



21-4-2017

**LA INFIDELIDAD Y EL
INCUMPLIMIENTO DE LOS
DEBERES CONYUGALES COMO
CAUSALES DE DIVORCIO EN
COLOMBIA: PROPUESTA DE
UNA RELECTURA.**

**Ana María Arango Bravo.
Laura Peláez Soto
UNIVERSIDAD EAFIT**

Tabla de Contenido

INTRODUCCIÓN.....	3
PRIMER CAPÍTULO: DEL DEBER DE FIDELIDAD Y SU CONFIGURACIÓN EN SEDE DEL MATRIMONIO.....	4
1. Del matrimonio y su composición.	4
2. Los deberes que surgen del matrimonio y sus características.	10
3. El deber de fidelidad. concepto y funcionamiento.	27
4. El incumplimiento del deber de fidelidad y sus efectos.	33
SEGUNDO CAPÍTULO: DE LAS CAUSALES, PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA DE DIVORCIO. SU CONTENIDO E INTERPRETACIÓN A LA LUZ DEL CONCEPTO DE INFIDELIDAD.	36
1. Primera causal de divorcio: la relación sexual extramatrimonial de uno de los cónyuges. concepto y configuración.....	39
2. Segunda causal de divorcio: el grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.....	49
2.1. ¿Qué se entiende por grave e injustificado incumplimiento de los deberes conyugales y específicamente del deber de fidelidad?.	49
3. Tercera causal de divorcio: los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.....	54
4. ¿Como se han interpretado las tres primeras causales de divorcio a la luz de la Ley 25 de 1992 y la Constitución Política de 1991?.	62

TERCER CAPÍTULO: PROPUESTA DE RELECTURA DE LAS TRES PRIMERAS CAUSALES DE DIVORCIO	69
1. Disconformidad de la configuración legal de las causales primera, segunda y tercera de divorcio, con los diversos supuestos de hecho en los que tendrían aplicaciones dichas causales.	69
2. Relaciones sexuales extramatrimoniales y ultrajes entendidos como incumplimiento de los deberes: una sola causal de divorcio.	74
2.1 Propuesta de relectura de la segunda causal de divorcio.	75
A MANERA DE CONCLUSIONES.....	79
1. Ventajas.....	79
2. Justificación para su implementación.	83

INTRODUCCIÓN:

Mediante el presente trabajo se pretende realizar una propuesta de relectura de la segunda causal de divorcio que subsuma tanto los supuestos de "las relaciones sexuales extramatrimoniales" como "los ultrajes, el trato cruel y el maltrato de obra", que se encuentran enmarcados en la primera y tercera causales de divorcio, motivo por el cual, no sería necesario la existencia de estas últimas. En razón de ello, la normatividad estaría más adecuada a la actual realidad social colombiana, para generar así una aplicación más práctica y efectiva de dichas normas.

Para plasmar de forma efectiva esta relectura se realizó una investigación acerca de estas tres causales de divorcio que será desarrollada a través del texto así: a) un primer capítulo en el cual se busca definir e indagar sobre el deber de fidelidad en el matrimonio y de esta institución como tal, b) un segundo capítulo donde se expondrán las tres primeras causales de divorcio con sus respectivas concepciones y fundamentos, además de análisis de las mismas a la luz de de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 25 de 1992 y, c) un último capítulo en el cual se presentará la propuesta propiamente dicha con sus efectos y los motivos que justifican la misma.

PRIMER CAPÍTULO: DEL DEBER DE FIDELIDAD Y SU CONFIGURACIÓN EN SEDE DEL MATRIMONIO.

1. DEL MATRIMONIO Y SU COMPOSICIÓN.

El artículo 113 del Código Civil consagra que “el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y de auxiliarse mutuamente”. En este sentido, el legislador, por mucho tiempo, entendió que la esencia del matrimonio era la heterosexualidad de los contrayentes. A pesar de ello, ordenamientos jurídicos, como el colombiano, han venido evolucionando con el pasar del tiempo, cambiando así dicha concepción y aceptando los matrimonios homosexuales.

Fue así, como luego de presentarse una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 113 del Código Civil y otras disposiciones similares¹, en las que se consagra el matrimonio exclusivo entre un hombre y una mujer, la Corte Constitucional profirió uno de sus fallos más importantes en materia del Derecho de familia en Colombia contenido en la Sentencia C – 577 del 2011, MP Gabriel Eduardo Mendoza. En esta decisión, dicha entidad da cabida a las uniones homosexuales y concede al Congreso de la República un tiempo determinado² para legislar sobre la materia³.

¹ Inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009.

² “**QUINTO.-** Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”.

³ “**CUARTO.- EXHORTAR** al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”.

Luego de tan controversial decisión, y de que el Congreso no realizara pronunciamiento alguno sobre el tema en el tiempo estipulado por la Alta Corte, esta última se manifestó en providencia SU – 214 en el año 2016, MP Alberto Rojas Ríos, y con esta se definió admisión, por vía jurisprudencial, del matrimonio homosexual en nuestro país.

Así pues, el matrimonio entendido como la unión entre dos personas de diferente o igual sexo, se caracteriza como una unión monógama, permanente y legal. Es unidad monógama, por la comunidad de vida que construye la pareja, esto es, dos personas que forman una unidad de manera exclusiva y excluyente, una vez han contraído matrimonio. La permanencia también denominada estabilidad, se refiere a que el matrimonio tiene el propósito de no ser pasajero, sino que perdure en el tiempo y la legalidad del matrimonio quiere denotar que este deriva de la ley y que esta misma regula todo lo relativo a aquel.

En cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio, mucho se ha discutido sobre si es un contrato o una institución. Es por ello, que se han propuesto diferentes teorías para tratar el tema:

- Teoría contractualista: esta teoría, también conocida como la tradicional, advierte que el matrimonio es un contrato, pues es un acuerdo de voluntades que produce obligaciones.

A esta corriente pertenece nuestro Código Civil, consagrando el matrimonio como un contrato solemne, teniendo en cuenta que el consentimiento que debe emitirse, debe darse ante juez y o ante notario, a diferencia del matrimonio canónico, que es considerado un sacramento.

- Teoría institucionalista: esta teoría explica que el verdadero estado que se crea en el matrimonio hace del mismo una institución, aunque desde un punto formal este pueda entenderse como un contrato.
- Teoría mixta: esta teoría sostiene que el matrimonio es una institución natural y de orden público. Lo anterior, debido a que existe un funcionario ante quien se debe celebrar el matrimonio, el cual además, es el encargado de autenticar el consentimiento de los contrayentes, motivo por el cual, no depende de los cónyuges la modificación de los efectos de la unión. Sin embargo, el matrimonio no deja de ser un contrato, pues el consentimiento sigue teniendo un papel predominante.

Otro tema de alta relevancia, ha sido la evolución del papel protagónico del matrimonio religioso en nuestro país. Es así, como encontramos a través del tiempo y de la emisión de diversas leyes por parte de la rama legislativa, una separación completa del matrimonio civil y el matrimonio católico y, de igual manera, una apertura a otras creencias religiosas con la consagración de la libertad de culto en la nueva Constitución de 1991. Considerando lo anterior, a continuación se dará un pequeño recuento de los eventos más importantes que impulsaron esta evolución para comprender mejor el panorama que nos rodea hoy en día.

El primer momento relevante se presentó con la adopción del Código Civil en nuestro ordenamiento (Ley 57 de 1887), que toma sus bases del Código Civil chileno, mediante el cual se evidencia la separación de la legislación canónica y la civil. Para ese entonces el panorama normativo era el siguiente:

- A. Ley 57 de 1887, artículo 12: “Son válidos para todos los efectos civiles y políticos, los matrimonios que se celebren conforme al rito católico”.

B. Ley 30 de 1888, artículo 34: “El matrimonio contraído conforme a los ritos de la Religión Católica anula *ipso jure* el matrimonio puramente civil, celebrado antes por los contrayentes con otra persona”.

C. Ley 54 de 1924:

- Artículo 1: “ No es aplicable la disposición de la primera parte del artículo XVII del Concordato⁴ cuando los dos individuos que pretenden contraer matrimonio declaren que se han separado formalmente de la iglesia y de la religión católica, siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido órdenes sagradas, ni sean religiosos que hayan hecho votos solemnes. Los que en todo caso quedan sometidos a las prescripciones del Derecho canónico.”
- Artículo 2: “La declaración de que trata el aparte precedente se hará por escrito, por los dos individuos que pretenden contraer matrimonio, ante el Juez Municipal respectivo, en la solicitud que presenten para la celebración del contrato, y se expresaran en ella la época en que se separaron de la iglesia y de la religión católica. Tal declaración se insertará en el edicto que se debe publicar conforme a la ley; se comunicará por el Juez inmediatamente al Ordinario eclesiástico respectivo, y la ratificarán los contrayentes en el acto de la celebración del matrimonio, que no se podrá celebrar sino transcurrido un mes desde el día en que la declaración dicha haya sido comunicada oficialmente al Ordinario, dejando constancia de la misma declaración en la diligencia o partida respectiva. ”

⁴ Concordato del 31 de diciembre de 1887 firmado entre el Estado Colombiano y la Iglesia Católica en Roma que dio origen a la Ley 54 de 1924.

Como se evidencia con las normas mencionadas, se privilegiaba el matrimonio católico, prelación que respaldaba la Constitución Política de 1886⁵, aunque en esta época existieron ambos matrimonios, el civil y el católico. Sin embargo, para el año de 1973 se presenta un segundo momento relevante cuando el Estado realiza la celebración de un nuevo concordato⁶ con la Iglesia Católica, con el cual se derogó la Ley 54 de 1924 que establecía que una persona solo podía celebrar matrimonio civil si se separaba formalmente de la Iglesia. Este concordato permitió que los católicos colombianos pudieran elegir entre si contraer matrimonio por lo civil o por lo católico sin necesidad de apartarse de su iglesia. En todo caso, ambos matrimonios producían efectos civiles. Este tratado internacional rigió hasta el año 1991.

El tercer momento se dio con la llegada de la Constitución de 1991, la cual garantizó en su artículo 19 la libertad de cultos y el derecho a profesar libremente la religión. De este modo, se estableció, además, en el artículo 42 de esta carta, que los matrimonios religiosos tendrían efectos civiles de acuerdo a la ley. En razón de ello, el legislativo expide la Ley 25 en el año de 1992 y consagra en esta que: “tendrán plenos efectos jurídicos los matrimonios celebrados conforme a los cánones o reglas de cualquier confesión religiosa que haya suscrito para ello Concordato⁷ o Tratado de Derecho Internacional o Convenio de Derecho público con el Estado colombiano”⁸.

⁵ Constitución Política de 1886, artículo 38: “La Religión Católica, Apostólica, Romana es la de la nación: los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada, como esencial elemento de orden social. Se entiende que la Iglesia Católica no es ni será oficial, y conservará su independencia.”

⁶ Concordato de 1973 aprobado por la Ley 20 de 1974

⁷ En el año de 1997 el Estado colombiano celebra el Convenio de Derecho Público Interno número 1, con entidades Cristianas no católicas, dicho Convenio es aprobado mediante Decreto 354 de 1998.

⁸ Artículo 1° de la Ley 25 de 1992.

Entonces, fue de esta manera cómo llegamos a tener en la actualidad una clara división entre el matrimonio civil y el matrimonio religioso y, este último, no solo entendido como el de la iglesia católica sino el de otras creencias religiosas. Como dice el autor Arnoldo Quiroz Monsalve (2014), la Corte Constitucional afirma que:

Al respecto es necesario precisar aspectos de singular importancia como la independencia existente entre la jurisdicción civil y la jurisdicción eclesiástica, que con la Constitución Nacional del 91 se aclara de modo significativo.

Así las cosas, se tiene que respecto al matrimonio católico uno es el vínculo que surge del mismo y otro los efectos civiles que genera. Respecto al vínculo, precisamente por la independencia de las jurisdicciones, más no de la plena autonomía de la eclesiástica, no le es dable al Estado entrar a regularlos cuando se trate de matrimonios religiosos, pero sí le es permitido en lo que hace a los efectos civiles del mismo⁹.

Es claro que en la actualidad, en Colombia se permite tanto el matrimonio civil como el religioso, y este último con efectos civiles. El panorama es el siguiente:

A. El matrimonio civil en nuestro ordenamiento jurídico se rige por las normas del Código Civil y las demás disposiciones que lo hayan modificado. Es allí, donde se regula todo lo referente al tema, como los efectos, las nulidades, la validez del mismo, la disolución del vínculo, entre otros.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C- 027 de 1993. MP Simón Rodríguez Rodríguez.

B. En la actualidad en Colombia, el matrimonio religioso y el civil tienen el mismo valor. Cuando se habla de matrimonio religioso no solo se hace referencia al matrimonio celebrado por el rito católico que durante mucho tiempo fue privilegiado por nuestro ordenamiento jurídico, sino que refiere a todas aquellas religiones de cualquier confesión que han suscrito con el Estado colombiano un tratado de Derecho internacional o un Convenio de derecho público que reúnen una serie de requisitos.

Dichas exigencias se traducen en que el objeto del tratado sea la regulación de los efectos civiles en el matrimonio, que dicha religión tenga personería jurídica y que haya sido inscrita en el registro público de entidades religiosas. Por último, que la religión que desea ser reconocida por el Estado colombiano, no contenga disposiciones contrarias a la Constitución Política, y por ende, respete en forma plena los derechos fundamentales que profesa nuestro ordenamiento.

