

NUEVO REGIMEN DE DIVORCIO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

Profesora CARLOTA VERBEL
Universidad de Cartagena

Tenemos divorcio en Colombia y todavía mucha gente no sabe ni entiende qué divorcio tenemos y cuáles son los derechos y deberes que tienen los divorciados, no saben tampoco qué beneficios trae ni qué perjuicios puede acarrear, cada uno dice lo que mejor le parece al respecto. Los ancianos, y, sobre todo, las ancianas, no aceptan la idea, si los demandan por divorcio se quieren afectar, aunque nunca hayan convivido con su pareja con quien contrajeron matrimonio. Todo su afán es estar casados y las señoras insisten en figurar con el apellido de su marido aunque lo sean sólo de nombre.

Muchos, sobre todo los jóvenes y personas entre 30 y 45 años, clamaban porque se implantara el divorcio y se estableció al fin el divorcio con todos los pro y los contra que tiene; ahí está, regulado por la Ley 25 de 1992, que reglamentó el divorcio para todos los matrimonios, incluso para los religiosos, pero a **la colombiana**; todavía subsisten algunas restricciones propias del subdesarrollo moral y jurídico en que nos encontramos. Hay una inversión de valores y un afán de no llamar las cosas por su nombre; para algunos es amoral hablar de divorcio, rompimiento del vínculo matrimonial, pero las parejas se abandonan sin intervención de la ley ni de la justicia, cada uno hace lo que quiere pero no se divorcia porque ahí es donde ellos ven el mal, no es malo abandonarse de hecho sin cumplir con obligación alguna, pero divorciarse ¡eso sí que no! —he ahí lo malo— allí es donde está lo pecaminoso.

Crisis matrimonial es la que vemos por todos lados. En las encuestas que han hecho los estudiantes al respecto han encontrado un alto porcentaje de parejas que son marido y mujer legítimos de otra persona, pero no conviven de hecho con su pareja. El divorcio en estos casos es el remedio que curará estos males de raíz,

porque se presentan infinidad de problemas por esa desidia de los casados para arreglar su situación anterior. Uno de los problemas más frecuentes es el referente a los bienes que poseía uno de los casados muerto; ya que cuando dos personas se casan se forma una sociedad de personas y una de bienes. En cuanto a las personas, ellos, los cónyuges, están obligados a guardarse fe, deben cohabitar y deben ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

En el aspecto patrimonial, con el matrimonio se forma la sociedad conyugal con los bienes adquiridos a título oneroso, dentro de él. Esto quiere decir, que todos los bienes que adquieren esos consortes desde el día de su matrimonio en adelante y hasta que se disuelva esa sociedad, son bienes de los socios, que son los casados; siendo así, si las personas casadas se separan de hecho, todo lo que ellos adquirieron sigue siendo de la sociedad que formaron y si tienen otra persona con quien han compartido su vida y su trabajo, esa persona estaría desprotegida porque todo pertenece al cónyuge de su compañero, si no ha disuelto, claro está, dicha sociedad conyugal. Habría aquí un enriquecimiento sin causa amparado por la propia ley, que le da prelación al vínculo y no a la convivencia de la pareja (diferente a lo que sucede en derecho laboral con la sustitución pensional, que se le sustituye la pensión es al compañero permanente o al cónyuge que haya convivido con el difunto dos años antes de su muerte, en derecho laboral no se tiene en cuenta el vínculo si no va acompañado de la convivencia efectiva (Ley 100 de 1993, artículo 74). Lo propio sucede en lo referente a los hijos; que según el artículo 213 del Código Civil, si es concebido durante el matrimonio de sus padres se presume legítimo: es la famosa presunción de paternidad que cobija a los hijos de mujer casada; y así todo hijo que la mujer casada no separada legalmente de cuerpo, ni divorciada, tenga se presume de su marido, para que no lo sea tiene el presunto padre, o sea el marido legítimo de la madre, que impugnar la paternidad para que pueda adjudicársele al verdadero padre que puede ser incluso, el compañero permanente de la madre, pero que de la única manera que ella puede tener hijos de su compañero permanente sería habiéndose separado de cuerpo, o divorciándose de su consorte. En esto creo que se equivocó la Ley 54 de 1990 cuando exigió solamente la separación de bienes o la disolución de la sociedad conyugal para que se formara la unión marital de hecho con una persona casada. Los hijos que nacen de esa unión de hecho, aunque la madre esté separada de bienes con su cónyuge no los libera de ser jurídicamente hijos del cónyuge de la madre aunque ella no conviva con ese cónyuge. De todos modos en este caso tendría el presunto padre que impugnar la paternidad ante el Juez de Familia pertinente y dentro de los plazos establecidos.

