

T.-D  
101

1

REPUBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y

CIENCIAS POLITICAS



1979

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE DOCTOR

EN DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

PRESENTADA POR:

MARGARITA ROSA JIMENEZ NAJERA



SCIB  
00018720

TITULO:

" MATRIMONIO Y DIVORCIO EN COLOMBIA "

CARTAGENA, JUNIO DE 1979

3

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**RECTOR:**

**DOCTOR LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL**

**DECANO:**

**DOCTOR JAIME GOMEZ O'BYRNE**

**SECRETARIO:**

**DOCTOR PEDRO MACIA HERNANDEZ**

**PRESIDENTE DE TESIS:**

**DOCTOR RAFAEL H. DE LAVALLE**

**EXAMINADORES:**

**DOCTOR ANIBAL PEREZ CHAIN**

**DOCTOR ALCIDES MORALES ACACIO**



**CARTAGENA, JUNIO 1979**

**DEDICATORIA:**

**A la memoria de mi padre, quien, desde la diestra de Dios esté compartiendo este triunfo, el cual fue uno de sus más grandes anhelos.**

**A mi madre, quien supo dar la cara al destino y se sacrificó por ver realizada la meta que me propuse.**

**A mis hermanos, fieles, constantes y eternos colaboradores en la consecución de mis ideales.**





## REGLAMENTO

**" LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LOS CON-  
CEPTOS EN ESTA TESIS, TALES CONCEPTOS SON CON-  
SIDERADOS COMO PROPIOS DE SUS AUTORES."**

**(Art. 83 del Reglt.)**



# INTRODUCCION

"El matrimonio es un contrato solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente".

A pesar de ser esta institucion tan antigua como la familia, son escasos los textos que sobre ella tratan, tal vez por ser el derecho de familia una materia que desde hace muy poco tiempo se estudia en forma autonoma en nuestras universidades.

A lo largo de este trabajo hago en primer lugar un recuento historico, despues me refiero a la institucion propiamente dicha, mencionando caracteristicas, requisitos y efectos.

Llegare finalmente a un analisis detallado de la ley la. de 1976, la cual ha marcado la pauta sobre la institucion del divorcio en nuestro pais, en virtud de la cual se disuelve el matrimonio civil validamente celebrado.

Al escribir esta modesta tesis, no lo hago con el fin de rentar catedra, debido a que para ello seria necesario varios años de experiencia y estudio. Solo tratare de exponer algunos puntos de vista sobre estos temas, tan importantes para la familia colombiana.

## INDICE GENERAL

### PRIMERA PARTE

#### EL MATRIMONIO

##### CAPITULO I

###### GENERALIDADES

- 1) RESEÑA HISTORICA DEL MATRIMONIO EN COLOMBIA
- 2) NATURALEZA Y CONCEPTO DEL MATRIMONIO
- 3) LOS ESPONSALES O PROMESA DE MATRIMONIO

##### CAPITULO II

###### EL MATRIMONIO Y SUS CLASES EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

- 1) EL MATRIMONIO CATOLICO
- 2) EL MATRIMONIO CIVIL
- 3) OTRAS MODALIDADES DEL MATRIMONIO
  - a) Matrimonio Consumado
  - b) Matrimonio de Conciencia
  - c) Matrimonio Ilegal
  - d) Matrimonio per Foder
  - e) Matrimonio in articulo Mortis, o in Extremis
  - f) Matrimonio Putativo

##### CAPITULO III

###### CARACTERISTICAS DEL MATRIMONIO

- 1) EL MATRIMONIO CONTRATO
- 2) EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION JURIDICA

**3) EL MATRIMONIO INSTITUCION SACRAMENTAL****CAPITULO IV****REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO****1) REQUISITOS GENERALES**

- a) Capacidad
- b) Consentimiento
- c) Objeto Lícito
- d) Causa Lícita

**2) REQUISITOS ESPECIALES POSITIVOS**

- a) Diferencia de sexos
- b) El permiso o autorización de ciertas personas para la celebración libre

**3) REQUISITOS ESPECIALES NEGATIVOS**

- a) La no existencia de un vínculo anterior
- b) El parentesco en grado prohibido
- c) El conyugicidio

**4) FORMALIDADES****CAPITULO V****EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO****1) OBLIGACIONES Y DERECHOS QUE SE DEBEN LOS CONYUGES ENTRE SI**

- a) Cohabitación
- b) Fidelidad
- c) El socorro
- d) Ayuda mutua

**2) OTROS DEBERES QUE EMANAN DEL MATRIMONIO**



## SEGUNDA PARTE

### EL DIVORCIO

#### CAPITULO I

##### GENERALIDADES

- 1) ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN COLOMBIA
- 2) CONCEPTO Y DEFINICION DEL DIVORCIO
- 3) DISTINTAS CONCEPCIONES SOBRE EL DIVORCIO
- 4) DISOLUCION DEL MATRIMONIO CIVIL

#### CAPITULO II

##### CAUSALES DE DIVORCIO

- 1) CAUSALES DEBIDAS A LA FALTA O CULPA DE UNO DE LOS CONYUGES CONTRA LA INSTITUCION FAMILIAR
  - a) Infidelidad
  - b) Incumplimiento de las obligaciones familiares
  - c) Ultrajes o injurias de un cónyuge contra el otro
  - d) La embriaguez habitual de uno de los cónyuges
  - e) El uso habitual de sustancias alucinógenas
  - f) Toda conducta tendiente a corromper al otro cónyuge
- 2) CAUSALES NO DEBIDAS A LA COMISION DE UN ILICITO FAMILIAR
  - a) Enfermedades o anomalías psíquicas o físicas
  - b) Separación de cuerpos decretada judicialmente
  - c) Penas privativas de la libertad personal

#### CAPITULO III

##### EFECTOS DEL DIVORCIO

- 1) EFECTOS NECESARIOS EN CUANTO AL MATRIMONIO Y A LA SOCIEDAD CONYUGAL
- 2) OBLIGACIONES DE LOS PADRES DIVORCIADOS PARA CON LOS HIJOS
- 3) OBLIGACION ALIMENTARIA A FAVOR DEL DIVORCIADO INOCENTE

CONCLUSIONES

\*\*\*\*\*

M

## P A R T E P R I M E R A

### CAPITULO I

#### EL MATRIMONIO

#### GENERALIDADES

##### 1) RESEÑA HISTORICA DEL MATRIMONIO EN COLOMBIA

Sin entrar a considerar la organización de la familia en la prehistoria colombiana, en donde los pueblos primitivos practicaron el matrimonio por grupos, para llegar luego a la unión de la pareja monogámica y, sin detenernos a examinar los trágicos efectos de la conquista española, que destruyó todas las comunidades indígenas, para imponer a sangre y fuego la autoridad del monarca español y de la religión católica, debemos situarnos en la época de la República de la prehistoria colombiana, para hacer una reseña histórica del matrimonio civil y de la validez y efectos del matrimonio católico.

Toda la historia constitucional de la república pone de presente la ardorosa lucha ideológica desatada en la unión popular

sobre cuestiones tan fundamentales como el origen del poder, la organización del Estado y las relaciones entre éste y la Iglesia.

Desde los albores de la república, la unión de los colombianos comprende dos grandes sectores: El sector teocrático y el democrático. Para el primero el poder viene de Dios; para el segundo la fuente del poder es el pueblo.

De la misma manera se dividió en cuanto a la forma de la organización política, predominando en un principio la forma federal o de estados soberanos, desembocando en el cataclismo o república unitaria.

Estos conceptos trajeron como consecuencia la división de los colombianos y las relaciones entre la Iglesia y el Estado, pues mientras en el federalismo, el poder mantuvo su fuero y su autonomía, al establecerse el centralismo, aquél cede en favor del poder eclesiástico algunas prerrogativas, en especial lo relacionado con el matrimonio y la organización de la familia.

Con ocasión de la ley la. de 1976, o mejor, con la consagración del divorcio vincular en Colombia para los matrimonios civiles, se hace la afirmación de que en Colombia existen dos especies de casados. Desde luego, la primera especie es la de los matrimonios católicos y la otra especie es la de los matrimonios civiles.

Y, decimos que hay dos especies de personas casadas en Colombia porque, en virtud de esta ley, se dice que los católicos

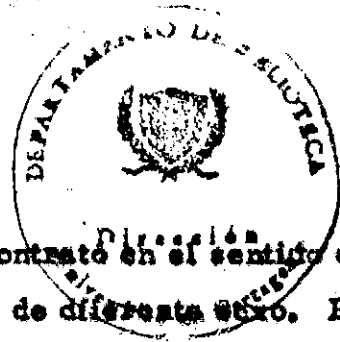
no tienen derecho a divorcio vincular, y evidentemente, así lo establece el artículo 1° de la ley consagratória del divorcio. Es decir, que, quienes estén casados y sigan casándose por los ritos católicos, su matrimonio tiene efecto civil y es válido, pero no tienen derecho al divorcio vincular, pese a que en la ley la. de 1976, se haya consagrado para las personas que contraigan matrimonio civil; lo mismo la explicación de dualidad de formas en el matrimonio, a la cual nos referíamos con anterioridad; las dos formas válidas para contraer matrimonio son: la civil y la católica.

La ley 15 de 1853, que sólo admitió como válido el matrimonio civil, pero al consagrarse el sistema centralista como forma de gobierno y al ponerse la república bajo el patrocinio del Sagrado Corazón de Jesús en el año de 1886, comenzó la crisis del matrimonio civil y el sometimiento del estado colombiano, a la potestad religiosa y del Vaticano.

## 2) NATURALEZA Y CONCEPTO DEL MATRIMONIO

De acuerdo con la Real Academia de la Lengua, es: "Unión legal de un hombre y una mujer". El matrimonio civil se deshace en muchos países mediante el divorcio. Mas, desde el punto de vista religioso, es un sacramento que establece dicha unión.

Según el artículo 113 del Código Civil, "el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".



14

Este artículo emplea el término contrato en el sentido de acuerdo de voluntades de dos personas de diferente sexo. Este acuerdo debe ser solemne; esta solemnidad se refiere a que debe ser expresado ante el funcionario competente.

Para la Iglesia Católica, el matrimonio no es solamente un contrato, es además un sacramento, por lo cual es necesario ser bautizado, mientras que para la realización del matrimonio civil basta el registro civil.

Los fines del matrimonio se pueden dividir en dos; a los primeros corresponde la procreación y educación de los hijos; a los segundos, la satisfacción de los deseos eróticos y la vida en común y ayuda mutua. De esto se desprende el correlativo deber de guardarse fidelidad. Estos fines justifican el concepto de la propiedad esencial que es la unidad, que impide la poligamia. Los canónicos le agregan la indisolubilidad que impide el divorcio.