Los matrimonios religiosos se rigen entonces por las reglas respectivas que les confiere cada confesión religiosa. Sin embargo, en cuanto a los efectos civiles que estos generan, le compete a la ley civil colombiana. Es así, como una vez inscrito el matrimonio religioso en el registro civil de matrimonio, estos comienzan a surtir efectos.

2. LOS DEBERES QUE SURGEN DEL MATRIMONIO Y SUS CARACTERÍSTICAS.

El matrimonio ha sido entendido como un contrato que es celebrado entre los esposos y, como todo contrato, de él surgen ciertos deberes que deben ser cumplidos por cada una de los contrayentes. Para este contrato en especial, los deberes que de él se derivan tratan de acciones u omisiones que deben ser

desplegadas por ambos miembros que conforman la pareja. Además, es importante tener en cuenta que todos los deberes que de allí emanan, son de obligatorio cumplimiento de forma recíproca, esto es, de igual manera para ambos cónyuges.

De este modo, los deberes del matrimonio son la base del mismo. Por lo tanto, esto implica que en caso de un incumplimiento de alguno de ellos, se configuran las causales de divorcio consagradas por el legislador en el artículo 154 del Código Civil.

Para una mejor comprensión, se hace necesario caracterizar los deberes emanados del matrimonio, los cuales tienen una serie de rasgos en común, entre los que se encuentran los siguientes:

- Son recíprocos: La reciprocidad no se predica por el hecho de que se encuentran radicados en cabeza de uno y otro cónyuge, sino porque en ambos casos tienen la misma relevancia, es decir, tanto para el hombre como para la mujer dichos deberes pesan de forma equivalente, en virtud del principio de igualdad, considerado como un derecho fundamental, consagrado en el artículo 43 de la Constitución Política Colombiana.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia al pronunciarse sobre la reciprocidad de los deberes del matrimonio ha establecido que:

Los deberes de fidelidad, cohabitación, respeto, socorro, auxilio y ayuda se basan en el principio de la reciprocidad; es decir, son obligaciones mutuas o recíprocas porque al deber de una parte respecto de la otra, corresponde un deber idéntico de la segunda respecto a la primera, planteamiento que permite reconocer que en operancia tales obligaciones se encuentran en una relación de causa a efecto, es

decir, de interdependencia, cada vez que la exigibilidad de una parte dependa de la ejecución de los propios deberes [...].¹⁰

- Son absolutos: Todos los deberes emanados del matrimonio son absolutos, menos el de cohabitación que tiene una excepción legal. Que tengan un carácter absoluto significa que no hay justificación alguna para su incumplimiento. Sin embargo, como se dijo, la cohabitación es una excepción a esta regla general, debido a que en el artículo 166 del Código Civil se establece que el juez podrá decretar la separación de cuerpos temporal, es decir, se da una cesación de la cohabitación en virtud de una razón aprobada por el juez.
- Son perpetuos: De la misma manera, uno de los rasgos en común entre los deberes es que son perpetuos mientras el matrimonio esté vigente, no se suspenden ni dejan de tener efectos a menos que se disuelva el vínculo que existe entre los cónyuges.

Si bien estos deberes tienen características comunes, cada cual abarca un determinado contenido que lo diferencia del otro y compromete a la pareja de casados de diferente forma. Los deberes que en estricto sentido se derivan del matrimonio son la fidelidad, la cohabitación, la ayuda y el socorro mutuos. De igual forma, no es de olvidar que, además de los deberes que estrictamente se derivan de la celebración del vínculo, también existen otros efectos personales que genera el matrimonio, de los cuales resultan ciertos deberes implícitos que no emanan exactamente de la ley sino de la moral, entre los que se encuentra el mutuo respeto, la tolerancia, el débito conyugal, el deber

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 1985, MP José Alejandro Bonivento.

de amarse, la unidad de vida matrimonial y la defensa del honor conyugal. Todos ellos serán desarrollados a continuación.

I. Guardarse fe – fidelidad:

El deber de fidelidad ha sido entendido como el deber que tiene cada miembro de la pareja de casados de acatar una conducta indiscutible, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedora y dañina para la dignidad de la pareja (Bossert, Gustavo A., Zannoni, Eduardo A, 2004, p. 199). En este sentido, dicho deber ha tenido como finalidad proteger el carácter único y excluyente del matrimonio.

Lo anterior quiere decir que, se ha entendido como el deber que tienen los cónyuges de abstenerse de tener cualquier relación en apariencia comprometedora, es decir, que dé a entender que existe un vínculo más allá de una amistad. Además, también comprende aquellas actuaciones que afectan la dignidad de la pareja.

La fidelidad como deber del matrimonio se caracteriza por ser recíproco, y esto se debe a que los dos integrantes del matrimonio tienen el mismo grado de cumplimiento frente a la pareja, ya que no se le exige a uno más que a otro, pues se encuentran en una situación de igualdad. La fidelidad es, a su vez, un deber absoluto, puesto que no hay justificación alguna que puedan invocar los cónyuges una vez el mismo ha sido infringido, y además, es permanente mientras el matrimonio no haya sido disuelto, lo que significa que perdura en el tiempo durante la vigencia del vínculo matrimonial.

Se puede afirmar, entonces, que algunos de los deberes que complementan la fidelidad son, por ejemplo, el respeto y el actuar según los intereses familiares. En primer lugar, el respeto tiene como fin que haya una correspondencia en el buen trato, lo que implica que entre la pareja se deben tratar con educación, sin agresión verbal y siguiendo lineamientos éticos del buen vivir. El deber de fidelidad necesariamente implica el deber de respeto, van ligados ambos, pues tratan de proteger la dignidad de los cónyuges. En segundo lugar, es necesario mencionar el complemento que existe entre el deber de fidelidad y el de actuar de acuerdo con los intereses familiares. Se puede entender que este último deber abarca todos aquellos aspectos como el buen convivir, la unidad familiar y la tranquilidad, no solo de los cónyuges sino del resto de personas que integran el hogar.

Por lo tanto, el incumplimiento del deber de fidelidad abarca tanto las relaciones sexuales extramatrimoniales como el ejercicio indebido de besos, caricias o cualquier otro acto erótico proveniente de una persona diferente al cónyuge, que constituyan injuria grave y, por tanto, configuren causal de divorcio. Es posible afirmar, entonces, que puede haber infidelidad a través de conductas sospechosas a nivel social o material, así como relaciones sexuales extramatrimoniales, entre otras actuaciones que infringen dicho deber de guardarse fe.

II. Deber de cohabitar:

De acuerdo a las implicaciones que conlleva el contrato del matrimonio, los esposos deben compartir “techo, lecho y mesa”. Este concepto va más allá de una simple comunidad de residencia, pues, además, comprende actitudes propias de la vida de pareja incluyendo

relaciones afectivas y sexuales, y se trata de compartir entre ellos los actos cotidianos de la vida.

En este sentido, uno de los fines del matrimonio de acuerdo al artículo 113 del Código Civil colombiano es el de procrear, siendo necesario para ello que el marido y la mujer hagan vida marital, es así, como el deber de cohabitar es el medio para cumplir tal fin. Este deber se traduce en el compromiso de los cónyuges de vivir juntos y dado el caso, de ser recibido el uno en la casa del otro. Se trata, entonces, de un derecho que al mismo tiempo es un deber y funciona en un plano de igualdad.

A pesar de ello, el fin de procrear no se opone a que los casados planifiquen su cumplimiento, esto es, decidan de forma libre y responsable el número y el momento en que desean tener sus hijos. Así mismo, dado el caso, que dispongan no tenerlos y, puedan tomar las medidas anticonceptivas necesarias, que no se consideran violatorias del derecho de pareja, siempre y cuando sea una decisión tomada por ambos.

En cuanto a esta última situación, cabe destacar que en la actualidad es posible considerar cómo se irradian en el deber de fidelidad dos situaciones ya comunes. La primera, por parte de la mujer cuando se somete a un tratamiento de fertilidad sin consentimiento del marido; la segunda, cuando el marido suministra su semen a favor de un tercero sin el conocimiento de la mujer. Ello no quiere decir, que dado el caso la mujer no pueda someterse a tratamientos para quedar embarazada o que el hombre no pueda ser donante de esperma, lo que debe acontecer en ambas materias, es que sus respectivas parejas (el

otro cónyuge) deben estar enteradas y aprobar la situación, es decir, dar su consentimiento.

Por otro lado, el deber de cohabitar es lo suficientemente amplio como para darse una infracción al mismo, aun cuando los cónyuges vivan juntos y tengan lo necesario para una vida digna. Por ejemplo, en los casos en los que no existe comunicación alguna entre ellos, o se ha perdido el respeto y/o la atención del uno para con el otro y viceversa. Otra manera en la que se podría dar un quebrantamiento a este deber, se presenta cuando entre los propios miembros que conforman la pareja hay maltratos de palabra o de obra que atentan contra la relación misma.

Entonces, para no incurrir en incumplimiento de este deber, cuando los cónyuges consideren que existen problemas en su vida matrimonial, podrán por consentimiento mutuo suspender su vida en común de manera temporal. La suspensión de la cohabitación es denominada separación de cuerpos que puede proceder de hecho o mediante decisión judicial.

No obstante, que la ley autorice establecer por mutuo acuerdo la no convivencia de los cónyuges bajo el mismo techo, se permite afirmar que la comunidad entre ambos en un único espacio es uno de los elementos del deber de cohabitación que evidencia que este no exige necesariamente la convivencia en común. En otras palabras, el deber de cohabitar se compone no solo de la convivencia en común, sino de todos aquellos actos de la vida cotidiana que tienen como fin fomentar la vida matrimonial, tales como: salir a comer; participar en la educación de los hijos, que en ocasiones implica reuniones escolares; estrechar los lazos familiares con los parientes del cónyuge, entre otros.

Sin embargo, es de tener en cuenta que aunque el legislador permita la separación de cuerpos como una forma de solucionar momentáneamente los problemas de la pareja, es imperativo seguir cumpliendo los demás deberes emanados del matrimonio. Frente a este tema la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado estableciendo que:

Los cónyuges en el estado de separación de cuerpos, siguen siendo tales, se deben fidelidad [...]; los separados, pues, no obstante la sentencia que redefine la suspensión de su vida en común, siguen siendo marido y mujer; el vínculo que los ata sigue sin soltarse, porque el efecto de la separación de cuerpos en ningún caso rompe el lazo matrimonial, la sociedad de personas que se crea por las nupcias continúa su existir [...].¹¹

Así las cosas, el deber de cohabitar cesa por tres motivos: el primero, cuando el matrimonio es declarado nulo, esto es, cuando se da la invalidación del vínculo debido a que en la celebración del mismo se han presentado vicios o defectos en los elementos esenciales que impiden que el matrimonio surta efectos, entonces, la nulidad del matrimonio supone que el mismo nunca existió. En segundo lugar por el divorcio, que es la disolución del vínculo matrimonial por intermedio de una autoridad judicial dentro de un proceso apoyado en las causales de divorcio señaladas por la Ley en el artículo 154 del Código Civil que deja como consecuencia una sentencia judicial que disuelve el contrato; o el autorizado por el notario mediante escritura pública con fundamento en el mutuo acuerdo de los cónyuges. Por último, cesa el deber de cohabitación por la ya mencionada separación de cuerpos, una situación

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia Junio 28 de 1985, MP José Alejandro Bonivento Fernández.

jurídica en la que subsiste el vínculo matrimonial, por tanto, también el estado civil de casados, pero con suspensión entre los cónyuges de la convivencia en común.

Estas dos últimas situaciones, el divorcio y la separación de cuerpos, no pueden confundirse pues son situaciones totalmente diferentes. Por un lado, la separación no afecta el vínculo del matrimonio solo suspende uno de los elementos del deber de cohabitación, el vivir juntos; y, por su parte, el divorcio sí termina el vínculo, es decir, es legalmente la extinción del matrimonio.

La Real Academia de la Lengua Española ha entendido el verbo cohabitar como “habitar juntamente con otra persona u otras personas” o “hacer vida marital”¹² . En pocas palabras, residir con alguien.

En cuanto al sustento normativo del deber de los cónyuges de cohabitar, existen dos artículos en el Código Civil colombiano que de forma palpable lo consagran:

- Artículo 178: “Obligación de Cohabitación. Modificado por el art. 11, Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: Salvo causa justificada los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos tiene derecho a ser recibido en la casa del otro”.
- Artículo 179: “Residencia del Hogar. Modificado por el art. 12, Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: El marido y la mujer fijarán la residencia del hogar. En caso de ausencia,

¹² LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, consultado el 10 de febrero de 2017 en: <http://dle.rae.es/?id=9gTzX9G>

incapacidad o privación de la libertad de uno de ellos, la fijará el otro. Si hubiere desacuerdo corresponderá al juez fijar la residencia teniendo en cuenta el interés de la familia”.

III. Deber de ayuda y socorro mutuos:

El amor se expresa en el matrimonio en la necesidad de colaboración y apoyo en todas las actividades de la vida. Por tanto, no es actitud apropiada para los cónyuges huir a la primera adversidad, sino afrontarla de manera solidaria mediante la suma de esfuerzos que ponen de manifiesto todo el alcance del término consorte, que quiere decir, que comparte la suerte.

