la ¡mportanc¡a deb¡da al v¡nculo rel¡g¡oso, y porque, aún cuando el acto c¡v¡l no debe ¡nterezar a la Igle_ s¡a, en cuanto según ella no t¡ene valor para los baut¡zados, el hecho es que la Iglesia, como portadora e ¡ntérprete de la ley natural, debe defender la ¡nd¡solub¡l¡dad del matr¡mon¡o c¡v¡l entre baut¡zados, como matr¡mon¡o verdadero y prop¡o - por la ley de la naturaleza, y como tal, ¡nd¡soluble".

En d¡c¡embre de 1964 el Senador por Caldas, Dr. Iván Ló_ pez Botero, presentó otro proyecto sobre la mater¡a t¡tulado "por med¡o del cual se mod¡f¡ca el rég¡men del matr¡mon¡o c¡_ v¡l". Este proyecto despertó nuevamente el ¡nterés nac¡onal, s¡n haberse tampoco logrado su apnobac¡ón por el parlamento colomb¡ano.

Nuevamente, el 30 de Jul¡o de 1974, el Senador Iván Ló_ pez Botero, presentó un proyecto de ley "por med¡o del cual se mod¡f¡ca el rég¡men del matr¡mon¡o c¡v¡l" (Proyecto de - ley N° 1874).
En ese m¡smo año, s¡endo M¡n¡stro de Just¡c¡a Alberto Santo_ f¡m¡o Botero, presentó un proyecto de ley elaborado por una com¡s¡ón compuesta por los doctores: Hernando Dev¡s Echandía, Alvaro Pérez V¡ves, Josef¡na Amézqu¡ta de Alme¡da, Arturo Va_ lenc¡a Zea y C¡ro Angar¡ta. D¡cho proyecto de ley sobre d¡_ vorc¡o y separac¡ón de cuerpos, contemplaba en su artículo 2°

las siguientes causales de divorcio:

1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, perdonado o facilitado.

2. El grave e injustificado incumplimiento de los deberes de esposa o de madre y de marido o de padre.

3. La separación judicial de cuerpos, ininterrumpida, durante más de dos años.

4. La no consumación del matrimonio.

5. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ello peligra la vida de los cónyuges, o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos.

6. Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper al otro, o a los descendientes comunes o de uno de ellos, o a personas que estén a su cuidado y que convivan bajo el mismo techo.

7. El homoxesualismo o el hermafroditismo de cualquiera de los cónyuges.

8. Toda enfermedad o anormalidad grave no subsanable de uno de los cónyuges, que imposibilite los fines de la comunidad matrimonial.

9. La inseminación artificial, salvo que la mujer pruebe que lo hizo con autorización del marido o con semen de éste.

En 1975, el senador Ignacio Vives Echavarría presentó por quinta vez consecutiva a la consideración del Congreso el proyecto de ley Nº 26 de 1975 "por el cual se reglamenta el contrato de matrimonio y se establece el divorcio en Colombia". Este proyecto consagraba las siguientes causales de divorcio:

1. El mutuo consentimiento de los cónyuges, después de cinco años de celebrado el contrato de matrimonio.

2. El adulterio de la mujer, en todo caso, y el adulterio o amancebamiento del marido, cuando mantiene concubina en su casa o notoriamente en otro lugar, o si hay un concurso de circunstancias tales que el hecho constituya una injuria grave y pública hacía la mujer.

3. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges, cuando ella conlleva abandono moral o económico del hogar.

4. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de palabra y de obra, en forma reiterada, si con ellos peligra la vida de los cónyuges o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos.

5. El absoluto abandono en la mujer de los deberes de es-

posa y de madre y el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y de padre.

6. La perversión de alguno de los cónyuges, demostrada por actos del marido para prostituir a la mujer, por la instigación o la violencia de uno de los cónyuges al otro para que cometa algún delito, por el conato de cualquiera de ellos para corromper a los hijos, aún cuando éstos no sean comunes, o por cualquier otro hecho inmoral tan grave como los anteriores.

7. La práctica del homoxesualismo comprobado de uno de los cónyuges.

8. La impotencia "coeundi".

Este proyecto después de acaloradas discusiones tampoco logró convertirse en ley de la República.

A partir del 2 de Julio de 1975, cuando se llevaba a cabo el Canje de los Instrumentos de Ratificación, por los cuales se pone en vigor el Concordato y Protocolo Final, suscritos entre la Santa Sede y la República de Colombia, se consagran plenos efectos civiles para el matrimonio civil, dando vía a la posibilidad de establecer el divorcio en Colombia para este matrimonio. En efecto, el día 4 de Septiembre de 1975 el Ministro de Justicia, Samuel Hoyos Arango presentó a la consideración del Senado el proyecto de Ley N° 58 de 1975 "por el cuál se establece el divorcio del matrimonio civil, se re-

gula la separación de cuerpos y se dictan otras disposiciones". Este proyecto fué elaborado por una Comisión integrada por los doctores: Carlos Holguín Holguín, César Gómez Estrada, Marco Gerardo Monroy Cabra, Germán Giraldo Zuluaga, Hernando Tapias, habiendo actuado como Secretario el Dr. Carlos Gallón Giraldo. El Senador Gregorio Becerra introdujo algunas modificaciones a este proyecto y luego de un acuerdo entre la Comisión y el Ponente se logró presentar un texto único que fué el aprobado por la Cámara de Representantes como por el Senado, convirtiéndose en la Ley 1ª de 1976 que entró en vigencia el 18 de Febreo de 1976.

CAPITULO SEGUNDO

FUNDAMENTOS GENERALES DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO

A. CONCEPTO DE CAUSA.-

El Diccionario de la Lengua Española define la causa como "El principio, razón, origen o fundamento de una cosa (2) ".

Nerio Perera Planas, jurista venezolano, la define como: "La razón o motivo en que se funda alguna cosa o que la ocasiona (3) ".

Aplicando los anteriores criterios al divorcio, tendremos como causa de éste, el hecho o conjunto de hechos violato_

r¡os de los deberes del matr¡mon¡o, real¡zados por un cónyuge y denunc¡ados por el otro.

B. NECESIDAD DE LA PREEXISTENCIA DE LA INTENCIONALIDAD.-

Por regla general el cónyuge culpable deberá haber rea_l¡zado el hecho de una manera voluntar¡a y consc¡ente, lo que conlleva una conducta ¡ntenc¡onal en cualqu¡era de sus modal¡_dades. S¡n embargo, no s¡empre es as¡, ya que la Ley 1° de 19_76 estableció en su art¡culo 4 tres causales que no requieren de la presenc¡a del elemento ¡ntenc¡onal o de culpab¡l¡dad; en efecto, el numeral 6° contempla "toda enfermedad o anormal¡dad grave....." y es claro que en este caso el cónyuge acusado no se ha colocado voluntar¡amente dentro de esta causal; el numeral 8° en donde la durac¡ón de la menc¡onada separac¡ón no ha depend¡do exclus¡vamente de la voluntad del acusado, como s¡ pudo ocurr¡r con la causal que d¡ó or¡gen a la separac¡ón de cuerpos; y el numeral 9° "La condena...." En este punto ex¡s_te el elemento ¡ntenc¡onal pero const¡tut¡vo del del¡to or¡_gen de la condena pr¡vat¡va de la l¡bertad y no conformat¡vo de la causal para obtener el d¡vorc¡o.

C. HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA CAUSAL.-

S¡gu¡endo el cr¡ter¡o del Dr. Gregor¡o Becerra, estos hechos const¡tut¡vos de las causales de d¡vorc¡o se pueden clas¡f¡car en c¡nco grupos:

1. Los que ¡mpl¡can un acto cuya responsab¡l¡dad le es

¡mputable a uno de los cónyuges, por lo cual el d¡vorc¡o, por estos mot¡vos es llamado "D¡vorc¡o Culpable o D¡vorc¡o Sanc¡ón".

2. Los que ¡mpl¡can una enfermedad o anomal¡a f¡s¡ca o s¡qu¡ca, de uno de los cónyuges, que generan la denom¡na_ c¡ón de "D¡vorc¡o por Ru¡na del Matr¡mon¡o".

3. Los que cons¡sten en la separac¡ón mater¡al ¡nte_ rrump¡da ya sea de hecho o jud¡c¡almente declarada durante un t¡empo pruedenc¡al, a ju¡c¡o del leg¡slador, que determ¡_ na la denom¡nac¡ón de "D¡vorc¡o por Ext¡nc¡ón Temporal del Matr¡mon¡o".

4. Los que cons¡sten en la voluntar¡a determ¡nac¡ón de los cónyuges, ya sea por mutuo consent¡m¡ento o por mutuo d¡sent¡m¡ento, que dan lugar al llamado "D¡vorc¡o Voluntar¡o".

5. Los que or¡g¡nan en una dec¡s¡ón pol¡t¡ca o rel¡g¡o_ sa, mot¡vos éstos que dan lugar a que en estos casos la ¡ns_ t¡tuc¡ón sea denom¡nada "D¡vorc¡o por Dec¡s¡ón Pol¡t¡ca o Rel¡g¡osa".

Suelen las leg¡slac¡ones de los Estados adoptar preferen_ temente uno o var¡os géneros de causales de las enter¡ormente señaladas como pr¡nc¡pales y las otras o algunas de ellas como secundar¡as; tal como lo acog¡ó la Ley 1° de 1976 en su art. 4.

Una clas¡f¡cac¡ón más senc¡lla y más ampl¡a, toda vez que

abarca las demás es la de Divorcio Sanción y Divorcio Remedio, según que se base en actos culposos o dolosos.

D. SISTEMAS DE REGULACION DE LAS CAUSALES DE DIVORCIO.-

Existen cuatro sistemas, a saber:

1. Causalista
2. Contractual
3. Discrecional o indeterminado
4. Unilateral

1. Causalista: Este sistema se caracteriza por tener una enumeración taxativa de las causales de divorcio, ya que considera al matrimonio como una institución perpetua y por ello en cada causal está determinada la base para la acción y la sentencia.

2. Contractual: Toma este nombre por admitir la causal proveniente del mutuo acuerdo entre los cónyuges para obtener el divorcio.

3. Discrecional o indeterminado: Según este sistema, no es necesario que la ley defina los elementos constitutivos de la causal, porque de ellos resultaría un diccionario de definiciones; debe dejarse al juez una total libertad para la apreciación de los hechos y las pruebas.

4. Unilateral: Es un sistema original y exclusivo del -

Uruguay y por el cual se le concede a la mujer la facultad para demandar al esposo siempre y cuando hayan transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio y ella no abandone los detalles del juicio, so pena de perder este derecho. Se estableció como una compensación para la mujer y no como un privilegio.

De los sistemas de regulación de las causales de divorcio señalados considero acertado el sistema causalista, acogido por la Ley 1° de 1976 en su artículo 4°, al enumerar - taxativamente las causales para obtener el divorcio. Con este criterio se restringe la ploriferación de divorcios que conllevaría una inestabilidad social en detrimento de la familia. No obstante, creemos necesario el aumento de las causales legales de acuerdo al d-esarrollo de la sociedad, pues de lo contrario pasaría la ley a ser absoleta, con lo cual no cumpliría su misión de disolver el vínculo en los matrimonios gravemente desquiciados.

El artículo 5° de la Ley 1° de 1976 estableció en su inciso 2° que "..... podrá el juez negar el divorcio, si lo considera moralmente no justificado, en atención al interés de los hijos menores, a la antiguedad del matrimonio y a la edad de los cónyuges....".

La razón de esta exigencia legal tiene una explicación basada en la equidad, toda vez que en ocasiones, siendo el divor-

cio judicialmente declarado, la solución a un problema, puede ocurrir que resulte contrapruducente o que cauce una lesión - de mayor gravedad a la del motivo que pudiera dar lugar a él.

Se estableció igualmente que los impedimentos morales adopatados en fiterés de los hijos pueden ser transitorios y por tanto si llegaren a cesar, podrá decretarse el divorcio, aún por los mismos hechos alegados inicialmente.

Según el doctor Alberto Santofimio Botero, debería derogarse este artículo 5° porque él considera que "Las normas morales no están definidas en estatuto o código alguno, tampoco existe un sistema que permita la prueba de su vigencia social, razón por la cuál no hay criterios a los cuales los jueces podrán atenerse para dictar su fallo".

"Lo anterior supone la existencia de una moral objetiva, determinada pero sin posible enfrentamiento a la ley en cuanto se trate del ejercicio de la jurisdicción. Si se supone que la moral pueda ser aplicable por mandato de la ley, entonces a qué moral debe acudir el juez para resolver una cuestión matrimonial; no será la moral católica que rechaza la disolución del matrimonio; tampoco una moral civil que por medio de la ley le prescribe la causal de separación; menos a una moral natural cuyo contenido es indefinible, pues la naturaleza lo permite todo, entonces deberá el juez aplicar su propia moral? (4).

Proponemos derogar el artículo 5° de la Ley 1° de 1976,

toda vez que no se justifica, pues los jueces deberán usar dicha facultad en forma responsable y prudente, para evitar arbitrariedades.

La Ley 1° de 1976 estableció nueve causales de divorcio en su artículo 4°, y en el siguiente consignó la necesidad de probar la causal, las consecuencias que produzcan un desquiciamiento profundo tan grave que no sea posible restablecer la comunidad conyugal y que no existan circunstancias de justificación moral.

CAPITULO TERCERO

CAUSALES DE DIVORCIO EN LA LEY 1 DE 1976

A. CAUSAL PRIMERA

El artículo 4 de la Ley 1° de 1976 dice: "El artículo 154 del Código Civil quedará así: Artículo 154.- Son causas del divorcio:

"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".

Respecto a la primera causal hay diversidad de opiniones y el problema radica en el contenido del citado artículo al referirse a las "relaciones sexuales extramatrimoniales".

Creemos por lo tanto necesario a continuación transcribir, en forma textual, el análisis de la presente causal, que hace la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto: "El término desde luego no es afortunado, porque "las relaciones sexuales" resulta genérico por una parte y, de otra, el mismo numeral confunde "las relaciones sexuales extramatrimoniales" con la celebración formal de otro matrimonio,...(5)".

Por su parte el Dr. Hernando Devis Echandía agrega:

"Sin embargo, es un error incluir como una modalidad de las relaciones sexuales extramatrimoniales", la circunstancia de que uno de los cónyuges celebre "un nuevo matrimonio" porque las relaciones sexuales que se tengan en esas circunstancias son "matrimoniales" y jamás extramatrimoniales. (6)".

La locución "relaciones extramatrimoniales" se refiere al adulterio de cualquiera de los cónyuges. El artículo 154 del C.C. decía: Son causas del divorcio: 1) El adulterio de la mujer; 2) El amancebamiento del marido. No había razón jurídica para establecer esta desigualdad ya que tan reprobable es el adulterio de la mujer como el del marido. Esta fué la

la razón pará derogar la diferencia. La comisión dejó la locución del anterior proyecto, pero se refirió al adulterío y en ningún momento se pensó si la causal exigía - más de una relación sexual por haberse usado el prural.

Parece que la intención del legislador fue la de consagrar como causal una sola relación sexual extramatrimonial; pero del análisis gramatical del texto podría eventualmente concluirse la necesidad de la plurali dad de las relaciones sexuales.

Siguiendo al Dr. Hernando Devis Echandía quien considera que ".... a pesar del plural utilizado al comienzo de la norma, basta un acto sexual adulterino, pues la tesis contraria conduciría a efectos absurdos, como son el de utilizar implícitamente el adulterio por una vez, el exigir al otro cónyuge que lo tolore (pues ni siquiera sería causal de separación de cuerpos de acuerdo con el artículo 15 de la misma ley, reformatorio del 165 del Código Civil), el conceder la caducidad a tal falta, al año de haber sido conocida por el otro cónyuge o a los dos de ocurrida aún cuando no se haya probado dicho conocimiento), no obstante de nada serviría demandar sin la prueba de un segundo adulterio; (véase el artículo 6 de la misma ley reformatorio del 156 del Código Civil), y el aplicar la causal si en una sola reunión hubo más de un acto sexual adulterino o negar-

la en el caso contrario (lo cual resulta inmoral y ridículo .... (7)".

Hay que buscar en el espíritu de la Ley, su sentido y alcance y no exclusivamente el tenor literal de la misma. Aunque hubiere sido mejor hablar de "adulterio", sin embargo, tampoco se duda que el término "relaciones sexuales extramatrimoniales" significa para el caso lo mismo y por ende conocida la intención del legislador.

Esta causal está contemplada en todas las legislaciones latinoamericanas. La jurisprudencia de todos los países no exige la prueba directa del adulterio, sino que se limita a exigir que hay presunciones graves del mismo, precisas y concordes.

Igualmente, se acepta que para la admisibilidad de la causal es preciso que el otro cónyuge no sea culpable, por su parte de adulterio. Así mismo la doctrina es concorde en decir que es precpso que el adulterio se haya cometido concientemente y que se trate de relaxiones sexuales consumadas entre dos personas de sexo diferente.

Sin embargo como la causal primera no habla específicamente de "adulterio" sino de "relaciones sexuales extramatrimoniales" bien podía interpretarse que quedan incluidas las relaciones sexuales anormales, lo que no sucede en legislaciones de otros países, acordes con nuestro sistema legal.

Solamente en la legislación de COSTA RICA se habla del adulterio de la mujer y en la del SALVADOR se distingue entre el adulterio de la mujer y respecto del marido se exige que esté acompañado de escándalo público o con el habandono de la mujer. La legislación de GUATEMALA habla de "infidelidad", pero como sinónimo de adulterio. La legislación de HONDURAS distingue, ya que exige adulterio de la mujer y concubinato en el hombre, lo cual no se justifica hoy, debido a la igualdad jurídica entre varón y mujer. En MEXICO la igualdad de sexos ante el adulterio fué introducida por el Código Civil de 1928. En NICARAGUA, se establece como causal, el adulterio de la mujer y del marido, a condición en este último caso, de que vaya acompañado de concubinato y que éste reuna una de las tres condiciones siguientes:

a).- Que la concubina habite con él en la casa del domicilio conyugal.

b).- O que viviendo aparte la concubina, el concubinato sea notorio.

c).- O que el concubinato tenga lugar en tales circunstancias que constituye en sí mismo una injuria grave para la esposa. En PANAMA el artículo 114 contempla el adulterio de la mujer como causal de divorcio y en cuanto al marido debe existir concubinato con escándalo. En URUGUAY, también se exige el adulterio de la mujer en todos los casos; y el del

marido si se ha cometido en ciertas condiciones (haberse cometido bajo el techo conyugal, o acompañado de escándalo, o que sea un verdadero concubinato). En VENEZUELA artículo 185 se preceptúa como causal de divorcio el adulterio de la mujer y del marido. Respecto de la mujer solo se atiende a la unión carnal, mientras en relación con el marido solo será posible cuando este mantenga notoriamente una concubina, o su adulterio presente unas circunstancias que constituyan una injuria grave para su mujer.

1. Elementos de la relación sexual extramatrimonial.-

Si tenemos en cuenta que la relación sexual extramatrimonial es una violación del deber recíproco de fidelidad que la ley impone a los cónyuges, concluimos en ésta los siguientes elementos:

a) Matrimonio legítimamente contraído y vigente

b) Intención en la comisión del hecho

Es necesario que la conducta adopatada sea intencional, es decir, que se realice con conciencia de que se ejecuta un acto perjudicial y proscrito. De ahí que un demente, por ejemplo, no puede ser demandado por esta causal, ni quien ha sido violado por fuerza, ni quien ha ingerido drogas que lo hayan dejado en situación de inconciencia.

c) Voluntad y libertad en la realización de la conducta.-

Tanto el hombre como la mujer sólo responde de los actos

realizados voluntaria y libremente. Así en el caso de la mujer casada víctima de una violación, no aparece el elemento volitivo y por tanto no es responsable de su acción.

d) Realización del acto sexual con un tercero.-

Para la realización del acto sexual como causal de divorcio, se requieren dos sujetos: uno debe ser casado; el otro puede ser una persona soltera o no, del mismo o del sexo contrario.