El tratadista Valencia Zea, le niega al matrimonio el carácter de contrato, aun cuando lo compara con los demás contratos, por eso se afirma que es un contrato especialísimo de orden familiar, al cual no es posible aplicarle en su integridad la teoría general de los contratos. Otros afirman que es algo más que un contrato, porque el estatuto de los casados está por encima de la voluntad de los esposos, es un postulado de orden jurídico interpretado por la ley, es un acto de institución.

Considero que el matrimonio es, a la vez, contrato e institución, porque, si bien conculga con los elementos generales del contrato, sus efectos son reglamentados por el Estado.

### 3) LOS ESPONSALES O PROMESA DE MATRIMONIO

Recibe este nombre el compromiso que hacen los futuros contrayentes de llevar a cabo el matrimonio.

Antiguamente este acto constituía un proceso necesario en la formación del matrimonio. Actualmente no sucede esto, ya que no produce ninguna obligación ante la ley civil.

Este acto implica más que todo un elemento de publicidad, o sea el anuncio de la promesa hecha a los parientes y a las relaciones de amistad; implica la intención de tomarse como marido y mujer en el futuro, lo cual lo diferencia del matrimonio, ya que éste implica la intención de tomarse como marido y mujer en forma inmediata.

Por otra parte, es muy notoria la diferencia que existe entre la promesa de matrimonio y otras promesas en los contratos civiles, específicamente con la promesa de compra-venta, pues en cuanto a las primeras no obligan a celebrar el contrato, en las segundas sí se obliga y como consecuencia, la parte afectada puede constreñir judicialmente a la otra a su conclusión, debido a que estas encierran una obligación patrimonial que debe ser protegida por el derecho.

En cambio, la promesa de matrimonio encierra más que todo una obligación moral.



## CAPITULO II

### EL MATRIMONIO Y SUS CLASES EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

#### 1) MATRIMONIO CATOLICO

Este matrimonio, es el contraído con arreglo a las prescripciones de la Iglesia Católica; constituye un contrato elevado a la calidad de sacramento, en virtud del cual, marido y mujer se obligan a vivir en sociedad, ayudarse y socorrerse mutuamente y a observar fidelidad.

Este vínculo sólo puede disolverse por la muerte de uno de los cónyuges, o por una excepcionalísima decisión del romano Pontífice, facilitada cuando el matrimonio no ha sido todavía consumado.

El matrimonio creado por Dios, permaneció en estado natural hasta cuando Jesucristo llegara a la tierra, quien lo elevó a la categoría de sacramento, pero arunciando que el sacramento del

matrimonio y el contrato matrimonial son una misma cosa y que no se puede separar como los protestantes en el matrimonio civil.

A mediados del siglo XVI, este matrimonio no producía efecto jurídico, pero con la liberación del gobierno ante los concordatos, el matrimonio civil, ya al contrario, tiene los efectos que le desconocía la Iglesia para los católicos y no católicos.

En el sacramento del matrimonio se distinguen tres partes, a saber:

- a) La materia próxima, que es el consentimiento por la recíproca tradición de los cuerpos en orden a la procreación;
- b) La forma, que es la aceptación mutua de los cuerpos en orden a la vida matrimonial, es decir, la armonía que debe reinar entre los cónyuges para una buena felicidad;
- c) El ministro del matrimonio, por ser el testigo base, aunque, cuando hay peligro de muerte, se pueda celebrar sin sacerdote. Pero estos testigos deben ser personas hábiles, en una palabra, capaces; la ausencia del sacerdote es por no haber en el lugar del hecho, o donde se encuentra en ese momento la persona en estado mortis y ser imposible llegar por la distancia.

## 2) EL MATRIMONIO CIVIL

Este matrimonio exige para su celebración la intervención de un funcionario público, con facultades específicas para autorizarlo y construirlo, su característica es asimilario a un contrato, siendo requisito esencial el consentimiento mutuo de los contrayentes. En esta forma, se independiza el matrimonio civil de la potestad religiosa, con el fin de someterse al imperio de la ley civil y se despoja de toda formalidad litúrgica.

La religión y la Iglesia nada tienen que ver con la celebración y validez del matrimonio civil, por el contrario, en esta especie de matrimonio, la Iglesia está sometida al poder civil, el cual no reconoce como válido el que se celebra por los ritos católicos, si no se inscribe.

Desde el punto de vista de su celebración, el matrimonio civil es solemne, porque exige determinados requisitos como el de la publicidad del acto, la intervención de testigos y el funcionario público, la manifestación expresa de los contrayentes y el otorgamiento y forma de la correspondiente acta.

El matrimonio civil se ha venido abriendo paso en el mundo contemporáneo; en forma tal, que son pocos los países civilizados que no lo consagra, es decir, donde todavía impera como único el matrimonio católico; aún más, en los países cristianos se está imponiendo éste como principal, o por lo menos se le ha dado la importancia que merece a través del Estado, abandonando un poco la forma religiosa y sacramental.

Pero la nota más importante en esta evolución que está marcando el matrimonio en estos días, es el reconocerse como contrato, estableciendo el divorcio vincular. Si la característica del matrimonio católico es la indisolubilidad del vínculo, en el matrimonio civil su característica es el divorcio; con este principio del divorcio vincular, no ha sido consagrado todavía en algunas legislaciones que van camino al desarrollo social, y en pueblos en donde todavía la Iglesia y el clero intervienen poderosamente en las cuestiones puramente civiles.

### 3) OTRAS MODALIDADES DE MATRIMONIO

Existen otras modalidades de matrimonio, después de las citadas anteriormente, que es la clasificación usual.

#### a) Matrimonio consumado

Es aquel en el cual los conyuges se han unido carnalmente después de la legítima celebración. La consumación del matrimonio, es decir, el pagarse mutuamente los casados el débito conyugal no es requisito para su perfección; ya que los cónyuges, por convenio expreso o tácito, o por imposibilidad, pueden tener o no acceso entre sí. Ahora bien, si no atañe a su validez, sí quebranta la validez del matrimonio su no consumación, dentro de la ley civil, cuando ésta admita el divorcio, una de las causas para solicitar la separación la constituye más o menos, veladamente, el incumplimiento de esta obligación natural e institucional entre los

casados, una vez transcurrido un lapso prudencial que considere escrúpulos, tímidos y dificultades u obstáculos materias de mayor o menor trascendencia, incluso para la severa Iglesia Católica, de no consumarse el matrimonio, de estar ante el denominado rato, se desmoronan muchos de los inconvenientes para deshacer el vínculo conyugal, siempre que se demuestre suficientemente la integridad de la mujer o su perfecta honestidad y exista justa causa que no sea sólo el espíritu de concupiscencia; más noble, orientado hacia la inquietud de la paternidad.

b) Matrimonio de conciencia

La unión conyugal, que por excepcionales motivos y especial autorización de la autoridad eclesialística, se celebra sin la publicación de proclamas, a fin de mantener el matrimonio en secreto y oculto para desaparecer la causa que haya originado la reserva. No es válido a los efectos legales, de no estar inscrito en el registro civil.

Por lo común se celebra entre personas que han mantenido relaciones ilícitas y desean regularizar su situación ante ellas mismas, sin provocar el escándalo o la irrisión de la gente; la Iglesia sólo autoriza en principio estos matrimonios entre los que pasan por casados sin serio.

El secreto de esta unión es, pues, temporal, se entiende a lo sumo hasta la muerte del primero de los cónyuges que

plantea la inevitable publicidad de la transmisión de bienes, aunque un hábil testamento o disposición matrimonial en vida, pueden salvar la situación, cuando no haya descendencia.

c) Matrimonio ilegal

El contrato con infracción vigente en materia de capacidad y forma. En cuanto a sus efectos, los matrimonios ilegales pueden ser nulos o acarrea alguna sanción civil o penal, sin perjuicio de la validez del vínculo. Así, por ejemplo, tienen prohibido el matrimonio al menor sin licencia familiar, la mujer cuyo matrimonio se haya anulado, el tutor con la persona sometida a la tutela de aquel, si antes no se han aprobado las cuentas tutelares, etc.

La ilegalidad implica además la nulidad, cuando existe un impedimento no dispensable o si concurre alguna incapacidad absoluta como la impotencia, la edad menor de 12 años en la mujer y de 14 en el hombre, la locura, etc. La ilegalidad constituye delito en los casos previstos en el código penal.

d) Matrimonio por Poder

Es aquel a cuya celebración civil o religiosa, o en ambas, sólo concurre en persona una de los contrayentes, al cual acompaña en la ceremonia y en el otorgamiento o firma de

los documentos matrimoniales un representante designado expresamente por el otro contrayente impedido de asistir, casi siempre debido a encontrarse en país distinto o distante.



Para la celebración de un matrimonio por medio de mandatario, se requiere poder especial, donde constará el nombre de la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio. De no revocarse en forma auténtica el poder y notificarse al mandatario, el matrimonio surte todos sus efectos. Ha de existir por lo menos uno de los contrayentes domiciliado o residente en el distrito del juez que haya de autorizar el matrimonio.

En nuestra legislación civil, la norma fue modificada por la ley 57 de 1887, en su artículo 11 dice: "Puede contraerse el matrimonio, no sólo estando presente ambos contrayentes, sino, también por apoderado especial constituido ante notario público, por el varón, hallándose éste ausente, debiendo mencionarse en el poder la mujer con quien ha de verificarse el matrimonio." El poder es revocable, pero la revocación no surtirá efectos si no es notificada la mujer contrayente antes de celebrarse el matrimonio."

Este poder debe constituirse mediante escritura pública, ya que en esto radica su mayor importancia y formalidad.

e) Matrimonio in articulo mortis o in extremis

Es este el matrimonio celebrado con menos requisitos que el ordinario, cuando uno o ambos contrayentes se encuentran en eminente peligro de muerte. Sin necesidad de declaración firmada sobre los nombres, señas y datos personales de los contrayentes y sus padres; ni de las partidas de nacimiento y de estado de los novios; ni de la licencia o consejo precedente, el juez municipal puede autorizar el matrimonio de quien se halle en inminente peligro de muerte, ya domiciliado en la localidad o sea un transeúnte.

El artículo 136 del Código Civil Colombiano, que es el aplicable a esta clase de matrimonios, por inminente peligro de muerte, de cualquiera de las partes, los contrayentes dice: "Cuando alguno de los contrayentes o ambos estuvieren en inminente peligro de muerte, y hubiere por esto tiempo de practicar la diligencia de que habla el artículo 130, podrá procederse a la celebración del matrimonio sin tales formalidades, siempre que los contrayentes justifiquen que no se hallan en ninguno de los casos del artículo 140. Pero si pasados 40 días, no hubiese acontecido la muerte que se temía, el matrimonio no surtirá efectos, si no se revalida observándose las formalidades legales".