Pero hablemos un poco del divorcio, que fue regulado por la ley 25 de 1992, la que repitió muchas causales que ya traía la ley 1ª de 1976, que había establecido el divorcio para el matrimonio civil. La nueva ley adicionó algunas y creó

nuevas causales. Véamos: el divorcio es una institución jurídica por la cual se rompe y destruye el vínculo matrimonial a petición de la pareja conjuntamente, o de uno de ellos y por decisión del Juez competente, que lo es el de Familia. Ese rompimiento del lazo jurídico que une a los casados es diferente del repudio, ya que este era un acto unilateral mediante el cual el hombre rompía el lazo sin intervención de ningún juez. Es diferente también de la nulidad, en cuanto esta se da cuando faltan algunos requisitos esenciales para la celebración del matrimonio; las causales en la nulidad son anteriores al matrimonio mientras que en el divorcio los problemas son subsiguientes a él. Es diferente de la separación porque ésta mantiene vigente el vínculo matrimonial mientras que el divorcio no.

Las causales de divorcio según la ley 25 de 1992, son:

Primera Causal. "Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado". En este caso, no se quiso emplear el término adulterio o infidelidad, aunque signifiquen lo mismo que relaciones sexuales, tal vez por no dejar dudas en ningún caso, en cuanto a las personas que violan la norma, hombre o mujer. Toda relación sexual es un acto de infidelidad, pero no todo acto de infidelidad se traduce en relación sexual; hay infidelidad objetiva o moral, que no necesariamente conlleva relaciones sexuales.

Segunda Causal. "El grave o injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres". Los deberes que se contraen con el matrimonio son: a) cohabitación, entendida desde dos puntos de vista, vivir bajo un mismo techo y tener relaciones sexuales con miras a la procreación. b) la fidelidad. c) el socorro y ayuda mutua. d) compartir gastos para el cuidado personal de los hijos, para su crianza, educación y establecimiento. La violación de uno de estos deberes y obligaciones es causal de divorcio, de separación de cuerpos o de separación de bienes.

Tercera Causal. "Los ultrajes, trato cruel y los maltratamientos de obra". Aquí debe tenerse en cuenta el principio de la dignidad humana. El hecho de contraer matrimonio no da derecho a ninguno de los cónyuges para atentar contra la integridad física o moral del otro. En esta causal se impone la obligación de respeto a la integridad física del cónyuge y la obligación de respeto moral y de convivencia.

Cuarta Causal. "La embriaguez habitual de uno de los cónyuges". Es lógico que ésta siga siendo una causal de divorcio y de separación, pues quien vive en estado de embriaguez o lo está en forma habitual es incapaz de reconocer las obligaciones y deberes contraídos en el acto matrimonial, trata de eludirlos y con su irresponsabilidad causa traumas a toda la familia.

Quinta Causal. "El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica". El consumo de estupefacientes trae peores consecuencias que el consumo del alcohol, afecta gravemente la convivencia, ya que el drogadicto es incapaz de matener relaciones amistosas, tiene sentimientos fuertes de inutilidad, depresión, predisposición a sentirse frustrado.

Sexta Causal. "Toda enfermedad o anomalía grave o incurable, física o psíquica de uno de los cónyuges que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial". Esta causal corresponde al divorcio-remedio. El doctor VALENCIA ZEA dice que la enfermedad 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.

Séptima Causal. "Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo". Esta causal quedó igual a la que traía la ley 1ª de 1976, y sobran los comentarios pues ella lo dice todo.

Octava Causal. "La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya durado por más de dos años". Importantísima esta adición a la causal octava de divorcio, que incluye la separación de hecho que pase de dos años como causal de divorcio. Es la mejor disposición que hay en cuanto a divorcio, puesto que interpretó fielmente la necesidad de los colombianos; en Colombia hay más separaciones de hecho que matrimonios y como se había establecido que sólo el cónyuge inocente podía pedir el divorcio, esto se convirtió en una camisa de fuerza, pues el cónyuge inocente no concedía el divorcio ni la separación dizque para castigar a su consorte, cosa que imposibilitaba separarse legalmente. De ahí, la cantidad de uniones irregulares que se formaron aumentadas desde 1976 hasta 1992. Con esta disposición se acabaron estos problemas, porque siendo como es una causal autónoma, pasados dos años de la separación de hecho, cualquiera de los cónyuges puede solicitar el divorcio sin depender para nada de la voluntad del otro ni de culpabilidad alguna; sólo hay que esperar dos años de simple no convivencia para que cualquiera de los dos pueda pedir su divorcio. Con esta causal se han solucionado cantidad de problemas que antes parecían no tener solución.