2. Reiteración del hecho.-

Como ya lo dejamos anotado anteriormente, no es necesaria tal repetición pues con una sola relación extramatrimonial, queda configurada la causal.

3. Extinción de la causal cuando la relación sexual extramatrimonial fue consentida, facilitada o perdonada.

No hay lugar a la causal en estos casos. En cuanto a la llamada por la ley relación sexual consentida, es evidente que con base en ésta no pueda demandarse el divorcio, porque no existe y por tanto no es obstáculo para convivir en armonía con el otro, al convenir en tal relación; además no se justifica la sanción puesto que ha existido complicidad del otro cónyuge.

La relación sexual extramatrimonial facilitada, no es ni puede ser funadamento de divorcio por las mismas razones y

aquí es el otro cónyuge quién induce al culpable a incurrir en el acto, proporcionándole las circunstancias idóneas.

Cuando la ley se refiere a la relación sexual extramatrimonial perdonada, está equiparándola con la reconciliación dentro del proceso, motivos que no dan lugar al divorcio, porque presume que el cónyuge inocente ha absuelto al culpable y que por tal motivo ha renunciado al derecho de pedir el divorcio.

La Ley 1ª de 1976, artículo 4º, inciso 2º, estableció una presunción legal acerca de las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio, por cualquiera de los esposos, sin tener en cuenta su eficacia y forma.

En relación a lo anterior hay la necesidad de hacer las siguientes anotaciones:

1. Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el ordinal 12 del artículo 140 del Código Civil, el segundo matrimonio, contraído por lo civil, es nulo absolutamente; pero esta nulidad requiere declaración judicial.

2. Se estableció la presunción, por cuanto lo lógico y normal es que existan relaciones sexuales dentro del matrimonio (débito conyugal) y es sabido que las prensunciones se deducen de lo que usualmente acontece.

3. Se trata de una presunción "iures tantun" y no "iures

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION

et de ¡ure" o sea que es legal y no de derecho, por lo cual admite prueba en contrario.

4. La celebración de un nuevo matrimonio implica bigamia.

Puede pensarse que esta presunción se prestaría para que se celebren matrimonios simulados con el fin de configurar la prueba de la causal. Esta apreciación debe meditarse teniendo en cuenta dos puntos: 1° no se puede fundar la acción de divorcio en hecho propio y 2° probado el segundo matrimonio, el bígamo queda sometido a la investigación penal correspondiente.

5. La causal también se refiere al privilegio de la fe en sus dos formas: Privilegio paulino y privilegio petrino.

La comisión en principio pensó en incluir como causal separada el privilegio de la fe. El proyecto N° 18 de 1974 presentado por el Senador Iván López Botero existía como causal 13: "La realización, bajo cualquier forma o rito, de un nuevo matrimonio, por parte de uno de los cónyuges, cuando existe un matrimonio anterior válido". En el pliego de modificaciones presentado por el Senador Gregorio Becerra y Becerra, se propuso como causal cuarta: "La celebración de un nuevo matrimonio, cualquiera que sea su forma y eficacia, y el abandono de la religión de origen, sin con esto se rompa la unidad cónyugal". Vemos como el Senador Gregorio Becerra

proponía como causal no solo el privilegio paulino, sino su ampliación a cualquier cambio de creencias religiosas cuando este hecho implicaba un rompimiento en la armonía conyugal. Esto implicaba un problema y era el siguiente: El ordinal G del canje de ratificaciones del 2 de Junio de 1975 interpretó el párrafo segundo del protocolo final del Concordato celebrado en Colombia y la Santa Sede, en la siguiente forma: "Que los matrimonios celebrados con dispensa basados en el privilegio de la fe, no podrían surtir efectos civiles, mientras no medie el estado de libertad civil de los contrayentes, de conformidad con las disposiciones de la ley civil y la jurisprudencia colombiana. El tribunal superior del distrito judicial territorialmente competente, una vez comprobado el estado de libertad de los cónyuges, ordenará la inscripción del matrimonio canónico en el registro civil con el fín de que surta efectos civiles".

Era el caso de que si un mahometano estaba casado con una mahometana por lo civil y luego se convertía a la religión católica y su esposa le obstruía la práctica religiosa, el converso podía casarse con una católica previo rescripto pontificio, esto por aplicación del privilegio paulino, para evitar que el converso cometiere bigamia, se pactó en el acto de canje que debía existir el estado de libertad o sea debía disolver previamente el matrimonio contraído con su anterior esposa. Se dieron varias formas para disolver el matrimonio

así:

a. Que el segundo matrimonio católico anulara ipso yure el primer matrimonio civil, lo cuál no se aceptó.

b. Consagrar como una causal de divorcio el privilegio de la fé, lo cuál implicaba que el converso se divorciaba, por la obstrucción a la práctica del catolicismo. No fue aceptado.

En estas condiciones, quedó consagrado indirectamente el privilegio paulino a través de las de las relaciones sexuales extramatrimoniales que se presumen al contraer un segundo matrimonio, que si bien puede ser eficaz canónicamente por el rescripto pontificio, sin embargo es nulo civilmente.

4. PRUEBAS

El artículo 6, inciso 2°, de la Ley 1° de 1976 estableció que las causas de divorcio no pueden ser probadas con la sola confesión de los cónyuges. Y siendo la confesión "una declaración contentiva del reconocimiento de un hecho que origina consecuencias jurídicas desvaforables para el confesante (8)", según Bello Lozano, sería posible como prueba de la relación sexual extramatrimonial. No obstante, puede suceder que marido y mujer se pongan de acuerdo y confiesen haber incurrido en la causal para obtener el divorcio, con lo cual se estaría configurando una causal nueva no establecida en la -

ley, o sea, el divorcio por mutuo consentimiento. Para evitar la anterior situación la ley consagró la porhibición de probar la causal aludida, en el juicio, con la sola confesión de uno de los cónyuges y autorizó la separación judicial de cuerpos por mutuo consentimiento, la cual, transcurridos dos años, es fundamento para obtener el divorcio.

La relación sexual extramatrimonial es un acto difícil de probar ya que se realiza generalmente en forma oculta. Teniendo la acusación, basada en esta causal, una repercusión soc'al grave, las pruebas deben ser de tal naturaleza que no dejen duda al respecto, de acuerdo con la libre apreciación del juez; y si hay duda debe aplicarse el principio "indubio pro reo". Pruebas S/n Art 29 CN

5. La inseminación artificial de la mujer casada constituiría una relación sexual extramatrimonial?

La inseminación artificial puede definirse como un medio mecánico de fecundación artificial, sin contacto sexual alguno.

Puede ser de dos clases:

a) Homóloga

b) Heteróloga

La primera consiste en introducir en el cuerpo de la mujer semen del marido.

En la segunda se emplea plasma germinal de persona dis-

tinta al esposo.

Del análisis de la definición de inseminación artificial y sus clases, concluimos:

1° En el caso de la inseminación artificial con semen del marido o sea la homóloga, no se presenta problema alguno, toda vez que se presume el consentimiento por parte de aquél.

2° Respecto a la inseminación artificial heteróloga, o sea aquella realizada con esperma de un tercero, denominado donante, podría pensarse en la posibilidad de una relación sexual extramatrimonial, si hay ausencia del consentimiento del cónyuge; pero al no existir contacto sexual, se descarta por completo tal eventualidad por la carencia de los elementos constitutivos de la causal; por ejemplo, no hay intención ni voluntad en la comisión de la conducta como consecuencia de la ausencia del acto sexual.

Ahora, cuando la esposa acude a este método (inseminación heteróloga), sin conocimiento del esposo, me parece que de la fisonomía de la regulación del divorcio como sanción, es decir, como represión, del incumplimiento de los deberes emergentes del matrimonio, por faltas graves imputables a uno de los cónyuges cometidas contra otro, admite como una causal nueva la inseminación artificial sin consentimiento del marido. Porque la inseminación heteróloga participa de los e-

lementos connaturales de los hechos constitutivos de una causal de divorcio, porque existen ciertas acciones u omisiones realizadas por uno de los esposos violatorias de los deberes derivados del matrimonio, es decir, atentando contra la fidelidad debida.

Esta nueva causal puede incluirse dentro del primer grupo o sea, las que implican un acto cuya responsabilidad le es imputable a uno de los cónyuges.

6. El acto homosexual es adulterio?

La relación sexual anormal es la práctica sexual no natural, no corriente, la cual sigue siendo acto sexual y por tanto encuadra dentro del marco de las relaciones sexuales extramatrimoniales, toda vez que presenta las mismas características esenciales por haber una relación de especie a género entre ellas.

7. Algunas de estas perversiones sexuales son:

a) Homosexualismo: atracción sexual hacía otra persona del mismo sexo.

b) Necrofilia: realización del acto sexual con un cadáver.

c) Paidofilia: atración sexual por los niños impúberes.

d) Zoofilia o bestialidad: acto sexual practicado en ani-

males.

e) Gerontofilia: atracción sexual por los ancianos.

Ahora, el adulterio es la relación sexual de un hombre con una mujer diferente a su esposa o de una mujer con un hombre diferente a su esposo, de tal manera que debe ser entre personas de distinto sexo; por lo anterior concluimos diciendo que el acto homosexual no es adulterio pero está incluido dentro de las relaciones sexuales extramatrimoniales, como causal de divorcio.

Evidentemente ha sido un progreso legislativo el tipificar las actividades sexuales anormales dentro de la causal primera de divorcio, porque no sólo producen repugnancia hacía el débito cónyugal al ser conocido por el otro esposo, sino que también atenta contra la moral, las buenas costumbres y el orden familiar.

7. TERMINO DE CADUCIDAD.-

El divorcio por esta causal sólo puede demandarse dentro del término de un año, contado desde el momento en que se tuvo conocimiento del hecho y sólo puede alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia, según lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley 1° de 1976; lo anterior con el fin de evitar que la causal se invoque después de haber transcurrido un lapso considerable desde la ocurrencia del hecho, con el pretexto de que no se tenía conocimiento del mis-

mo. Pero que significa esta norma? Que a pesar de que el demandante no conoció antes de vencerse esos dos años las relaciones sexuales extramatrimoniales se producirá la caducidad lo cual conduce a la inmoral y antisocial consecuencia que el legislador otorga el perdón al cónyuge que incurra en semejante falta, si tiene la habilidad de impedir que el otro la conozca dentro de los dos años siguientes; lo cual se considera contrario a la lógica, la sicología y la moral.

B. CAUSAL SEGUNDA

"El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de sus deberes de marido o de padre y de esposa o de madre" (Art. 4, num. 2°, Ley 1° de 1976).

Es una causal similar a la antigua causal 4° del art. 154 del C.C. que decía: "El absoluto abandono en la mujer de los deberes de esposa y de madre, y el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y de padre".

Debe observarse la amplitud de esta causal, hasta el extremo que las demás causales (1°, 3°, 4°, 5°, y 7°) no son sino especializaciones de la 2° pero donde el legislador dada su gravedad, estimó oprtuna enunciarlas específicamente.

Los deberes de cada cónyuge existen, en primer término, hacía los hijos. La violación de cualquiera de semejantes deberes configuran causal de divorcio. Sobre el particular es

suficiente recordar las obligaciones básicas familiares de cada cónyuge: El débito conyugal, la fidelidad (causal primera), el socorro y ayuda mutua (obligación alimentaria), la obligación de vivir juntos (formación del hogar), escoger de común acuerdo la residencia, cuidado personal de los hijos (obligaciones crianza, educación y establecimiento).

1. Características del incumplimiento.-

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

a) Grave

b) Injustificado

GRAVE: Aunque es muy difícil determinar qué se entiende por grave, puesto que el concepto varía de persona a persona, sin embargo, podemos decir que en el caso de incumplimiento, la gravedad debe ser tal que viole las más elementales obligaciones derivadas del matrimonio que son la cohabitación y la asistencia familiar.

INJUSTIFICADO: Es la ausencia de motivo que excuse la violación de los deberes de esposo o de padre y de esposa o de madre.

2. Obligaciones inherentes a la causal.-

Estas obligaciones son de dos tipos: las que se derivan del matrimonio y las que provienen de la paternidad.

a) Obligaciones derivadas del matrimonio: fidelidad, cohabitación, socorro y ayuda.

FIDELIDAD: Implica la mutua confianza entre los esposos, la cual se viola generalmente al tener uno de los dos, relaciones sexuales extramatrimoniales, conformando por otra parte, un atentado contra el honor conyugal.

COHABITACION: Significa vivir juntos para lo cual es necesario mantener el cariño y el mutuo respeto, toda vez que implica compartir el techo, el lecho con referencia al débito sexual y a la mesa.

SOCORRO: Hace relación al auxilio material, obligación recíporca en cuanto al aspecto económico en la medida de los recursos y ganancias de cada uno de los consortes.

AYUDA: Consiste en una asistencia moral, es decir, se refiere a los cuidados personales que se deben los cónyuges, principalmente en casos de enfermedad y vejez, calamidades familiares y casos análogos.

b) Obligaciones derivadas de la paternidad o maternidad.-

1. Cuidado personal de la crianza, es decir, todo aquello relacionado con la vida material de los hijos, especialmente lo relacionado con su congrua manutención la cual co-

rresponde sol¡dar¡amente a los padres y con el apoyo moral y sent¡mental.

2. Cu¡dado personal de la educac¡ón: cons¡ste en la ¡nstrucc¡ón moral e ¡ntelectual que los padres han de dar a sus h¡jos.

3. Correcc¡ón de los h¡jos: vale dec¡r, la ob¡gac¡ón de reprenderlos y sanc¡onarlos, s¡n llegar a los maltrata_ m¡entos f¡s¡cos, s¡qu¡cos, morales o esp¡r¡tuales, para ha_ cer de ellos seres út¡les a la soc¡edad.

Para conf¡rmar lo expuesto me perm¡to transcr¡b¡r tex_ tualmente el anál¡s¡s que h¡zo la Sala C¡v¡l del H. Tr¡bu_ nal Super¡or de Pasto, en relac¡ón con la presente causal: "2° Grave e ¡njust¡f¡cado ¡ncumpl¡m¡ento de sus deberes fa_ m¡l¡ares. (Causal 2° Ley 1° Canon 1131). "Los deberes del mar¡do correspond¡entes al demandado, le ¡mponen la neces¡_ dad legal de guardarse fe, socorrer, y ayudar a su esposa en todas las c¡rcunstanc¡as a las neces¡dades domést¡cas de carácter ord¡nar¡o o normal. Como padre le corresponde aten_ der en concurso con su esposa a las neces¡dades morales y culturales de sus h¡jos. Todas estas cons¡derac¡ones se con_ cretan en act¡tudes elementales, cono son la dotac¡ón de v¡_ v¡enda, el aporte para el mercado, pago de serv¡c¡o, matrí_ culas, vest¡do, salud, recreac¡ón, etc.

"Los conceptos "grave e injustificado" regulan el grado de incumplimiento. (9)".

3. DOMICILIO CONYUGAL.-

El domicilio es un atributo de la persona, entendiéndose por aquél el lugar en donde ejerce sus actividades jurídicas o el centro principal de sus negocios o intereses.

Residencia, es la casa donde se vive, a diferencia del domicilio conyugal que es el ámbito geográfico dentro del cual se encuentra la residencia connubial.

Según la Ley 1° de 1976, artículo 13, debe entenderse para efectos del divorcio que el domicilio conyugal es el lugar donde los cónyuges viven de consuno y, en su defecto se reputa como tal el anterior al de la separación.

Su importancia radica en que es el domicilio conyugal el lugar donde se deben cumplir las obligaciones derivadas del matrimonio y la paternidad, además de ser indispensable para establecer cuál es el juez competente en un eventual juicio de divorcio.

4. Es causal de divorcio el incumplimiento de las obligaciones domésticas por parte de la mujer?

El decreto por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones, estipuló que ambos cónyuges deben contribuir en igual proporción con las cargas

del hogar, con lo cual se lleva a la mujer colombiana a trabajar fuera de su casa, teniendo como consecuencia la disminución del tiempo que antes dedicaba a las labores domésticas y un recargo en las actividades que debe desarrollar, razones por las cuales igualmente debe corresponder al marido la obligación de compartir con su esposa las obligaciones domésticas que antes por costumbre, sólo correspondían a ella. Con base en lo anterior, no parece justo que el incumplimiento de tales obligaciones por parte de la mujer, sea causal de divorcio para ésta y no para su esposo.

5. PRUEBAS

Sirve como prueba cualquier medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez; en especial para esta causal se acude a los testimonios, la confesión, los documentos, los indicios, entendiéndose por estos últimos los hechos plenamente probados en el proceso, de los cuales el juzgador deduce la existencia de la conducta configurativa de la causal, siendo ésta la exteriorización permanente y continua del propósito de sustraerse al cumplimiento de los deberes y obligaciones emergentes del matrimonio.

6. CADUCIDAD

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley 1° de 1976, esta causal sólo puede invocarse por el cónyuge demandante dentro del término de un año contado desde cuando se sucedieron los hechos constitutivos de la misma.

C. CAUSAL TERCERA

"Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ello peligra la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descedientes, o se hacen imposibles la pazay el sosiego domésticos". (Art. 4° numeral 3°, Ley 1° de 1976).

Esta causal es casi igual a la causal quinta del antiguo artículo 154 del C.C. que decía: "Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra si con ello peligra la vida de los cónyuges, o se hacen imposible la paz y el sosiego domésticos".

1. Concepto de ultraje.-

El ultraje, es la injuria de obra o de palabra, entendiéndose por injuria, según el Diccionario Enciclopédico Quillet "La expresión ultrajante, el agravio de obra o de palabra y en general todo lo que se diga; haga o escriba con la intención de afrentar, desacreditar, deshonrrar, mofar o poner en ridículo a una persona, que no contenga la imputación de un delito. (10)".

La injuria constituye el común denominador de todas las causales de divorcio, porque incluye los hechos más variados y diversos que pueden implicar toda violación a los deberes nacidos del matrimonio y todo atentado a la dignidad del cónyuge inocente, es decir, injuria.

la idea primordial que tuvo el legislador al enumerar taxativamente las causas de divorcio, ya que con estas tres modalidades en las cuales encuadra numerosas situaciones de hecho, se

hace más fácil la obtención del divorcio sanción, es decir.

El incumplimiento de los deberes de esposo y de padre, es una violación del deber elemental de asistencia, además es una ofensa, una conducta lesiva de la personalidad del cónyuge, acción que va en contra de su dignidad y de su condición humana y que por estos motivos imposibilita la unión conyugal.

2. Concepto de trato cruel.-

Es el trato dado por una persona a otra para complacerse en el padecimiento ajeno o simplemente por brutalidad física o moral; cuando éste es excesivo configura la sevicia.

3. Concepto de maltratamiento de obra.-

Son actitudes que por su gravedad o frecuencia imposibilitan legítimamente al cónyuge ofendido para continuar la vida conyugal, es decir, cuando uno de los esposos viola la posición de igualdad, de respeto y de consideración que se deben recíprocamente, o atenta contra sus descendientes, en forma corporal, haciendo imposibles la paz y el sosiego domésticos.

Consideramos muy amplios los tres conceptos de (ultraje, trato cruel y maltratamiento de obra) con lo cual podría presentarse un problema de interpretación que van en contra de

estamos frente a una causal ¡ndeterm¡nada, en cuanto a los hechos que la const¡tuyen.