En consecuencia, en esta clase de matrimonio, por su premura, ya que el contrayente o los contrayentes se encuentran en " estado mortis ", no se tienen en cuenta los requisitos que exige el artículo 130 del Código Civil. Por lo tan-



to, no le es aplicable ninguna causal de nulidad de las enumeradas en el artículo 140 de la obra citada. La única invalidación o nulidad que se presentaría en esta clase de matrimonio sería, que si en tal caso, si el inminente peligro de muerte en que se encontraba el o los contrayentes, pasados los 40 días, no se ha producido su deceso, el matrimonio queda invalidado, y para su validez deben ratificarlo de conformidad con las normas legales. Pero si dentro de los 40 días muere o fallecen, el matrimonio tiene toda su validez jurídica. Esta es, a todas luces una disposición absurda y debe derogarse en nombre de los más elementales principios jurídicos.

f) Matrimonio Putativo

Se entiende por matrimonio putativo el nulo por causa de un impedimento dirimente, pero que surte efectos como si hubiera sido lícito y válido por haberse contraído de buena fe. Los parientes en grados muy próximo que sin saberlo se casan, la que consiente en casarse por efecto de violencia, amenazas o temores, si el cónyuge se encuentra ya casado con otra persona, son ejemplos entre muchos, de situaciones características de matrimonio putativo.

La consecuencia jurídica en razón de los hijos que hayan nacido en el amparo de esta clase de matrimonio, en relación con la declaración de nulidad en nuestra legislación, de acuerdo con el artículo 149 del Código Civil, dichos hijos

procreados en el matrimonio putativo son legítimos, y quedan bajo el amparo de los padres, y serán educados y alimentados por ellos, pero si la anulación ha sido por consecuencia de uno de ellos, los gastos de crianza y educación corren por cuenta del cónyuge, es decir, debe prestar toda la atención a sus hijos.



### CAPITULO III

#### CARACTERISTICAS DEL MATRIMONIO

##### 1) EL MATRIMONIO CONTRATO

Nuestro Código Civil al definir el matrimonio dice que "es un contrato solemne en virtud del cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Es contrato solemne, porque debe ser concluído en la forma prescrita por la ley; es un contrato puro, ya que no puede someterse a condición ni a término, y si se ponen algunas condiciones se tienen por no puestas; en caso contrario, dicho matrimonio es nulo.

El contrato de matrimonio es un contrato de derecho familiar, distinto de los demás contratos civiles, ya que éstos tienen carácter patrimonial. El matrimonio en cuanto a las condiciones

de existencia y de válidos y particularmente, la capacidad de los contrayentes, vicios del consentimiento, forma y efectos, tiene una regulación jurídica propia, distinta por entero de la de todos los demás contratos. Y aun cuando es considerado de derecho privado, tiene carácter de orden público. No puede dudarse que las normas que regulan el matrimonio se dictan para satisfacer el interés público, o sea, el interés de la familia, con el que están compenetradas el de la sociedad y el del Estado, y por esto son inmodificables por acuerdos entre los particulares.

## 2) EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION JURIDICA

A pesar de ser considerado como contrato y llamario sacramento, el matrimonio en nuestro derecho positivo civil sólo puede realizarse por el mutuo consentimiento de los contrayentes, pero este consentimiento es necesario no más para darle nacimiento jurídico, pues, una vez celebrada la unión, este consentimiento no influye para nada en las obligaciones y derechos de los casados entre sí y su descendencia, ya que estos efectos se encuentran regulados por las leyes civiles pertinentes.

El legislador colombiano ha regulado varias veces los efectos del matrimonio y su disolución en cuanto al divorcio vincular, a la potestad marital, a la disolución y distribución de la sociedad conyugal, a la capacidad de la mujer casada, a los derechos herenciales de los hijos naturales en relación con los hijos legítimos del mismo padre o madre, a la adopción por uno de los cónyuges o por ambos conjuntamente y todo esto sin que el consenti-

nimiento de los esposos tenga que ver en cuanto a los efectos de estas normas legales una vez promulgadas pues son de obligatorio cumplimiento para la validez de cualquiera de los actos jurídicos que ellas regulan, a pesar de haber sido el consentimiento de los cónyuges la fuente de todo este andamiaje jurídico.

Así las cosas, podemos decir que en Colombia el consentimiento de los cónyuges solamente es necesario para que el matrimonio tenga existencia jurídica y nacido que sea éste todos sus efectos está regulados por las normas jurídicas previas a su celebración y que sea de obligatorio cumplimiento.

### 3) EL MATRIMONIO INSTITUCION SACRAMENTAL

Fue en el Concilio de Trento donde se proclamó que el matrimonio es una institución sacramental, a pesar de que los intérpretes del pensamiento cristiano afirman que en la Iglesia Católica primitiva jamás se conoció el matrimonio como sacramento.

La finalidad del Concilio de Trento fue la de restablecer la unidad de la fe y devolverle a la Iglesia la influencia sobre sus adherentes, aumentar las definiciones dogmáticas, entre las cuales se señaló el matrimonio como Sacramento, declarando en el Canon 11 de la séptima sesión del Concilio de Trento que quien negara que el matrimonio es uno de los siete sacramentos instituidos por Cristo, sino una humana invención, queda inmediatamente excomulgado. Además el Concilio de Trento no fue un

**Concilio Ecuménico, ya que a él sólo concurrió la Iglesia Romana.**

Hasta la fecha no ha habido acuerdo entre las religiones cristianas para establecer cuántos son los sacramentos: unos opinan que solamente hay dos o tres sacramentos, otros manifiestan que los sacramentos de la religión católica son doce y hay quienes afirman que existen treinta. Solamente la religión católica establece siete y que el sacramento del matrimonio fue instituido por Cristo en las bodas de Caná, cuando Cristo estuvo allí sólo como invitado.

El matrimonio es un sacramento y como tal vierte gracia entre los cónyuges, dice la religión católica, y a pesar de esto no permite a sus ministros contraer este vínculo porque el matrimonio es una profanación de órdenes para que los sacerdotes puedan ser casados, como también afirma.

En nuestra legislación, donde está instituido como sacramento, de acuerdo con el artículo 50 de la ley 153 de 1887, es indisoluble ese matrimonio por celebrarse de acuerdo con lo establecido en el Concilio de Trento, cuyos postulados tienen vigencia en nuestro país porque así lo dispone la ley 35 de 1888 y la ley 54 de 1924.

En el Derecho Canónico el matrimonio constituye un contrato consensual, pero el consentimiento sólo es necesario otorgarlo en el acto de la celebración; y como al propio tiempo se le cataloga como uno de los siete sacramentos que le imprime el carácter de indisoluble a dicho contrato, la pérdida de la voluntad

o del consentimiento no afecta la continuidad del matrimonio que debe mantenerse, aún en condiciones intolerables, para no ofender a Dios.

## CAPITULO IV

### REQUISITOS PARA CONTRAER

### MATRIMONIO

Como todo contrato, el matrimonio debe reunir una serie de requisitos para que se considere como válido. La doctrina ha clasificado estos requisitos en generales y especiales; los primeros hacen referencia a las condiciones comunes de los contratos, los segundos son requisitos exclusivos del acto matrimonial y no tienen referencia con los demás contratos.

Los requisitos generales son: capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita.

Los especiales, a su vez, se dividen en requisitos positivos y requisitos negativos.



## 1) REQUISITOS GENERALES

### a) Capacidad

La capacidad es la aptitud legal para ser titular de derechos y obligaciones, es ésta la que se ha denominado capacidad de goce, y se denomina capacidad de ejercicio, cuando el titular puede exigir tales derechos y cumplir directamente con sus obligaciones. Para contraer matrimonio, es necesario que exista capacidad de ejercicio en los contrayentes y ésta se ha determinado por la edad, o sea los 18 años. Pero, como uno de los altos fines del matrimonio es la procreación, y la experiencia de las ciencias biológicas ha demostrado que los seres humanos pueden procrear antes de los 18 años, o sea cuando llegan a la pubertad, el hombre a los 14 y la mujer a los 12 años, es válido el matrimonio entre varones de 14 a 18 años y mujeres de 12 a 18 años, pero requieren un permiso escrito de sus padres, debido a que su capacidad matrimonial no es libre.

Aun cuando se exige un límite mínimo de edad para contraer matrimonio, teniendo en cuenta que el púber está en capacidad de engendrar, no se exige límite máximo de edad. Por lo tanto, las personas de edad avanzada pueden contraer matrimonio, aun cuando no puedan procrear y dicho matrimonio es válido.

Se consideran incapaces para contraer matrimonio, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, ya que no es posible que expresen su consentimiento.

Los dementes son incapaces para contraer matrimonio, ya que la demencia es fuente de nulidad absoluta; el acto que celebra el demente, cualquiera que sea su naturaleza, es nulo. Puede suceder que en la vida del incapaz se presenten momentos de lucidez, y pueda decirse que en esos momentos no es demente, pero ante los ojos de la ley siempre será en su estado, ya que la interdicción supone decreto judicial, que sólo pueda ser modificado mediante otra providencia de idéntica estirpe, previa constatación médica.

El artículo 1553 del Código Civil dice: "Los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. Y por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente". La prueba de la demencia será siempre necesaria; si hay interdicción, la probanza de la misma es suficiente. En caso contrario, debe recurrirse a dictámenes médicos.

b) Consentimiento

El artículo 115 del Código Civil dice: "El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes..." Se refiere este artículo a las personas que, siendo capaces, tienen entorpecida su voluntad por motivos anormales que se conocen con el nombre

de vicios del consentimiento. Estos son: error, fuerza y dolo. El error es intrascendente para el acto matrimonial. Por lo tanto, se reduce el tema de los vicios del consentimiento para el matrimonio en el error y la fuerza.

En cuanto al error, que vicia el consentimiento en el acto matrimonial, puede darse el caso de que exista un falso juicio acerca de la persona con la cual se desea contraer matrimonio. Se denomina error en la persona y éste puede recaer sobre sus cualidades esenciales, no en las accidentales.

El artículo 140 del Código Civil dice, en su numeral 1°, que "el matrimonio es nulo y sin efecto" cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes, o la de uno de ellos". Este error se refiere a la identidad misma de la persona y no a cualidades físicas o morales. Esto sostienen la mayoría de maestros comentaristas, sin embargo, algunos doctrinantes sostienen que la nulidad referida en el numeral 1° del artículo 140 del Código Civil puede ser referida al error sobre la identidad física, sobre la identidad civil, y sobre las cualidades esenciales. Estas cualidades esenciales pueden referirse a cualidades físicas u orgánicas, como es la impotencia sexual, o a enfermedades orgánicas graves que hagan imposible la vida en común de los casados, o a cualidades esenciales del orden social o moral.

En cuanto a la fuerza que vicia el consentimiento en el matrimonio, es necesario que exista una coacción que genere

miedo y haga que la persona actúe sin libertad. Esta puede ser causada por el que desea contraer matrimonio o por otra persona. Podrá declararse nulo el matrimonio, a menos que la víctima ratifique el matrimonio con palabras expresas o continuando con la cohabitación.