En este sentido, el socorro y la ayuda mutuos comprenden tanto el apoyo, la compañía, el consuelo y la ternura propias del afecto en la pareja, así como el suministro de elementos materiales necesarios para una vida digna. La manifestación más objetiva del deber de socorro está en la obligación mutua de los cónyuges a proporcionarse alimentos mientras subsista el vínculo y, en algunas ocasiones, aun después de disuelto el mismo para el cónyuge culpable del divorcio respecto del inocente.

De acuerdo a este deber, según sus facultades, el marido debe suministrar a la mujer lo necesario para subsistir y, la mujer tendrá igual obligación respecto del marido, si este careciere de medios. En pocas palabras, este deber hace referencia a la obligación alimentaria, donde los cónyuges deben auxiliarse en las ordinarias necesidades domésticas, en proporción a sus facultades.

En cuanto al incumplimiento de dicha obligación, el cónyuge que contraviene la misma, faculta al otro para demandar alimentos en su favor, dicha sanción no solo ha sido consagrada para este caso, sino que también fue prevista por el legislador para otros supuestos como, por ejemplo, la infracción al deber de fidelidad. La inasistencia alimentaria constituye delito en nuestro ordenamiento jurídico¹³.

Es pertinente advertir que, aunque una parte de la doctrina nacional¹⁴ trata el deber de ayuda y socorro como uno solo, algunos autores realizan una diferenciación entre lo que comprende un término y el otro. Por ejemplo, según el doctrinante Eduardo García Sarmiento (1999, p. 368) se computa la ayuda como una obligación de hacer, mientras el socorro como una obligación de dar.

Según este último autor, la obligación de ayuda consiste en que los cónyuges están comprometidos a cooperarse y auxiliarse en todas las circunstancias de la vida, esto es, velar por la salud, el bienestar, la tranquilidad, el progreso y la felicidad, entonces, más que un deber jurídico es visto como una obligación del alma. Sobre la ayuda se consideran el afecto, el amor, la tolerancia, el respeto, la dignidad, la comprensión, el desarrollo de la personalidad y la consecución de fines.

El deber de ayuda más que algo jurídico es un término que abarca concepciones de tipo moral y espiritual, puesto que lleva implícitamente el demostrar sentimientos. Se trata pues, de un apoyo continuo, una compañía y un consuelo que deben brindarse los cónyuges mientras subsiste el matrimonio.

¹³ Artículo 233 del Código Penal Colombiano.

¹⁴ Marco Gerardo Monroy Cabra y Juan Enrique Medina Pabón.

En todo caso, el doctrinante Quiroz Monsalve (2014) quien cita al autor Mariano López Alarcón el cual señala que el deber de ayuda mutua se materializa en:

[...] el diálogo entre los esposos y la puesta en común de sus proyectos familiares será causa para la mutua ayuda que deben prestarse para decidir sobre el régimen de vida común, la división de las funciones, contribución personal y económica de cada uno de los cónyuges, gestión de patrimonios en intereses de la familia, modelo de formación religiosa y de su práctica, planificación responsable de la natalidad, ejercicio de la patria potestad, educación e instrucción de los hijos y otras muchas ordenaciones a las que el derecho no alcanza y que exigirán la atención conjunta y cooperadora de los esposos (p. 157 y 397).

Por otro lado, García Sarmiento (1999, p. 368-369) también establece que el deber de socorro se traduce principalmente en una prestación de dar, es decir, se trata del sustento de la pareja, lo que equivale a que el deber de socorro se compone de elementos como el dinero, la comida, el vestuario, la habitación, la salud y la diversión. De este modo, adquiere el nombre de lo que conocemos normalmente como alimentos.

Los alimentos se deben incluso en situación de separación de hecho o durante el proceso de nulidad del matrimonio. Esta obligación de forma general, no es solo jurídico positiva, sino que se fundamenta en la solidaridad familiar, “una emanación natural del compromiso que los cónyuges contraen al celebrar el matrimonio, y de la ley” (García, E. 1999, p. 369).

Sobre este punto, los autores Martha Elena Montoya y Guillermo Montoya (2013, p. 237) han afirmado que el deber de socorro y ayuda mutua es el compromiso entre cónyuges de acompañamiento en momentos de dificultad, en aspectos no patrimoniales, pues es ayudar al otro de forma moral e intelectual en las dificultades de la vida. Sin embargo, afirman que la obligación de suministrar alimentos ¹⁵ al cónyuge, fundada en el artículo 411 del Código Civil, tiene su apoyo en este deber.

De esta forma, señalan que para que se pueda demandar al cónyuge por alimentos se requiere demostrar los siguientes requisitos: a) necesidad e incapacidad por parte del reclamante, b) capacidad económica del cónyuge a quien se reclaman alimentos y, c) el título que sirve de fuente a la relación jurídica¹⁶ (Montoya, ME y Montoya, G, 2013, p. 298).

Por último, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 13 de junio de 1985, MP José Alejandro Bonivento Fernández, dejó notar que entiende la ayuda y el socorro como un mismo deber que se encuentra permeado tanto por un factor económico como uno moral. El Alto tribunal dice así:

[...] el deber de ayuda y socorro [...] no se traduce exclusivamente en dinero o en alimentación, sino

¹⁵ Ley 1098 de 2006, artículo 24: "[...] se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parte"

¹⁶ Como se puede deducir del artículo 411 del Código Civil según el cual: "Se deben alimentos: 1. Al cónyuge [...]".

también en apoyo moral y afecto para el normal desenvolvimiento de la vida familiar, llamada a proporcionar un clima apto para el florecimiento de los valores espirituales y morales entre quienes la integran.

Esta postura se reitera por la Corte Constitucional unos años después, en la Sentencia C-246 de 2002, MP Manuel José Cepeda, cuando afirma:

La obligación de socorro y ayuda que la ley predica de los cónyuges casados (artículo 176 C.C.) comprende varias dimensiones que cobijan, entre otras cosas, prestaciones de carácter personal y económico que hacen posible la vida en común y el auxilio mutuo. A través de estos vínculos no sólo se manifiesta el deber constitucional de solidaridad, sino que también se desarrolla el principio de reciprocidad que caracteriza la relación conyugal. No está en juego, entonces, la simple materialización de un deber referido por la Carta Política sino también la protección de la igualdad entre los miembros de la pareja matrimonial puesto que la obligación es mutua y semejante para cada uno.

IV. Mutuo respeto:

La Constitución Política de Colombia en su artículo 42 establece que las relaciones de familia en su totalidad se basan en el respeto, no solo de los cónyuges sino de todos los integrantes de la familia.

Según el autor Pedro Lafont Pianetta (2010), el deber de respeto conlleva la aceptación de las demás personas con cualidades y defectos, sobre todo en el plano de pareja. La finalidad de este deber es suministrar

seguridad a los derechos derivados del matrimonio y esto se debe a que como ha afirmado el autor "de un lado, si se le reconoce su existencia y titularidad ajena, y del otro, si se abstiene de interferirlo, afectarlo, amenazarlo o quebrantarlo, lógicamente con ellos se garantiza los derechos ajenos" (p. 560).

V. La tolerancia:

También conocido como el deber de la mutua consideración, y sobre el cual Martha Elena Montoya y Guillermo Montoya (2013) afirman que:

La tolerancia implica que cada cónyuge debe permitir al otro el desarrollo de su personalidad; de donde nace el deber de cada cual de tolerar las costumbres, religión, prácticas culturales y géneros de vida del otro. Sin embargo, esta tolerancia tiene un límite, por cuanto el matrimonio crea una auténtica comunidad espiritual de vida; de ahí que cada cual deba sacrificar parte de su vida a aquella comunidad, vale decir, no pueden el marido y la mujer conservar en forma total su independencia anterior de vida. El éxito de todo matrimonio depende en gran parte de la posibilidad de crear aquella comunidad mediante el ensamblaje de costumbres en una unidad superior, al tiempo que cada cual conserva su propio yo (p. 240).

VI. Débito conyugal:

Se trata de un deber encaminado a satisfacer la sexualidad normal del individuo y de la pareja en general. Es así, como con este

requerimiento se suple la necesidad de procreación para la conservación familiar y de la especie humana.

Su fuente legal es el artículo 113 del Código Civil, el cual señala como fines del matrimonio entre otros el de “procrear”, norma que de forma implícita consagra entonces dicho deber, ya que se sobrentiende que para procrear es necesaria la consumación del matrimonio traducida en las relaciones sexuales de la pareja. En este orden de ideas, es un deber de orden público, imperativo, irrenunciable e intransferible por ningún acto.

De acuerdo al doctrinante Lafont Pianetta, el débito conyugal se estructura por los siguientes elementos: a) se establece frente a los cónyuges, b) es un vínculo jurídico que tiene como contenido una obligación personalísima, material, física, psíquica y moral, c) se presume con la mera celebración del matrimonio, aunque en algunos casos puede desaparecer con posterioridad al paso del tiempo y, además, d) implica sexualidad entendida como aquellos comportamientos que de acuerdo a “la naturaleza, la ciencia, la tecnología, las buenas costumbres, los usos y hábitos permiten desarrollar la sexualidad”; e implica la procreación como acción tendiente al engendramiento o concepción del ser humano (2010, p. 553-554).

VII. Deber de amarse:

Los autores Montoya y Montoya citan a los doctrinantes Pothier, Engels y San Pablo, los cuales afirman que siendo el amor el fundamento de la relación, debería consagrarse éste normativamente como deber en estricto sentido al igual que la fidelidad, la cohabitación, el socorro y ayuda mutuos. Sin embargo, la realidad demuestra que pueden

cumplirse los deberes maritales y existir relación entre cónyuges sin necesidad de que este sentimiento exista, o relaciones donde existiendo amor se incumplen los deberes conyugales (2013, p. 239).

VIII. Unidad de vida matrimonial:

Afirma el autor Lafont Pianetta (2010, p. 562) que es esencial del matrimonio que el mismo se exteriorice como verdadera institución, lo que implica que él tome forma visible y real. De esta manera, su manifestación no es otra sino construir una comunidad de vida.

Su fuente normativa radica en el artículo 113 del Código Civil, el cual señala como fines del matrimonio, además del de procrear y auxiliarse mutuamente, el fin de “vivir juntos”. Dicho artículo consagra de forma implícita este deber, ya que al vivir en pareja se va construyendo la unidad marital.

IX. Defensa del honor conyugal:

Los autores Montoya y Montoya (2013) anuncian que:

Por honor conyugal se entiende el buen nombre que todo matrimonio debe tener dentro de la comunidad en que convive; cuando miembros de ella atentan contra ese buen nombre, cada cónyuge, de manera independiente o en conjunto, están obligados a salir en defensa del buen honor conyugal (p. 240).

Así pues, el ser casado obliga a la pareja a actuar el uno respecto del otro con amor, tolerancia, honestidad y honradez, dejando entonces

como obligaciones principales de los cónyuges en el matrimonio, la fidelidad, el socorro y ayuda mutuos, así como la convivencia.

3. EL DEBER DE FIDELIDAD. CONCEPTO Y FUNCIONAMIENTO.

Para los autores Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni (2004, p. 199), la fidelidad – de fides – es un término con un concepto muy amplio, que socialmente incluye el deber para cada cónyuge de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedor y lesiva para la dignidad del otro. De esta manera, el deber de fidelidad tiene como fin preservar el carácter único y excluyente del matrimonio.¹⁷

Nuestro ordenamiento jurídico concibe el matrimonio como un acto jurídico bilateral que se da de manera libre, espontánea y consciente, entre dos personas adultas que se obligan a respetarse la una a la otra y a adoptar determinadas conductas en beneficio de la contraparte. Es precisamente en razón de tal concepción, que el artículo 176 del Código Civil establece que dentro de los deberes de los cónyuges se encuentran guardarse fe y otras.

En la misma línea, la Corte Constitucional en Sentencia C-821 de 2005, MP Rodrigo Escobar Gil, se pronunció afirmando que:

La unión que emana del consentimiento otorgado por ambos cónyuges con el acto del matrimonio, hace surgir respecto de ellos una serie de obligaciones que les son exigibles, resultando como una de las más relevantes la

¹⁷ Bossert, Gustavo A., Zannoni, Eduardo A. (2004). Manual de derecho de familia. Consultado el 20 de febrero en la página web: http://www.academia.edu/9303196/Manual_de_derecho_de_familia-_Bossert_Zannoni

de fidelidad mutua. La fidelidad, es considerada uno de los pilares fundamentales sobre los que se edifica y consolida la estructura del matrimonio, como forma de constitución de la institución familiar, en cuanto busca preservar el vínculo de mutua consideración, aprecio y confianza indispensable en la vida matrimonial.¹⁸

Por su parte, la fidelidad como deber del matrimonio se destaca por ser recíproco, lo que se debe a que los dos integrantes del mismo tienen igual grado de cumplimiento frente a su pareja. No se le exige a uno más que a otro, pues se encuentran en una situación de igualdad. Además, la infidelidad de uno de ellos no autoriza al otro a infringirla. Es a su vez, un deber absoluto puesto que no hay justificación alguna que puedan invocar los cónyuges una vez infringido dicho deber. Por último, este es permanente mientras el matrimonio no haya sido disuelto, lo que significa que perdura en el tiempo durante su vigencia.

La fidelidad ha sido clasificada en: fidelidad moral y material.