Creemos conven¡ente transcr¡b¡r textualmente el cr¡te_r¡o, que acoge la Sala C¡v¡l del Tr¡bunal de Pasto.

"3° Abandono moral, ultrajes, trato cruel". (Causal 3° Ley 1° Canon 1131). "Entre los rec¡procos deberes de la pa_reja conyugal ocupan lugar destacado aquellos que d¡cen re_lac¡ón al trato, cons¡derac¡ón y respeto, afecto y compren_s¡ón: Const¡tuyen la ex¡stenc¡a moral ¡ncuest¡onable y más ¡mportante que la mera contr¡buc¡ón econ¡m¡ca, porque aque_lla es el sustento esp¡r¡tual de los valores de la fam¡l¡a.

Los ultrajes y el trato cruel son man¡festac¡ones equí_vocas de la v¡l v¡olac¡ón a tales preceptos, representan el romp¡m¡ento de lazos afect¡vos y de la destruc¡ón de la paz y armonía conyugales. Con razón, pues, el leg¡slador ha se_ñalado tales conductas como causales suf¡c¡entes en el ma_tr¡mon¡o c¡v¡l de d¡vorc¡o y separac¡ón f¡s¡ca de los espo_sos....".

"No puede ex¡g¡rse una mult¡tud de test¡mon¡os sobre hechos que acaecen por lo común en la ¡nt¡m¡dad del hogar y que se ocultan de ord¡nar¡o al conoc¡m¡ento y cr¡t¡cas soc¡a_les.

"Y es prec¡samente esta la f¡nal¡dad ¡nclusa en el ré_

gimen de separación de cuerpos: interponer distancias entre las personas, para que puedan mirar serenamente sus conductas y decidir sobre su futuro....".

"De ahí concluímos que "los ultrajes, trat cruel, y los maltratamientos de obra" de los cuales habla la 3°era causal, es necesario que se constituyan en un fenómeno continuado", es decir, que el irrespeto al otro cónyuge no se haga por una sola vez o en forma esporádica; es menester que los "ultrajes", ya sean de palabra, ya de "obra", se realicen con frecuencia, menoscabando así la armonía que debe existir en toda la familia normal y atentando contra la formación moral de la prole. (11)".

4. CARACTERISTICAS

1. Exteorización de la acción.-

Es necesario una conducta; pero esta conducta debe ser manifestada, pues si sólo está presente en el fuero interno del cónyuge culpable, no configura causal de divorcio. Esa acción constitutiva de la causal debe ser perceptible externamente.

Hay que tener en cuenta que la acción o las acciones constitutivas de la causal puede ser personal por el cónyuge o éste puede realizarla a través de un tercero, es decir, la causal admite el mandato. Además, también se incurre en la causal por omisión, por ejemplo cuando el esposo permite con su pasividad o consentimiento que su madre u otra persona so-

meta a su esposa a malos tratos de palabra o de hecho.

2. PELIGROSIDAD.-

Esta acción exteriorizada debe ser peligrosa, es decir, que con la conducta se pueda pronosticar, con cierta certeza, que el cónyuge culpable está propenso a la realización de actos contrarios a la salud del cónyuge ofendido, o a la integridad corporal del esposo inocente, o a la vida de éste o de sus descendientes, o a la salud moral en los casos de injuria verbal o de hechos.

3. IMPOSIBILIDAD DE LA PAZ Y SOSIEGO DOMESTICOS.-

Este comportamiento del cónyuge culpable debe ser de tal magnitud que imposibilite la continuación del matrimonio y la tranquilidad de la familia.

4. INTENCIONAL E INJUSTA.-

La conducta tipificada en esta causal debe ser realizada en la forma intencional y sin justa causa por el cónyuge demandado, por ser estos los dos elementos comunes a toda causal.

5. NO ES NECESARIA LA REITERACION DE LA CONDUCTA.-

Si el proceder del esposo o la esposa culpable es de tal dimensión que con él peligra la salud del cónyuge inocente, o se trata de grave injuria que hagan imposible la armonía en el futuro, no se ve clara la necesidad de varias acciones como elementos esenciales para configurar la causal. Lo importante es que la conducta exteriorizada sea peligrosa o imposibilite

la paz, o el sosiego familiar; no interesa ni tiene relevancia jurídica cuántas veces ultrajó al otro cónyuge sino la forma en que se hizo y sus consecuencias.

Deducimos de lo anterior que una sola acción o varias pueden constituir la causal que estamos analizando.

5. CADUCIDAD

Esta causal sólo puede invocarse para obtener el divorcio en el término de un año, contado desde cuando se sucedieron los hechos constitutivos de ésta, pues por su característica se conocen siempre desde ese momento.

6. El atentado contra la vida del otro cónyuge debe ser una nueva causal de divorcio?

La Ley 1° de 1976, en su artículo 4°, numeral 3°, habla de los ultrajes, trato cruel, maltratamientos de obra, si con ello peligra la vida de uno de los cónyuges. Pero hasta que punto esta causal ampara el atentado contra la vida del otro cónyuge?

Si entendemos como tentativa de homicidio del cónyuge, como causal de divorcio, los actos preparatorios a la comisión del hecho de homicidio, cuando sean efectivamente probados y cuando de las circunstancias de hecho se desprenden elementos de juicio como para suponer la posibilidad efectiva del atentado, no podemos equipararla al mal trato de obra que tiene como consecuencia poner en peligro la vida del cónyuge; no

podemos equiparar en ningún momento un intento de homicidio con un simple maltratamiento de obra; la tentativa de homicidio en el otro cónyuge conlleva siempre una violación gravísima de los deberes conyugales y una ofensa directa a la noción misma del matrimonio, las cuales no siempre se hacen presentes en la conducta que pone en peligro la vida del otro cónyuge. Ejemplo: El caso de un marido que atente contra la vida de su mujer disparando una arma de fuego, no puede igualarse ni compararse con el caso del esposo que rasga el vestido de su esposa a la altura del abdomen y la hiere en una mano cuando ella trata de cubrirse el cuerpo.

La primera situación sería configurativa de un atentado contra la vida del otro cónyuge. En la segunda circunstancia estaríamos en presencia de los maltratamientos de obra que ponen en peligro la vida de uno de los cónyuges. Luego consideramos que esta causal no ampara claramente el atentado contra la vida del otro cónyuge, por lo cual se hace necesario establecerla como nueva causal de divorcio en nuestra legislación ya que si la ley contempló una circunstancia de cierta gravedad, cómo es posible que una, de consecuencias más graves, quede sin sancionar en forma explícita?.

7. PRUEBAS

Los medios de prueba más utilizados para este caso, de-

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN
PROCESOS TECNICOS

bido a las características de la conducta, son:

1. Declaración de parte
2. Testimonio de terceros
3. Dictámen pericial
4. Indicios
5. Documentos.

D. CAUSAL CUARTA

"Son causas de divorcio: La embriaguez habitual de uno de los cónyuges". (Artículo 4°, numeral 4°, Ley 1° de 1976).

Es una causal igual a la antigua causal 3° del art. 154 del C.C. que decía: "La embriaguez habitual de uno de los cónyuges".

Podemos entender por embriaguez la turbación pasajera producida por la excesiva ingestión de bebidas alcohólicas, originando manifestaciones exteriores que varían de persona a persona.

Para que la embriaguez constituya causal de divorcio es necesario: que sea habitual, es decir, debe haber una reiteración de la conducta en el tiempo que impida el cumplimiento de los deberes del matrimonio y siembre el desasosiego en la familia. Por lo tanto, la borrachera del "Viernes cultural" de uno de los cónyuges, no es causal de divorcio.

La razón primordial para establecer esta causal fue la de hacer justicia, evitando el "constante mal rato" producido al cónyuge inocente con las acciones del cónyuge embriagado que hagan imposible la paz y la armonía en el hogar; además de las razones que regulan toda causal de divorcio; porque generalmente la embriaguez habitual si no es fuente de conflictos, sí acentúa las desavenencias conyugales produciendo la simultaneidad de causales para obtener el divorcio, ya que pueden conducir a ultrajes, tratos crueles y maltratamientos de obra.

PRUEBAS

1. Testimonio de terceros
2. Declaración de parte
3. Dictámen pericial, en caso extremo, porque determina el grado de alcoholismo.

CADUCIDAD

Un año a partir de la ocurrencia de la conducta.

E. CAUSAL QUINTA

"Son causas de divorcio: El uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica". (Artículo 4°, numeral 5°, de la Ley 1° de 1976).

Creemos conveniente transcribir textualmente el criterio del ilustre tratadista Dr. Hernando Devis Echandía con respec-

to a esta causal: "Encontramos dos errores en este texto: a) ha debido utilizarse la palabra "consumo" en vez de "uso", porque usar es utilizar para cualquier fin, incluso distinto del consumo, tales drogas, de tal manera que el médico que la aplica para fines profesionales a sus pacientes y el farmaceuta que prepara la receta y quien la vende o compra, "usan" sin la menor duda tales materias (creemos que el sentido de la causal es el de contemplar el consumo personal de la droga y que es la única interpretación lógica, pero hubiera sido mejor dejarla más clara y mejor redactada); b) la palabra "compulsivo" sobra totalmente, pués confusa y nada agrega a la circunstancia de que uno de los cónyuges habitualmente consuma la droga, y en cambio se presentará a muchas discusiones y problemas".(12).

Nos parece equivocada la utilización de la palabra "uso", porque la causal se refiere al consumo personal, ya que el simple uso puede tener muchas formas, inclusive convenientes, como en preparación de drogas, en la simple venta del producto, etc.

El consumo de estupefacientes, producen estados alucinantes y depresiones en los cuales el sujeto llega a un momento en que sus impulsos son de aparente tranquilidad y sus obsesiones se pierden en la alegría del éxtasis, perdiendo los rasgos de la sensibilidad moral y dando rienda suelta a sus instintos.

Tales productos por ser estimulantes del sistema nervio-

so central, ocas¡onan ¡n¡c¡almente una neces¡dad s¡cológ¡ca, después un v¡c¡o y f¡nalmente la neces¡dad f¡s¡ca, de manera que su consum¡dor no puede por su prop¡a ¡n¡c¡at¡va renunc¡ar a éstos.

Tales productos por ser est¡mulantes, el ¡nd¡v¡duo su_fre una paulat¡na mod¡f¡cac¡ón de su personal¡dad, conv¡rt¡_éndose as¡ en un enfermo pel¡groso para su consorte, sus des_cend¡entes, e ¡nclueo para la soc¡edad.

S¡endo esta causal paralela en sus consecuenc¡as con la causal cuarta, que trata de la embr¡aguez hab¡tual, no vemos la neces¡dad de separarlas como lo estableció la Ley 1° de 1976, aunque el mot¡vo pr¡mord¡al para esta d¡v¡s¡ón fue el punto de v¡sta desde el cual en la embr¡aguez se m¡ró el e_fecto de la conducta y en el consumo de drogas se atend¡ó a la causa que la or¡g¡na; pero al cons¡gnarlas en una m¡sma - causal no se p¡erde el cr¡ter¡o ut¡l¡zado para su d¡ferenc¡a_c¡ón.

En cuanto a pruebas y térm¡no de caduc¡dad se pueden aduc¡r los m¡smos comentar¡os hechos en el caso de la embr¡a_guez hab¡tual.

F. CAUSAL SEXTA

"Son causas de d¡vorc¡o: Toda enfermedad o anormal¡dad grave e ¡ncurable, f¡s¡ca o s¡qu¡ca de uno de los cónyuges, que ponga en pel¡gro la salud moral o f¡s¡ca del otro cónyu_

ge e ¡mpos¡b¡l¡te la comun¡dad matr¡mon¡al". (Artículo 4°, numeral 6°, de la Ley 1° de 1976).

Esta causal esta consagrada en cas¡ todas las leg¡sla_ c¡ones del mundo. En la leg¡slac¡ón del ECUADOR se establece como causal de d¡vorc¡o las enfermedades contag¡osas como: la s¡f¡l¡s, la tuberculos¡s y la lepra. En GUATEMALA se consagra como causal la enfermedad contag¡osa y desde 1933 la enfermedad mental ¡ncurable y que pueda produc¡r ¡nterd¡_ cc¡ón. En PANAMA desde 1925 se adm¡te la enajenac¡ón mental permanente. En el PERU, se establece como causal de d¡vorc¡_ o el haberse contra¡do, durante el matr¡mon¡o enfermedades venéreas. En AUSTRIA, se consagra como causal de d¡vorc¡o la enfermedad mental que hace desaparecer la comun¡dad de esp¡r¡tu entre los esposos (Causal segunda) y la enfermedad grave, contag¡osa o repugnante, s¡n que ex¡sta, un plazo - prev¡s¡ble, esperanza de curac¡ón y haya pel¡gro de dura_ c¡ón (Art. 52). En CANADA, f¡guran como causa de d¡vorc¡o la sodomía, el best¡al¡smo, la v¡olac¡ón y el homosexual¡s_ mo. En cas¡ todas las leg¡slac¡ones de los ESTADOS UNIDOS DE AMERICA DEL NORTE se consagra como causal de d¡vorc¡o la enajenac¡ón mental duradera e ¡ncurable. En FRANCIA, en la nueva ley del 17 de Jul¡o de 1975, se estatuye como causal la alterac¡ón de las facultades mentales, pero con c¡er_ tas precauc¡ones por parte del juez.

Expresa el Dr. HERNANDO DEVIS ECHANDIA que "salta a la vista el pésimo empleo de la palabra "moral", pues una enfermedad no puede afectar la salud moral del otro cónyuge; ha debido decirse: "salud mental o psíquica", y, naturalmente, también "física". (13)".

La expresión "salud moral" es empleada por el ordinal segundo del artículo 26 de la Ley 75 de 1968 al decir: "corresponde, igualmente, al instituto vigilar que quienes ejercen la patria potestad o la guarda cumplan sus deberes para con el menor presentando, en caso necesario, su cooperación para el escogimiento de las personas o establecimientos a cuyo cuidado inmediato haya de estar el menor, si los padres o guardadores se encontraren en imposibilidad absoluta de darle el cuidado, o si la medida en cuestión apareciere conveniente para la salud física o moral y la educación del menor".

El artículo 24 de la misma Ley 75 de 1968, habla también de la "moralidad del medio en que vive" el menor, lo cuál indica de que si es importante usar la expresión "moral" para referirse a la salud o al medio en que vive el menor.

1. Características.-

La enfermedad de que trata la causal debe ser:

a) Grave e incurable.-

Se vuelve a presentar el problema de la subjetividad de la expresión "grave", pues una enfermedad puede ser grave para

alguien y ser menos trascendental para otra persona. Inclusive se han presentado circunstancias donde dos médicos, que son peritos en la materia, tienen diferente opinión sobre la gravedad de una anormalidad determinada.

En cuanto a lo incurable, hay unas enfermedades que se pueden determinar definitivamente que en éstas no hay restablecimiento; pero en otras pueden subsistir las dudas al respecto. Por ejemplo, un esposo que padece de cáncer en el estómago, inicialmente se da el dictamen de enfermedad incurable, el otro cónyuge inicia el divorcio y lo obtiene; pero - luego es operado el enfermo y se descarta la posibilidad del renacimiento del cáncer, qué puede él hacer si ya se falló el divorcio?.

Es esto acorde con los principios que reglan el divorcio?. Se obtuvo con el divorcio el remedio querido por el legislador al establecerlo?. Cunplió sus fines?.

b) Física o síquica.-

En cuanto a la enfermedad síquica puede considerarse como tal toda perturbación de la mentalidad, el raciocinio, la siquis o la voluntad de una persona por causas físicas o del medio ambiente.

Las enfermedades de la mente pueden aparecer como consecuencia de alguna lesión orgánica y en ocasiones pueden tener un origen hereditario; pero la mayoría de las veces aparecen

como consecuencia de nefastas influencias recibidas en la in_ fancia o en la etapa del desarrollo provenientes de un medio ambiente conflictivo por la falta del cariño, la comprensión, y el afecto en general. La mayor parte de los siquiatras y si_ cólogos clínicos clasifican las enfermedades de la mente en dos grandes grupos atendiendo a su gravedad. En el primer gru_ po se hallan las psicosis que consisten en una grave descompo_ sición de la personalidad perdiéndose casi por completo el con_ tacto con la realidad. Generalmente se presentan acompañadas de ilusiones y alusinaciones y el enfermo rara vez tiene dis_ cernimiento en lo referente a la índole de su conducta, siendo necesaria la hospitalización.

En el segundo grupo se encuentran las llamadas psiconeurosis o simplemente neurosis que corresponden a un grado benigno de descompensación de la personalidad sin que el enfermo pierda gravemente la capacidad para funcionar socialmente.

Esta causal de divorcio, basada en la enfermedad física o síquica de uno de los cónyuges representa un criterio con_ trario a las obligaciones derivadas del matrimonio como son: la fidelidad, cohabitación, socorro, y ayuda.

c) Peligrosa para la salud moral o física del otro cón_ yuge.-

Qué es salud moral?. No entendemos la intención del legislador en este punto, porque al hablar de moral, se refie_

re a lo ético, a lo honesto, a lo espiritual y nos preguntamos sí lo honesto puede ser o no saludable y si la enfermedad de un cónyuge puede atentar contra la moral del otro; ha debido decirse "salud mental o síquica". (14)".

d) Que imposibilite la comunidad matrimonial.-

Toda causal de divorcio debe ser de tal naturaleza que impida la vida en común de los esposos, es decir, que produzca desquiciamiento profundo según lo establece la Ley 1° de 1976.

Cofresponde a los jueces, el estudio de cada uno de los casos de desavenienca conyugal, definir cuándo y bajo cuáles circunstancias la enfermedad de un cónyuge impone al otro la obligación de socorrerlo conforme a lo ordenado en el artículo 176 del C.C. y cuándo constituye causa de divorcio.

Esta causal de divorcio basada en la enfermedad física o síquica de uno de los cónyuges, representa un criterio antagónico en forma absoluta al deber recíproco de ayuda nacido por el acto del matrimonio; adverso en forma notoria a la solidaridad que se deben los cónyuges entre sí, pués es precisamente en estos casos cuando se hace más necesario el apoyo, la comprensión y el cariño de la persona con quién se ha compartido momentos gratos o difíciles de la vida.

Lo anterior también es antagónico con la institución del divorcio sanción, que quiso establecer el legislador en

Colombia, es decir, aquel que tiene un carácter de pena, así como tampoco se deja al arbitrio del juez la determinación estricta de las nulidades de los actos y las fijaras delictivas. Este principio es una consecuencia del llamado "derecho liberal"; el axioma "nulla poena sine lege", aunque es propio del derecho penal irradia corolarios hacia otras ramas del derecho; en realidad, se trata de una condición para la seguridad de las situaciones jurídicas y aunque ella se manifiesta con mayor intensidad en el orden de la libertad de la persona, no puede olvidarse en cualquier relación jurídica. La Ley se presume conocida, por una ficción legal y por ello es necesaria la posibilidad de conocimiento. Ningún acto puede ser serio, ninguna situación puede considerarse estable, ningún interés puede estimarse protegido, si su validez puede estar librada de las apreciaciones más o menos arbitrarias de los magistrados; es preciso que la ley misma fulmine las acciones antijurídicas y la majestad de su soberanía no puede ser delegada al arbitrio del juez.

Esta causal no es suceptible de la intención en la realización de la conducta por parte del cónyuge culpable; aquí estamos en presencia de una causal para el divorcio remedio y no para el divorcio sanción, que fue el que se pretendió establecer en la Ley 1° de 1976. Lo anterior se corrobora con el análisis del proyecto de ley número 58 de 1975 en donde la enfermedad, de la cual tratamos, era considerada como

causal de seperación de cuerpos y no de divorcio.