Para que la fuerza vicie el consentimiento de alguno de los contrayentes, debe ser grave, injusta, determinante y actual.

c) Objeto lícito

El objeto en este contrato lo constituyen el conjunto de obligaciones que generan su nacimiento, a diferencia de otros contratos que, por su naturaleza patrimonial, el objeto consiste en la obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, y en el poder que tiene uno de los contratantes de constreñir al obligado a dar, hacer o no hacer algo. Estas obligaciones a que da lugar el matrimonio están implícitas en el artículo 176 del Código Civil, cuando dice: "Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida".

d) Causa lícita

Para hablar de la causa con referencia al matrimonio, hay que atenerse a las finalidades peculiares del acto matrimonial señaladas en el artículo 113 del Código Civil, que son: procrear, vivir juntos y auxiliarse mutuamente.

Este es el conjunto de deberes conyugales justificados totalmente por la institución misma de la comunidad matrimonial.

## 2) REQUISITOS ESPECIALES POSITIVOS

### a) Diferencia de sexos

El matrimonio debe celebrarse entre un hombre y una mujer. Lógicamente se entiende que cada parte se integra por una sola persona, como desenvolvimiento de la monogamia, que por lo tanto, es contraria a la presencia de varias personas componentes de una sola parte, asunto no prohibido en otros contratos.

La diferencia de sexos es una condición necesaria para la existencia del matrimonio, y por ello no habrá matrimonio, si el sexo de uno de los contrayentes no es netamente distinto del otro.

### b) El permiso o autorización de ciertas personas para la celebración libre del matrimonio.

Nuestra legislación establece que sólo las personas mayores de 18 años, pueden contraer matrimonio libremente, por lo tanto, las personas que no lleguen a ese límite de edad, requieren la presentación de un permiso escrito de sus padres, para poder contraer matrimonio. Este permiso debe ser concedido por los padres, ya se trate de filiación legítima, natu-

ral o adoptiva; a falta de los padres por un ascendiente o por un curador general o especial.

Los padres no están en la obligación de expresar los motivos que los inducen a negar el permiso, en cambio el curador no puede negar la autorización, sin expresar los motivos que justifican la negativa. Esta puede ser por cualquier impedimento legal, grave peligro para la salud del menor, vida licenciosa, pasión immoderada al juego, embriaguez habitual de la persona con quien el menor desea casarse o estar sufriendo esa persona la pena de reclusión y no tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio.

### 3) REQUISITOS ESPECIALES NEGATIVOS

#### a) La no existencia de un vínculo anterior

El sistema monogámico se opone a la existencia de dos o más vínculos simultáneamente. La violación a esta regla es sancionada penal y civilmente. Por lo tanto, es nulo el matrimonio que celebra una persona ligada a otra con vínculo matrimonial actualmente válido; quien contrae matrimonio en estas circunstancias incurre en el delito de bigamia, sancionado por el artículo 358 del Código Penal.

#### b) El parentesco en grado prohibido

Según las disposiciones del Código Civil, se prohíbe el matri-

monio en forma absoluta entre parientes legítimos o ilegítimos por línea directa, o sea, padres con hijos o con nietos. También se prohíbe entre los parientes en línea colateral de consanguinidad en segundo grado, es decir, entre los hermanos. Se permite el matrimonio entre tíos y sobrinos y entre primos.

Con relación al parentesco por afinidad, se prohíbe el matrimonio entre personas que estén unidas entre sí, en el primer grado en línea recta de afinidad legítima. Así, el viudo no puede contraer matrimonio con la madre legítima de quien fue su mujer. En cambio, sí puede casarse con la hermana de su difunta esposa.

e) El conyugicidio

El matrimonio es nulo "cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior".

Esta causal pretende sancionar civilmente el acto delictuoso, el homicidio que se tipifica con este impedimento es el doloso, se descarta por lo tanto el acto culposo y la legítima defensa, pero es necesario esperar la sentencia definitiva, pues no basta en este caso la simple sindicación o el llamamiento a juicio.

#### 4) FORMALIDADES

Tan pronto como un hombre y una mujer hayan decidido casarse, deben dirigirse al juez competente y manifestar su decisión verbalmente y por escrito, en este acto expresarán los nombres de sus padres o curadores, según el caso y los de los testigos que deben declarar sobre las cualidades necesarias de los contrayentes para poderse unir en matrimonio e indicarán el domicilio.

El juez procederá inmediatamente a practicar las diligencias necesarias para obtener el permiso que requieran los contrayentes, obtenido el permiso, y recibidas las declaraciones de los testigos que serán por lo menos dos, se procederá a la publicación del proyecto matrimonial, ya que éste debe ser un acto público.

Estas publicaciones se harán por medio de edicto que se fija en la tabla de la secretaría por el término de 15 días. Si alguno de los contrayentes tiene distintos domicilios, el juez comunicará al juez de los domicilios anteriores para que fijen el edicto respectivo en la tabla de la secretaría. La publicidad tiene por objeto que se tenga conocimiento del matrimonio y pueda oponerse al mismo tiempo la persona que tenga derecho.



## CAPITULO V

### EFFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

De los artículos 113 y 176, se desprenden los efectos del matrimonio, o sea un conjunto de derechos y obligaciones que tienen cada uno de los cónyuges.

Los derechos y deberes que nacen en el momento en que se realiza todo matrimonio, se caracterizan por ser principalmente de orden público, porque no encuentran su fin en sí mismos, sino en la realización de las altas finalidades del matrimonio y porque se encuentran presididos por la igualdad entre los cónyuges, en sus relaciones entre sí, y en las que se establecen con sus hijos.

#### 1) OBLIGACIONES Y DERECHOS QUE SE DEBEN LOS CONYUGES ENTRE SI

##### a) Cohabitación

- b) Fidelidad
- c) El socorro.
- d) Ayuda mutua

a) Cohabitación

Esta obligación la consagra el artículo 113 del Código Civil, cuando dice que "el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente."

El Código de Derecho Canónico lo señala claramente en el Canon 1.015 cuando advierte que el matrimonio consumado es aquél en que se ha realizado el acto conyugal, o sea aquel acto por el que los cónyuges se unen o se hacen una sola carne.

Por lo anterior, podemos concluir que la cohabitación se refiere principalmente a la satisfacción de las necesidades de orden sexual.

La obligación de cohabitar cesa por la declaración de nulidad del matrimonio, por el divorcio y por la separación de cuerpos.



b) Fidelidad

Está consagrada esta obligación en los artículos 175 y 176 del Código Civil, cuando dice: "los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida".

Es esta la máxima obligación que contraen los cónyuges al casarse, y por lo tanto, su violación causa un completo desequilibrio en la vida conyugal.

Anteriormente no se exigía al hombre la misma fidelidad que a la mujer. En efecto, el simple adulterio de la mujer suponía incumplimiento de la obligación de fidelidad. En cambio, respecto del marido exigía amancebamiento o sea relaciones notorias y estables. El artículo 154 del Código Civil hablaba, al determinar las causas de divorcio: 1a.) Del adulterio de la mujer y 2a.) del amancebamiento del marido.

Esto fue modificado por el artículo 4° del Decreto 2820 de 1974, que corrigió la desigualdad injusta para la ley y la moral y preceptuó: "Para efecto de los dos primeros ordinales del artículo 154 del Código Civil, las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges serán causa de divorcio".

Debe tenerse en cuenta que la infidelidad, o sea el adulterio o las relaciones sexuales extramatrimoniales, constituyen causal para pedir el divorcio, la separación de cuerpos e inclusive la separación de bienes.

c) El socorro

El artículo 176 del Código Civil preceptúa: "Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida". El artículo 113 cambia la expresión socorrerse, por auxiliarse mutuamente. Se trata de que el marido debe suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades, y la mujer tendrá igual obligación respecto del marido si éste careciera de bienes. Esta obligación fue modificada por el artículo 12 del Decreto 2820 de 1974, que dispuso que los cónyuges deberán subvenir a las ordinarias necesidades domésticas en proporción a sus facultades.

Si se incumple esta obligación, se pueda pedir el divorcio o la separación de cuerpos, o la separación de bienes, por cuanto se incumplen los deberes, además faculta al cónyuge para demandar alimentos.

d) Ayuda mutua

El artículo 176 del Código Civil dice que los cónyuges se deben ayuda mutua. Esta ayuda tiene un carácter de obligación de hacer, a diferencia de la obligación de socorro, que tiene carácter de obligación de dar. El artículo 9° del decreto 2820, conservó la redacción del artículo 176 del Código Civil, en su primer ordinal, derogando el segundo, cuando dice que " Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida".

## 2) OTROS DEBERES QUE EMANAN DEL MATRIMONIO

Además de las obligaciones que acabamos de tratar, que son las que enuncia nuestro Código Civil, existen entre los cónyuges otros deberes que son: el deber de amarse mutuamente marido y mujer, el deber de consideración que cada cónyuge debe al otro, la defensa permanente del honor conyugal, el deber de sinceridad, etc.

Los cónyuges deben amarse en todas las circunstancias de la vida, ya que de lo contrario sería imposible cumplir con los demás deberes que impone el matrimonio. Nuestro código es muy claro a este respecto, y algunos civilistas han afirmado que no es posible que se ame por obligación. San Pablo, en su epístola a los Efesios, proclamó como fundamento de la moral familiar, el amor que los maridos deben a sus mujeres. Y Engels, advirtió que sólo puede ser moral el matrimonio donde el amor persiste.

El deber de consideración y tolerancia implica que los cónyuges no deben obstaculizarse uno al otro, el desarrollo de su personalidad, de donde se origina el deber de cada cual de tolerar las costumbres, religión, prácticas culturales, en fin, el género de vida del otro; sin embargo, esta tolerancia tiene un límite, porque el matrimonio crea una auténtica unión espiritual. De ahí que cada uno de los cónyuges debe sacrificar parte de su vida en pro de esa unión. Por lo tanto, no podrían conservar en forma tal su independencia anterior.



246

## SEGUNDA PARTE

### EL DIVORCIO

#### CAPITULO I

##### 1) ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN COLOMBIA.

La ley 20 de junio de 1853 estableció la disolubilidad del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio legalmente decretado, ya sea por acto ilícito de cualquiera de ellos, como adulterio de la mujer, amancebamiento del marido, injurias graves y frecuentes, maltratamientos físicos, sevicia y ausencia por más de tres años, o por consentimiento mutuo, salvo en el caso de que el varón fuera menor de 25 años y la mujer de 21, que no hubieran transcurrido siquiera dos años desde la celebración del matrimonio, o que hubieran 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 cónyuges no convinieron en dicho divorcio, pero la ley del 8 de abril de 1856 derogó esta ley, estatuyendo que el matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges.

Durante la Federación, algunos estados como Santander, Panamá, Bolívar, Magdalena, implantaron el divorcio vincular, habiéndose adoptado por la ley 84 del 26 de mayo de 1873 el Código Civil del Estado Soberano de Cundinamarca como código de la Unión y habiendo consagrado la indisolubilidad del matrimonio, quedó abolido el divorcio vincular, que sólo vino a restablecerse con la ley la. de 1976.