En la fidelidad moral, el deber matrimonial se transgrede cuando se realizan diferentes conductas con terceros que implican o permiten concluir que existe una relación más allá de una amistad o propia de un trato social, no obstante, no se llega a tener una relación sexual.

En cuanto a la fidelidad material, esta resulta violentada cuando se tienen relaciones sexuales con una persona diferente al cónyuge. En este punto, el autor Marco Gerardo Monroy Cabra (2012) asegura que “para la configuración de las relaciones sexuales extramatrimoniales no se requiere una cópula perfecta sino que también haya cópula imperfecta, coito vestibular, cópula

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 821 de 2005, MP Rodrigo Escobar Gil.

onalística y aberraciones sexuales, utilizando órganos impropios para la generación” (p. 327).

Algunos autores, entre ellos Lafont Pianetta (2010, p. 560), denominan esta clasificación en términos de fidelidad genérica y fidelidad específica. La primera de ellas, la cual es equivalente a la clasificación de fidelidad moral, tiene un sentido muy amplio, ya que abarca un compromiso familiar asociado con el deber de guardarse fe de los cónyuges en sí mismos y entre ellos.

En cuanto a la segunda clasificación, fidelidad específica, que equivale a la denominada fidelidad material, es para Lafont Pianneta (2010, p. 560) más relevante que la infidelidad genérica, pues es aquel deber que exige guardarse fe en ámbitos sexuales, y que tiene como consecuencia la estabilidad matrimonial y el desarrollo de la concepción moderna de la familia. En sus propias palabras:

La importancia de esta concepción radica en su carácter fundamental del desarrollo matrimonial, a tal punto que solo el incumplimiento de este deber constituye causa de divorcio o separación de cuerpos (Art 154 num, 1 del C.C). Y ello obedece, entre otras razones, a las siguientes: en primer término, porque desarrolla el principio de la monogamia, fundamental dentro de la familia monogámica y la familia moderna; y en segundo lugar, porque, de un lado, acentúa el desarrollo de la sexualidad individual y protege el cuerpo y la honra y la pareja; y del otro, consolida la relación de pareja (cuando es activa) y facilita el establecimiento de la filiación y la crianza (p. 558).

En su doble sentido, el deber de fidelidad no solo abarca las relaciones sexuales extramatrimoniales, sino también infidelidad de besos, caricias o cualquier otro acto erótico proveniente de una persona diferente al cónyuge que

constituyen una injuria grave y, por tanto, configuran una de las causales de divorcio. Es posible afirmar, entonces, que pueden haber conductas sospechosas a nivel social o material que generan un compromiso aparente, relaciones sexuales con personas diferentes al cónyuge y otras situaciones que permiten dar cabida a la configuración del incumplimiento de dicho deber.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 09 de noviembre de 1990, MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss, acogió la clasificación de infidelidad moral y material estableciendo que:

Valdrá siempre distinguir con cuidado dos maneras en que la infidelidad, en materia matrimonial, puede presentarse. La primera, llamada infidelidad matrimonial, equivale al adulterio, queda configurada al mediar relaciones sexuales extraconyugales de cualquier de los esposos. Por el contrario, la infidelidad moral, constitutiva de agravios y en tal concepto también motivo legal para ejercitar el derecho a solicitar el divorcio.

Es así, como podría concluirse que el deber de fidelidad se compone no solo por la abstención de tener relaciones sexuales, consumadas o no, con un tercero ajeno a la pareja, sino también evitando la ocurrencia de cualquier acto erótico u acto que se considere cree apariencia ante la sociedad de algo más que una amistad.

El deber de fidelidad cuenta con regulación legal específica, es así, como en el Código Civil podemos encontrar los siguientes artículos que hacen referencia a la misma:

- Artículo 176. “Obligaciones Entre Cónyuges: Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida”.

- Artículo 113. “Definición del Matrimonio. El matrimonio es un contrato solemne por el cual **un hombre y una mujer** se unen con el fin de vivir juntos, y de auxiliarse mutuamente” (Negrilla fuera del texto).

Cuando el artículo menciona “un” hombre y “una” mujer, hace referencia a una pareja monógama.

- Artículo 154. “Causales de Divorcio. Son causales de divorcio:
 - I. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido facilitando o perdonando”.

A diferencia de otros deberes como la ayuda y el socorro mutuo que recaen sobre todos los miembros de la familia, incluyendo tanto padres como hijos, el deber de fidelidad tiene como únicos sujetos los dos cónyuges. Estos últimos son quienes tienen la obligación de abstenerse de tener relaciones sexuales o cualquier vínculo afectivo que genere en la otra persona un detrimento a su honra.

Si bien la fidelidad es uno de los pilares fundamentales del matrimonio, como todos los aspectos sociales tiene un límite, puesto que esta no puede sobreponerse a los demás derechos de la pareja relacionados con su desarrollo como persona. Sobre este punto es relevante mencionar las palabras utilizadas por el autor Lafont Pianetta (2010):

Fuera de los límites generales, este deber también tiene, como límites especiales, derechos de la personalidad de la familia y de la sociedad. Sobre los primeros, es preciso tener claro que la exclusividad y confianza que implica la fidelidad genérica o específica con relación al cuerpo propio o ajeno tiene como límites los derechos de la personalidad. Así por ejemplo, el derecho a la dignidad humana impide que la exclusividad sexual se torne en esclavitud; y el derecho a la salud del cuerpo, no pueden tornar la exclusividad causante de daños mediante enfermedades contagiosas ni tampoco puede abusarse del derecho a la fidelidad para atentar contra el honor y la honra del otro cónyuge, aunque solo sea en el campo sexual. Por ello, tampoco el celo por la eventual infracción de la fidelidad, puede llevar al hombre a impedirle a la mujer el derecho a trabajar, a comunicarse con las demás personas a no tratar a sus familiares, etc. Así mismo, la fidelidad no puede quebrantar los derechos de la familia, como acontece con la intimidad, la igualdad, la honra, la integridad, etc. [...]

De igual manera, la sociedad no puede verse afectada con el desarrollo de la fidelidad conyugal [...]. Así no puede exagerarse la fidelidad al extremo que su cumplimiento implique la comisión de delito, como las lesiones personales, restricciones a la libertad personal, injurias cometidas por celos, etc. Ni tampoco puede impedirse que la sociedad sea dinámica y, por lo tanto, amplíe o actualice la concepción de fidelidad restringiéndola cada día más. [...] (p. 561-562).

Se puede evidenciar, entonces, que si bien la ley otorga un derecho a la pareja respecto a su relación al consagrar este deber, en primer lugar, no puede hacerse distinción alguna entre los titulares de dicho derecho en el sentido de que sea más exigente en la mujer y más flexible en el hombre o viceversa, pues sin distinción de raza, sexo o cualquier otro, siempre habrá igualdad para ambos cónyuges.

Por último, es de notar que la realidad de la sociedad en la que vivimos, se encuentra en constante cambio y permeada por diferentes factores que hacen que cada día se consideren nuevos panoramas. Motivo por el cual, se hace necesario que el derecho en general, deba irse ajustando a las nuevas insuficiencias de la sociedad que con el pasar del tiempo son más evidentes, ello para poder dar soluciones efectivas a los problemas que surgen a diario.

4. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD Y SUS EFECTOS.

La infracción por parte de alguno de los cónyuges de los deberes personales en tal grado que afecte al otro, ataca la tranquilidad y la estabilidad de la relación. Por tal motivo, el legislador previó algunas consecuencias que flexibilizan el vínculo y pretenden dar una solución momentánea al problema. Sin embargo, si la situación de conflicto no admite remedio, las normas civiles abren la posibilidad de deshacer el vínculo, es decir, terminarlo definitivamente.

Las conductas violatorias del deber de fidelidad, hace unas cuantas décadas, tenían para la mujer el carácter de delito, en todo caso, con el progreso de la sociedad y la evolución normativa, vino la “igualdad de géneros”, por lo que se fueron restringiendo las facultades del marido y se impusieron una serie de derechos para la mujer. Dichos progresos iniciaron con la protección de la salud, y la integridad física y psicológica de la mujer, que impedían los maltratamientos de obra y palabra hacia ella.

En este orden de ideas, estando ya tanto el hombre como la mujer en igualdad de condiciones, se pudo entender que la infidelidad y sus efectos eran y siguen siendo idénticos para ambos. En consecuencia, el incumplimiento del

deber de fidelidad ha sido entendido como una conducta indiscutible que tiene la capacidad de crear ante la sociedad una apariencia de compromiso y que afecta, en este sentido, la dignidad del otro miembro de la pareja.

En todo caso, como el deber de fidelidad ha sido entendido por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la doctrina¹⁹ desde un punto de vista material y uno moral, se presentan dos tipos de incumplimiento. El primero de ellos se configura cuando median las relaciones sexuales extramatrimoniales entendidas como se explicó anteriormente; y, por otro lado, la infidelidad moral que aparece cuando se presenta algún otro tipo de conducta sea sexual o no, que es ofensiva y dañina para la pareja.

Así pues, es posible afirmar que el incumplimiento del deber de fidelidad no solo se configura por mediar una relación sexual extramatrimonial, sino que además cualquier acto erótico proveniente o dirigido hacia un tercero ajeno al matrimonio o una conducta que pueda crear apariencias ante la sociedad de algún tipo de compromiso, se considera infidelidad.

Una vez incumplido el deber, el artículo 154 del Código Civil faculta al cónyuge inocente a pedir el divorcio. De acuerdo a la forma en que se haya incumplido tal deber, esto es, si se presentó una infidelidad material o una de tipo moral, dependerá la causal de divorcio a invocar.

Para el primer caso, infidelidad material, se entenderá que la demanda de divorcio se presenta por la primera causal, relaciones sexuales extramatrimoniales, Artículo 154, numeral 1 del Código Civil y, en el segundo, infidelidad moral, se predica, como soporte de la demanda la tercera causal,

¹⁹ Marco Gerardo Monroy Cabra (2012), Alcides Morales Acacio (2006) y Pedro Lafont Pianetta (2010).

estos, ultraje e injuria grave, artículo 154, numeral 3, pero en nuestro entender, apartándonos de lo dicho por la Corte Suprema de Justicia cabría la posibilidad de invocar para ambos tipos de infidelidad la segunda causal, artículo 154, numeral 2, ya que esta clase de infidelidad la interpretamos como un incumplimiento de deberes, más específicamente el de guardarse fe según lo expondremos en el tercer capítulo.

La Corte Constitucional en Sentencia de 2005, corrobora que una vez se quebranta el deber de fidelidad haciendo imposible la continuación del vínculo, se faculta al cónyuge inocente a solicitar la disolución del matrimonio. En palabras de la Corte:

[...] Por eso, el quebrantamiento del deber jurídico de fidelidad conyugal en el matrimonio es incompatible con el consentimiento que legitima dicho vínculo, lo que descarta de plano que a través de la ley se pueda patrocinar la continuación de la relación matrimonial, restringiendo irrazonablemente los derechos del cónyuge ofendido, materializados en la posibilidad de solicitar la disolución del matrimonio.²⁰

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C- 821 de 2005, MP Rodrigo Escobar Gil.

SEGUNDO CAPÍTULO: DE LAS CAUSALES, PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA DE DIVORCIO. SU CONTENIDO E INTERPRETACIÓN A LA LUZ DEL CONCEPTO DE INFIDELIDAD.

De acuerdo con el autor Juan Enrique Medina Pabón (2010):

[...] el verdadero problema del matrimonio es el matrimonio, es decir, la convivencia permanente de dos personas con concepciones diferentes de la vida, con sus propios intereses [...] que conspiran para debilitar ese lazo promovido por el afecto, la atracción fisiológica y el instinto de transferencia selectiva de genes. (p. 244).

Ello significa, que hacer vida en comunidad, juntar dos personas “de diferentes mundos” como diría el famoso dicho, para vivir el resto de sus vidas como pareja, es una tarea más que compleja que requiere de mucho esfuerzo para ser superada.

Por este motivo, aunque para el legislador es más conveniente la permanencia de la unión, este no podía simplemente desconocer que las relaciones matrimoniales no son idílicas, razón por la cual, le permite a los esposos a través de casos taxativos en la ley, determinar con libertad cuando ponen término final a la unión, y para ello crea la figura del divorcio.

La palabra como tal, divorcio, en su acepción etimológica, se remonta a las palabras *divertere* y *divotium* que quieren decir, irse cada cual por su lado para no volverse a juntar. Además, es entendido como una forma de extinguir el negocio jurídico matrimonial, invocando alguna de las causales señaladas por la ley civil.

Como consecuencia, se extingue el contenido del matrimonio y los efectos que este produce frente a los cónyuges.

Esta figura en el actual sistema jurídico puede darse de dos formas, la primera requiere declaración judicial a petición de uno de los cónyuges; la segunda, por mutuo acuerdo entre las partes declarado ante juez o notario. Sin embargo, algunas de las causales contenidas por el artículo 154 del Código Civil, tienen carácter punitivo para aquel cónyuge que no se comporta de acuerdo a los lineamientos estipulados por el legislador para el matrimonio, mientras que otras tienen el objetivo de solucionar la crisis que atraviesa el matrimonio y que se mira como insuperable. Dichas situaciones en palabras de la Corte Suprema de Justicia, dan lugar a los conocidos como el divorcio sanción y el divorcio remedio, respectivamente.