2. PRUEBAS.-

La prueba específica de esta causal es el dictamen pericial sobre la enfermedad o anormalidad sufrida por uno de los cónyuges, la cual por su naturaleza puede allegarse como prueba única al proceso.

G. CAUSAL SEPTIMA

"Son causas de divorcio: Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo". (Artículo 4°, numeral 7° de la Ley 1° de 1976).

1. Concepto de corrupción.-

La Enciclopedia Jurídica Omeba dice: "Corromper es alterar trastocar la forma de alguna cosa, perder la unidad material o moral y por extensión figurada, pervertir, estragar, reciar.(15).

El Diccionario de la Lengua Española define la corrupción como "el acto de echar a perder, dañar o podrir, alterar, trastocar o depravar (16).

La expresión "corromper o pervertir" es demasiado genérica y de ahí que los jueces deberán atenerse a las buenas costumbres vigentes en la sociedad. La incitación que un cónyuge hace al otro para cometer cualquier delito (robar, hurtar, estafar, herir, matar, etc.,) es conducta que faculta al incitado para

para pedir el divorcio.

La incitación que el marido haga a la mujer para que viole su obligación de fidelidad a fin de obtener para sí sumas de dinero o favores especiales del hombre con quien ha de cometer el adulterio, es causal de divorcio que puede impetrar la mujer. La propuesta hecha al otro cónyuge para dedicarse al contrabando puede, en ciertas circunstancias calificarse de conductas tendientes a corromper al otro, lo que indica que la simple tentativa es suficiente a fortiori lo que es el hecho ya consumado de corrupción o perversión.

Esta causal, esta establecida en casi todas las legislaciones. Así, en COSTA RICA, desde 1932 se estableció como causal de divorcio la tentativa del marido de prostituir a la mujer (art. 21) advirtiendo de toda incitación a cometer actos contra natura u otros abusos semejantes a la corrupción de los hijos o a la complicidad en ella. En el ECUADOR, con el artículo 132 como causal séptima se tipifica la corrupción de los hijos, ya provenga de la mujer como del marido. En el SALVADOR, como causal novena existe "la tentativa o la complicidad de uno de los cónyuges para depravar a los hijos, o la tentativa del marido de corromper a su mujer". En GUATEMALA, también consagra en el artículo 124 como causal, la corrupción o la comisión de un delito. En HONDURAS, existe en el artículo 143 la causal séptima "conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos".

En MEXICO, el artículo 267 enuncia como causales la propuesta a la prostitución, la incitación al crimen y la corrupción de los hijos. En PANAMA, el artículo 114 enuncia la prostitución de la mujer y la corrupción de los hijos. En URUGUAY, el artículo 148 del C.C. considera como causal cuarta "La proposición del marido encaminada a prostituir a su mujer. En VENEZUELA, el artículo 185 del C.C. contempla el "Conato" de uno de los cónyuges para corromper a los hijos o a la convivencia en su corrupción o prostitución.

2. Características.-

a) Es necesario que el sujeto sobre el cual recae la corrupción no esté pervertido.

Siendo la corrupción el acto de echar a perder o dañar, es evidente que si la persona sobre la cual recae se encuentra depravada no se configura la causal.

b) Cobija al cónyuge inocente, a los descendientes y a las personas que estén bajo el cuidado del cónyuge culpable que convivan bajo el mismo techo.

c) No requiere reiteración.-

Para la configuración de esta causal no es esencial la reincidencia en la conducta corruptora, toda vez que una sola acción puede ser suficiente para pervertir a una persona.

3. Pruebas.-

Esta causal, en especial es susceptible de ser probada

por cualquier medio. Consideramos de vital importancia la declaración de parte y los testimonios de terceros toda vez que son estos los medios más adecuados para demostrar al juez la realización de la conducta corruptora por parte del esposo culpable.

4. Término de caducidad.-

Para que la causal se haga efectiva es necesario que se invoque dentro de los términos fijados por la ley, a saber: un año contado desde cuando se tuvo conocimiento de la conducta corruptora y antes de dos años computados desde la comisión del hecho. En esta causal hacemos la misma crítica a este término de caducidad que en la causal primera ya comentada.

H. CAUSAL OCTAVA

"Son causas de divorcio: La separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure más de dos años". (Artículo 4° numeral 8° de la Ley 1° de 1976).

La separación de cuerpos de que trata la causal es la suspensión de la vida en común entre esposos, reglamentada por la ley y decretada judicialmente, sin disolver el vínculo matrimonial.

Esta resulta ser una de las más importantes causales que tendrá especial aplicación:

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

b) Cuando no se produzca ninguna de las causales del divorcio pero existen incopatibipidad de caracteres.

La única limitación estriba en que tienen que esperarse dos años contados desde el momento en que quedó en firme la sentencia de seperación de cuerpos.

Para que pueda ser admitida como causal de divorcio, se requiere:

1. Que hayan transcurrido dos años contados desde el momento en que quedó en firme la sentencia de seperación de cuerpos.

2. Solicitud expresa de divorcio por cualquiera de los cónyuges; no se tiene en cuenta quién fue el culpable en el juicio de seperación de cuerpos para concederle el derecho a pedir el divorcio.

En cuanto al desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial, ha debido ser de tal gravedad que no haya sido posible esperar el restablecimiento de la unidad de vida entre los casados.

Esta causal obedece al criterio del divorcio remedio, por que pretende poner fin a una situación amparada por la ley pero que no conlleva a la satisfacción de los fines y deberes inherentes al matrimonio, toda vez que han transcurrido dos años durante los cuales cada cual ha hecho su propia vida.

Además, es importante analizar lo siguiente: a) En caso de negar el divorcio cuando ya han pasado dos años de separación por mutuo consenso, autorizada por sentencia judicial, es cerrar los ojos ante la realidad, es legislar contra reglas elementales de la naturaleza humana ya que la castidad forzosa antes de la vejez, por simple prohibición legal y religiosa sólo funciona en casos excepcionales; b) Conservar la separación, negando el divorcio, es más perjudicial para los hijos y para los cónyuges; lo primero porque carecen de un verdadero hogar; lo segundo porque incita al amor libre, a la prostitución, al amancebamiento y esto también perjudica a los hijos.

Es de anotar que en el proyecto de ley de divorcio número 58 de 1975, presentado por el Gobierno para su aprobación por el Congreso, esta causal se contempló en una forma más limitada, ya que la separación de cuerpos decretada judicialmente no era una vía para el divorcio si había sido decretada por mutuo consentimiento y se necesitaba el transcurso de un lapso más largo toda vez que requería tres años de separación, en cambio en el proyecto oficial de 1974 se presentaba tal como quedó aprobada.

Como aparece redactada esta causal en la Ley 1° de 1976, se da vía libre a obtener el divorcio por mutuo acuerdo toda vez que sólo se requiere probar la separación de cuerpos por

dos años, lo cual se logra con la respectiva sentencia y el desquiciamiento del matrimonio que es fácil de suponer pasado un tiempo tan largo de separación. Circunstancias que no se hubiera presentado si la causal se hubiere consagrado como lo disponía el proyecto de 1975 a saber: "Son causas de divorcio la separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure más de dos años salvo que se haya decretado por mutuo consenso".

I. CAUSAL NOVENA

"Son causas de divorcio: La condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años, por delito común de uno de los cónyuges, que el juez que conozca del divorcio, califique como atroz e infamante". (Artículo 4°, numeral 9° de la Ley 1° de 1976).

1. Condiciones para la causal.-

a) Supone la comisión de un delito por parte de uno de los esposos.

b) Este delito debe ser común, es decir, no puede ser por delito político.

c) Este delito común debe ser sancionado con pena privativa de la libertad, superior a cuatro años.

d) El juez civil debe considerar el delito como atroz e infamante.

No compartimos la exclusión que hizo el legislador en cuanto al delito político como elemento para esta causal. Así, por ejemplo en el caso del esposo que por razón de su oficio debe obediencia a la Nación y toma parte en actos de hostilidad militar contra la Patria, incurrirá en presidio de diez a veinte años, al tenor del artículo 117 del Código Penal; en esta circunstancia se está frente a un delito político que ocasiona verguenza pública a la esposa inocente y conlleva una prolongada separación de los cónyuges; sin embargo, no da lugar al divorcio por esta causal.

Siendo de competencia del juez civil el conocimiento de los juicios de divorcio, corresponde al juez penal sancionar un delito común, es decir, la sentencia condenatoria en el momento de iniciar el divorcio se encuentra en firme, tiene carácter de cosa juzgada, por lo tanto no debe tener relevancia jurídica para el juez civil la clase de delito cometido por el condenado; lo importante es la condena en sí que conlleva la no convivencia de los cónyuges produciendo un desasosiego familiar.

Por otra parte el juez civil no tiene por qué conocer de los asuntos penales, pues precisamente para ello se crearon las diferentes jurisdicciones, por lo cual no entendemos por qué el delito debe ser en el criterio del juez civil atroz o infamante si ya fue calificado por el juez penal, e incluso se llegó a imponer una condena por el delito en cuestión.

Ahora bien, qué entendió el legislador por delito atroz o infamante? En qué parte del Código Penal se regula? No será que esa clase de delito no está tipificado?

Generalmente los delitos pueden clasificarse como atroces e infamantes, entendiéndose por tales los hechos inhumanos, graves, deshonrosos y vergonzosos, sin perjuicio de las circunstancias atenuantes en cada caso; de tal manera que estos calificativos en ningún momento conforman una nueva categoría de delitos, sino simplemente son adjetivos comunes asignados a todos éstos, por la mayoría de las personas no expertas en la materia y en caso alguno por la ley.

Lo expuesto anteriormente se confirma al analizar los pliegos de modificaciones al proyecto de ley número 58 de 1975 presentados por Gregorio Becerra Becerra, a la Comisión Asesora del Ministerio de Justicia, en los cuales se consagró la causal atendiendo solamente a la gravedad del delito según el criterio del juez.

Concluimos, entonces, que el legislador equiparó las expresiones "atroz" e "infamante" con el término "grave" y que en el Código Penal no aparece ningún delito con estas denominaciones porque no están consagradas como conductas típicas.

2. Pruebas.-

En cuanto a la prueba de esta causal dentro del juicio de divorcio se aduce como tal la copia de la sentencia penal

condenatoria la cual ya ha debido hacer tránsito a cosa juzgada.

3. Término de caducidad.-

La Ley 1° de 1976, no estableció término específico de caducidad para invocar esta causal, lo cual quiere decir que puede aducirse en cualquier tiempo a partir de la ejecución o ejecutoria de la sentencia penal.

CAPITULO CUARTO

JUICIO DE DIVORCIO

A. CADUCIDAD DE LA PRETENSION DEL DIVORCIO.-

El artículo 6° de la Ley 1° de 1976 dice: "El artículo 156 del Código Civil quedará así: Art. 156. El divorcio solo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde que tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales 1° y 7° o desde cuando se sucedieron, en tratandose de las causales 2°, 3°, 4° y 5°. En todo caso las causales 1° y 7° solo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia. Las causas no podrán probarse con la sola confesión de los cónyuges".

La anterior norma establece varios principios a saber:

1. Que el divorcio solo puede ser demandado por el cónyu-

ge ¡nocente.

2. Que las causas de d¡vorc¡o no se pueden probar con la sola confes¡ón de las partes.

3. Que establece un plazo de caduc¡dad de un año, con_tado desde cuando se tuvo conoc¡m¡ento de los hechos respec_to de las causas 1° y 7° o desde cuando se suced¡eron, en tratándose de las causas 2°, 3°, 4° y 5°.

4. Se establece otro plazo de caduc¡dad en cuanto a las causales 1° y 7° que no se podrán alegar dos años después de su ocurrenc¡a.

El Dr. Hernando Dav¡s Echandía cr¡t¡ca esta últ¡ma d¡s_pos¡c¡ón expresando que: "... desde que se produzcan tales caduc¡dades s¡n haber conoc¡do antes el hecho es una mostruo_c¡dad, al menos en el medio colomb¡ano; es prácticamente una autor¡zac¡ón del leg¡slador para con los cónyuges, mujer y mar¡do, adulteren spn consecuenc¡as m¡entras sepan ocultar su conducta por dos años".

La caduc¡dad de la pretens¡ón t¡ene como fundamento la presunc¡ón de olv¡do o de perdón del acto culpabb por parte de la v¡ct¡ma, con excepc¡ón del ¡nc¡so que estableció la - caduc¡dad de dos años respecto de las causales 1° y 7°.

B. <u>PARTES EN EL PROCESO DE DIVORCIO</u>.-

El artículo 7 de la Ley 1ª de 1976 dice: "El artículo 157 del Código Civil quedará así: Artículo 157. En el juicio de divorcio son partes únicamente los cónyuges, pero si estos fueren menores de edad podrán también intervenir sus padres. El Ministerio Público será oído siempre en interés de los hijos. En el proceso de divorcio son partes el demandante y el demandado.

Que clase de pntervención es la que autoriza a los padres el artículo 7?.

El Dr. Hernando Devis Echandía, expresa: "No puede ser litis consorcial, porque los padres no aportan su propio litigio al proceso, ni ad excludendum, por igual razón ni por denuncia del pleito o por llamamiento de garantías por obvia razón; por consiguiente, solo puede ser como coadyuvancia, por motivos morales o familiares, cuando apoyen la causal del hijo, o simplemente para el solo fin de que expongan su opinión si es adversa a la posición o aceptación si fuere demandado. Por estas razones creemos que ha debido decirse, simplemente, que los padres podrán ser oídos, si así lo solicitaren, y que tal deberá ser la interpretación que la jurisprudencia debe darle a esa parte del artículo 7 o - nuevo artículo 157 del C.C. Por lo tanto no podrán los padres apelar apelar la sentencia, ni oponerse a la demanda, si su hijo expresa su voluntad en sentido contrario; pero si están apoyando su causa, como coadyuvante, podrán suplir el

silencio o descuido o el apoderado del hijo, pidiendo pruebas en el memorial de intervención o en diligencias donde ellas sean procedentes, interponiendo recursos en lo desfavorable a la causa y a la conducta adoptadas por el hijo ejecutando los actos que a todo coadyuvante le sean permitidos". (17)".

Es necesario hacer las siguientes observaciones:

1. Que los padres no son partes en el proceso de divorcio. En efecto, la Comisión no reprodujo el texto del anterior artículo 156 del C.C. que decía: "El divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a él, y en el juicio que se siga son partes únicamente los mismos cónyuges o sus padres; pero se oirá siempre la voz del Ministerio Público, por el interés de los hijos o por el de la mujer, a falta de sucesión. Además, el artículo 7 emplea la expresión "unicamente", lo cual no admite una interpretación que dijera los padres son partes.

2. Se trata pués de una coadyuvancia, con todas las limitaciones procesales de ésta.

3. La intervención o addiencia es en interés de la familia y de la moral.

4. El Ministerio Público tiene el carácter de parte forzada en los procesos, en interés de los hijos y por ende puede pedir pruebas y ejercer todos los actos atinentes a

tal cal¡dad.

5. S¡ es un menor de 18 años, para ¡nstaurar la preten_ s¡ón o contradec¡rla, requ¡ere de un curador AD LITEM, ya que s¡ s¡gue s¡endo ¡ncapaz a pesar de estar eманc¡pado por el matr¡mon¡o. S¡ es un mayor de 18, de conform¡dad con el art¡culo 46 del Decreto 2820 de 1974, reformator¡o del ¡nc¡_ so 2° del art¡culo 340 del C.C., los varones o mujeres casa_ dos que hayan cumpl¡do los 18 años quedan hab¡l¡tados por - m¡n¡ster¡o de la ley. Y, por tanto, pueden ped¡r el d¡vor_ c¡o s¡n curador ad l¡tem, pero los padres podrán ¡nterven¡r como coadyuvantes en ¡nterés de la fam¡l¡a. Además, al d¡vor_ c¡o hay que apl¡car la m¡sma norma que está en el art¡culo 20 de la Ley 1° de 1976 que d¡ce: El art¡culo 199 del C.C. quedará así: Art¡culo 199. Para que el cónyuge ¡ncapáz pue_ da ped¡r la separac¡ón de b¡enes, deberá des¡gnársele un cu_ rador espec¡al".

Respecto de la leg¡t¡mac¡ón, el art¡culo 6 de la Ley 1° de 1976 reformator¡o del art¡culo 156 del C.C. d¡ce: "El d¡_ vorc¡o solo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo mot¡van. "Las c¡rcunstanc¡as de que el demandado pruebe que tamb¡én el demandante ha ¡n_ curr¡do en causal de d¡vorc¡o, hab¡endo éste demostrado lo m¡smo respecto del demandado no produce, "compensac¡ón de culpas", pero "cuando la culpa de uno de los cónyuges o la suspens¡ón por éste del ¡ncumpl¡m¡ento de sus deberes sea con_ secuenc¡a o resultado de la culpa del otro, entonces no podrá

éste sol¡c¡tar el d¡vorc¡o o la separac¡ón de b¡enes por el solo mot¡vo de la falta del pr¡mero, por ser entonces responsable tamb¡én de la m¡sma.

El Dr. Hernando Dev¡s Echand¡a d¡ce: "que podrá demandar el d¡vorc¡o el cónyuge que ha ¡ncurr¡do tamb¡én en alguna causal para el m¡smo, s¡empre que el demandado sea culpable de la m¡sma o de otra, excepto s¡ éste ¡ncurr¡ó en tal causal como resultado de la culpa de aquél, pués en el últ¡mo caso será s¡empre la conducta del demandante la que venga a determ¡nar el mot¡vo que alegue para el d¡vorc¡o".

C. MEDIDAS PREVENTIVAS.-

Son c¡ertas precauc¡ones sol¡c¡tadas por uno o ambos cónyuges y ordenadas por el juez, esto por la prop¡a naturaleza del ju¡c¡o de d¡vorc¡o, por la part¡cular pos¡c¡ón de las partes ¡nterv¡n¡entes por el carácter de los ¡nteresos que se d¡scuten, de los hechos que se alegan, de las ¡nvest¡gac¡ones que se real¡zan, por la repercus¡ón personal de las dec¡s¡ones jud¡c¡ales. Ind¡can la conven¡enc¡a de adoptar en la general¡dad de los casos, algunas med¡das urgentes cuyo objeto pr¡mord¡al es la protecc¡ón de la segur¡dad de las personas, las cuales pueden ser ordenadas y pract¡cadas aún antes de adm¡t¡da la demanda de d¡vorc¡o, cuando la urgenc¡a del caso ¡nd¡que extrema neces¡dad, o durante el ju¡c¡o y ser mod¡f¡cadas o revocadas en la sentenc¡a.

Art. 8 "El art. 158 del Cód¡go C¡v¡l quedará así:

Artículo 158. En cualquier momento, a partir de la presentación de la demanda podrá el juez, a petición de cualquiera de las partes, decretar las medidas cautelares autorizadas por la ley sobre bienes que puedan ser objeto de gananciás y que se encuentren en cabeza del otro cónyuge".

Pueden ser de dos clases: personales y económicas.

1. Personales:

a) "Autorizar la residencia separada de los cónyuges; y si éstos fueren menores no habilitados de edad; disponer el depósito en casa de sus padres o de sus parientes más próximos o en la de un tercero cuando el juez lo considere conveniente". (Artículo 27 de la Ley 1ª de 1976).

Creemos afortunada la intención del legislador al autorizar la separación de residencia de los cónyuges una vez admitida la demanda o antes en caso de urgencia, pues sería más perjudicial para la paz familiar y para la sociedad obligarlos a compartir sus días en medio de una eterna desavenencia.