En el año de 1936, se presentaron al Congreso Nacional proyectos de ley por los cuales se establecía el divorcio vincular; los debates se prolongaron hasta el año de 1937, pero no fueron aprobados por las cámaras legislativas. Posteriormente fueron presentados nuevos proyectos en los años de 1964 y 1974, estableciendo el divorcio vincular, pero ninguna de estas iniciativas fue aprobada por el Congreso.

Más tarde, en la legislatura de 1975, fue presentado por medio del ministro de Justicia, doctor Samuel Hoyos Arango el proyecto de ley N° 58 de 1975, "por el cual se establece el divorcio de matrimonio civil, se regula la separación de cuerpos y se dictan otras disposiciones". El senador Gregorio Becerra le introdujo algunas modificaciones y así, después de un acuerdo entre la comisión y el ponente, se logró presentar un texto único, que fue el aprobado tanto por la Cámara de Representantes, como por el Senado, convirtiéndose en la ley la. de 1976, que entró en vigencia el día 18 de febrero de 1976, por la cual se establece en Colombia el divorcio de matrimonio civil válidamente celebrado.

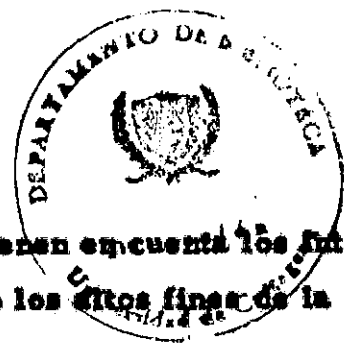
## 2) CONCEPTO Y DEFINICION DEL DIVORCIO

La palabra divorcio viene del latín "divortium", del verbo "divertere", irse cada uno por su lado. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido, viviendo ambos esposos.

Todos los pueblos socialmente organizados se han preocupado por regular las relaciones sexuales entre el hombre y la mujer, sometiéndose a reglas de derecho.

En virtud de las leyes, se establecen y regula el derecho de contraer matrimonio, y fijan los derechos y obligaciones entre los cónyuges y entre los padres y los hijos; se determina la naturaleza de la unión y precisan sus caracteres; aún en los pueblos primitivos, las relaciones sexuales están sometidas a determinados requisitos impuestos por la costumbre. Al surgir la sociedad como organización jurídica, asumió la facultad de someter tales relaciones sexuales a un régimen de derecho; es lo que se conoce con el nombre de institución del matrimonio. Pero el matrimonio no ha sido regulado por la ley civil, pues en sus orígenes tuvo un marcado sentido religioso, acentuado con el advenimiento del cristianismo. Desde entonces y hasta nuestros días, el Estado y la Iglesia han venido disputándose la prerrogativa de regular el matrimonio. La Iglesia reclama para sí la exclusividad para efecto de regularlo, alegando el origen divino y su naturaleza sacramental. A su vez el estado considera que la unión de una mujer y un hombre, es una relación simplemente de derecho y, por lo tanto, cae bajo la potestad civil, regulando como simple contrato y luego elevándolo a la categoría de institución jurídica, es decir, como





norma de derecho en que no sólo se tienen en cuenta los intereses particulares de los contrayentes, sino los **altos fines de la sociedad.**

Se distingue fundamentalmente entre divorcio y nulidad de matrimonio en que no cabe hablar de disolución por no haber existido legalmente, a causa de elementos esenciales e insubsanables. Se distinguen tres clases de divorcio:

- 1° El divorcio vincular o propiamente dicho, que autoriza a ambos cónyuges y/o al menos al inocente para contrar nuevas nupcias si así lo desearan. Está hoy admitido en casi la totalidad de los países;
- 2° La separación de cuerpos y de bienes, sin facultad para reincidir en el matrimonio, sistema de la legislación argentina, chilena, etc.
- 3° Separación de lecho y techo, o sea la cohabitación en ambas separaciones, sin proceder a la individualización y separación patrimonial, forma ésta atenuada de la precedente.

Es así como la Iglesia ha permanecido siempre como enemiga única del divorcio, fundándose en las palabras divinas "no es justo al hombre separar lo que Dios ha unido", por el interés de la familia y cual freno a la eventual corrupción de las costumbres. Sin embargo vemos que la propia Iglesia concede el divorcio vincular en dos formas:

- a) A los infieles;

- b) Cuando el matrimonio no ha sido consumado y uno de los cónyuges haga profesión religiosa.

Después de lo anteriormente expuesto, no podemos sino tildar de tarásica la afirmación de que admitir el divorcio vincular es lo mismo que tolerar la poligamia. Quien tales cosas afirma arguye súbita ignorancia, pues la poligamia implica simultaneidad de vínculo o disfrute igualitario de dos o más mujeres, mientras que el divorcio vincular además de exigir estrictas causas, no impone sino un cónyuge y castiga como delito la bigamia.

El pueblo romano como el griego, tuvo el divorcio, luego desapareció a impulso del cristianismo de los países católicos; el fuero juzgo admitía en España el divorcio absoluto por adulterio de la mujer, sodomía del marido, o si éste quisiera que su mujer adulterase con otro. Las partidas suprimieron el divorcio absoluto. En el siglo XVI, la Reforma provocó un vivo movimiento a favor de la admisión del divorcio, que fue restablecido en los países protestantes. Desde entonces la corriente se ha mantenido favorable a la admisión del divorcio en el presente, salvo contadas excepciones, hoy se admite el divorcio absoluto en todos los países del mundo.

Grandes transformaciones operadas en el derecho se han sentido en lo que hace al derecho de familia. Aef de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, a la admisión del divorcio, hay un profundo cambio. El divorcio, como se dijo, es admitido por la mayoría de las naciones. Únicamente se marginan en estas reglas Argentina, Chile y Paraguay, en América.

### 3) **DISTINTAS CONCEPCIONES SOBRE EL DIVORCIO**

La institución del divorcio en virtud de la cual se disuelve el matrimonio válidamente celebrado, fue establecida en Colombia en virtud de la ley la. de 1976, que dio una redacción nueva a los artículos 152 a 168, 198 a 200, 411, ord. 4; 423, 1820 del Código Civil, 423 y otros del Código de Procedimiento Civil.

Mucho se ha escrito sobre este problema del divorcio; teniendo en cuenta la historia del derecho y las diversas legislaciones del pasado y del presente, pueden distinguirse distintas tendencias a este respecto, desde el denominado divorcio fácil, hasta la absoluta indisolubilidad matrimonial.

En las más antiguas legislaciones, en razón de la relevante potestad que se otorgaba al marido, podía este disolver el matrimonio mediante el repudio de la mujer. En el Num. 24-1 que reproduce la Biblia, puede leerse:

"Cuando un hombre toma una mujer y se casa con ella, si resulta que esta mujer no halla gracia a sus ojos, porque descubre en ella algo que le desagradó, le redactará un libelo de repudio, se lo pondrá en su mano y la despedirá de su casa". Algunos regímenes jurídicos islámicos reconocen esta clase de divorcio. El marido se abstiene de relaciones sexuales con su mujer, mediante determinado tiempo, al cabo del cual el matrimonio queda disuelto. Igualmente se disuelve por la apostasía de uno de los cónyuges.

El divorcio por mutuo consentimiento se fundamenta en la idea de que el matrimonio es un contrato que puede formarse y disolverse por mutua voluntad. Durante toda una época fue rechazado este tipo de divorcio, pero renace en nuestros días en dos países: Francia y Alemania Federal.

- a) En Francia, en virtud de la ley Naquet de 1884, sólo se admitió el divorcio por faltas graves de uno de los cónyuges (divorcio sanción). El legislador francés llegó a la conclusión de que el divorcio por mutuo acuerdo se practicaba con mucha frecuencia, simulándose por carta injurias de uno de los cónyuges al otro. De esta manera se convertía a los jueces en portavoces de procesos simulados. Esto dio fundamento a la reciente ley del 11 de julio de 1975, que autoriza el divorcio por mutuo consentimiento. En muchos casos no existen faltas sino ausencia de comprensión o incompatibilidad de caracteres. Lo que indica que el divorcio no se funda sólo en las faltas graves, sino también en la comprobación del fracaso de la vida conyugal.
  
- b) En la República Federal Alemana comenzó a regir una nueva ley de divorcio el 1° de agosto de 1977. Se reglamenta el divorcio por mutuo consentimiento, evitándose así las injurias simuladas o el tener que revelar a los jueces la vida íntima de los cónyuges. Tan sólo se necesita probar que la vida en común es un fracaso. Para ello será suficiente la confesión de que no hacen vida común desde hace un año. Pero si sólo uno de los cónyuges quiere el divorcio, será necesario acreditar que la vida en común no existe desde hace tres años.

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

Como última tendencia debe citarse aquella que rechaza en forma sistemática toda posibilidad de disolución del matrimonio por hechos posteriores a su celebración. En este sentido existe la legislación del Código de Derecho Canónico. Para la Iglesia Católica el matrimonio rato y consumado es indisoluble (Canon 1.118 y 2° párrafo del Canon 1.013).

Según el Canon 1.015, "el matrimonio válido de los cristianos se llama rato, si todavía no se ha consumado; rato y consumado si entre los cónyuges ha tenido lugar el acto conyugal, al que por su misma naturaleza se ordena el contrato matrimonial y por el que los cónyuges se hacen una sola carne". A lo que agrega el mismo Canon: "Si los cónyuges han cohabitado después de haber celebrado el matrimonio, se presume que lo han consumado, mientras no se demuestre lo contrario".

Como puede fácilmente deducirse, existen hoy día dos clases de controversia sobre este problema: la de si un matrimonio es disoluble mediante el divorcio, o si debe sostenerse la tesis de la absoluta indisolubilidad. Y dentro de la concepción general de la disolubilidad, qué tipo de divorcio debe aceptarse: el divorcio-anulación, el divorcio-remedio, el divorcio por mutuo consentimiento, etc.

La doctrina de la absoluta indisolubilidad del matrimonio por hechos posteriores a su celebración, es sostenida según se acaba de indicar, por la Iglesia Católica.

Los actuales países del mundo (España, Irlanda, Argentina y algunos otros de América Latina), que rechazan el divorcio, lo hacen justamente por el notable predominio de las doctrinas católicas. No existe doctrina diferente que defienda la absoluta indisolubilidad.

De la Biblia no puede deducirse en forma unánime la prohibición del divorcio. En el Deuteronomio (24-1) se admite el divorcio por repudiación que de la mujer podía hacer el marido. En cuanto al Nuevo Testamento, suele citarse la doctrina de los Evangelios como contraria al divorcio. Sin embargo, esta doctrina no es uniforme; en el Evangelio de San Marcos puede leerse: "Quien repudie a su mujer y se case con otra, comete adulterio contra aquella; y si ella repudia a su marido y se casa con otro, comete adulterio".