En este sentido, las causales primera, segunda y tercera de divorcio, que competen a este trabajo, se enmarcan en el divorcio - sanción, que se fundamenta en la idea de castigar conductas dolosas o culposas de uno de los cónyuges y que afectan el vínculo matrimonial, caso en el cual solo hay lugar a la disolución si existe un cónyuge culpable y otro inocente. En este tipo de divorcio, solo podrá demandar el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que motivan el mismo, cumpliendo entonces el principio que nadie puede alegar en su favor su propia culpa.

El matrimonio desde la esfera jurídica, es pues una institución excepcionalmente compleja porque combina todos los elementos objetivos y subjetivos posibles en una relación entre seres humanos. Desde este punto, también sería posible realizar una segunda clasificación de las causales de divorcio, dependiendo de si se entienden como una falta, algo no debido o, una solución, lo debido.

- A. Subjetivas / debidas: En esta categoría se encuentran aquellas causales que se deben a faltas dolosas o culposas cometidas por uno de los cónyuges. Faltas que permiten al otro cónyuge, el inocente, invocar la disolución del vínculo.

En estos casos el divorcio lo genera el incumplimiento de una obligación matrimonial, por lo tanto, solo aplicará cuando hay un cónyuge culpable y otro inocente. El cónyuge inocente cuenta con un interés legítimo para demandar.

- B. Objetivas/ no debidas: En esta categoría se encuentran aquellas causales que son vistas como una solución o remedio a situaciones que resultan insostenibles entre los cónyuges y que tienen como consecuencia la ruptura del matrimonio. En esta situación no se busca censurar el comportamiento irregular de uno de los cónyuges.

“Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges”, primera causal de divorcio; “El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres”, segunda causal de divorcio; y “Los ultrajes, trato cruel y los maltratamientos de obra”, tercera causal de divorcio, comparten ciertas características que serán mencionadas a continuación:

1. Ser causales taxativas.
2. Debe revestir gravedad, es decir, la situación que se presenta en la pareja debe hacer material y moralmente imposible la vida en comunidad para los cónyuges.
3. Imputabilidad.
4. La respectiva causal debe ser invocada por el cónyuge inocente, ya que no funciona de pleno derecho.
5. Son autónomas, esto es, que funcionan de manera independiente.
6. La situación que se alega en la causal debe ser acreditada probatoriamente.

7. Los hechos que se alegan deben ser sobrevinientes al matrimonio, es decir, haberse presentados luego de celebrado el matrimonio.
8. Debe existir un cónyuge culpable y otro inocente.
9. No funciona la compensación de culpas, lo que quiere decir que si ambos cónyuges cometieron la falta contenida en el supuesto, ninguno podrá demandar el divorcio.
10. Además, dichas causales no son susceptibles de interpretación extensiva o analógica.

En todo caso, a pesar de que tanto la primera como la segunda y la tercera causales de divorcio comparten supuestos que las hacen similares, también han tenido una evolución en el tiempo que las diferencia, según la cual se ha definido su contenido y se han precisado detalles que serán tratados a continuación.

1. PRIMERA CAUSAL DE DIVORCIO: LA RELACIÓN SEXUAL EXTRAMATRIMONIAL DE UNO DE LOS CÓNYUGES. CONCEPTO Y CONFIGURACIÓN.

De acuerdo al artículo 113 del Código Civil colombiano, “el matrimonio es un contrato solemne celebrado entre hombre y mujer, quienes se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”. De este modo, una vez el matrimonio ha sido celebrado, es inexcusable e imprescindible cumplir con los deberes que ha impuesto nuestro legislador como efectos imperativos de este contrato.

Dichos deberes se resumen en estricto sentido en el deber de guardarse fe también conocido como el deber de fidelidad, el deber de cohabitar y por último, el deber de ayudarse y socorrerse mutuamente. De ahí, que desobedecer

estas imposiciones, constituye el rompimiento de la estructura matrimonial y el más grave ilícito contra uno de los contrayentes y contra el matrimonio.

En este sentido, el legislador ha dispuesto una serie de causales de divorcio por las cuales los contrayentes pueden disolver el vínculo matrimonial. Estas casuales de divorcio, consagradas en el artículo 154 del Código Civil, han sido recogidas considerando las distintas situaciones que pueden llegar a quebrantar los lazos matrimoniales y por ende, que hacen imposible el cumplimiento del contrato matrimonial, puesto que, no sería racional obligar a la pareja de esposos a seguir haciendo vida marital a sabiendas de que la estructura matrimonial se ha perdido. Por esta razón, es que el cónyuge que transgrede los deberes derivados del matrimonio, habilita a su pareja para invocar el divorcio a través de alguna de las causales establecidas y, por tanto, a dar por terminado el matrimonio.

La primera causal de divorcio consagrada en Colombia para terminar el vínculo matrimonial, son las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges. Por este motivo y para poder comprender de manera completa el funcionamiento de dicha causal, es indispensable conocer cómo ha sido entendido el término relaciones sexuales, en ámbitos como la ciencia sexológica y en el campo religioso, así como también en la esfera jurídica.

De este modo, luego de realizar algunas averiguaciones sobre el término relaciones sexuales, nos percatamos que este concepto ha sido concebido y tratado de forma distinta en cada ámbito, como podrá notarse a continuación.

Por un lado, se encontró que para la religión Católica, las relaciones sexuales comprenden “la penetración de la vagina por el miembro viril erecto, acompañada de eyaculación de semen” (Morales, A. 2006, p. 645), lo que significa que para la iglesia podría existir una simple penetración, pero sin

eyaculación no existirían como tal, relaciones sexuales. Una definición demasiado estrecha del término que hoy por hoy no encaja con la realidad.

Para la Sexología, las relaciones sexuales han sido entendidas como:

El contacto físico entre personas fundamentalmente con el objeto de dar y/o recibir placer sexual, o con fines reproductivos. La relación sexual abarca muchas posibles actividades o formas de relación entre dos personas y NO SE LIMITA SOLO al coito o penetración.²¹

De esta manera, si bien en general cualquier contacto que supone excitación sexual, con o sin orgasmo, es lo que entiende esta ciencia por relación sexual, también explica que existen diferentes posibles formas de tener una relación sexual entre las cuales se encuentran, abrazos, masajes, caricias o besos en el cuerpo pero no necesariamente en los genitales, caricias en la zona genital, sexo oral y penetración (con o sin eyaculación dentro de la vagina).

Por otro lado, en la esfera jurídica, la prohibición de las relaciones sexuales extramatrimoniales fue prevista principalmente por dos razones. La primera de ellas, se fundamenta en que el matrimonio tiene entre sus fines el de la procreación, en tal sentido, con la consagración de la prohibición de las relaciones sexuales por fuera del vínculo matrimonial, lo que buscaba el legislador era evitar hijos extramatrimoniales con el objeto de conservar y proteger el matrimonio como un célula especial configurada a la luz de Código Civil como la institución por excelencia y el pilar de la sociedad para la constitución de la familia.

²¹ Sexualidad – Seguridad. Definición de relación sexual. Consulta el 10 enero en la página web: <http://sexualidadseguridad.blogspot.com.co/2010/03/definicion-de-relacion-sexual.html>

La segunda razón, como un medio para imponer a la mujer una abstención a tener relaciones con un tercero diferente a su marido. Por este motivo, hubo una época en la que para la legislación colombiana, esta causal fue consagrada primeramente como el adulterio de la mujer y el amancebamiento del marido. Esto era, para la mujer bastaba con una sola relación sexual por fuera del matrimonio para configurar la causal de divorcio, mientras que para el hombre, era necesario según la Corte Suprema “las relaciones sexuales permanentes o estables entre dos personas que no son casadas entre sí”²² y que constituyen una situación social durable.

A pesar de ello, una vez la expresión igualdad de sexos comenzó a resonar en la sociedad colombiana, se empezó a reconocer a la mujer la misma importancia y categoría que al hombre en el derecho, la causal fue modificada quedando referida a “las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquier de los cónyuges”, una consagración genérica que igualó tanto al hombre como a la mujer en el tratamiento jurídico de dicha causal.

La Corte Suprema de Justicia²³, en términos generales, afirmó que en cuanto a las relaciones sexuales extramatrimoniales, no se entienden como tales solo los actos acabados (la mayoría de veces de difícil demostración), sino también todo comportamiento erótico realizado, acogiéndose así a la definición dada por la sexología.

De esta misma forma, ha sido entendido por el autor Monroy Cabra (2012), quien expresa a grandes rasgos que las relaciones sexuales por fuera del matrimonio son la falta de fidelidad, entendida no solo como una cópula

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 27 de junio de 1969, MP Guillermo Ospina Fernández.

²³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de junio de 1986, MP Guillermo Salamanca Molano.

perfecta, sino que basta la unión sexual del hombre y la mujer. Esto es, para las relaciones sexuales extramatrimoniales, como ya lo advertimos anteriormente, para el autor mencionado, no se requiere una cópula perfecta sino que también haya “cópula imperfecta, coito vestibular, cópula y aberraciones sexuales, utilizando órganos impropios para la generación” (Monroy, M. 2012, p. 327). También incluye prácticas sexuales con animales.

Con el tiempo, la Corte Suprema de Justicia, como también ya se mencionó, fue realizando precisiones sobre el tema y comenzó a trabajar la infidelidad desde dos esferas, la material y la moral, configurando así el concepto de infidelidad desde dos sentidos. De acuerdo a ello, en Sentencia del 19 de julio del 1989, MP Eduardo García Sarmiento, esta corporación expresó que:

[...] la infidelidad, cuando se materialice en adulterio se rige por el numeral 1 de la ley citada y cuando no llega a concretarse así o no se logra la prueba plena y completa del acto podrá significar un ultraje o injuria grave tratada por el numeral 3 de la misma ley [...]”. (A este último supuesto se denominó infidelidad moral).

En este sentido, la misma Corte Suprema en Sentencia del 9 de noviembre de 1990, MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss, confirmó que la llamada infidelidad material equivale al adulterio que queda configurado al mediar las relaciones sexuales extramatrimoniales.

Por su parte, la infidelidad moral, es constituida por agravios y tiene su fuente en el comportamiento incompatible con el deber de fidelidad conyugal. “Acerca de esta última situación, la doctrina jurisprudencial ha dicho [...] son de

injuria grave cuando ellas tengan la suficiente connotación de crear apariencias comprometedoras o lesivas para cualquiera de los casados”²⁴.

Lo anterior quiere decir, que en los casos en que la conducta no llega a una relación sexual en estricto sentido, es decir, no se alcanzan a estructurar la infidelidad material, pero que puede generar lesión al respeto y decoro frente al cónyuge, tales hechos de todas maneras podrán indicar la comisión de una falta grave a los deberes familiares, esto se denomina infidelidad moral y se enmarca dentro de la causal segunda, incumplimiento de los deberes, y no respecto a la tercera causal que se refiere al trato cruel o injuria grave.

Es de notar, que parece que nos enfrentamos a un problema interpretativo referente a la infidelidad moral, pues si bien en mayor medida podría alegarse que esta es un claro ejemplo de un incumplimiento de deberes, es decir, la causal de divorcio número dos, la Corte Suprema de Justicia en pronunciamientos como los dos recién citados²⁵, aunque afirman que con dichos comportamientos se incumple y se quebranta la fidelidad, han entendido tal situación como una injuria grave, caso que se enmarca dentro del numeral tercero de las causales de divorcio.

En este sentido, anticipando un poco el análisis de la tercera causal de divorcio, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 09 de noviembre de 1990, MP Pedro Lafont Pianetta, establece como rasgos generales del trato cruel y la injuria grave, los siguientes:

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de julio de 1989, MP Eduardo García Sarmiento.

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de julio del 1989, MP Eduardo García Sarmiento y Sentencia del 9 de noviembre de 1990, MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

[...] la agresión injuriosa de obra o simplemente de palabra, provenientes de hechos aislados o de actitudes más o menos prolongadas en el tiempo debe ser referida teniendo en cuenta las particularidades del caso como el estrato social, la educación y las costumbres, para saber si verdaderamente hacen imposible continuar con la comunidad matrimonial [...] que los ultrajes son de carácter puramente físico y adquieren relevancia como maltratamientos de obra, que entran a jugar un papel preponderante con un conjunto de actos de índole moral [...].

En síntesis, para esta corporación es necesario distinguir con cuidado cuál de las dos maneras de infidelidad se presenta. La primera, llamada infidelidad material, equivalente al adulterio y que queda configurada al mediar las relaciones sexuales extramatrimoniales; y la segunda, la infidelidad moral, constitutiva de agravios, ultrajes y tratos crueles.

Es así como, con relación a los últimos, los agravios, ultrajes y tratos crueles, este mismo organismo manifestó que:

Se consideran como tales aquellos comportamientos contrarios al decoro, respeto mutuo, recato, y en fin a la consideración que se deben los cónyuges, ocasionado con palabras, escritos, hechos o actitudes, cuando revisten el calificativo de graves según las circunstancias particulares... los cuales, repítase, aunque no alcanzan a configurar trato sexual alguno, por lo menos constituyen violaciones al deber de fidelidad moral [...]²⁶

En todo caso, además de los diferentes debates que generó cómo entender las relaciones sexuales para la aplicabilidad de la primera causal, en

26 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 19 de julio de 1989, MP Eduardo García Sarmiento.

su momento también existió una discusión sobre la cantidad de relaciones sexuales que debían tenerse por fuera del matrimonio para configurar dicha causal, puesto que la misma se encontraba expresada en plural como si no fuera suficiente con una sola.