Consideramos igualmente el hecho de establecer el depósito para ambos cónyuges, como algo retrógado, que debe suprimirse toda vez que no se trata de bestias, dementes o cosas.

b) "Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de uno y otro, o de un tercero, según lo crea más conve-

niente para ellos y así los encomendará sea a uno de los cón_ yuges, a ambos o a un tercero.

c) "Decretar, en caso de que la mujer esté embarazada, las medidas previstas por la ley para evitar suposición de parto, si el marido lo solicitare". (Artículo 27 de la Ley 1° de 1976, numeral 1°, literal d).

De acuerdo con el artículo 226 del Código Civil estas medidas van encaminadas a evitar la duda sobre el hecho y circunstancias del parto o sobre la identidad del recién nacido por medio del envío a la mujer, de una compañera de buena razón que le sirva de guarda y además de una matrona que inspecione el parto.

d) Decretar, a petición de parte, las medidas cautelares autorizadas en el ordinal 1° del artículo 691 del C.P.C. sobre los bienes sociales y también sobre bienes propios, con - el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge tuviere derecho, si fuere el caso.

2. ECONOMICAS

a) "Señalar la cantidad con que cada cónyuge debe contribuir, según sus facultades, para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y para la educación de éstos". (Artículo 27 de la Ley 1° de 1976, numeral 1°, literal c).

Con esta nueva disposición se llena un vacío existente en el sistema del Código de Procedimiento Civil al regular que no sólo será el marido quien tiene la carga de contribuir para los gastos de habitación y sostenimiento de la esposa y de los hijos comunes, puesto que se deba el caso de la cónyuge adinerada, quien no necesitaba de dicha contribución en tanto que el marido sí podría requerir de tal suma.

Actualmente cada uno debe contribuir de acuerdo a sus facultades económicas en el momento de admitirse la demanda o antes si hubiere urgencia y será el juez quien de acuerdo a su criterio les señalará la respectiva obligación.

El Dr. Devis, le ha hecho a esta norma dos críticas a saber:

a) Que hubiera sido mejor exigir siempre la admisión de la demanda, para evitar que decreten y luego se proceda a rechazar la demanda. Sin embargo, no se siguió la misma norma del código de procedimiento civil, por cuanto puede haber urgencia en el decreto de tales medidas.

b) Que ha debido otorgarse apelación en el efecto devolutivo si se decretan y en el diferido si se niegan, por cuanto en ausencia de norma hay que concluir que tales autos son inapelables. En realidad, tiene razón la crítica y es la misma omisión en que incurrió el artículo 691 del actual código de procedimiento civil.

D. <u>FORMAS DE PONER FIN AL PROCESO DE DIVORCIO</u>.-

El artículo 9, que sustituyó el artículo 159, dice: "El art. 159. La muerte de uno de los cónyuges o la reconciliación ocurridas durante el proceso, pone fin a éste. El divorcio podrá demandarse nuevamente por causa sobreviniente a la reconciliación".

La acción o pretensión de divorcio se extingue:

1. Por la muerte de cualquiera de los cónyuges y ello en razón del carácter personalísimo de la acción, por una parte y, por otra, porque el matrimonio se ha disuelto quedando sin contenido u oficio la acción. La muerte de uno de los cónyuges puede haber ocurrido antes de la presentación de la demanda o una vez introducida. En este segundo caso se extingue la acción y el proceso respectivo. (Artículo 159 C.C.).

En consecuencia, la acción jamás se transmite a los herederos. La extinción de la acción de la acción por muerte del demandado se califica por razones anotadas y porque "una acción de divorcio contra un cónyuge muerto no sería sino un escándalo inútil".

La muerte extingue automáticamente la acción. Por tanto, si por ignorancia de la muerte de uno de los cónyuges se profiere sentencia, esta carece de eficacia, es inexistente.

2. Por la declaración judicial de nulidad de matrimonio.

3. Por el perdón que el cónyuge inocente haga de las faltas cometidas por el culpable.

El perdón implica siempre la declaración de querer olvidar la ofensa y estar dispuesto el cónyuge a continuar el matrimonio. La declaración de voluntad encaminada a perdonar no es un negocio jurídico; por tanto el perdón dado sin conocer todas las causales simplemente no es perdón.

4. Por la renuncia a ejercer la acción. "La mujer declara por ejemplo, que renuncia a hacer valer judicialmente el adulterio del marido, pero que no puede perdonar a éste todavía y desea abandonar el hogar hasta tranquilizar sus sentimientos. A nuestro juicio, nada se opone a ello, siempre que el marido esté de acuerdo.

Naturalmente puede en determinadas circunstancias ser la renuncia contraria a las buenas costumbres, por ejemplo cuando se compra el derecho al divorcio.

La renuncia a ejercer la acción de divorcio debe realizarse con posterioridad a los hechos que le sirven de causa o fundamento. Por cuanto la doctrina estima como contrarias al orden público familiar y a las buenas costumbres y en consecuencia nulas en forma absoluta las renuncias anticipadas a ejercer la acción, por cuanto ello implicaría la declaración de voluntad de un cónyuge a que el otro pudiera violar obligaciones familiares instituidas por motivos de orden pú-

blico.

5. Por el desistimiento producido una vez introducida la demanda y notificada al otro cónyuge. En general las acciones que libremente puede ejercer o abstenerse de ejercer una persona, son susceptibles de desistimiento, una vez presentada la demanda e iniciado el proceso. El desistimiento de la acción puede ser unilateral o sea provenir del demandante o ser acordado por ambos cónyuges. El desistimiento unilateral del demandante puede interpretarse como perdón, aunque no siempre necesariamente.

6. Por la reconciliación verificada en cualquiera de las dos audiencias de conciliación previstas en la etapa preparatoria del proceso de divorcio. La reconciliación no equivale exactamente al perdón, pues este es acto unilateral y aquello acto bilateral.

7. Por prescripción. Conforme al artículo 156 del C.C. el cónyuge que tiene derecho a demandar el divorcio debe hacerlo en el plazo de un año, excepción hecha de las causales 6°, 8°, y 9°.

a)- En cuanto a las causales 1° (adulterio) y 7°(conducta tendiente a corromper al otro cónyuge inocente) cuando se tuvo conocimiento de los hechos respectivos; pero transcurridos años no pueden alegarse en ningún caso.

b) En tratándose de las causales 2° (incumplimiento de

las obligaciones matrimoniales), 3° (ultrajes o injurias), 4°, 5° (embriaguez habitual, uso de sustancias estupefacientes) la demanda no puede instaurarse si ha transcurrido un año desde que se sucedieron los hechos respectivos. Las causales 6° (enfermedad o anormalidad graves), 8° (separación de cuerpos decretada judicialmente) y 9° (condena privativa de la libertad) pueden alegarse en cualquier tiempo, pués carecen de plazo extintivo.

8. Perención. Se extingue la acción y el proceso respectivo si el expediente de divorcio es abandonado por el demandante durante seis meses en la primera instancia en los términos del artículo 346 del C.P.C. o cuando se abandona en la segunda instancia por el mismo término (artículo 347 del C.P.C.).

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

E. TRAMITE

El juicio de divorcio, al tenor del artículo 26 de la Ley 1° de 1976, el cual modifica el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, se tramita como proceso abrabiado.

Se formula la demanda ante el juez competente; en nues-

tro caso es el juez del circuito del domicilio conyugal. (Artículo 23 numeral 4° del C.P.C.) y si no existe, del último que haya tenido.

El artículo IX del Nuevo Concordato de 1973, protocolizado por la Ley 20 de 1974, consagró: "Las altas partes contratantes convienen en que las causas de "separación de cuerpos" de los matrimonios canónicos sean tramitados por los jueces del Estado, en primera instancia ante el Tribunal Superior respectivo y en segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia".

De la misma forma, en el Protocolo Final del Concordato, afirma lo expuesto de la siguiente manera: en relación con el artículo IX. "La determinación que hace este artículo de que - las causas de "separación del matrimonio canónico" serán dirimidas ante el Tribunal Superior y la Corte Suprema de Justicia de Colombia, no impedirá que, en el futuro, el Estado Colombiano, no pueda establecer una instancia especial para examinar y juzgar las causas relativas al derecho de familia y que tenga un nivel equivalente al de aquellas entidades".

De manera que se le concedió a los tribunales superiores, una especie de privilegio, para conocer en primera instancia de la separación de cuerpos del matrimonio canónico y en la - segunda instancia a la Corte Suprema de Justicia. Esto en razón de que la mayoría de los matrimonios celebrados en Colombia son por el rito católico y para que no se ocasione con la se-

paración, un deterioro de orden familiar.

Si la demanda cumple con los requisitos de los artículos 85, 86, y 87 del Código de Procedimiento Civil, el juez ordenará el traslado al demandado por un término de diez días. Durante este término el demandado tiene la oportunidad para presentar la demanda de reconvención, la cual es muy frecuente en estos juicios de divorcio, el objeto del demandado que reconviene es hacer valer la reciprocidad de los agravios y obtener que las consecuencias que resulten de la declaración de divorcio no pesen sobre él solamente.

El juez, formulada la demanda de reconvención, se encuentra ante dos demandas de divorcio procedentes de cada uno de los cónyuges. El demandado se propone a credítar que si él resulta culpable, también el demandante incurrió en culpa y así obtener que los efectos de la sentencia de divorcio no recaigan sobre él unicamente.

Sea este el momento para anotar que el cónyuge que se abstiene de reconvenir no puede pretender luego, que se declare el divorcio por culpa de su cónyuge, por que estaríamos - frente a una sentencia "extra petita", no permitida legalmente, pués no hay razón para dictar pronunciamientos ajenos a las peticiones formuladas en la demanda y en su contestación. Pero puede suceder que demande por separado y pida la acumulación de procesos.

Puede ocurrir que ambos cónyuges inicien separadamente juicios de divorcio, en las cuales se acusan mutuamente de haber cometido hechos constitutivos de causales de divorcio. En tal circunstancia se deben acumular estos juicios los cuales debieron iniciar en la misma jurisdicción, entre otras razones porque:

a) Es necesario que la decisión sobre un matrimonio basada en hechos determinados, ocurridos en un lapso determinado, sea esclarecida en un solo pronunciamiento judicial.

b) Si hay dos juicios de divorcio iniciados por los cónyuges, deben ser contradictorios entre sí; por ello deben conformarse en uno solo, en aras de la justicia y el bien común.

Contestada la demanda de divorcio y la de reconvención, si fuere el caso (Artículos 401 y 402 del C.P.C.) el juez fijará fecha para una audiencia de reconciliación a la cual deberán recurrir personalmente los cónyuges. Si por algún motivo, fracasare ésta, el juez citará nuevamente para una segunda audiencia, no antes de dos días ni después de tres, de la fecha señalada para la primera; si en esta tampoco se lograre la conciliación el juez ordenará continuar el proceso, decretando pruebas y fijando un término de veinte días para su práctica (Artículo 41 del C.P.C.).

Vencida la etapa probatoria y decididos los incidentes y

apelaciones que se presentaren, las partes dispondrán de un término común de cinco días para los alegatos de conclusión. Cumplido lo anterior, el juez procederá a dictar sentencia.

Notificada la demanda de divorcio, puede el demandado proponer como demanda de reconvención la separación de cuerpos?

El demandante pretende acreditar cualquiera de las causales del artículo 154; el demandado igualmente alega que el demandante incurrió en alguna de las causales, pero no pide el divorcio sino la separación de cuerpos. Sobre el particular la doctrina y la jurisprudencia francesa tienen decidido: si la demanda principal es la de divorcio, le es permitido al demandado proponer la de separación; pero si la demanda principal es la de separación de cuerpos, no es posible proponer la de divorcio reconvencionalmente.

Esta doctrina es de perfecta aplicación en Colombia donde se considera igualmente como acción de mayor trancendancia la de divorcio y como acción de segundo orden la separación de cuerpos, motivo por el cual se permite demandar el divorcio como acción principal y subsidiariamente solicitar la separación de cuerpos(parágrafo 4° del ordinal 6 del art. 423 C.P.C.).

F. EXCEPCIONES

Fuera de las previstas en los numerales 1°, 5°, 6°, 8°, del Artículo 97 del C.P.C. y las de cosa juzgada, son excep-

ciones propias del proceso de divorcio:

1. La de perdón, el que debe acreditarse mediante los medios corrientes de prueba.

2. Extinción del plazo para proponer demanda de divorcio.

3. La del anterior desistimiento de la acción, en caso de que la nueva demanda pretenda fundarse exactamente en los mismos hechos que dieron origen a la demanda inicial.

4. La reconciliación de los cónyuges, con la advertencia acabada de hacer.

G. AUDIENCIA DE CONCILIACION.-

El numeral 3 del nuevo artículo 423 del C. de P.C. dice: "Contestada la demanda de divorcio y la de reconvención, en su caso, ordenará el juez la citación de ambos cónyuges para que concurran personalmente a una audiencia de conciliación. Si alguno de los cónyuges no concurrieren o fracasare la conciliación, el juez citará para una segunda audiencia, la cuál tendrá lugar no antes de dos meses ni después de tres de la fecha señalada para la primera. Si tampoco en la segunda audiencia se lograre la conciliación, el juez ordenará continuar el proceso". Desde luego que si las partes se reconcilian en la audiencia, se debe dar por terminado el proceso.

El objetivo de esta audiencia es expresado por el Dr. Devis Rchandia, así: "El juez debe dialogar con los cónyuges e

invitarlos a la reconciliación, sin limitarse a preguntarles si se reconcilian o no, pués en ello consiste la verdadera audiencia de conciliación que todos los modernos procesalistas recomiendan y que no se impuso en todos nuestros procesos por la aguda insuficiencia de los jueces que existen para atenderlos y la consiguiente larga demora que hubiera significado para la marcha del proceso".

De acuerdo con lo anterior, la actividad del juez debe ser dinámica, ejecutiva, buscando no la disolución del vínculo, sino tratando de indagar si verdaderamente existen motivos suficientes que impidan la armonía conyugal y colleven el divorcio.

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

los difíciles problemas del derecho de la familia.

2. Los cónyuges deben comparecer personalmente sin poderse hacer representar por apoderado?. O pueden comparecer con sus respectivos apoderados?.

La doctrina francesa tiene entendido, sin motivos muy justificados, que los apoderados obran, y, tienen que comparecer los cónyuges solos. Al guardar silencio sobre este particular la Ley Colombiana, deben aplicarse las reglas generales. Lo que indica que cada cónyuge puede comparecer asistido por su abogado. Pero si uno de los cónyuges exige el retiro de los apoderados en razón de las razones íntimas que quiere exponer o por otros motivos, el juez debe acceder a su solicitud.

3. No es necesario que la audiencia de conciliación se realice en una sola fecha; a petición de uno de los cónyuges o por iniciativa del juez puede realizarse en dos o más sesiones. Es más, en ningún proceso como el del divorcio tiene una mayor aplicación la suspensión del mismo a solicitud de las partes.

4. Este asunto de las audiencias de conciliación lo ha tomado la Ley Colombiana del derecho francés y alemán.

La audiencia de conciliación existen en casi todas las legislaciones. En la Ley Francesa en su artículo 25 expresa: "En el divorcio por mutuo acuerdo se estableció que el juez debe reunir a los esposos o a sus abogados para efectos conci-

l¡atorios y si los cónyuges persisten en divorciarse, el juez les expresa que su demanda debe ser renovada después de un plazo de "reflexión" de tres meses y si no se renueva dentro de los seis meses siguientes a la expiración de este plazo de reflexión, la demanda conjunta se entiende caducada. Además, un juez del tribunal es delegado en asuntos matrimoniales y está especialmente encargado de salvaguardiar los intereses de los hijos menores. Cuando el divorcio se demanda por ruptura de la vida en común o por falta, es obligatoria la tentativa de conciliación ante el juez. El juez busca la conciliación entrevistando separadamente en su presencia. Los abogados deben asistir a la audiencia si los cónyuges lo solicitan e invitarles a la reflexión. La tentativa de conciliación puede ser suspendida dándole a los esposos un plazo de ocho días, pero si parece conveniente un plazo más largo, se suspende el procedimiento y se recurre a una tentativa de conciliación - dentro de los seis meses siguientes, decretándose las medidas cautelares pertinentes.

Ahora si el juez no puede hacer que los cónyuges desistan del divorcio, intervienе ante ellos para procurar que las consecuencias del divorcio, especialmente en cuanto a los hijos, se arreglen amigablemente. Todo lo anterior demuestra que las dos audiencias de reconciliación previstas en el numeral 3 del nuevo artículo 423 del C.P.C. son de extraordinaria importancia y que los jueces deben tener un papel muy activo

en defensa de la familia, de los menores y de la sociedad, buscando la conciliación y si ésta fracasa, procurando que los cónyuges se pongan de acuerdo en regular los efectos del divorcio particularmente en cuanto a la custodia y derechos y deberes respecto de los hijos comunes y si es el caso, los derechos y deberes alimentarios de los cónyuges entre sí.

Si la reconciliación se produce en las audiencias, no hay necesidad de desistimiento y el juez declarará terminado el proceso. Pero, si la reconciliación es posterior, según el numeral 4 del nuevo artículo 423 (Art. 27, Ley 1°), "es necesario solicitud expresa y por escrito de ambos cónyuges, que sera presentada personalmente por éstos". Por cuanto implica desistimiento bilateral.

H. TERMINACION DEL JUICIO

La terminación del juicio puede ser de dos clases: regular e irregular.

1. Regular.

Si el proceso sigue su curso normal, su terminación se produce por medio de una sentencia ejecutoriada la cual pone fin o nó al vínculo matrimonial, produciendo efectos determinados y concretos que más adelante analizaremos.

En cuanto al contenido de la sentencia, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 304, dispone:

1°. Indicación de las partes en litigio.

2°. Resumen de los hechos planteados dentro del proceso

3°. Consideraciones necesarias sobre los hechos y sus - pruebas.

4°. Fundamentos legales y jurídicos en los cuales se basa dicha sentencia en razón de la equidad.

Estos cuatro numerales componen la llamada parte motiva, la cual va seguida de la frase sacramental: "Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, Resuelve: ".

Luego encontramos la parte resolutiva que contiene según los artículos 304 y 423 del Código de Procedimiento Civil:

1°. Decisión expresa y clara sobre la petición de divorcio.

2°. Decisión sobre la separación de cuerpos, si fue solicitada en subsidio y el divorcio fue denegado.

3°. Las excepciones si hay lugar a ellas.

4°. Decisión sobre el cuidado de los hijos menores.

5°. A quién corresponde la patria potestad de los hijos no emancipados.

6°. La proporción en que los cónyuges deben contribuir a los gastos de crianza, educación, y establecimiento de los hijos comunes.

7°. El monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges deba al otro, si fuere el caso.

8°. Las costas del juicio.

Copia de la sentencia que concede el divorcio, deberá enviarse al funcionario del estado civil para su respectiva inscripción en el folio de matrimonios y en el de nacimiento de cada uno de los cónyuges.

Si la sentencia niega el divorcio, el juez puede decretar la separación de cuerpos si ésta fue solicitada subsidiariamente, pero no podrá decretar el divorcio en un proceso iniciado para obtener la separación de cuerpos.

2. Irregular

Puede darse en tres casos:

a) Muerte
b) Reconciliación
c) Juicio pendiente

a) Muerte.