En cambio, en el Evangelio de San Mateo se dice: "Todo el que repudie a su mujer, excepto en el caso de fornicación, la expone a cometer adulterio". Igualmente expone que "quien repudie a su mujer, salvo el caso de fornicación y se case con otra, comete adulterio".

Se aprecia que los Evangelistas corrigieron en forma notable la vieja ley contenida en el Deuteronomio (24-1), de la libre repudiación que podían hacer los maridos de sus mujeres. En princi-

pio lo prohibieron, pero San Mateo es muy claro al permitir el divorcio por adulterio de la mujer.



Durante muchos siglos, varios padres de la Iglesia autorizaban el divorcio conforme al texto de San Mateo:

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

El Concilio de Trento es el que de manera definitiva establece la indisolubilidad de todo matrimonio, legislación que es recogida por el actual Código de Derecho Canónico.

El lado de la tesis de la indisolubilidad, se han formulado otras favorables al divorcio. La Reforma protestante abrió la primera brecha seria a la indisolubilidad, al afirmar que el matrimonio no es sacramento y que podía disolverse por adulterio de uno de los cónyuges. Para esta religión prevaleció la tesis expuesta por el evangelista San Mateo.

También los grandes filósofos del siglo XVIII se opusieron a la indisolubilidad. Juan Jacobo Rousseau afirmó que el matrimonio debía ser una unión libre, la cual se formaba o disolvía por el mutuo consentimiento de los cónyuges. Voltaire enseñó que el divorcio era una necesidad natural. "Estas concepciones intoxicaron los medios cultos donde el cristianismo no estaba hondamente arraigado".

También las doctrinas naturalistas que lo consideraron como mero contrato civil, facilitaron notablemente la admisión del divorcio.

El divorcio se ha impuesto en las legislaciones más serias de Europa, América y Asia, aunque no con fundamentos en que es un contrato que puede disolverse por mutuo consentimiento, sino como una necesidad, por los efectos desastrosos de la indisolubilidad cuando se presentan causas aberrantes que impiden organizar bajo razonables supuestos la comunidad conyugal.

Las bases generales de las mencionadas legislaciones, pueden resumirse así:

- a) Se procura que el matrimonio sea una institución lo más estable posible; de ahí que el divorcio, como negocio fácil, es rechazado.
- b) Se admite el divorcio para aquellos casos en que el matrimonio se ha convertido en algo notoriamente anómalo, cuando "no pueda cumplir la misión que como célula del orden social y estatal le incumbe. En semejante eventualidad, no puede consistir la misión del legislador en mantener, a pesar suyo, el principio de indisolubilidad, pues el matrimonio ha perdido su valor como fundamento de la familia cuando la comunidad de los cónyuges ha quedado insubstancialmente perturbada, o por lo menos carece para ella de valor".



La razón básica y fundamental del divorcio se encuentra en el hecho innegable de que en todas partes existen matrimonios que no pueden subsistir por diversas causas; que esta situación debe reglamentarse por la ley en forma franca y desprendida de todo dogmatismo, mediante el establecimiento de causales limitadas de divorcio. Cualquier legislador debe a este respecto obrar con toda prudencia, a fin de evitar en lo posible, quitar al matrimonio su natural estabilidad.

#### 4) **DISOLUCION DEL MATRIMONIO CIVIL**

El artículo 1° de la ley la. de 1976 establece que:

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

En cuanto a la muerte, se estableció como innovación el admitir que la muerte presunta disolviera el matrimonio civil. Esto soluciona el problema que se presentaba cuando, habiendo sido declarada muerta presuntivamente una persona por desapariciamiento, el otro cónyuge contraía matrimonio y tenía hijos de esta unión, y luego aparecía el cónyuge declarado muerto, lo cual implicaba que el segundo matrimonio era nulo, por subsistencia del vínculo anterior.

Ahora bien, si reaparece la persona que se había declarado muerta y desea volver a vivir con su antiguo cónyuge, no le que-

dará otra alternativa que casarse con su antiguo esposo o esposa.

La segunda causa de disolución del matrimonio civil, es el divorcio judicialmente decretado. El divorcio "se decreta" por cuanto se trata de una sentencia constitutiva, y no "se declara", como dice la ley, debido a que no es una simple declaración de certeza, sino que se modifica el estado civil de la persona.

La razón para no haber establecido la disolución de matrimonios católicos, la da el artículo VIII del Concordato del 12 de julio de 1973, aprobado por la ley 20 de 1974 y que entró a regir el 2 de julio de 1975; fecha en la cual se surtió el canje de los instrumentos de ratificación, y que dice:

" Las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos, incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio rato y no consumado, son competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos y congregaciones de la sede apostólica. Las decisiones y sentencias de éstas, cuando sean firmes y ejecutivas, conforme al derecho canónico, serán transmitidas al Tribunal Superior del Distrito Judicial territorialmente competente, el cual decretará su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará su inscripción en el respectivo registro civil".

Esto implica que, si la disolución del vínculo de matrimonio católico es de la exclusiva competencia de los Tribunales Eclesiásticos, la jurisdicción civil carece de facultad para conocer de la disolución del vínculo del matrimonio canónico. Y si se hubiera aprobado la propuesta de algunos senadores de que el divorcio se

extendiera al matrimonio católico, dicha ley habría sido inconstitucional y posiblemente así lo hubiera declarado la Corte, siguiendo la jurisprudencia expuesta en casación del 15 de marzo de 1941, la cual dio a las normas concordatarias la categoría de normas constitucionales. Además, el gobierno no podía, por una parte aprobar y poner en vigencia el Concordato con la Santa Sede y por la otra, violarlo, pactando el divorcio vincular del matrimonio canónico, que por esencia es indisoluble.

Igualmente, en vigencia del Concordato de 1887, aprobado por la ley 35 de 1888, tampoco hubiera sido posible establecer el divorcio vincular del matrimonio canónico, por cuanto el artículo XIX de dicho convenio, decía:

"Serán de exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como las que se refieran a la validez de los esponsales. Los efectos civiles del matrimonio se regirán por el poder civil".

No hay, pues, posibilidad jurídica de establecer el divorcio vincular de matrimonios católicos y, por tanto, en Colombia hay y habrá divorciables, casados civilmente, y no divorciables, casados católicamente.

## CAPITULO II

### CAUSALES DE DIVORCIO

El divorcio es la disolución del matrimonio por hechos posteriores a su celebración, que imposibilitan su continuación normal. Este supone un matrimonio válidamente celebrado, lo que claramente lo diferencia de la nulidad, ya que en ésta se presentan hechos anormales en el momento de la celebración y en el divorcio los hechos anormales surgen después de celebrado el matrimonio.

Existen dos grupos de causales de divorcio:

- Las debidas manifestamente a la falta o culpa de uno de los cónyuges contra la institución matrimonial, que son:
  - La infidelidad;
  - El abandono por parte de los cónyuges, de sus obligaciones familiares;
  - Los ultrajes o injurias de un cónyuge contra el otro;

- La embriaguez habitual;
- El uso de sustancias alucinógenas o estupefacientes, y
- Cualquier conducta de uno de los cónyuges, tendiente a romper o pervertir al otro o a un ascendiente.

Las causales no debidas a la comisión de un ilícito familiar, que son:

- La relativa a enfermedades que imposibiliten la vida del hogar;
- La separación de cuerpos decretada judicialmente, que dure más de dos años, y
- La pena privativa de la libertad superior a cuatro años, por delito atroz y difamante.

1) **CAUSALES DEBIDAS A LA FALTA O CULPA DE UNO DE LOS CONYUGES CONTRA LA INSTITUCION FAMILIAR**

a) Infidelidad

Los cónyuges están obligados a guardarse fe. Todo matrimonio supone la promesa formal que cada novio hace al otro de mantener relaciones sexuales sólo con él y excluir de ellas a toda otra persona. El rompimiento de esta causal implica el más grave ilícito contra el hogar y contra el otro cónyuge. De ahí que la primera y más importante causal del divorcio son las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges.

Antiguamente se colocaba en diferente plano la infidelidad de la mujer y la del marido, pues éste incumplía su obligación de guardarle fe a su mujer cuando establecía relaciones sexuales extramatrimoniales que alcanzaran a constituir amancebamiento. En cambio la mujer la incumplía cuando establecía cualquier relación extramatrimonial por ocasional o secreta que fuera. Esta tesis ha sido lentamente rechazada por las más actuales legislaciones.

En Colombia fue suprimida esta desigualdad por el artículo 4° del Decreto 2820, que establecía que, para efecto de los dos primeros ordinales del artículo 154 del Código Civil "las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges serán causa de divorcio".

Posteriormente, el artículo 154 del Código Civil fue sustituido totalmente por el actual artículo 4° de la ley 1a. de 1976, el que, siguiendo el derrotero de la ley 2820, igualó la infidelidad de la mujer a la del marido, pues se tienen en cuenta las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges sin exigir que las del marido constituyan concubinato o amancebamiento.

Dentro del término "relaciones sexuales extramatrimoniales" caben el homosexualismo, el lesbianismo, el bestialismo. En otras palabras, se refiere a las relaciones sexuales normales y anormales, porque el texto no distingue.

Objetivamente se requiere siempre que el marido o la mujer sepan que existe el matrimonio y su estado de casados.

Por este motivo, si por ausencia prolongada del marido y por noticias de que falleció, la mujer tiene certeza de que su matrimonio está disuelto y como consecuencia establece relaciones sexuales con otro hombre, no comete adulterio, en caso de que aparezca el marido y se compruebe que el matrimonio no estaba disuelto.

La nueva ley de divorcio advierte que la relación sexual extramatrimonial no es causal de divorcio cuando el otro cónyuge la consintió, facilitó o la perdonó.

El consentimiento que uno de los cónyuges da para que el otro pueda establecer relaciones sexuales con persona diferente, es, desde luego, contrario a las buenas costumbres, pero no implica quebrantamiento de la fe conyugal y puede haberse expresado antes y con posterioridad al hecho que lo constituye, se requiere pues, que el cónyuge ofendido no haya facilitado o hecho posible el adulterio del culpable o lo haya perdonado.

La segunda proposición de la causal 1a. del artículo 154 del Código Civil establece:

" 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".

Para que tenga aplicación esta norma, se requiere que uno de los cónyuges celebre un segundo matrimonio sin estar legalmente disuelto el primero, o que por lo menos puedan pre-

sentarse dificultades para decidir si el primer matrimonio se disolvió o tiene plena validez el segundo.

b) Incumplimiento de las obligaciones familiares

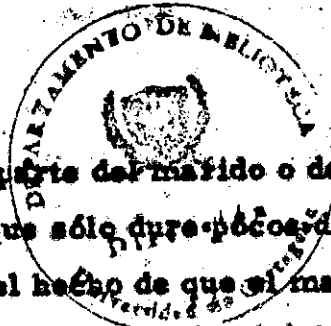
" El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de sus deberes de marido o de padre y de esposa o de madre".