En un principio, se entendió que era necesario más de una relación sexual extramatrimonial por la redacción en plural que traía la norma. Sin embargo, hoy día no importa el número de relaciones sexuales que se tengan, pues basta con una relación de cualquiera de los cónyuges con un externo al vínculo matrimonial para que se configure la misma.

De esta manera lo afirmó la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 7 de mayo de 1979, MP Alberto Ospina Botero, donde aclara que aunque la expresión en plural de dicha causal pudiera dar a pensar que estas debían ser múltiples para que ella se constituyera, no era necesario sino un solo acto de adulterio por parte de la mujer o el varón para que la misma se configurara. De este modo, queda de lado la disputa sobre el número de relaciones sexuales extramatrimoniales requeridas para configurar la causal.

En todo caso, con el pasar del tiempo y los asuntos que se presentaban a los jueces, también fue necesario caracterizar las relaciones sexuales extramatrimoniales. Lo anterior, dado que podían presentarse relaciones sexuales extramatrimoniales por ejemplo por una violación, situación en la cual así como en algunas otras ocasiones no era justo para el cónyuge imputado como “culpable”, cuando en realidad no lo era, ser sujeto de una sanción tan gravosa como el divorcio, a pesar que el acto sexual que ni siquiera se había llevado a cabo por su voluntad.

Es de esta manera, como Alcides Morales Acacio (2006, p. 646), pone de presente que las relaciones sexuales extramatrimoniales, para configurar causal

de divorcio, deben ser conscientes, esto es, sin que se ejerza violencia sobre el cónyuge, libre y voluntariamente, que durante la práctica de las mismas se tenga conocimiento de que se está casado y que el matrimonio existe; y que no haya error en la persona, es decir, tener la relación sexual pensando que la otra persona es la pareja, cuando en realidad no lo es.

También es transcendental aclarar que las relaciones sexuales por fuera del matrimonio no necesariamente deben presentarse entre parejas heterosexuales, sino que pueden haberse presentado con personas del mismo sexo, o también con animales, lo que no les quita o disminuye el contenido del acto sexual y sus consecuencias.

Por otro lado, es importante resaltar que la causal en mención, en principio, se encontraba consagrada en nuestro ordenamiento como “Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido facilitando o perdonando”. Respecto de dicha salvedad, la Corte Constitucional en el año 2000 en Sentencia C- 660, MP Álvaro Tafur Galvis, declaró inexecutable la expresión “salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado”. La intención que tenía el legislador con esta previsión, era que se evitara que un cónyuge voluble, en épocas de rencor, se sirviera de un hecho que se había perdonado, consentido o promovido.

La declaración de inexecutable se basó en un análisis profundo, que consideró que la expresión demandada contrariaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges y a su libertad de conciencia, ya que ante la realidad de la ruptura conyugal, el legislador no podía imponer a la pareja la indisolubilidad del vínculo matrimonial. Desde entonces, ha sido irrelevante para configurar la primera causal de divorcio que las relaciones sexuales que se dan por fuera del matrimonio, hayan sido consentidas o no, esto es, que el otro

cónyuge haya sabido y permitiera que sucediera dicha situación, que las posibilitara o las perdonara.

Ahora bien, ¿cómo opera esta causal si ambos cónyuge han incurrido en contravención al deber de fidelidad?, es necesario aclarar que no se presenta la compensación de culpas, por lo tanto, si el marido instaura un proceso de divorcio por relaciones sexuales extramatrimoniales y dentro del término probatorio, la mujer demuestra que el marido también incurrió en la causal, no será posible decretar el divorcio. Ello nos lleva entonces, a aseverar que solo el cónyuge verdaderamente inocente, que no haya incurrido en dicha condición, vale decir, el cónyuge fiel podrá demandar el divorcio.

Por último es importante recalcar, que siendo “las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges” una causal de divorcio de tipo sanción, una vez alegada y probada la misma por el cónyuge inocente, el divorcio que se produce no solo trae consigo la cesación de los efectos del matrimonio y la terminación del vínculo, sino además, unas consecuencias patrimoniales para el causante de tal situación. Estas consecuencias, se resumen básicamente en la obligación alimentaria de por vida, que recae en cabeza del esposo culpable del divorcio en favor del inocente, obligación explicada anteriormente en el primer capítulo de este texto.

Actualmente, las relaciones sexuales extramatrimoniales son causal de divorcio sin consideración del tiempo de ocurrencia de los hechos, pero tienen una caducidad de un año contado desde que el cónyuge inocente haya tenido conocimiento de las mismas.

Lo anterior quiere decir que, luego de todas las consideraciones dadas por la Corte Suprema de Justicia, un cónyuge inocente puede pedir el divorcio de su pareja desde el momento en que conoce que esta le ha sido infiel,

infidelidad traducida en relaciones sexuales con un tercero ajeno a su pareja, ello sin consideración del tiempo de ocurridas. Sin embargo, si el esposo que pretende demandar esta causal de divorcio, desea hacerlo como un divorcio sanción, esto es, con todas las consecuencias patrimoniales que eso conlleva para quien generó el rompimiento del vínculo, solo podrá hacerlo dentro del año siguiente contado a partir de que se haya enterado de la situación.

2. SEGUNDA CAUSAL DE DIVORCIO: EL GRAVE E INJUSTIFICADO INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE ALGUNO DE LOS CÓNYUGES DE LOS DEBERES QUE LA LEY LES IMPONE COMO TALES Y COMO PADRES.

2.1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR GRAVE E INJUSTIFICADO INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES Y ESPECÍFICAMENTE DEL DEBER DE FIDELIDAD?

Los deberes de cada cónyuge, en primer lugar, existen frente al otro, y en segundo lugar frente a los hijos. De acuerdo a lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia²⁷, esta causal de divorcio se presenta cuando hay incumplimiento entre los cónyuges de los deberes de cohabitación, socorro, ayuda y fidelidad, lo que significa un incumplimiento de los deberes que surgen con la celebración del matrimonio. Por ello, podría afirmarse que esta causal es esencialmente genérica, por lo que abarca dentro de sí las relaciones sexuales extramatrimoniales y, los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de abril de 1988, MP José Alejandro Bonivento Fernández y Sentencia de 18 de septiembre de 1990, MP Eduardo García Sarmiento.

También puede aseverarse que el resto de causales de divorcio consagradas en el artículo 154 del Código Civil, excepto el mutuo consentimiento de los cónyuges – causal novena de divorcio, reflejan un incumplimiento de deberes, pero que son situaciones que el legislador explicita por temas probatorios y de identidad y autonomía de las mismas. En todo caso, dichas causales no son objetos de este trabajo de investigación, motivo por el cual no se trataran durante el mismo.

En este sentido, la segunda causal de divorcio comprende todo aquel incumplimiento de deberes que el resto de causales no abarca, lo que significa que esta incluye aquellos casos no delimitados por el legislador explícitamente en otros numerales del artículo 154 del Código Civil o que han sido enmarcados casuísticamente por la Corte Suprema dentro de alguno de estos.

En este punto, el incumplimiento de deberes no solo se limita al incumplimiento de la fidelidad, la cohabitación, la ayuda y el socorro, sino también a la infracción de los deberes implícitos del matrimonio que emanan del carácter mismo de este vínculo. Ahora bien, más adelante se explicará cómo quedaría compuesta esta causal con la propuesta que hacemos de relectura de las tres primeras causales de divorcio.

Por su parte, las conductas que esta segunda causal en mención enmarca, se caracterizan por ser graves e injustificadas, empero, es suficiente con el incumplimiento de un solo deber para que se configure la misma. Por ende, el abandono ocasional o intrascendente por razones de ninguna gravedad o por circunstancias ajenas a la voluntad del cónyuge no satisfacen lo previsto en la ley para la configuración de dicha causal, es por tal motivo, que el abandono tanto material como

espiritual debe infringir deberes que derivan del matrimonio como son la cohabitación, el socorro, la ayuda y la fidelidad.

Hoy la norma consagra que no toda omisión de los deberes propios de la pareja dará lugar al divorcio, porque se requiere que la falta cometida sea grave además de injustificada y reiterada. “La ley no menciona el tema de la reiteración de las faltas por parte del incumplido, pero es claro que cualquier falla accidental, que todos cometemos un día, incluso varios, no tendrá la entidad suficiente para dar origen al divorcio” (Medina, J.E., 2010, p. 252).

Casi siempre la calificación de grave de la(s) conducta(s) depende del entorno social y económico del cónyuge afectado. De igual modo, es un tanto incierto cuando un incumplimiento es considerado justificado por lo propensos que somos todos a encontrar culpables a nuestras acciones y, no faltará el cónyuge que excuse sus actos en una respuesta a las actitudes del otro, lo peor es que no pocas veces dicho argumento es cierto.

La Corte Suprema de Justicia a la luz de la Sentencia del 8 de abril de 1988, MP José Alejandro Bonivento Fernández, afirmó frente a este tema que: “[...] ciertamente el cónyuge que sin motivo que lo justifique se ausenta del hogar, comienza por infringir uno de los deberes esenciales de la vida conyugal, que según la legislación es la obligación de vivir juntos [...]”.

Lo anterior, fue ratificado unos años más tarde por este mismo cuerpo colegiado en la Sentencia del 18 de septiembre de 1990, MP Eduardo García Sarmiento.

De igual forma, expresó la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 20 de febrero de 1990, MP Eduardo García Sarmiento, que:

La omisión de uno o más deberes que el cónyuge tiene para con el otro o sus hijos debe ser grave e injustificado, mas no un abandono momentáneo carente de gravedad o voluntad... si fue el otro cónyuge quien obligó a su consorte a incumplir con dichas obligaciones por actos imputables a aquel, mal podría valerse de tal situación para demandar a quien si bien ha incumplido, lo ha hecho por razones ajenas a su voluntad [...] El incumplimiento grave e injustificado de los deberes, otorga el derecho al cónyuge inocente para pedir la separación de cuerpos... es deber procesal demostrar en juicio el hecho de donde precede el derecho. Si el interesado en dar la prueba no lo hace, o la da imperfectamente, o se descuida o se equivoca, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones.

En cuanto al tema probatorio de dicha causal, ha manifestado la Corte Suprema que para la prueba de la misma no basta con una simple afirmación de los hechos, sino que por el contrario el actor que propone esta causal de divorcio, tiene la obligación de probar de alguna forma la ocurrencia de los hechos. Así fue consagrado por la entidad en la Sentencia del 20 de septiembre de 1990, MP Eduardo García Sarmiento que señala:

[...] según el artículo 177 del C de P.C, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen, precepto que en el caso de abandono en el que incurre uno de los esposos frente al otro,

resulta acabado con la demostración de ese hecho físico... el actor no está eximido de la carga probatoria general, por lo mismo es de carga plenamente, la existencia de los supuestos de hecho en que se fundan las pretensiones del libelo, no bastándole la simple afirmación de los hechos que invoca [...].

De otra parte, tampoco puede reputarse como incumplimiento de deberes o abandono la ausencia de alguno de los cónyuges porque deba trabajar en un lugar diferente al de su residencia, pues aquí el alejamiento es justamente para buscar un bienestar familiar.

De este modo, el doctrinante Medina Pabón (2010, p. 116) ha dicho que la determinación del domicilio conyugal pasó a ser un campo en el que los cónyuges deciden de común acuerdo el sistema de convivencia. En caso de discordia sobre el domicilio, el encargado de dirimir dicha controversia será el juez y, en algunos casos específicos que se justifiquen, podría este mismo autorizar al cónyuge que no quiera permanecer en el domicilio conyugal a separarse de este temporalmente.

En Sentencia del 09 de noviembre de 1990, MP Pedro Lafont Pianetta²⁸ la Corte Suprema de Justicia frente a casos reales y para efecto de contrarrestar la mala fe del demandado que invoca la caducidad, expresó que cuando esta causal subsista al momento de la presentación de la demanda, habiendo comenzado varios años atrás, es imposible contar plazo de caducidad.

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 09 de noviembre de 1990, MP Pedro Lafont Pianetta.

3. TERCERA CAUSAL DE DIVORCIO: LOS ULTRAJES, EL TRATO CRUEL Y LOS MALTRATAMIENTOS DE OBRA

La tercera causal de divorcio se encuentra constituida por “los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra”, los cuales pueden ser llevados a cabo en contra del cónyuge, los hijos e inclusive frente a aquellos familiares cercanos a la pareja. Según el autor Jorge Antonio Castillo (2001, p. 253), el sujeto activo que es quien despliega la conducta no solo puede ser el cónyuge, sino también un tercero con orden suya.

Esta causal de divorcio fue introducida al ordenamiento jurídico colombiano en 1976 por la Ley 1ª, norma mediante la cual se estableció el divorcio en el matrimonio civil y se reguló la separación de cuerpos y de bienes, tanto en el matrimonio civil como en el canónico. El artículo 4 de la mencionada regulación consagraba el siguiente texto:

Artículo 154. Son causas de divorcio:

- 1º. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado. Se presumen las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma y eficacia.
- 2º. 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.
- 3º. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, **si con ello peligra la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendientes, o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos (negrilla fuera de texto).**

En esa época, para poder invocar la tercera causal de divorcio, “los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra” era necesario que dichas conductas tuvieran unas consecuencias precisas de peligrosidad en la salud o en la integridad corporal de uno de los cónyuges o en la vida matrimonial, hechos que debían ser probados durante el proceso.