Esta causal es mejor que el mutuo acuerdo, pues en esta última hay que contar con la voluntad del otro y además con su presencia en la audiencia para ratificar el consentimiento, cosa que en la mayoría de los casos se imposibilita.

Novena Causal. "El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia". Es ésta una buena causal y hacía falta restituirla, ya que en la ley 1ª de 1976 fue incluida, sólo que no nos explicamos por qué motivos a esta causal se le pusieron algunas restricciones que aparentemente no se notan pero que están ahí y obstaculizan el uso de la misma. La primera consiste en que el divorcio por mutuo acuerdo sólo puede efectuarse ante el Juez de Familia cuando debió permitirse que se efectuara también ante un notario y que a la audiencia no tengan que concurrir necesariamente los dos cónyuges; ya que esto ha creado un inconveniente grave, tan grave que algunas veces es imposible usar esta causal que parece fácil y descomplicada. Esto sucede por ejemplo, cuando uno de los cónyuges vive en el exterior, pues para divorciarse por mutuo acuerdo tendría que viajar expresamente para la audiencia, cuando en muchas ocasiones ni siquiera quiere volverse a ver con su pareja, se detestan o tienen otra pareja; teniendo un apoderado con todas las facultades para representarlos no es justo además que se les exija la presencia en la audiencia; audiencia ésta que aunque se llama de conciliación no va ha conciliar a nadie ya que cuando se toma esta trascendental decisión de divorciarse no hay nada que hacer. La audiencia es sólo un requisito más y una demora en el trámite. Debí hacerse esta causal más practica.

Debemos convencernos de que el divorcio es una institución necesaria para la familia ya que cuando las relaciones conyugales se deterioran de tal forma que no es posible convivir pacíficamente, es mayor el daño que se le hace a las parejas obligándolas a vivir juntas que permitiéndoles por ley disolver el vínculo. Cuando no hay otra solución al conflicto, lo mejor es retirarse y retirarse en legal forma.

COMPETENCIA

En cuanto a la competencia el divorcio se tramita ante los Jueces de Familia, en primera instancia, si la demanda es por una de las causales de la 1ª a la 8ª, si se trata de la causal 9ª, por mutuo acuerdo, conocerá en única instancia, el Juez de Familia, pero en los municipios en donde no haya Juez de Familia, conocerá el Juez Civil o Promiscuo Municipal en primera instancia y en segunda instancia el Juez de Familia.

La ley 25 de 1992 modificó el decreto 2272 en su artículo 5º literal b colocando el divorcio por mutuo acuerdo dentro de los procesos de única instancia.

Esta ley modificó también el artículo 435 del C.P.C.; al establecer en su artículo 8º: "El numeral 4º del párrafo 1º del artículo 435 del C.P.C. quedará así: 4º) El divorcio es la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso y la separación de cuerpos por consentimiento de ambos cónyuges". Complementa-

do el artículo 435 núm. 4° que se refiere al proceso verbal sumario queda ahora así: Se tramitará en única instancia, por el procedimiento que regula este capítulo, los siguientes asuntos: El divorcio, cesación de efectos civiles del matrimonio religioso y la separación de cuerpos, por mutuo consentimiento de ambos cónyuges. De manera que ahora el divorcio por mutuo acuerdo es un proceso verbal sumario y es de única instancia, si se tramita ante el Juez de Familia, porque si se tramita ante el Juez Civil o Promiscuo Municipal es verbal sumario, pero no es de una sino de dos instancias, esto quiere decir que tienen apelación cuanto ante estos jueces se tramita, y la apelación se surte ante el Juez de Familia.

Cuando el divorcio es por una de las causales de la 1ª a la 8ª, contempladas por el artículo 5° de la Ley 25 de 1992, el proceso es el **Verbal**, que contiene el artículo 427 del C.P.C.. Se tramita ante los Jueces de Familia en primera instancia y la segunda instancia se surte ante el Tribunal Superior - Sala de Familia.

Debió establecerse además que el divorcio por mutuo acuerdo se tramitará ante Notario para colaborar con la descongestión de los despachos judiciales.

DATOS BIBLIOGRAFICOS

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO

DECRETO 2272 DE 1989

LEY 1ª DE 1976

LEY 54 DE 1990

LEY 25 DE 1992

VALENCIA ZEA, ARTURO. **Derecho de Familia**. Tomo V. Cuarta Edición, 681 págs.

VERBEL ARIZA, CARLOTA. **Régimen Legal de las Uniones Maritales de Hecho**. Cartagena 1991, 500 págs.