Si con el divorcio se persigue la disolución del vínculo matrimonial y sólo pueden ser partes los cónyuges, es claro que la muerte de uno de ellos conlleva la terminación del proceso, como lo corrobora el Artículo 9° de la Ley 1° de 1976 que modifica el Artículo 159 del Código Civil; además, la sentencia no puede referirse a un vínculo inexistente que ha sido

disuelto por la muerte.

b) Reconciliación.-

Respecto a la reconciliación puede darse el siguiente caso: de que una vez ejecutoriada la sentencia de divorcio, deseen los "ex esposos" la reconciliación; como solucionaríamos el problema?. La respuesta deberá ser la celebración de un nuevo matrimonio, dado que en nuestro país existe el divorcio vincular, es decir, aquel que disuelve el vínculo matrimonial; y si recordamos que el objeto de la reconciliación es poner término al proceso de divorcio, estando éste ya finalizado por una sentencia ejecutoriada, la reconciliación no surtiría efectos legales.

Si hay divorcio no hay vínculo matrimonial y por ello la supuesta reconciliación vendría a restablecer la convivencia de los divorciados, constituyendo una situación no amparada por la ley, circunstancia que no se presentaba anteriormente por el hecho de no estar regulado el divorcio vincular sino únicamente la separación de cuerpos.

c) Juicio pendiente.-

Otra forma de terminación irregular sería la existencia de un juicio de nulidad iniciado con anterioridad a la admisión de la demanda de divorcio y resuelto afirmativamente antes de quedar ejecutoriada la sentencia de divorcio; ello en razón a que la nulidad deja el vínculo matrimonial sin efecto alguno

y, por tanto, un juicio de divorcio en estas circunstancias no tendría fundamento puesto que no cumple su finalidad al no haber nada que disolver.

I. LA SENTENCIA DE DIVORCIO.-

Según el Artículo 155 del C.C., parecería que el juez tiene una libertad total para decretar o abstenerse de decretar el divorcio. El poder discrecional que se le otorga se encuentra notablemente limitado y solo debe ejercerlo en casos que lo justifiquen ampliamente.

1.- En general, todas las veces que la causal de divorcio se encuentre debidamente comprobada debe decretarse el divorcio, especialmente cuando el desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial sea de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento del hogar. El hecho de existir demanda de divorcio y que hayan fracasado las audiencias de conciliación, en sí toma en serio de que la vida conyugal se ha roto de manera definitiva.

2.- En cuanto a la culpabilidad, en toda sentencia de divorcio debe quedar claro cuál de los cónyuges es inocente y cuál nó. Al respecto deben distinguirse tres clases de sentencias: aquellas en que un cónyuge es inocente y otro culpable; otras en que ambos cónyuges resultan inocentes, ante todo cuando el divorcio se decretó por la causal 6° (enfermedades psíquicas o físicas), 8° (separación de cuer-

pos que haya durado más de dos años y esta había sido pedida por mutuo consentimiento) 9° (condena privativa de la libertad superior a cuatro años, salvo que ella haya tenido su origen en grave delito contra el otro cónyuge o uno de sus parientes más próximos).

3. Contra toda sentencia de divorcio puede interponerse el recurso de apelación. En todo caso, una vez en firme, debe inscribirse en el Registro del Estado Civil de las personas (Art. 5 y 44 del Decreto 1260 de 1970). Sin la competente inscripción carece de validez la sentencia de divorcio (art. 106 y 107 del Decreto 1260 de 1970).

J. EFECTOS DE LA SENTENCIA QUE DECRETA EL DIVORCIO.-

A. EFECTOS NECESARIOS EN CUANTO AL MATRIMONIO Y LA SOCIEDAD CONYUGAL.

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 culpable o inocente pueda estar obligado a suministrar al cónyuge inocente que necesitare de ella.

1. La disolución del matrimonio se produce sin efecto retroactivo, lo que equivale a decir que cesa de existir para el futuro; los efectos producidos en el pasado asisten en el sentido de que los divorciados fueron cónyuges hasta la sentencia

de divorcio y los hijos comunes fueron y siguen siendo legí_ timos.

Hombre y mujer divorciados pueden casarse de nuevo con personas diferentes a su antiguo cónyuge; y si llegaren a arrepentirse del divorcio y quisieren convivir de nuevo, ne_ cesitarán celebrar entre sí un nuevo matrimonio, pues de no hacerlo así su convenencia se interpretará como concubinato, y los hijos que tuvieren serán extramatrimoniales.

Este problema de si los divorciados podrán casarse de nuevo entre sí ha constituido durante mucho tiempo un verda_ dero quebradero de cabeza para el legislador frances. En e_ fecto, el primitivo artículo 295 (redacción de 1804) estable_ ció: "Los cónyuges divorciados no pueden casarse de nuevo en_ tre sí ; más tarde por la Ley del 27 de Julio de 1884 se per_ mitió que pueden casarse de nuevo siempre que alguno de ellos hubiera realizado un segundo matrimonio el cual se hubiera ro_ to por el divorcio; por la Ley del 5 de Abril de 1919 se pro_ hibió el divorcio a los casados entre sí por segunda vez, sal_ vo cuando se realizaba la causal relativa a una condena o pe_ na aflictiva e infamante; por la ley del 26 de marzo de 1924 se facilitó el nuevo matrimonio si existieran hijos del pri_ mer matrimonio y el segundo matrimonio se hubiere disuelto por muerte del cónyuge; finalmente por la ley del 4 de enero de 1930 se permitió, sin ninguna excepción o limitación, que los divorciados pudieran casarse de nuevo.

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

3. A partir de la sentencia de divorcio los cónyuges pierden ésta calidad y no puede alegarse para heredar abintestato en la sucesión del otro, ni para reclamar porción conyugal (C.C. art. 162 párr. 20).

B. OBLIGACIONES 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 ésta es compartida por ambos) 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 la misma 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 pueda encomendarse a los cónyuges o a otra persona atendien-

do a su edad, sexo y causa probada de divorcio (ordinal 5 del artículo 423 del C.P.C.).

Expresa el Dr. Devis Echandía, que debe aplicarse por analogía el criterio contenido en el numeral 1° del artículo 411 del C.P.C. Esto es exacto por cuanto ese numeral se refiere a la sentencia que declare la nulidad y precisamente el criterio de la comisión fué el contrario, o sea dejarle al juez la facultad de determinar a que cónyuge otorga el cuidado de los hijos, ya que no era jurídico ni lógico el criterio de dejar a los menores de siete años y a las mujeres en poder de la madre, siendo una cuestión que el juez debe decidir según las circunstancias de cada caso concreto.

Cabe anotar que en cuanto a la pensión alimentaria que se decreta en la sentencia, se puede presentar una colisión con lo resuelto por los Jueces de Menores. En efecto, se pregunta: si existe sentencia de los jueces civiles de menores, el juez, al dictar sentencia de divorcio, deberá respetar lo decidido por aquellos? Existen dos tesis: a) La que dice que el Juez Civil puede dejar sin efectos las sentencias de alimentos dictadas por los jueces de menores, y b) En virtud de la prejudicialidad, el Juez Civil se atiene a lo resuelto por el Juez de Menores hasta que éste no la modifique. Nosotros estamos de acuerdo con la segunda doctrina. Igualmente consideramos que el Juez Civil podrá revisar la

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN
PROCESOS TECNICOS

decisión sobre alimentos, por lo cual consideramos que la Ley 1° de 1976 le quitó competencia a los Jueces de Menores para revisar pensiones alimenticias cuando fueren reguladas en la sentencia de divorcio por el Juez Civil. Advertimos que se puede presentar colisión de competencia en cuanto a la guarda, suspensión o pérdida de la patria potestad, procesos que corresponden a los Jueces de Menores porque la Ley nada dice al respecto, como sí lo hace respecto a alimentos.

La Ley 1° de 1976 acepta los pactos de alimentos, pero en cuanto a cauciones deberá seguirse lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Debe facultarse al juez para pedir copia de las declaraciones de renta con el fin de fijar la pensión alimenticia.

C. OBLIGACION ALIMENTARIA A FAVOR DEL DIVORCIADO INOCENTE.-

Según el ordinal 4° del artículo 411 del C.C. se deben alimentos a la mujer o al hombre divorciado sin culpa, por parte de quién dió lugar al divorcio.

1. Disuelto el matrimonio se extinguen todas las obligaciones familiares que no se habían creado por el mismo. El deber de socorro y ayuda mutua a que se refiere el art. 176 del C.C. existen entre cónyuges y la sentencia de divorcio los privó de tal calidad. Son extraños entre sí. CARBO-

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA Y DOCUMENTACION
PROCESOS TECNICOS

RNIER, "El marido tomó a su cargo el deber vitalicio de proteger a su mujer contra la miseria. El derecho se sirve de esta base, éticamente estipulada 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 hombres y mujeres proclamada por el Decreto 2820 de 1974.

La doctrina en la jurisprudencia francesa explica la naturaleza jurídica de la alimentación obligada 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. a) El carácter indemnizatorio se hace derivar de la culpa del obligado a prestar alimentos o sea el cónyuge que dió lugar al divorcio; de donde se deriva la necesidad de una relación causal entre la culpa del divorciado y el perjuicio sufrido por el cónyuge inocente; además, en el hecho de que la muerte del obligado, la obligación se transmite a sus herederos; b) como simple prolongación de la obligación del socorro y ayuda, de donde se deduce que la cuantía se encuentra sujeta a variación según las posibilidades económicas del obligado y según las necesidades del acreedor; además es que la pensión se extingue con la muerte del divorciado que tiene derecho a percibir

la 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 desaparición anticipada del deber de auxilio (socorro y ayuda), al que completa y sustituye.

2. Solo el cónyuge que no haya dado lugar al divorcio tiene derecho a pedir alimentos.

La sentencia de divorcio en Colombia dará varias calificaciones en lo relativo a culpabilidad:

a) Ambos cónyuges son culpables, pués cada uno incurrió en las causales que autorizan el divorcio, lo que sucederá en virtud de la demanda de reconvención del demandado; en este evento no surge obligación alimenticia alguna.

b) El demandante alegó una de la primeras cinco causales o la séptima del artículo 154 y triunfó frente a un demandado que no instauró demanda de reconvención o si la instauró no la probó; en este caso, el demandante resultó inocente frente al demandado que dió lugar al divorcio.

c) El demandante alega la causal sexta, o alega la causal octava o la causal de separación judicial de cuerpos de

cretada por mutuo consentimiento; también a podido obtenerse el divorcio por la causal novena. En semejante evento 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 a favor del divorciado inocente frente al cualpable. El legislador guardó silencio sobre la existencia o no existencia de la obligación en el caso de que ambos divorciados hayan resultado inocentes (causales 6°, 8° y 9ª), no hay duda de que existe un vacio sensible en la ley, en manera alguna - prohibición que demandante inocente se encuentre exonerado de alimentar al demandado que es también inocente. Semejante vacio debe ser llenado por doctrina teniendo en cuenta los dictados de la equidad y los principios generales del derecho, en el sentido de que el divorciado sin culpa pueda exigor la pensión alimenticia frente al otro que igualmente es inocente. El artículo 61 de la Ley matrimonial Alemana de 1946, dispone que se otorgue alimentos al cónyuge inocente de acuerdo con la equidad.

3. 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, 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 pierda su empleo o se inutiliza para trabajar. En este punto la doctrina colombiana no tiene porque dar a la pensión en estudio carácter alguno - indemnizatorio, sino solo el carácter que se deduce del art. 166 del Código Civil.

En efecto, las obligaciones alimentarias existentes entre parientes (Art. 411 del C.C.) se condicionan simplemente a la existencia de la necesidad del acreedor, la que puede - presentarse en cualquier tiempo. De lo anterior se deduce que la demanda de alimentos puede instaurarse cuando aparezca el estado de necesidad del divorciado.

4. Durante cuanto tiempo el divorcio (culpable o inocente) debe suministrar alimentos al hombre o mujer divorciado sin culpa? Conforme al artículo 422 del C.C. los alimentos se entienden concedidos por toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda.

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

a) Por injuria atroz que comete el acreedor contra el obligado; si la injuria es grave, los alimentos se reducirán a lo extrictamente necesario para la subsistencia del acreedor (Artículo 414 del Código Civil).

B) Por la ¡nsolvenc¡a en que pueda caer el obl¡gado, pués, desaparece la pos¡b¡l¡dad de cumpl¡r la obl¡gac¡ón, y, a lo ¡m_ pos¡ble nad¡e está obl¡gado.

c) Por la desapar¡c¡ón del estado de neces¡dad del acree_ dor, por ejemplo cuando rec¡be una herenc¡a o cons¡gue un tra_ bajo b¡en remunerado, etc.

d) Por el matr¡mon¡o del d¡vorc¡ado acreedor, lo cuál es lóg¡co, por cuanto reaparece de nuevo la obl¡gac¡ón de socorro y mutua ayuda del artículo 176 del C.C. entre el d¡vorc¡ado y su nuevo cónyuge.

5. La cuantía de los al¡mentos se determ¡nan ten¡endo en cuenta las neces¡dades del d¡vorc¡ado ¡nocente y las pos¡b¡l¡_ dades económ¡cas del obl¡gado a prestarlos (Art. 413, 420, C.C).

En general los al¡mentos comprenden el sum¡n¡stro de los med¡os de subs¡stenc¡a del al¡mentar¡o. Entre estos med¡os se encuentran no solo lo relat¡vo a la al¡mentac¡ón propiamente tal, hab¡tac¡ón, vestuar¡o, s¡no espec¡almente el pago de gas_ tos méd¡cos, drogas, cl¡n¡ca, etc.

El juez podrá d¡spomer que se conv¡erta en los ¡ntereses de un cap¡tal la suma de d¡nero que se hayan de pagarse cada mes en forma ant¡c¡pada y para esto hará el efecto de que se - cons¡gne en un Banco, cajas de ahorro u otro establec¡m¡ento análogo, y se rest¡tuya al al¡mentante o a sus herederos lue_

go que cese la obligación. (Artículo 24 Ley 1° de 1976).

La cuantía de alimentos señalados por sentencia podrá ser modificada por el mismo juez, si cambiare las circunstancias que la motivaron. Son válidos los pactos de los cónyuges en los cuales se determinan por mutuo consentimiento la cuantía de la obligación alimentaria. Semejante pacto se encuentra sujetos a revisión judicial si han cambiado las circunstancias que lo motivaron; especialmente en cuanto se refiere a la cuantía (Art. 423 del C.C., párrafo 3° redacción del art. 24 de la Ley 1° del 76). Estos pactos pueden haberse celebrado antes de la demanda de divorcio, durante el proceso o después de dictada la sentencia. Semejantes pactos son nulos si de algún modo hieren las buenas costumbres, como cuando se celebran antes de la demanda de divorcio con la finalidad de facilitarlo.

CAPITULO QUINTO

EL DIVORCIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

A. DIVORCIO DECRETADO EN EL EXTERIOR Y DIVORCIO DE MATRIMONIO CELEBRADO FUERA DEL PAIS.-

Un problema un tanto confuso era el de si en Colomb'a se puede solicitar y decretar el divorcio de matrimonios celebra-

dos en el exterior, como el valor que debía darse al divorcio decretado fuera del país de matrimonios celebrados en Colombia.

La nueva Ley del divorcio resolvió estos problemas mediante los artículos 163 y 164 del C.C. Los matrimonios celebrados en el exterior pueden obtener el divorcio en Colombia, en los casos en que los cónyuges o uno de ellos se domicilie en el país. (Art. 163 del C.C.).

Queda entendido que los jueces colombianos darán aplicación a una causal vigente en el país donde se casaron en el evento de que la Ley colombiana no la contemple, parece que nó, especialmente cuando se alega el divorcio por mutuo consentimiento. Al respecto debe tenerse en cuenta - lo que dispone el Art. 13 del Tratado de Derecho Internacional de Montevideo: "La ley del domicilio matrimonial rige: a) La separación conyugal. b) La disolubilidad del matrimonio, siempre que la causa alegada sea admitida por la Ley del lugar en el cual de celebró el matrimonio.

La Ley del domicilio conyugal es adoptada por el Código Bustamante, el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y por la mayoría de convenciones internacionales como la Convención Nordica y países del Commnon Law. Doctrinariamente es seguida por Lerebours-Pigeonniere, Champoommunal, Audinet, Casación, Fedozzsi, Ago, Pallieri y Balladora.

La mejor de todas es la ley del domicilio conyugal, aceptada por Colombia, al ratificar el tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1889 y por esto la comisión que elaboró el proyecto optó por esta solucion.

Así pués si un colombiano casado por lo civil en Colombia puede divorciarse en el exterior siempre y cuando la causal que invoque en el exterior debe existir en Colombia. La razón fué evitar el fraude a la ley viajando a un país que otorge el divorcio por incopatibilidad de carácteres o aún unilateralmente con lo cuál de nada serviría haber establecido causales muy estrictas para el divorcio en Colombia, si pudiera eludirse en el exterior y proteger normas que son de orden público para que no sean violadas.

TRAMITES QUE HAN DE SEGUIRSE EN
LOS CASOS DE DIVORCIO DE UN
MATRIMONIO CIVIL

El procedimiento está regulado en el título XXII Cap. I, Artículo 414 numeral 2° del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 2& de la Ley 1° de 1976, el cual modifica el Artículo [illegible] del Código [illegible] al tenor de los documentos [illegible] obra.

SEGUNDA PARTE

MODELOS PRACTICOS DE DEMANDA Y TRAMITES QUE HAN DE SEGUIRSE EN LOS CASOS DE DIVORCIO DE UN MATRIMONIO CIVIL

A continuación insertamos el modelo práctico de la demanda de divorcio a que se refieren las disposiciones sustantivas y procedimentales anteriormente determinadas.

M O D E L O

Señor
JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO.....
E. S. D.

.....mayor de edad y de esta vecindad, abogado inscrito, portador de la cédula de ciudadanía número..... expedida en..... y de la T.P. número..... de Ministerio

TRAMITES QUE HAN DE SEGUIRSE EN LOS CASOS DE DIVORCIO DE UN MATRIMONIO CIVIL

El procedimiento está regulado en el título XXII Cap. I, Artículo 414 numeral 2° del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 24 de la Ley 1° de 1976, el cual modifica el Artículo 423 del Código de Procedimiento Civil, y al tenor de los dispuesto en el Artículo 691 de la misma obra.

A continuación insertamos el modelo práctico de la demanda de divorcio a que se refieren las disposiciones sustantivas y procedimentales anteriormente determinadas.

M O D E L O

Señor

JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO.....

E. S. D.

.....mayor de edad y de esta vecindad, abogado inscrito, portador de la cédula de ciudadanía número..... expedida en..... y de la T.P. número..... de Minjus

t¡c¡a, actuando en nombre y representac¡ón de ..... mayor de edad y vec¡na de ..... según el poder adjunto, respetu_ osamente formulo ante su despacho demanda de DIVORCIO del ma_ tr¡mon¡o c¡v¡l contraído por m¡ mandante señora (r) con el señor (ora) qu¡en ¡gualmente es mayor de edad y de esta m¡sma vec¡ndad.

Fundamento este l¡belo en los s¡gu¡entes HECHOS:

1°.- La señora..... contrajo matr¡mon¡o c¡v¡l con el señor..... ante el Juez C¡v¡l Mun¡c¡pal de ..... el día... de .... 19.... como consta del acta extend¡da con arreglo a lo d¡spuesto en el Artículo 137 del Código C¡v¡l.

2°.- De ese matr¡mon¡o se procrearon los n¡ños.... y ... qu¡enes cuentan con edades de ..... años respect¡vamente.

3°.- Los cónyuges..... y ..... no han estado separados de b¡enes n¡ otorgaron cap¡tulac¡ones matr¡mon¡ales razón por la cuál la soc¡edad conyugal formada por su matr¡mon¡o debe l¡_ qu¡darse.