Transcurridos 25 años y con la expedición de la Constitución Política de 1991, la causal tercera de divorcio fue modificada por la Ley 25 de 1992, la cual suprimió el aparte “si con ello pelagra 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”, quedando así únicamente constitutivo de la violación de esta causal “los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra”. Es así, como ya hoy no se requiere que se ponga en peligro la salud, la integridad corporal, la vida o que se haga imposible la paz y el sosiego doméstico, sino que únicamente se presente alguno de los comportamientos descritos por la norma.

Si bien la causal habla de tres comportamientos diferentes: ultrajes, trato cruel y maltratamiento de obra, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 7 de mayo de 1979, MP Alberto Ospina Botero, aclaró que no es necesario que ocurran las tres situaciones de forma simultánea para poder invocar la causal, sino que:

“para la estructuración de la misma no se requiere de la concurrencia copulativa de los ultrajes, el trato cruel y el maltratamiento de obra; ni que tales actos sean estables y frecuentes; ni que con ellos se pongan en peligro la vida y, además, la paz y el sosiego domésticos”.

La misma posición fue reiterada 7 años después en Sentencia del 16 de septiembre de 1986, MP Guillermo Salamanca Molano, al establecer que “[...] en cuanto a esta causal se refiere, fundada en el recíproco respeto que se deben

los casados, es claro que cualquiera de los tres comportamientos a que hace referencia la ley, son motivo suficiente para solicitar la separación”.

Ahora bien, debido a la amplitud de la causal y a que el legislador no consagró de manera explícita qué se entiende por cada una de las conductas mencionadas en la misma, no se tiene delimitado el marco de acción de estas, motivo por el cual, por mandato de la Corte Suprema, esta causal ha tenido que ser evaluada teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto, entre ellas, como ya se dijo anteriormente, el ambiente social, la educación y las costumbres de los cónyuges, para saber si verdaderamente hacen imposible continuar con la comunidad matrimonial, debido a que dichos comportamientos no siempre son consideradas igual de graves o representan causas para la terminación de la vida matrimonial.

Frente a este rasgo la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 30 de abril de 1983, MP Alberto Ospina Botero, dispuso que:

La determinación de esta causal debe tener en cuenta las circunstancias de educación, ambiente social y costumbres de los cónyuges... si bien se dan casos en que en el desenvolvimiento de la vida conyugal, por sus condiciones morales y sociales, las ofensas o ultrajes de los cónyuges los afecta en sus sentimientos de estimación propia, en otros eventos sí se puede herir y sensibilizar profundamente, en tal grado, que implique la desarmonía conyugal y dé al traste con la paz y el sosiego domésticos entre los cónyuges.

Este punto de vista también es compartido por el doctrinante Morales Acacio (2006, p. 660) el cual afirma que, es obligatorio que el juez tenga en cuenta la posición social de los cónyuges, su educación y tradiciones para

determinar la gravedad de la conducta y si esta puede enmarcarse en alguno de los supuestos de hecho consagrados en la tercera causal.

Es obvio que el legislador no se tomó el trabajo de establecer en qué consistía cada una de las conductas referidas en la tercera causal de divorcio, pero la Corte Suprema de Justicia y la doctrina se han encargado de construir una caracterización de cada una de ellas, la cual será descrita a continuación:

1. Los ultrajes:

El verbo ultrajar ha sido definido por el diccionario de la Real Academia Española como “despreciar o tratar con desvío a alguien”²⁹. Desde este mismo punto de vista, Morales Acacio (2006, p. 660) ha entendido que la conducta de ultrajar puede tener lugar tanto con palabras como con escritos, señas, actitudes, poses o todo aquello que hiera la sensibilidad del otro cónyuge.

La Corte Suprema de Justicia construyó una definición un poco más robusta, en la que establece que los ultrajes son:

Todas aquellas ofensas o menoscabos que, proviniendo de hechos aislados, o de actitudes más o menos prolongadas en el tiempo, importan agraviar el honor, el sentimiento de íntimo decoro a los que cualquier persona, por el hecho de ser tal, tiene derecho incuestionable, desde luego en la medida en que, tanto por su trascendencia como por su intimidad...tales vejámenes revisten

²⁹ Real Academia Española. Consultado el 05 de abril de 2017, en la página web: <http://dle.rae.es/?id=b2I3NDT>

verdadera gravedad y, además, sean de envergadura hasta el punto que, para el cónyuge ofendido hagan imposible continuar la comunidad de vida con el ofensor³⁰.

Si bien se ha hecho un esfuerzo por delimitar cuáles son las actuaciones que componen los ultrajes, sigue siendo un término genérico lo que tiene como consecuencia que en esta causal pueden ser encajadas muchísimas conductas, entre ellas por ejemplo, las relaciones sexuales no acabadas o el embriagamiento habitual, para las cuales el legislador estableció una causal individual.

La Corte Suprema no es ajena al hecho de que esta causal tenga tal amplitud que permita solicitar el divorcio por una serie indeterminada de hechos. Es así, como en Sentencia del 9 de noviembre de 1990, M.P Carlos Esteban Jaramillo Schloss, menciona:

El inventario de supuestos, como dice la Corte, es de suyo extenso y no parece posible enlistarlo en una numeración exhaustiva, pero no cabe la menor duda que, encabezándolo, siempre estarán aquellos casos, [...] de faltas ostensibles y continuadas contra el decoro, el respeto mutuo y la consideración que la mutua fidelidad exige en la conducta de quienes son esposos entre sí (p. 285)

Por su parte, es evidenciable que la ley no exige de manera expresa que los ultrajes deben tener carácter de graves, pero, no obstante, es posible inferirlo de la misma normatividad, pues es necesario

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de noviembre de 1990, MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

que dicho comportamiento desestabilice la convivencia familiar y termine con la paz y la armonía de la misma.

Algún sector de la doctrina ha establecido que los ultrajes tienen como requisito la presencia de ánimo de injuriar o de dañar al otro. Sin embargo, el autor Jorge Antonio Castillo Rugeles (1999, p. 284) ha establecido y manifestado su inconformidad con dicha afirmación puesto que la conducta imputable se puede cometer a título de culpa o dolo.

2. Trato cruel:

Para las conductas que se pueden enmarcar en el término trato cruel no hay un consenso sobre su definición y rango de acción. En razón de ello, el autor Valencia Zea (1964, p. 212) entiende el término en sentido amplio, puesto que considera trato cruel todo aquella conducta desconsiderada hacia el otro cónyuge.

En este mismo sentido, pero con una visión un poco más completa, el autor Morales Acacio (2006, p. 661) entiende el término trato cruel como todo vejamen realizado con violencia, con el ánimo de hacer sufrir moralmente al cónyuge, es un comportamiento más de índole moral. Además, sus elementos son: el ánimo de hacer sufrir al otro y la crueldad en el acto sin que sea necesario la pluralidad del mismo.

3. Maltrato de obra:

Al contrario de las conductas anteriormente explicadas, en esta ocasión se considera que los maltratamientos de obra siempre implican agresiones físicas, lesiones personales, palizas, etc.

La Corte Suprema de justicia en Sentencia del 7 de junio del 1989, MP José Alejandro Bonivento Fernández, afirmo que:

Los maltratamientos de obra requieren de una conducta exterior atribuible al demandado, que representan un atentado personal más o menos grave que puede comprometer la integridad física del otro cónyuge o de los descendientes. Estas conductas pueden concretarse en una sola o varias que imposibilita la continuación del matrimonio.

Es así, como el Alto tribunal jurisdiccional a través de sus providencias ha fijado que las actuaciones constitutivas de ultrajes, trato cruel y maltrato de obra no tienen que ser reiteradas para permitir la solicitud de divorcio por esta causal, lo que implica que basta con una sola agresión para que se constituya la causal, pero esta debe tener la connotación de grave.

En cuanto a la determinación de la gravedad de la conducta es trabajo del juez demarcarla según las circunstancias sociales, la convivencia normal en el hogar y otros aspectos de la vida matrimonial, pues como se ha mencionado antes solo teniendo conocimiento de las particularidades de cada vínculo se podría llegar a definir la misma.

Basados en las definiciones anteriormente planteadas para cada uno de los comportamientos que enmarca esta causal, se puede llegar a la conclusión de que entre ellas comparten ciertas semejanzas por ser todas conductas que dañan al cónyuge, además que no se exige una reiteración de las mismas, pero sí la característica de gravedad. No obstante, también poseen algunos rasgos diferenciadores que serán mencionados a continuación.

Si bien cada una de las conductas ha sido definida desde diferentes puntos de vista, la línea de distinción entre ellas es muy delgada y es por eso que se advierte que no deben ser confundidas entre sí, ya que cada una tiene ciertas particularidades y características específicas. Sobre este tema el autor Castillo Rugeles (1999) ha establecido que: “El trato cruel [...] no debe confundirse con el maltrato de obra, pues este comprende actos físicos que hacen sufrir materialmente a la víctima, al paso que el trato cruel es más que todo de carácter moral” (p. 286).

Tampoco puede confundirse el trato cruel con los ultrajes porque para que estos últimos se estructuren no se requiere el propósito o la intención como tal de hacer sufrir, mientras que el trato cruel sí exige tal intención constituyendo dicha actitud uno de los elementos esenciales de ese comportamiento.

En este punto, puede concluirse entonces que la tercera causal de divorcio abarca tanto los maltratos psicológicos y morales como los físicos y, en términos generales toda violencia ejercida en contra del cónyuge. Esas actuaciones componen la causal de divorcio tanto cuando se dan en el interior del hogar como frente a terceros. Al analizar cada de las acciones u omisiones que pueden considerarse como ultrajes, trato cruel y maltrato de obra, se considera que todas al final configuran un incumpliendo de deberes matrimoniales tales como el de respeto, mutua consideración, tolerancia, unidad de vida matrimonial y defensa del honor conyugal, los cuales se encuentran cubiertos por la segunda causal de divorcio.

4. ¿CÓMO SE HAN INTERPRETADO LAS TRES PRIMERAS CAUSALES DE DIVORCIO A LA LUZ DE LA LEY 25 DE 1992 Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991?

Las causales de divorcio existen en el ordenamiento jurídico colombiano desde la expedición del Código Civil en el año de 1823. Sin embargo, han sufrido algunos cambios a través de los años con el fin de resolver las diferentes incógnitas que se generaban en la sociedad y, con el fin que su aplicabilidad fuera más eficiente.

Las mayores modificaciones y aclaraciones sobre las situaciones que podrían encuadrarse en las causales de relaciones sexuales extramatrimoniales y el incumplimiento de los deberes matrimoniales se dieron antes de la expedición de la Constitución política de 1991. En todo caso, con esta última se plasmó de manera clara la igualdad entre géneros, es decir, la ley consagra la reciprocidad de las obligaciones para ambos cónyuges de manera expresa en el artículo 42 de la carta política, por lo tanto, ya no se trataba de un delito para la mujer y un simple incumplimiento para el hombre, sino que para ambos representa las mismas consecuencias.

En todo caso, la mayoría de preguntas y debates de fondo sobre las dos primeras causales de divorcio consagradas en el artículo 154 de Código Civil, fueron resueltas y esclarecidas antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, lo que tiene como consecuencia que a partir de dicha fecha no existan muchos pronunciamientos referentes al tema por parte tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, ya sea sobre aspectos como la interpretación o la constitucionalidad de estas causales.

No obstante, luego de la llegada de la Constitución de 1991 se puede encontrar que la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el

Congreso de la República mediante la expedición de la Ley 25 de 1992, se han encargado de resolver dos situaciones en concreto sobre la primera causal.

La primera situación se presentó cuando Fabián López Guzmán, en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, demandó parcialmente el numeral 1° del artículo 6 de la Ley 25 de 1992, el cual a su vez había modificado el numeral 1° del artículo 154 del Código Civil que establecía que: "las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido facilitando o perdonando" (subrayado fuera de texto).

La demanda de inexecutable fue específicamente sobre el apartado que se encuentra subrayado. Los argumentos del accionante se basaban en que dicha disposición era contraria al respeto, auto-respeto y desarrollo de la personalidad, derechos que hacen parte de la base fundamental de la dignidad humana, consagrada por la Constitución Política.

Todo lo anterior, se explicaba en el hecho de que una vez se perdonaban las relaciones sexuales por fuera del matrimonio, no era posible invocar el divorcio por parte del cónyuge inocente alegando la causal primera de divorcio, pues la circunstancia de haber condonado dicha actuación generaba la extinción del derecho a pedir la disolución del vínculo matrimonial.

La Corte Constitucional resuelve dicha acción mediante Sentencia C-660 del 2000, MP Álvaro Tafur Galvis, en la cual declaró inexecutable el apartado "salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado" dándole la razón al accionante. Para justificar su decisión expone como argumentos principales que las decisiones personales que toma el cónyuge al perdonar las relaciones sexuales extramatrimoniales de su pareja no pueden con posterioridad convertirse en una desventaja, puesto que al perdonar perdería el derecho a poder solicitar el divorcio por dicha causal. Además, es importante

tener en cuenta que no siempre que se tiene la actitud de perdonar se tenga la intención de mantener una vida en común, de seguir construyendo un hogar.