Con el hecho del matrimonio, se contraen entre otros, los siguientes deberes de marido o padre, esposa o madre:

- La cohabitación;
- El derecho a la procreación o a los actos propios para ello;
- La fidelidad;
- El socorro;
- La ayuda mutua;
- La obligación de vivir juntos;
- El cuidado personal de los hijos, etc.

Por lo tanto, la violación grave e injustificada de estos deberes, es causal de divorcio, siempre y cuando se acredite que el incumplimiento es grave e injustificado, porque si solamente es grave y no justificado, no se presenta la causal.





65

El abandono del hogar por parte del marido o de la mujer, en razón de un disgusto y que sólo dure pocas días, no constituye gravedad; tampoco el hecho de que el marido durante algún tiempo esté en incapacidad para suministrar los gastos del hogar por haber perdido su puesto, o por negocios tramitados sin éxito, por cuanto en tales casos el incumplimiento no aparece injustificado.

c) Ultrajes o injurias de un cónyuge contra el otro

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

Los ultrajes son las injurias que un cónyuge hace al otro, y pueden ser de palabra o de hecho, por lo tanto, en el concepto de "ultraje" se puede incluir la injuria grave; las injurias deben ser graves por su forma de manifestarse, sin que sea necesario llegar a extremos irracionales.

En general todo ultraje o injuria que un cónyuge ocasiona al otro, implica violación de los deberes mutuos de respeto y afecto, pues los cónyuges están obligados a amarse, a respetarse y a comprenderse.

Al lado de los ataques o injurias, la causal 3a. del artículo

154 del Código Civil, menciona también como causal de divorcio el trato cruel y los maltratamientos de obra.

El trato cruel es la conducta desconsiderada hacia el otro cónyuge; los maltratamientos de obra, son igualmente ataques o injurias, pero estos últimos provienen de acciones materiales de que son ejemplo los golpes, las lesiones personales, etc.

Será necesario, por parte del juzgador al estudiar la causal, que tenga en cuenta las condiciones sociales, educación de la pareja, formación en el hogar, cultura religiosa, porque lo que para una persona puede ser grave, para otra, de condición social diferente, puede no ser grave.

En general los ataques o injurias, deben ser intencionales, por ese motivo una herida involuntaria no alcanza a constituir injurias o ataque. Las injurias o ataques de palabra o por escrito, como el trato cruel y los maltratamientos de obra han de revestir tal gravedad que deben producir alguno de estos resultados:

- a) En cuanto a los maltratamientos de obra, constituir un peligro para la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges o de sus descendientes;
- b) En cuanto a los simples ataques o injurias, deben hacer imposible la paz y el sosiego domésticos.

d) La embriaguez habitual de uno de los cónyuges

Esta causal es la misma que existía en la causal 3a. del artículo 154 del Código Civil. La habitualidad de la embriaguez debe ser de tal entidad que afecte la unidad del hogar, que haga imposible la paz y el sosiego domésticos y que implique en todo caso un desquiciamiento de la unidad familiar.

No es cualquier tipo de embriaguez la requerida por la causal. Es obvio que se puede probar pericialmente, o por testimonios que generalmente son de personas allegadas a la familia, por lo cual en estos casos, "no puede exigirse una multitud de testimonios sobre hechos que acaecen, por lo común, en la intimidad del hogar y que se ocultan de ordinario al conocimiento y a la crítica sociales", porque lo evidente es que la embriaguez generalmente se presenta combinada con los ultrajes, el mal trato, las ofensas de hecho o verbales.

En esta causal puede el juez con plena autoridad denegar el divorcio si se pide, por cuanto, como ya se dijo, a nuestro juicio, la embriaguez debe producir tales traumas a la organización familiar, que sea imposible pretender que se restablezca la unidad perdida, o sea que haya un desquiciamiento profundo y se justifique moralmente.

68

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

Esta causal es similar a la anterior, por cuanto el alcoholismo es una especie de narcomanía menor y bien podrían haberse refundido en una sola causal, la 4a. y la 5a.

El juez tendrá en cuenta la habitualidad, y especialmente el resultado, o sea la destrucción del hogar o desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial.

- f) Toda conducta tendiente a corromper al otro cónyuge

La causal 7a. del artículo 154 considera como causal de divorcio:

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

Esta causal se dirige a impedir que el otro cónyuge trate de corromper o pervertir al otro, o a sus descendientes o a personas que estén a su cuidado o vivan en la misma casa, mediante incitación a la prostitución, a la delincuencia, al juego, al consumo de drogas alucinógenas, al alcohol, etc.

El concepto de corrupción es bastante amplio y también sería necesario establecer que la persona de quien se dice ha sido corrompida, realmente ha sufrido tal hecho por actividad del cónyuge acusado. No es la simple invitación, sino la transformación de la conducta de una persona, por actividad o incitación de la otra. No debe por lo tanto la persona que se dice ser o ha sido "corrompida o pervertida por el cónyuge acusado", de una conducta anterior poco recomendable, porque no se pueda corromper lo corrompido.

Se habla de conducta tendiente a corromper o pervertir al otro cónyuge, lo que indica que la simple tentativa es suficiente para considerar que se ha consumado la corrupción o perversión.

## 2) CAUSALES NO DEBIDAS A LA COMISION DE UN ILICITO FAMILIAR

### a) Enfermedades o anomalías físicas o físicas

Son causal de divorcio, según la causal 6a. del artículo 154 del Código Civil:

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

La enfermedad mental grave de uno de los cónyuges que autoriza el divorcio, debe revestir una gravedad tal, que excluya la libre determinación de la voluntad que justifique el proceso de interdicción por demencia.

Los trastornos mentales pasajeros no autorizan el divorcio, pues se requiere que sea imposible el restablecimiento de la comunidad doméstica.

Las anomalías graves de orden alícuo autorizan el divorcio, aunque no alcancen a constituir una enfermedad mental, si producen un trastorno de la vida conyugal en razón de tener su origen en lo patológico. "Entran aquí en consideración todos los estados patológicos que excluyen la plena imputabilidad, como son: la histeria, la neurastenia, las psicopatías leves, el cocainismo, la embriaguez, etc."

La anterior consideración de Lehmann, indica: cuando la embriaguez o cocainismo tienen su fuente en culpa de uno de los cónyuges, nos encontramos entre las causales 4a. y 5a. Cuando tienen su fuente en un estado patológico, se aplicará la causal que se estudia.

Finalmente, una demanda de divorcio puede fundarse en enfermedades o anomalías graves o incurables de orden físico, como lo son las enfermedades contagiosas o repulsivas. La jurisprudencia alemana tiene en cuenta como enfermedad repulsiva el lupus, que consiste en una enfermedad de la piel o de las mucosas, producida por tubérculos que

ulceran o destruyen las partes atacadas. Ello, con fundamento en que la comunidad conyugal exige determinada estética y no puede condenarse a un cónyuge a tener que contemplar por el resto de su vida la cara monstruosa u otras partes ulceradas del cuerpo del otro. También se tienen en cuenta la tuberculosis pulmonar, la sífilis incurable, etc.

Estas enfermedades o anomalías graves de orden físico deben poner en peligro la salud del otro cónyuge o imposibilitar la comunidad matrimonial.

- b) La causal 8a. que contempla el artículo 154 del Código Civil dice:

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

Se ha dicho por muchos críticos de la nueva ley que esta causal equivale al divorcio por mutuo consentimiento, ya que los cónyuges que desean divorciarse por mutuo acuerdo piden al juez la separación de cuerpos de común acuerdo, como lo permite el artículo 15, N° 2 de la ley la. de 1976, que modificó el artículo 165 del Código Civil, y luego de los dos años se solicita el divorcio.

Parece que esta causal tiene su plena justificación, pues en ella se establece un término prudencial de separación de cuerpos y, si durante dicho lapso no se reintegra la vida común matrimonial, es injusto mantener atados jurídicamente

a una pareja, que bien puede rehacer su vida concediéndole el divorcio. Además, quienes así obran, demuestran cierta prudencia, con el fin de no alegar causales deshoarosas para el otro cónyuge, lo cual indica el deseo sincero de romper el vínculo.

Con esta causal se le da solución a miles de matrimonios venidos a menos y que antes de la ley afrontaban un grave problema. También se establece la posibilidad de incluir la incompatibilidad de caracteres como causal, pero esperando los dos años de término que establece la ley.

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 resuelven romper su matrimonio; b) cuando no se produzca ninguna de las causales de divorcio, pero existe incompatibilidad de caracteres. La única limitación estriba en que tienen que esperarse dos años, pues sólo puede decretarse transcurrido este lapso, desde que por mutuo consentimiento obtuvieron la separación de cuerpos.

c) Penas privativas de la libertad personal

La causal 9a. del artículo 154 establece que es causal 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 de atroz o infamante".

Esta causal se inspiró en el artículo 231 del Código Civil Francés, el cual preceptúa que es causa de divorcio " la condena de uno de los cónyuges a una pena aflictiva o infamante". El Código Penal Colombiano no califica los delitos o las penas en atroces o infamantes; en cambio el Código Penal francés enumera en su artículo 7° las siguientes penas como infamantes: la pena de muerte, los trabajos forzados a perpetuidad, la deportación, trabajos forzados por tiempo determinado, detención y reclusión.

En Colombia ningún juez dirá en una sentencia que un delito es atroz o infamante; ya que todo delito lesiona intereses de personas, y tan atroz es robar a alguien lo que le es necesario para sustentar su familia e alimentar a sus hijos, como dar muerte a una persona.

Parece que esta causal está mal redactada, y que por lo tanto, no tendrá aplicación alguna. La academia de jurisprudencia solicita suprimir esta parte. La causal debe aplicarse a todo tipo de delitos sin discriminación alguna, pues lo que la causal remedia es el abandono forzoso de los deberes conyugales del condenado y establece la posibilidad para el otro de hacer un replanteamiento de su vida, dejándole en libertad para poder contraer nuevo matrimonio.

### CAPITULO III

### EFFECTOS DEL DIVORCIO

#### 1) EFFECTOS NECESARIOS EN CUANTO AL MATRIMONIO Y A 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 debe suministrar al cónyuge inocente que necesitare de ella.

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 subsisten en el sentido de que los divorciados fueron cónyuges hasta la sentencia de divorcio y los hijos comunes fueron y siguen siendo legítimos.

Hombre y mujer divorciados pueden casarse de nuevo con persona diferente de su antiguo cónyuge, y si llegaren a arrepentirse del divorcio y quisieren convivir de nuevo, necesitarán celebrar entre sí un nuevo matrimonio, pues de no hacerlo así, su convivencia se interpretará como concubinato, y los hijos que tuvieran serán extramatrimoniales o naturales.

Nuestra ley contenía una limitación para que la mujer adúltera pudiera casarse con su cómplice. En efecto, el ordinal 7° del artículo 140 del Código Civil estatua que el matrimonio es nulo "cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio".