4°.- El señor..... esposo de m¡ mandante por hechos ¡mpu_ tables a él ha dado lugar al d¡vorc¡o que demando. Esos hechos que demuestro con la prueba adjunta (o que comprobaré oportu_ namente) just¡f¡can la presente pretens¡ón, y son los s¡gu¡en_ tes:

a) Las relac¡ones sexuales estramatr¡mon¡ales del señor...

.... (aquí puede el demandante enunciar las modalidades de esta situación ilegal emitiendo por menores que pueden fijarse en la prueba del proceso. Lo importante es afirmar, para demostrar posteriormente, que ese matrimonio de apariencia implica una vida continua entre los concubinos, auque forzosamente no entraña la vida en común. Pero si es necesario que las relaciones del marido con la concubina sean continuas, frecuentes, regulares y notorias.

b) Embriaguez habitual del señor..... (No es necesario expresar en qué consiste esta afirmación. En el término de prueba puede configurarse inequívocamente este hecho con la prueba común.

c) Abandono por parte del demandado..... de sus deberes de marido y de padre. (Dígase en qué consiste esta abandono para su demostración posterior, o por lo menos, desde cuando el marido dejó de cumplir sus deberes. Lo importante es probar que actualmente persiste el abandono.

d) Ultrajes, trato cruel y maltratamiento de obra con los que el señor..... hace imposible la paz y el sosiego domésticos. (Lo mismo que hemos dicho en las observaciones a los anteriores numerales, cabe en la explicación del presente, y las demás causales).

Demostrada cualquiera de las causales determina la proce-

dencia de la pretensión.

5°).- Mi mandante, señora....., es una persona de estado honesto, cuya vida social y privada es de absoluta moralidad. No ha dado, por tanto, causa al divorcio, ni su conducta de esposa y de madre ha podido determinar la del marido, que acuso en los ordinales del hecho inmediatamente anterior.

Tampoco se encuentra en el caso de demencia o cualquier otra desgracia semejante, como lo demuestro con el certificado adjunto expedido por médicos | o por el médico |, señores ..... y ..... (Es conveniente que el actor presente la demostración sumaria de éste hecho, que aunque no influye de una manera necesaria y definitiva en el resultado del litigio, corta defensas a un marido cuya mala conducta, según la ley debe sancionarse con el divorcio.

6°).- La señora..... me ha conferido poder para ejercer esta acción.

7°).- Con las pruebas y documentos adjuntos, demustro los hechos que afirmo en esta demanda.

8°).- La señora no esta embarazada.

Por tanto, acogiéndome a la ley sustantiva que aquí invoco, aplicable a los hechos anteriores, formulo ante Ud. la siguiente:

D E M A N D A:

Por los trámites del proceso abreviado, que deberá sustanciarse con citación y audiencia del señor....., mayor de edad, domiciliado y residente en este municipio, a quien señalo como demandado, sírvase hacer en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

A) Decrétese el divorcio de los cónyuges..... y ..... ambos mayores de edad, domiciliados y residentes en .....pro_ cuyo matrimonio se celebró ante el Juez Civil Municipal de. ...., el día..... de..... de 19..... En consecuencia, queda suspendida la vida en común de los casados.

B) Ejecutoriada esta sentencia, los hijos impúberes... .... y ....., quedarán en poder de la madre o del padre (según lo preceptuado por el art. 27 num. 5 de la Ley 1° del 76).

C) Serán de cargo de los consortes divorciados los gastos necesarios para la alimentación y educación de los hijos comunes, en cuantía y proporción que regule el suscrito juez.

D) Procédase a la liquidación definitiva de la sociedad conyugal existente entre la demandante y el demandado, como en el caso de la disolución del matrimonio a fin de que se entreguen a los cónyuges los bienes gananciales que a cada

uno corresponde.

E) El marido señor....., por haber dado causa al divorcio, continúa con la obligación de contribuir a la congrua y decente sustentación de su mujer divorciada, contribución cuya cuantía y forma de entrega regulará el suscrito juez, atendidas la calidad y circunstancias de los consortes.

F) Ejecutoriada la sentencia sobre divorcio, mande inscribirla en el libro de registro correspondiente.

G) El demandado pagará a la demandante las costas del proceso.

MEDIDAS CAUTELARES

Al admitir esta demanda de divorcio, sírvase señor juez adoptar provisionalmente y mientras dure el proceso, las providencias siguientes:

1°).- Separar de habitación a los cónyuges en todo caso.

2°).- Disponer que mi mandante....., sea depositada en casa de sus padres..... y ....., por excusa de estos en la que usted determine.

3°).- Poner a los hijos comunes..... y ..... al cuidado de mi mandante.

4°).- Señalar la cantidad que el marido demandado señor... ... debe suministrar a su mujer para habitación, alimentos su-

yos y de sus hijos y para expensas de la litis.

5°).- Reconózcame la personería para actuar en este proceso conforme al poder que me ha sido conferido.

DERECHO

Fundamento este libelo en lo que preceptúa la Ley 28 de 1932, Arts. 8° de la Ley 1° de 1976, 167 del C.C. y los incisos 2°, 3°, y 5° de la Ley 8 de 1922 así como los Arts. 26 de de la Ley 1° de 1976 ss. y concordantes del C.P.C.

DOCUMENTOS

Junto con el poder que me ha sido otorgado, presento a Ud. los siguientes documentos:

a) Copia debidamente autorizada del acta de inscripción del matrimonio ante el notario público N°... de este circuito.

b) Copias debidamente autorizadas de las actas de nacimiento de los menores impúberes..... y .....

PROCESO QUE DEBE SEGUIRSE

El abreviado previsto en el Título XXII del Código de Procedimiento Civil.

P R U E B A S

En su oportunidad procesal, ruego al señor Juez decretar, practicar y tener a favor de mi mandante las siguientes:

a) Testimonio de los señores..... y mayores de edad y de esta vecindad, residentes en..... y .... respectivamente.

b) Pericial (En caso de malos tratamientos de obra como consecuencia de los cuales se hayan producido lesiones a la integridad personal de alguno de los cónyuges, podrá pedirse el dictamen de médicos autorizados o de peritos idóneos).

c) Documental (Si hubiere antecedido a la demanda de divorcio alguna sobre prestación de alimentos, podrá pedirse del Juez respectivo las constancias o certificaciones sobre el resultado del proceso). Las demás pruebas que Ud. considere necesarias decretar oficiosamente.

A N E X O S:

Allego copia de la demanda en papel competente para el archivo del juzgado y copia de ella y de sus anexos para el traslado al demandado.

C O M P E T E N C I A:

Por la naturaleza del proceso y del domicilio del deman-

dado es Ud. el funcionario competente para conocer de esta acción.

NOTIFICACIONES:

Las recibiré en la secretaría de su despacho o en mi oficina de abogado situada en..... de esta ciudad.

Mi mandante en .....

El demandado en .....

Del Señor Juez,

(Fdo.)

SEPARACION DE BIENES

El divorcio establece la separación de cuerpos y también la separación de bienes, adquiridos durante el matrimonio. El legislador tuvo muy en cuenta esta premisa material para evitar futuros litigios entre quienes han declarado no poder vivir en compañía por diferentes causas.

Para una mejor ilustración de cómo se hace la solicitud de la separación de bienes, incluímos los siguiente modelos:

MODELO DE LA DEMANDA

Señor
Juez Civil del Circuito (Reparto)
E. S. D.

..... mayor de edad, vecino de....., abogado inscrito, portador de la cédula de ciudadanía número..... expedida en ..... y T.P. N°..... de Minjusticia, en ejercicio del poder que me ha conferido la señora..... casada, mayor de edad, domiciliada y residente en..... respetuosamente acudo ante su autoridad con el fin de que previos los trámites del proceso abreviado y con citación y audiencia del señor..... mayor de edad, domiciliado y residente en ..... a quién señalo como demandado se sirva decretar en sentencia definitiva LA SEPARACION TOTAL DE BIENES pertenecientes a la sociedad conyugal ilíquida constituida por el matrimonio de mi mandante con el demandado, la disolución y consiguiente liquidación de esa misma sociedad.

2°) Sírvase igualmente disponer que previo el inventario de bienes y su tasación pericial, se entreguen a cada uno de los cónyuges los bienes que les correspondan o pueden corresponder observándose para la división de los gananciales las reglas establecidas para la sucesión por causa de muerte que determinan los Arts. 601 ss. y concordantes del Código de Procedimiento Civil.

3°) En firme la sentencia que decrete la separación, dígnese disponer el envío de copia autorizada de aquella al Señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados ante quién se halla inscrita la partida de matrimonio de los cónyuges para que en el folio respectivo inscriba la citada sentencia.

4°) En la misma sentencia, el Señor Juez ordenará que una vez ejecutoriada se proceda a los trámites indispensables para la liquidación de la sociedad conyugal disuelta, a continuación y en el mismo proceso

5°) Condenar en costas al demandado.

H E C H O S:

1°.- ..... y ..... contrajeron matrimonio el día ..... de..... de 19..... en .....

2°.- En el citado matrimonio fueron procreados los siguientes hijos (aquí la relación de ellos).

3°.- Durante la vigencia del matrimonio, los cónyuges adquirieron los siguientes bienes; (Relacionar la totalidad de los bienes que se hayan adquirido durante el matrimonio).

4°.- El señor..... esposo de mi mandante por hechos imputables a él ha incurrido en actos constitutivos de causales

de separación consistentes en (Concretar aquí los cargos).

5°).- La separación total de bienes que persigue mi mandante tiene como efecto principal la disolución de la sociedad conyugal que mi mandante constituyó con su marido señor.....de conformidad con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 1° de 1976 el cual modifica el artículo 1820 del C.C.

6°).- La disolución de la sociedad impone de inmediato su liquidación, previa la confección de inventarios y deudas, y su tasación pericial de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1821/23, ss. y concordantes del Código Civil.

7°).- Para la liquidación de la sociedad conyugal que demando debe procederse como lo indican los numerales 3° y ss. del Art. 625 del C.P.C. La actuación que esa liquidación impone se surtirá a continuación del proceso que se inicia con esta demanda sin necesidad de formular petición separada.

8°).- Simultáneamente con esta demanda, en cuaderno separado estoy solicitando la práctica de medidas cautelares.

DERECHO

Fundamento este libelo en lo que disponen los Arts. 4°, 6°, 7°, de la Ley 1° de 1976, que vino a modificar los Arts. 154, 156, y 157 del C.P.C., 202 ss. y concordantes del C.P.C. Arts. 75, 85. Art. 26 de la Ley 1° de 1976 (414), 422, 513 del

Código de Procedimiento Civil.

COMPETENCIA Y CUANTIA:

Por la naturaleza de la acción, vecindad de las partes y cuantía de la demanda es Ud. el funcionario competente para conocer de la misma.

DOCUMENTOS Y PRUEBAS:

Allego al libelo los siguientes documentos:

1°).- Partidas de matrimonio de los cónyuges y de los hijos procreados por el mismo.

2°).- Declaraciones rendidas por los señores..... y... con los cuales acredito la existencia de las causales de separación demandada. En oportunidad procesal el Señor Juez se dignará decretar la ratificación de esos testimonios para que surtan sus efectos dentro del juicio.

3°).- El poder a mí conferido.

4°).- La demanda original con copia de la misma para el archivo del Juzgado y en escrito separado solicitud de medidas cautelares.

NOTIFICACIONES

Las recibiré personalmente en la secretaría de su despa-

cho o en mi oficina de abogado situada en.....

Mismandante en .....

El demandado en .....

Señor Del señor juez,
Juez Civil del Circuito (Reparto)

E. S. D.

.....
C.C. Nº expedida en...
T.P. Nº.....de Minjusticia.

..... mayor de [illegible] inserto
portador de la cédula de ciudadanía número..... expedida en
..... y T.P. Nº..... de Minjusticia, actuando a
nombre y representación de la señora..... mayor de edad y
de esta vecindad, comedidamente manifiesto al Señor Juez que
en esta misma fecha, estoy iniciando ante su despacho demanda
de separación de los bienes de la sociedad conyugal formada -
por mi mandante y el señor.....

Consecuencialmente, dígnese decretar las siguientes medi-
das cautelares:

El embargo y secuestre de los bienes que puedan ser obje-
to de gananciales de la sociedad conyugal formada entre matri-
monio de la señora..... con el señor..... y que se hallen
en cabeza del demandado (Aquí la relación de todos ellos).

Dígnese igualmente disponer que las medidas pre ventivas

UNIVERSIDAD DE NARIÑO

SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES EN LA SEPARACION DE BIENES

Señor

Juez Civil del Circuito (Reparto)

E. S. D.

..... mayor de edad, vecino de ....., abogado inscrito portador de la cédula de ciudadanía número..... expedida en ..... y T.P. N°..... de Minjusticia, actuando a nombre y representación de la señora..... mayor de edad y de esta vecindad, comedidamente manifiesto al Señor Juez que en esta misma fecha, estoy incoando ante su despacho demanda de separación de los bienes de la sociedad conyugal formada - por mi mandante y el señor.....

Consecuencialmente, dígnase decretar las siguientes medidas cautelares:

El embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales de la sociedad conyugal formada por el matrimonio de la señora..... con el señor..... y que se hallan en cabeza del demandado (Aquí la relación de todos ellos).

Dígnase igualmente disponer que las medidas preventivas

sol¡c¡tadas surtan efectos no solamente durante el trám¡te del proceso de separac¡ón s¡no tamb¡én durante el de la l¡qu¡dac¡ón de la soc¡edad conyugal que necesar¡amente y con poster¡r¡dad deberá sobreven¡r.

Del señor juez,

.....

C.C. N°.....

T.P. N°.....de M¡njust¡cia

C O N C L U S I O N E S

Así el divorcio, ni ante la historia, ni la sociología no es una novedad, pués su acción es tan antigua como la misma humanidad. Vemos como la consignaron en sus Códigos: Moisés, entre los Hebreos, XV siglos antes de la era cristiana, Hanmurabi, en época más lejana todavía. A través de la Historia en todos los tiempos se encuentra su huella, se advierte su presencia.

El progreso del derecho moderno, en cuanto al matrimonio y al divorcio se refiere, ha consistido en hacer la diferencia que de manera absoluta se hizo desde los primeros siglos del cristianismo entre el dominio del derecho laico, el único legalmente obligatorio para todos los ciudadanos, y el de la reglamentación confesional cuya observancia es asunto exclusivo de la conciencia de cada cual.

Así el matrimonio debe ser regulado exclusivamente por el Estado pués a éste interesa e influye en todos los estamentos del mismo.

Al país no le ha sido fácil llegar al divorcio vincular, ha sido necesario muchos lustros, ya en 1853 se estatuyó como únicamente válido entre nosotros el matrimonio civil, fué un -

no vale, que no el mismo Estado le interezca su regulación?. Es indiferencia del Estado no regular la situación de una pareja casada por el rito católico, cuando aparecen las circunstancias que hacen imposible la paz y el sosiego domésticos, continuen en una convivencia que va a afectar a los esposos, y a lo que es peor va influir en la educación de los hijos. Ahora que sea la Iglesia la que regule una situación que forma parte de las libertades individuales, consagradas en el derecho privado.

Desde cualquier parte de la tierra en donde afirmemos nuestra existencia, el hombre tiende, por naturaleza a no someterse de por vida, al cumplimiento de obligaciones que tienden a limitar en una y otra forma, el derecho absoluto de su libertad y que es consagrada por la mayoria de las legislaciones.

Hoy la Institución del Divorcio en todas las latitudes del globo se ajusta al concepto medio de moralidad reinante. Para ajustar, la legislación colombiana a las pautas universales, de la universal moral contemporánea, es preciso y urgente que se dé carta de nacionalidad al divorcio en el matrimonio celebrado por el rito católico. Si Italsa que es un país eminentemente católico, por Ley del 19 de Mayo de 1974, la nación italeana ratificó plebiscitariamente la ley de divorcio por una proporción de cincuenta y nueve por ciento en su

contra. El Estado Colombiano no debe permitir que influencias extrañas incidan en la creación de sus normas, pués el país posee el suficiente material humano para crear las leyes que sean necesarias para sus habitantes.

"El divorcio - dice JOSSERAND - es una institución prácticamente necesaria. Cuando desaparece como institución reaparece obliguamante en una forma más o menos disfrazada y bajo otro nombre. El dogma de la indisolubilidad necesita de una válvula de seguridad, so pena de hacer saltar la propia institución que pretende proteger". PLANIOL, agrega a su vez: "La unión del hombre y la mujer que debiera ser causa de orden y de paz y de una garantía de moralidad, en ocasiones no llena estos fines. La vida conyugal se rompe, se hace imposible y viene hacer una causa permanente de escándalo. Es entonces cuando el Estado debe intervenir".

El Estado debe intervenir, en virtud del divorcio, que las personas, sujetos del matrimonio subsanen el error y reagan su vida. Así como bien lo expone el Dr. José Joaquin Caicedo Castillo: "Sucede que graves disentimientos, injurias imperdonables, agravios cotidianos, son obstáculos insalvables para el Consortium vitae que implica el matrimonio: entonces la terapeutica es impotente para acabar el mal y es preciso - coartar por lo visto no solo el interés de los esposos sino también en el de la institución misma y en el de la sociedad".

Con base en lo anterior consideramos como causas de divorcio no contempladas claramente por la Ley 1° de 1976:

a) Atentado contra la vida del otro cónyuge.

b) Inseminación artificial heteróloga sin el consentimiento del marido.

c) La celebración de un segundo matrimonio, ya que la presunción consagrada en la parte final de la causal primera de la Ley 1° de 1976 es susceptible de desvirtuarse, si se prueba que el matrimonio no se consumó, con lo cual desaparecería la presunción y con ésta la causal; la nueva causal hubiera podido quedar consagrada así: "La celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges cualquiera que sea su forma y eficacia".

d) La causal novena cumple los mismos fines que el legislador quiso encomendarle, pero no compartimos la exclusión que hizo el legislador en cuanto al delito político como elemento para esta causal. Con una redacción más sencilla e inequívoca como sería: "condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años" (e inclusive reduciendo este término a dos).

e) En cuanto a la causal octava de la Ley 1° de 1976 consideramos necesario: que una vez obtenida la sentencia judicial de separación y transcurridos los dos años, se conceda el divor-

cio en caso de solicitarse. Y que no sea causal de divorcio la separación por mutuo consenso porque con este criterio se desvirtúa el carácter taxativo que el legislador quiso consagrar para obtenerlo.

f) Los alimentos a cargo del cónyuge culapable y a favor del inocente, que ordena el artículo 23 de la Ley 1° de 1976, deberán cesar cuando el beneficiario contraiga nuevas nupcias o incurra en mala conducta.

g) Por último, una consecuencia importante de la Ley 1° de 1976 fue la de crear el estado civil del divorciado. Desde este punto de vista formal la Ley 1° de 1976 es un acierto de nuestro legislador porque fue redactada bajo la forma de la subrogación, con lo cual no se pierde la integración del Código Civil, permitiendo además que las normas jurídicas gocen de una mayor claridad.

APENDICE

LEY 1° DE 1976

"por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regula la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, y se modifican algunas disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, en materia de familia".

Artículo 1° El artículo 152 del Código Civil quedará así:

Artículo 152. El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado.

Artículo 2° El Título VII del Libro Primero del Código Civil se denominará así:

"Del divorcio y la separación de cuerpos, sus causas y efectos".

Artículo 3° El artículo 153 del Código Civil queda derogado.

Artículo 4° El artículo 154 del Código Civil quedará así:

Artículo 154. Son causas de divorcio:

1° Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, fa-

c¡l¡tado o perdonado.