Pues bien, por la ley 24 de 1974 el parlamento autorizó al Presidente de la República para que estableciera, sin limitaciones de ninguna clase, la total igualdad de derechos y obligaciones entre hombres y mujeres. Al expedirse el Decreto 2820 de 1974 en uso de la autorización de la mencionada ley, si bien no se derogó expresamente el numeral 7° del artículo 140 del Código Civil, no obstante por el artículo 70 se derogaron las "demás disposiciones contrarias a esta ley".

Y sin duda el mentado ordinal 7° del artículo 140 del Código Civil contenía una notable discriminación entre derecho de hombres y mujeres, por cuanto al marido divorciado por adulterio no se le prohibía casarse con su cómplice, o sea con la mujer con la que había mantenido relaciones sexuales extramatrimoniales y había servido para fundamentar la sentencia de divorcio.

En síntesis, el ordinal 7° del artículo 140 se encuentra derogado, a lo que es necesario agregar que: el legislador, al dictar las leyes debe guiarse tratando de interpretar la naturaleza humana y no principios o reglas de una moral excesivamente estrictas que estén al alcance sólo de determinadas personas, ya que todo cónyuge adúltero, cuyo matrimonio se disuelve por divorcio, pretende rehacer su vida conyugal precisamente con su cómplice. De no permitir ese segundo matrimonio, equivale a forzar un estado indefinido de concubinato.

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

A partir de la sentencia de divorcio, los cónyuges pierden esta calidad y no puede alegarse para heredar abintestato en la sucesión del otro, ni para reclamar porción conyugal.

## 2) OBLIGACIONES DE LOS PADRES DIVORCIADOS PARA CON LOS HIJOS

En general, los derechos y obligaciones existentes 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 debe decidir a cuál de los

divorciados corresponde ejercer en el futuro la patria-potestad, o si ésta es compartida por ambos. La patria-potestad quedará a cargo de un cónyuge, con exclusión del otro, en todos los casos en que la causa probada del divorcio determine suspensión o pérdida de ella para el demandado. Si la patria-potestad se extingue para ambos cónyuges, ordenará la guarda de los hijos. En todo caso, extinguida la vida común de los divorciados, debe proveerse siempre sobre el cuidado personal de todos y cada uno de los hijos legítimos, el que puede encomendarse a los cónyuges o a otra persona atendiendo a su edad, sexo y causa probada de divorcio.

Las obligaciones subsisten a cargo de los padres divorciados. Por dichas circunstancias, en la sentencia de divorcio, el juez debe indicar la proporción en que los divorciados deben contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes.

### 3) OBLIGACIÓN ALIMENTARIA A FAVOR DEL DIVORCIADO INOCENTE

Disuelto el matrimonio, se extinguen todas las obligaciones familiares que se habían creado por él; el deber de socorro y ayuda mutua que existían entre los cónyuges, termina con la sentencia de divorcio, ahora son extraños entre sí. Sin embargo, suele a este respecto aducirse el siguiente argumento: quienes contraen matrimonio lo hacen para hacer vida común durante toda su vida y no para divorciarse, luego, la obligación de socorro y ayuda se contrae por toda la vida.

Especialmente advierte Carbonnier, "el matrimonio tomó a su cargo el deber vitalicio de proteger a su mujer contra la miseria. El derecho se sirve de esta base, éticamente articulada, para prolongar el deber de auxilio a través de la obligación alimenticia subsiguiente al matrimonio".

Este argumento debe extenderse hoy día a los alimentos que pueda salir a deber la mujer al marido en virtud de la igualdad de derechos y responsabilidades entre mujeres y hombres proclamada por el Decreto 2820 de 1974. En efecto, el divorcio puede implicar para el cónyuge inocente una brusca alteración de su nivel de vida, y no es justo que se vea compelido a padecer penalidades en los casos en que él no dio lugar al divorcio.

Por otra parte, sólo el cónyuge que no haya dado lugar al divorcio, tiene derecho a pedir alimentos. El cónyuge culpable jamás tiene tal derecho.

No existe discusión alguna, sobre la existencia de la obligación alimenticia en favor del divorciado inocente, frente al divorcio culpable, tampoco existe controversia en cuanto a la no existencia de la obligación en favor de cónyuges que motivó el divorcio.

El legislador ha guardado silencio en cuanto a la existencia o no existencia de la obligación, en el caso de que ambos divorciados hayan resultado inocentes, como es el caso que contemplan las causales 6a., 8a. y 9a. No hay duda de que existe un vacío sensible en la ley, en manera alguna prohibición de que el deman-

dante inocente se halle exonerado de alimentar al demandado que es también inocente. Tal vacío debe llenarlo la doctrina teniendo en cuenta los dictados de la equidad, y los principios generales del derecho, en el sentido de que el divorciado sin culpa pueda exigir la pensión alimenticia frente al otro que igualmente es inocente.

La demanda de alimentos puede instaurarse cuando aparezca el estado de necesidad del divorcio. Podrá pedirse con la misma demanda de divorcio; podrá después de dictada la sentencia. En este caso los alimentos sólo podrán reclamarse desde la presentación de la demanda; por ningún motivo puede pedirse desde la fecha en que se dictó la sentencia de divorcio, pues si no se pide en aquel entonces, se presume que no los necesitaba el demandante, ni se le admitirá prueba en contrario.

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 otros que cometa el acreedor contra el obligado. Si la injuria es grave, los alimentos se reducirán a lo estrictamente necesario para la subsistencia del acreedor.
- b) Por la insolvencia en que pueda caer el obligado, pues desaparece la posibilidad de cumplir la obligación, y a



**lo imposible nadie es obligado.**

- c) **Por la desaparición del estado de necesidad del acreedor, por ejemplo, recibe una herencia, o consigue trabajo bien remunerado, etc.**
- d) **Por el matrimonio del divorciado acreedor, lo cual es lógico, por cuanto reaparece de nuevo la obligación de socorro y ayuda mutua que contempla el artículo 176 entre el divorciado y el nuevo cónyuge.**

**La cuantía de los alimentos se determina teniendo en cuenta las necesidades del divorciado inocente y las posibilidades económicas del obligado a prestarlos.**

**Los alimentos comprenden el suministro de alimentación propiamente tal, habitación, vestuario, y el pago de gastos médicos, drogas, clínicas, etc.**

**Son válidos los pactos de los cónyuges en los cuales se determine por mutuo consentimiento la cuantía de la obligación alimentaria. Dichos pactos están sujetos a revisión judicial, si han cambiado las circunstancias que lo motivaron, principalmente en cuanto se refiere a la cuantía.**

**Estos pactos pueden celebrarse antes de la demanda de divorcio, durante el proceso o después de dictada la sentencia, y son malos si de algún modo hubieren violado las buenas costumbres, como cuando se celebran antes de la demanda de divorcio con la finalidad de facilitarlos.**



81

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



## CONCLUSIONES

En el estudio de estos importantes temas, me he visto precisada a llegar a las siguientes conclusiones:

Que el matrimonio es la fuente única que tiene la familia legítima, ya que sólo por medio de él se asegura la estabilidad necesaria para la vida de familia y se mantiene la comunidad doméstica.

El matrimonio es un acuerdo de voluntades y es además una institución considerado en sus efectos. En el acuerdo matrimonial, los casados no pueden indicar los fines o resultados, porque se encuentran señalados por la ley, que bajo este aspecto es de orden público. El matrimonio tiene un radio de acción mucho más amplio que el de los contratos, pues comprende a personas que no han intervenido en dicho negocio jurídico, como son los hijos. También proyecta sus efectos en lo atinente a los bienes de los cónyuges, ya que por medio de este vínculo se conforma la sociedad conyugal.

Debemos concluir que el matrimonio es una institución sacramental, a pesar de que los intérpretes del pensamiento cristiano afirman que en la Iglesia Católica primitiva jamás se conoce el matrimonio como sacramento. Fue en el Concilio de Trento en donde se proclamó que el matrimonio es una institución sacramental.

El matrimonio católico es considerado por la Iglesia Católica como uno de los Siete Sacramentos instituidos por Cristo y por esa apreciación tiene la calidad de un dogma de fe, llegando al extremo de castigar con la excomunión y anatema a quienes dudaron de ello.

Es necesario también llegar a la conclusión de que para contraer matrimonio católico es poco lo que se necesita en la vida práctica, pero para contraer matrimonio de acuerdo con nuestras leyes civiles, es necesario llenar una serie de requisitos de fondo y forma para que este acto tenga plena validez, ya que la carencia de alguno de ellos puede hacer inexistente ese acto o viciarlo de nulidad.

En cuanto al divorcio, es necesario concluir que éste es la disolución del matrimonio por hechos posteriores a su celebración que imposibilitan su continuación normal. Fue la ley la. de 1976 la que terminó con la tradición de la indisolubilidad del matrimonio, lo cual se justifica ampliamente, pues la tesis de la indisolubilidad matrimonial trajo como consecuencia el aumento de los casos de concubinato en el país, ya que todos los matrimonios mal avenidos por la incomprensión, por la infidelidad de los cónyuges, etc. traen como consecuencia en los hogares colombianos una serie de padecimientos que ante la imposibilidad de soportarlos, daban lugar a una separación de hecho, y los cónyuges separados no tenían generalmente otro remedio sino el establecimiento de una unión no autorizada por la ley.

También debemos concluir que la ley la. de 1976 sólo puede aplicarse a los matrimonios celebrados conforme a nuestras leyes civiles, y no a los matrimonios celebrados por el código de Derecho Canónico, lo que nos indica que en Colombia a partir de la vigencia de esta ley, existen dos clases de matrimonios, los civiles que son disolubles

mediante el divorcio, y los indisolubles por divorcio, o sea los matrimonios eclesiásticos, que, para que se dicte una sentencia de divorcio es necesario que los cónyuges den lugar a determinadas causas que establece dicha ley, y dicha sentencia produce efectos entre los cónyuges, de éstos con relación a los hijos habidos en el matrimonio, y en cuanto a los bienes que forman la sociedad conyugal.

## BIBLIOGRAFIA

**BIBLIOGRAFIA**

**CODIGO CIVIL COLOMBIANO - Colección Codex Brevis - Editorial  
Voluntad**

**GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán - "Derecho de Familia" - Edit. de la  
Revista "Derecho Colombiano Ltda." - Bogotá - 1978**

**LEON JARAMILLO, Gustavo - "Derecho de Familia" - Medellín, 1978**

**MONROY CABRA, Marco Gerardo - "Matrimonio Civil y Divorcio en  
la Legislación Colombiana" - Editorial Temis - Bogotá, 1977**

**NUÑEZ CANTILLO, Adolfo - "Derecho de Familia"**

**VALENCIA ZEA, Arturo - "Derecho de Familia" - Editorial Temis  
Bogotá, 1977**

\*\*\*\*