Se presumen las relac¡ones sexuales extramatr¡mon¡ales por la celebrac¡ón de un nuevo matr¡mon¡o, por uno de los cón_ yuges, cualqu¡era que sea su forma y ef¡cac¡a.

2° El grave e ¡just¡f¡cado ¡ncumpl¡m¡ento por parte de alguno de los cónyuges de sus deberes de mar¡do o de padre y de esposa o de madre.

3° Los ultrajes, el trato cruel y los maltratam¡entos de obra, s¡ con ello pel¡gra la salud, la ¡ntegr¡dad corporal o la v¡da de uno de los cónyuges, o de sus descend¡entes, o se hacen ¡mpos¡bles la paz y el sos¡ego domést¡cos.

4° La embr¡aguez hab¡tual de uno de los cónyuges.

5° El uso hab¡tual y compuls¡vo de sustanc¡as aluc¡nóge_ nas o estupefac¡entes, salvo prescr¡pc¡ón méd¡ca.

6° Toda enfermedad o anormal¡dad grave e ¡ncurable, f¡s¡_ ca o s¡qu¡ca de uno de los cónyuges, que ponga en pel¡gro la salud moral o f¡s¡ca del otro cónyuge e ¡mpos¡b¡l¡te la comu_ n¡dad matr¡mon¡al.

7° Toda conducta de uno de los cónyuges tend¡ente a co_ rromper o pervert¡r al otro, o a un descend¡ente, o a personas que estén a su cu¡dado y conv¡van bajo el m¡smo techo.

8° La separac¡ón de cuerpos decretada jud¡c¡almante que

que perdure más de dos años, y

9° La condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años, por delito común, de uno de los cónyuges, que el juez que conozca del divorcio califique como atroz o infamante.

Artículo 5° El artículo 155 del Código Civil quedará así: Artículo 155. El juez sólo decretará el divorcio cuando los hechos constitutivos de la causal probada hayan producido un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento de la unidad de vida de los casados.

Sin perjuicio de la separación de cuerpos solicitada en forma subsidiaria, podrá el juez negar el divorcio, si lo considera moralmente no justificado, en mención al interés de los hijos menores, a la antiguedad del matrimonio y a la edad de los cónyuges.

Con todo, una vez hayan cesado las anteriores circunstancias de no justificación moral de la pretensión de divorcio, establecidas en consideración a los hijos, podrá decretarse el divorcio, aún por los mismos hechos alegados inicialmente.

Artículo 6° El artículo 156 del Código Civil quedará así: Artículo 156. El divorcio solo podrá ser demandado por el

cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causas 1° y 7°, o desde cuando se sucedieron, en tratándose de las causas 2°, 3°, 4°, y 5°. En todo caso, las causas 1° y 7°, sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia.

Las causas de divorcio no podrán probarse con la sola confesión de los cónyuges.

Artículo 7° El artículo 157 del Código Civil quedará así:

Artículo 157 En el juicio de divorcio son partes únicamente los cónyuges, pero, si éstos fueren menores de edad, podrán también intervenir sus padres. El Ministerio Público será oído siempre en interés de los hijos.

Artículo 8° El Artículo 158 del Código Civil quedará así:

Artículo 158. En cualquier momento a partir de la presentación de la demanda podrá el juez, a petición de cualquiera de las partes, decretar las medidas cautelares por la ley sobre bienes que pueden ser objeto de gananciales y que se encuentren en cabeza del otro cónyuge.

Artículo 9° El Artículo 159 del Código Civil quedará así:

Artículo 159. La muerte de uno de los cónyuges o la reconciliación ocurridas durante el proceso, ponen fin a éste. El divorcio podrá demandarse nuevamente por causa sobreviniente a

la reconciliación.

Artículo 10 El artículo 160 del Código Civil quedará así:

Artículo 160. Ejecutoriada la sentencia en que se decretó el divorcio quedan disueltos el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, pero subsisten los derechos y deberes de los divorciados respecto de los hijos comunes y, según el caso, los derechos y deberes alimentarios de los cónyuges entre sí, de acuerdo con las reglas establecidas en el Título XXI del Libro I del Código Civil.

Artículo 11 El Artículo 161 del Código Civil quedará así:

Artículo 161. Sin perjuicio de lo que se disponga el juez en la sentencia respecto de la custodia y ejercicio de la patria potestad , los efectos del divorcio en cuanto a los hijos comunes de los divorciados se reglarán por las disposiciones contenidas en los Títulos XII y XIV del Libro I del Código Civil.

Artículo 12 El Artículo 162 del Código Civil quedará así:

Artículo 162. En los casos de las causales 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 7° del artículo 154 de este Código, el cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que por causa del matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable, sin que éste pueda invocar derechos o concesiones estipuladas exclusivamente en su favor en capitulaciones matrimoniales.

Parágrafo. Ninguno de los divorciados tendrá derecho a invocar la calidad de cónyuge sobreviviente para heredar abintestato en la sucesión del otro, ni a reclamar porción conyugal.

Artículo 13. El Artículo 163 del Código Civil quedará así; Artículo 163. El divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero se regirá por la ley del domicilio conyugal. Para estos efectos entiéndese por domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consuno, y en su defecto, se reputa como tal el del cónyuge demandado.

Artículo 14. El Artículo 164 del Código Civil quedará así: Artículo 164. El divorcio decretado en el exterior, respecto del matrimonio civil celebrado en Colombia, se regirá por la ley del domicilio conyugal y no producirá los efectos de disolución, sino a condición de que la causal respectiva sea admitida por la ley colombiana y de que el demandado haya sido notificado personalmente o emplazado según la ley del domicilio. Con todo, cumpliendo los requisitos de notificación y emplazamiento, podrá surtir los efectos de la separación de cuerpos.

Artículo 15. Procedido de un cuarto parágrafo intitulado "de la separación de cuerpos" el artículo 165 del Código Civil quedará así:

Parágrafo 4° De la separación de cuerpos.

Artículo 165. Hay lugar a la separación de cuerpos en los siguientes casos:

1° En los contemplados en el artículo 154 de este Código, y 2° Por mutuo consentimiento de los cónyuges manifestando ante el juez competente.

Artículo 16. El Artículo 166 del Código Civil quedará así: Artículo 166. El juez para decretar la separación de cuerpos no estará sujeto a las restricciones del artículo 155 de este Código.

Los cónyuges al expresar su mutuo consentimiento en la separación indicarán el estado en que queda la sociedad conyugal y si la separación es indefinida o temporal, y en este caso la duración de la misma, que no puede exceder de un año. Expirado el término de la separación temporal se presumirá que ha habido reconciliación, pero los casados podrán declarar ante el juez que la tornan definitiva o que amplian su vigencia.

Para que la separación de cuerpos pueda ser decretada por mutuo consenso de los cónyuges, es necesario que éstos la soliciten por escrito al juez competente, determinando en la demanda la manera como atenderán en adelante el cuidado personal de los hijos comunes, la proporción en que contribuirán a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos y, si fuere el caso, al sostenimiento de cada cónyuge. En cuanto a los gastos de crianza, educación y establecimpnto de los hijos

gomunes, responderán solidariamente ante terceros, y entre sí en la forma acordada por ellos.

El juez podrá objetar el acuerdo de los cónyuges en interés de los hijos, previo concepto del Ministerio Público.

Artículo 17. El artículo 176 del Código Civil quedará así:

Artículo 176. La separación de cuerpos no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida en común de los casados.

La separación de cuerpos disuelve la sociedad conyugal salvo que, fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su deseo de mantenerla vigente.

Artículo 18. El artículo 168 del Código Civil quedará así: Artículo 168. Son aplicables a la separación de cuerpos las normas que regulan el divorcio en cuanto no fueren incompatibles con ella.

Artículo 19. El artículo 198 del Código civil quedará así: Artículo 198. Ninguno de los cónyuges podrá renunciar en las capitualaciones matrimoniales o fuera de ellas la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes.

Artículo 20. El artículo 199 del Código Civil quedará así: Artículo 199. Para que el cónyuge incapaz pueda pedir la separación de bienes deberá designársele un curador especial.

Artículo 21. El artículo 200 del Código Civil quedará así: Artículo 200. Cualquiera de los cónyuges podrá demandar la separación de bienes en los siguientes casos:

1º Por las mismas causas que autorizan la separación de cuerpos, y

2º Por haber incurrido el otro cónyuge en cesación de pagos, quiebra, oferta de cesación de bienes, insolvencia o concurso de acreedores, disipación o juego habitual, administración fraudulenta o notoriamente descuidada de su patrimonio en forma que menoscabe gravemente los intereses del demandante en la sociedad conyugal.

Artículo 22. El artículo 237 del Código Civil quedará así: Artículo 237. El matrimonio posterior legitima ipso yure a los hijos concebidos antes y nacidos en él. El marido, con todo, podrá reclamar contra la legitimidad del hijo que nace antes de expirar los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, si prueba que estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la madre, durante todo el tiempo en que pudo presumirse la concepción según las reglas legales.

Pero aún sin esta prueba podrá reclamar contra la legitimidad del hijo, si no tuvo conocimiento de la preñez al tiempo de casarse, y por actos positivos no han manifestado reconocer al hijo después de nacido.

Para que valga la reclamación por parte del marido será necesario que se haga en el plazo y forma que se expresan en el capítulo precedente.

Artículo 23. El numeral 4° del artículo 411 del Código Civil quedará así:

Artículo 411. Se deben alimentos:

4° A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin culpa.

Artículo 24. El artículo 423 del Código Civil quedará así: Artículo 423. El juez reglará la forma y cuantía en que hayan de prestarse los alimentos, y podrá disponer que convertan en los intereses de un capital que se consigne a este efecto en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo, y se restituya al alimentante o a sus herederos luego que cese la obligación.

Igualmente, el juez podrá ordenar que el cónyuge obligado a suministrar alimentos al otro, en razón de divorcio o de separación de cuerpos, preste garantía personal o real para asegurar su cumplimiento en el futuro.

Son válidos los pactos de los cónyuges en los cuales, conforme a la ley, se determine por mutuo acuerdo la cuantía de las obligaciones económicas; pero a solicitud de parte podrá ser modificada por el mismo juez, si cambiaren las circunstancias que la motivaron previos los trámites establecidos en el

en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil.

En el mismo evento y por el mismo procedimiento podrá cualquiera de los cónyuges solicitar la revisión judicial de la cuantía de las obligaciones fijadas en la sentencia.

Artículo 25. El artículo 1820 del Código Civil quedará así: Artículo 1820. La sociedad conyugal se disuelve:

1° Por la disolución del matrimonio

2° Por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo corporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla.

3° Por la sentencia de separación de bienes.

4° Por la declaración de nulidad de matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este Código. En este evento no se forma sociedad conyugal.

5° Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevando a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación.

No obstante, los cónyuges responderán solidariamente ante los acreedores con título anterior al registro de la escritura de disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Para ser oponible a terceros, la escritura en mención deberá registrarse conforme a la ley.

Lo dispuesto en este numeral es aplicable a la sociedad conyugal disuelta por divorcio o separación de cuerpos judicialmente decretados.

Artículo 26. El numeral 2° del artículo 414 del Código Civil de Procedimiento quedará así:

Artículo 414. Asuntos sujetos a su trámite. Se tramitarán y decidirán en proceso abreviado los siguiente asuntos, cualquiera que sea su cuantía:

2° Divorcio del matrimonio civil y separación judicial de cuerpos de los matrimonios civil y canónico, salvo cuando ésta se solicite por mutuo acuerdo de las partes.

Artículo 27. El artículo 423 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

Artículo 423. En el proceso de divorcio se observarán las siguientes reglas:

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

a) Autorizar la residencia separada de los cónyuges; y si éstos fueren menores no habilitados de edad, disponer el depósito en casa de sus padres o de sus parientes más próximos o en la de un tercero cuando el juez lo considere conveniente.

b) Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de uno y otro, o de un tercero, según lo crea más conveni-

ente para su protección.

c) Señalar la cantidad con que cada cónyuge debe contribuir, según sus facultades, para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y para la educación de éstos.

d) Decretar, en caso de que la mujer esté embarazada las medidas previstas por la ley para evitar suposición de parto, si el marido lo solicitare, y

e) Decretar a petición de parte, las medidas cautelares autorizadas en el ordinal 1° 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 tuviere derecho si fuere el caso.

2° En lo pertinente se aplicará lo dispuesto en el art. 410 del Código de Procedimiento Civil, pero si el juez considera conveniente, deberá oír también a los hijos.

3° Contestada la demanda de divorcio y la reconvención, en su caso, ordenará el juez la citación de ambos cónyuges para que concurran personalmente a una audiencia de conciliación.

Si alguno de los cónyuges no concurriere o fracasare la conciliación, el juez citará para una segunda audiencia, la cual tendrá lugar no antes de dos meses ni después de tres de la fecha señalada para la primera.

Si tampoco en la segunda audiencia se lograre la conci_
liación, el juez ordenará continuar el proceso.

4° Para que el juez declare terminado el proceso por re_
conciliación es necesaria solicitud expresa y por escrito de
ambos cónyuges, que será presentada personalmente por éstos.

5° El juez en la sentencia que decrete el divorcio decl_
dirá:

a) Poner los hijos menores al cuidado de uno de los cón_
yuges no emancipados, en todos los casos en que la causa pro_
bada de divorcio.

b) A quien corresponda la patria potestad sobre los hijos
no emancipados, en todos los casos en que la causa probada del
divorcio determine suspensión o pérdida de la misma, o si los
hijos deben quedar bajo guarda.

c) La proporción en que los cónyuges deben contribuir a
los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hi_
jos comunes, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos 2°
y 3° del artículo 257 del Código Civil, y

d) Si fuere el caso, el monto de la pensión alimentaria
que uno de los cónyuges deba al otro.

6° Copia de la sentencia que decrete el divorcio se envi_
ará al respectivo funcionario del estado civil para su inscrip_
ción en el folio del matrimonio y en el de nacimiento de cada

uno de los cónyuges.

Parágrafo 1° A los procesos de separación de cuerpos de matrimonios civiles y canónicos, en lo que fuere pertinente, se aplicarán las normas del presente artículo.

Parágrafo 2° En caso de reconciliación de los cónyuges después de ejecutoriada la sentencia de separación, a solicitud de ambos, el juez de plano dictará sentencia que ponga fin a aquélla.

Parágrafo 3° Si se trata de matrimonio católico, se aplicará lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 9° del Concordato. En este caso, el Tribunal que conozca del proceso ofiçiará al ordinario respectivo para los fines de la acción conciliatoria y pastoral prevista en el Concordato.

Parágrafo 4° El juez en ningún caso podrá decretar el divorcio dentro de un proceso iniciado para obtener la separación de cuerpos, pero podrá decretar la separación de cuerpos si ésta se solicita subsidiariamente en un proceso iniciado para obtener el divorcio.

Artículo 28. El artículo 442 del Código de Procedimiento Civil quedará adicionado con un numeral, 16 en el orden, del siguiente tenor:

Artículo 442. Procedencia. Se tramitarán en proceso verbal los siguientes asuntos cualquiera que sea su cuantía:

Numeral 16. La separación de cuerpos fundada en el mutuo consenso de los cónyuges. En estos procesos se dará cumplimiento a las normas consagradas en los incisos 2°, 3°, y 4° del artículo 166 del Código Civil.

Artículo 29. La presente ley se aplicará, en cuanto al divorcio, a los matrimonios civiles, y en cuanto a la separación de cuerpos y la separación de bienes, a los matrimonios civiles y católicos, tanto los que se celebren con posterioridad a su vigencia, como a los celebrados con anterioridad a ella.

Artículo 30. Los matrimonios católicos celebrados con dispensa basada en los privilegios de la fe no surtirán efectos civiles mientras no medie el estado de libertad civil de los contrayentes. El respectivo tribunal superior del distrito judicial, una vez comprobado el estado de libertad de los cónyuges, ordenará la inscripción del matrimonio canónico en el registro del estado civil, con el fin de que surta plenos efectos.

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

Dada en Bogotá, D.E., a los quince días del mes de diciembre de mil novecientos setenta y cinco.

BIBLIOGRAFIA

1. DEVIS ECHANDIA HERNANDO: Teoría gral. de la prueba judi_cial. Ed. Víctor P. de Zavala. Buenos Aires, Argentina. 1970.

Aspectos sustanciales y procesales de la Ley 1° de 1976. Trabajo pre_sentado a la Academia Colombiana de Jurisprudencia. 1976.

Compendio de derecho procesal. Tomo 3 Editorial Eneuro. 1977

Derecho Colombiano 1976.

2. VALENCIA ARTURO ZEA: Derecho de familia Ed. Temis Bogotá 1979.

3. SUAREZ FRANCO ROBERTO: Derecho de familia. Ed. Temis Bogotá 1979.

4. ARIAS JOSE : Derecho de familia. Ed. Kraff Buenos Aires 1951.

5. BELLO LOZANO HUMBERTO : Legitimidad del contrato de matri_monio. Prontuario jurídico 1959.

6. BRICEÑO C. ILDEMARO : Temas de derecho de familia y su_cesiones. Caracas 1965.

7. CAREAGA VILALLONGA I. : La ruptura conyugal. Instituto de estudios políticos Madrid 1971.

8. DE RUGGIERO ROBERTO: Instituciones de derecho civil, Madrid Instituto Reus 1951.

9. ENNECERUS, KEEP WOLF: Derecho de familia, Tomo IV Ed. Bo_sch Ungelsibis. Barcelona 1953.

10. GALLON GIRALDO CARLOS: Divorcio, familia y matrimonio Ed. Vemus Bogotá 1974.

11. GATTI HUGO E. : La disolución del vínculo matrimonial Centro estudios de derecho. Montevideo 1967.

12. LOZANO PEDRO PABLO: El divorcio, su tradición legisla_ tiva. Tomos I y II. Bogotá Imprenta Nal. 1938.

13. PEREA PLANAS NEIRO: Causas de divorcio. Ed. Magón Caracas 1972.

14. SANTOFIMIO BOTERO ALBERTO: La justicia .Imprenta Nacional 1975.

15. VELEZ FERNANDO: Derecho colombiano historia. París Imp. París América 1953.

ANALES DEL CONGRESO

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE PASTO

BECERRA BECERRA GREGORIO: Ponencia para primer debate sobre el proyecto de ley número 58 de 1975. "Por la cuál se establece el divorcio del matrimonio civil, se regula la separación de cuerpos y se dictan otras disposiciones".

GOMEZ ESTRADA, MONROY CABRA, HOLGUIN HOLGUIN, GIRALDO Z, TA_ PIAS ROCHA, GALLON GIRALDO: Informe al señor Ministro de jus_ ticia sobre el pliego de modificaciones presentado a la consi_ deración del Senado por el Dr. Gregorio Becerra al proyecto de ley número 58 de 1975 Bogotá, octubre de 1975.

HOYOS ARANGO SAMUEL: Proyecto de ley número 58 de 1975

ORTEGA TORRES JORGE: Código Civil Colombiano Bogotá Ed. Temis 1969.

DICCIONARIO DE LA LENGUANESPAÑOLA. Ed. Espasa Calpe, S.A. Madrid.

DICCIONARIO LAROUSSE UNIVERSAL: Ed. Laurousse. Buenos Aires 1958.

AN 17463
T
D346.2861 Muñoz Ricaurte, Ernesto
M967
Ej.1. El divorcio en Colombia

	VENCE
NOMBRE Cruz.	
No. del Carnet	
NOMBRE Olga de Solano	V-15-85
No. del Carnet	
NOMBRE EFRAIN BARBANO	
No. del Carnet	

AN
T
D346.2 861
M967
Ej.1.

17463