Con el paso del tiempo la Corte Constitucional ha reiterado dicho concepto como consta en la Sentencia T-916/08, MP Clara Inés Vargas Hernández, cuando afirma:

En relación con el derecho a la intimidad de cada uno de los cónyuges individualmente considerados, se declaró inexecutable la expresión “salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado” que hace parte del numeral 1º del artículo 6º de la Ley 25 de 1992 modificadorio del numeral 1º del artículo 154 del Código Civil, sobre las causales de divorcio, al considerarse vulnerado el derecho a la intimidad por inmiscuirse el legislador en el fuero íntimo de los cónyuges en el devenir de sus emociones y sus afectos, al atribuirle el efecto jurídico de no ser considerada causal de divorcio, el perdón o consentimiento de un cónyuge en relación con las relaciones extramatrimoniales del otro [...].

En la misma línea, nuevamente la Corte Constitucional deja ver de manera rotunda su postura sobre la inconstitucionalidad del apartado declarado inexecutable en Sentencia C-985 de 2010, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub al realizar la siguiente afirmación:

[...] nadie puede ser molestado por razón de sus convicciones o creencias o compelido a revelarlas u obligado a actuar en contra de su conciencia [...] se está contemplando que las decisiones tomadas en una relación de pareja no corresponden a ideas absolutas sino a convicciones de cada uno de los miembros influenciadas por las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales se encuentran rodeados. Es en razón de los factores profundos y dinámicos influyentes

en la toma de decisiones de una persona frente a su pareja que impiden que al consentir o facilitar las relaciones sexuales extramatrimoniales ya no se puedan invocar como causal de divorcio.

La segunda problemática que tuvo que resolver la Corte Constitucional derivada de otra demanda de inexecutable, estuvo relacionada con el tiempo de caducidad que tiene el cónyuge inocente para solicitar el divorcio por la causal primera.

El artículo 156 del Código civil consagra:

El divorcio solo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales 1a. y 7a. o desde cuándo se sucedieron, en tratándose de las causas 2a, 3a, 4a, y 5a. En todo caso, las causas 1a. y 7a. sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia” (subrayado fuera de texto).

La señora Juliana Victoria Ríos Quintero junto con otro grupo de personas impulsaron la acción de inconstitucionalidad parcial contra el art 156 del Código Civil. Mediante dicho recurso buscaban que se declarará inexecutable el siguiente texto: “En todo caso, las causas 1a. y 7a. sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia” (subrayado fuera de texto).

Sus argumentos se basaban en el hecho que podría suceder que el cónyuge ofendido solo se enterara de las relaciones sexuales extramatrimoniales de su consorte pasados dos años desde su ocurrencia, lo que sobrepasaba el término establecido por el Legislador para dar inicio a la acción de divorcio.

En consecuencia, el cónyuge inocente tendría que permanecer ligado al cónyuge culpable aun cuando ya no quisiera, situación que contraría principios constitucionales como la inalienabilidad de los derechos de las personas y, los derechos constitucionales a la libertad de conciencia, el libre desarrollo de la personalidad, la armonía familiar y la honra del cónyuge inocente. Especialmente porque le impide a este último intentar la reestabilización de su vida ante el deterioro de su vínculo matrimonial.

Frente a lo expresado por los accionantes, la Corte en Sentencia C-985 de 2010, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, decide fallar a su favor y darles la razón expresando que quien puede solicitar el divorcio por las causales subjetivas es solamente el cónyuge inocente y dentro del término de caducidad que consagra la norma en los casos en los que se busca la declaración por parte del juez del divorcio sanción, el cual tiene como consecuencia que el cónyuge culpable pague alimentos vitalicios a su pareja, los que no se basan en el principio de necesidad del alimentario y la capacidad económica del alimentante, sino que estos alimentos son el castigo por el incumplimiento de lo establecido en la ley para la institución del matrimonio.

Frente a la segunda causal consagrada en el artículo 154 del Código Civil, que hace referencia al “grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres”, no ha habido decisiones relevantes que resuelvan debates respecto al tema luego de la Constitución de 1991, pues no han surgido dudas o problemas jurídicos en el ordenamiento que ameriten pronunciamiento.

En todo caso, como ya se mencionó, antes de nuestra nueva Carta Política, la Corte Suprema de Justicia emitió varias sentencias (las mencionadas a lo largo de este texto) determinando el contenido del incumplimiento de los deberes. De acuerdo a ello, ha consagrado que la configuración de dicha causal

se presenta cuando existe una infracción de los deberes matrimoniales que surgen con la celebración del matrimonio, sin embargo, especifica que esta infracción debe ser trascendental y no debe existir causal alguna que justifique la misma. En todo caso, su contenido ya fue tratado en el acápite anterior.

No sobra reiterar que luego de la expedición de la Constitución de 1991 y de la Ley 25 de 1992, tanto la causal número uno como la dos no han sido objeto de interpretación reiterada, pues como ya se explicó, la mayoría de debates planteados que surgieron frente a las mismas, ya habían sido solucionados para estas fechas.

Contrario a la situación descrita para la causal uno y dos de divorcio, el panorama para la causal tercera, “los ultrajes, el trato cruel y el maltratamiento de obra”, fue muy diferente debido a la consagración que se realizó con la expedición de la Constitución Política de 1991 en la cual se estableció en el artículo 42 que:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera

destruictiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Dicho artículo, que fue desarrollado en parte por la Ley 25 de 1992, modificó la tercera causal de divorcio simplificando el supuesto de hecho de la misma y, exigiendo así solamente que se demostrara que se habían presentado unos ultrajes, un trato cruel o un maltratamiento de obra. La razón del cambio se encuentra justificada en la figura de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y en la intención del legislador de prevenir cualquier tipo de violencia al interior de la misma y entre sus miembros.

Este cambio es explicado por el autor Medina Pabón (2010, p. 253) de la siguiente manera: la legislación anterior tenía la convicción que alguna dosis de agresión en la convivencia era algo natural y estar casado con un individuo agresivo hacia parte de las eventualidades propias del matrimonio, por eso, constituida falta la sevicia o la injuria grave; o cuando los ultrajes, el trato cruel o los maltratamientos de obra pusieron en peligro la vida de los cónyuges o sus descendientes o, se hiciera imposible la paz o el sosiego doméstico. Sin embargo, en el siglo XX la percepción sobre dicha concepción cambia y, se pasa a considerar que cualquier actitud lesiva de la persona en lo físico o moral infligida a la pareja es por sí ilegítima.

La configuración de esta tercera causal también ha sido especificada suficientemente en el desarrollo del presente capítulo.

TERCER CAPÍTULO: PROPUESTA DE RELECTURA DE LAS TRES PRIMERAS CAUSALES DE DIVORCIO.

1. DISCONFORMIDAD DE LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LAS CAUSALES PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA DE DIVORCIO, CON LOS DIVERSOS SUPUESTOS DE HECHO EN LOS QUE TENDRÍAN APLICACIONES DICHAS CAUSALES.

Con base en los análisis realizados en los dos primeros capítulos de la presente monografía y revisando los supuestos fácticos que se presentan para la primera, segunda y tercera causales de divorcio en Colombia, se encontraron principalmente cuatro problemas, que serán explicados a continuación.

1.1 Primer problema: Las inconsistencias de la Corte Suprema de Justicia durante sus pronunciamientos al intentar explicar qué comprende el término relaciones sexuales. Respecto a este punto, se encontró que en 1986 la Corte entendió las relaciones sexuales extramatrimoniales, primera causal de divorcio, de una manera más amplia y general, esto es, como actos acabados o no consumados. Sin embargo, unos años después, esta misma entidad hizo una interpretación más restrictiva quedando reducido dicho concepto a la consumación del acto, esto es, penetración en la vagina del miembro viril con eyaculación, dejando el resto de actos eróticos encajados en la tercera causal de divorcio. Además, a partir de dicha diferenciación divide el incumplimiento del deber de fidelidad en dos categorías, la material y la moral como ya fue suficientemente explicado.

El anterior cambio se sustenta principalmente en tres fallos que dan cuenta del ajuste que realiza la Corte Suprema a dicho concepto y, además, de la postura que ha venido sosteniendo a lo largo del tiempo. La primera decisión que deja ver la percepción inicial de esta corporación sobre las relaciones sexuales, se encuentra en la Sentencia del 19 de julio de 1986, MP Guillermo Salamanca Molano, donde se afirmó que las relaciones sexuales no solo son los actos acabados, casi siempre de imposible demostración, sino, además, cualquier comportamiento erótico realizado por fuera del matrimonio.

El segundo pronunciamiento se da en la Sentencia del 29 de abril de 1994, MP Eduardo García Sarmiento, en la cual, si bien la Corte no da cuenta del término relaciones sexuales como tal, puesto que se dedica a resolver un problema de nulidades, sí se hace referencia al término de una forma distinta a la citada en la decisión anterior, ya que habló de las relaciones sexuales como la penetración del pene con eyaculación en la vagina. Es así como en la narración de los hechos que se incluyeron en la sentencia, se señaló que no se presentaron relaciones sexuales entre ellos, pues no hubo penetración del miembro viril en la vagina en ningún momento y el contacto se limitó solo a caricias ya que se encontraban en una discoteca, en un lugar público.

Un tercer fallo, es el del 15 de noviembre de 2001, MP José Fernando Ramírez, el más reciente sobre el tema, se refirió a las relaciones sexuales de igual forma que al texto anterior. En este pronunciamiento de la Corte, si bien lo que se discutió fue la paternidad del demandado, se debate, además, si existió o no la posibilidad de que este sostuviera relaciones sexuales con la madre de la criatura, puesto que sufría de una enfermedad (disfunción eréctil) que según él

evitaba que pudiera tener relaciones sexuales. En este sentido, habló el médico que consultó la Corte para definir la posibilidad o no que se presentaran relaciones sexuales en la pareja. Respondió que, respecto a lo que señaló el demandado sobre la relación sexual sostenida con la madre del menor que se aducía era su hijo, esta se presentó más o menos en el mes de marzo de 1990 cuando no era apto para engendrar.

Sin embargo, tal afirmación era débil probatoriamente, pues el médico sexólogo Germán Ortiz Umaña afirmó: “la disfunción erectiva por no ser permanente podría permitir en forma intermitente **la penetración del pene y obviamente la eyaculación intravaginal (...)**” (Negrilla por fuera del texto), y que, además, sobre dichos meses coincidía una consulta que el demandado realizó a su doctor habitual, el cual le informó que “la ausencia de erección era total en el último año”.

De esta forma, se puede constatar que la Corte Suprema ha llegado a una concesión sobre qué se entiende por relación sexual, esto es, solo actos consumados, llevando a su fin la disparidad en la concepción del término que generó confusión en su entendimiento.

1.2 Segundo problema: Para efectos del presente trabajo se considera que entender las relaciones sexuales solo como penetración del miembro masculino en la vagina con eyaculación, no refleja la realidad social actual, ya que para el día de hoy existen diversas modalidades de actos sexuales frente a los cuales dicha definición se queda corta, por ejemplo: el sexo oral, sexo anal, el sexo a través de teléfono o web cam, las relaciones homosexuales, entre otros.

1.3 Tercer problema: Alrededor de los años 90³¹, la Corte Suprema de Justicia, buscando clarificar qué hechos o situaciones encuadraban en los diferentes numerales que consagraban las causales de divorcio, clasificó el deber de fidelidad en moral y material, basándose en el criterio de la consumación o no de la relación sexual como ya se explicó. A partir de esta proposición, el incumplimiento del deber de fidelidad pasó de ser uno general a entenderse, por un lado, como una relación sexual consumada (infidelidad material) que se rige por la causal primera de divorcio; y, por el otro, como las actuaciones realizadas por uno de los cónyuges que permiten interpretar que existe una relación más allá de la amistad con un tercero, pero que no llega a configurarse como un acto acabado (infidelidad moral), que se rige por la causal tercera de divorcio.

En todo caso, años antes de dicho pronunciamiento, en Sentencia ya mencionada de 19 de julio de 1986, MP Guillermo Salamanca Molano, se especifica que si las conductas del cónyuge son “[...] atentatorias del deber de lealtad y fidelidad derivado del matrimonio, conduce a un grave e injustificado incumplimiento de los deberes [...]”, postulado con el que concordamos para efectos de declarar que es absurdo que siendo tan evidente el incumplimiento del deber de fidelidad con respecto a la llamada infidelidad moral, la causal a aplicar de acuerdo a la jurisprudencia actual sea la del numeral tercero (ultrajes).

De esta forma, en nuestra concepción es ilógico que según los planteamientos de la Corte Suprema de Justicia, en los casos en los

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de noviembre 1990, MP Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

que se pruebe una relación sexual, la causal a invocar deba ser la primera del artículo 154 del Código Civil, esto es, "relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges", y que cuando se hable de infidelidad moral sea necesario aducir la tercera causal, esto es, "los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra", dejando así por fuera la causal que en realidad consagra el incumplimiento de los deberes matrimoniales, la segunda.

1.4 Cuarto Problema: Aunque la Corte Suprema intentó establecer los diferentes componentes que caracterizan cada una de las modalidades del deber de fidelidad y la causal de divorcio a invocar para cada una, el panorama establecido genera ciertas contradicciones en la aplicación de este tema, pues al presentarse un claro incumplimiento de la fidelidad, nos encontraríamos, tanto ante las causales de divorcio primera y tercera, como ante la segunda.

Como consecuencia de dicha nebulosidad en el límite diferenciador de estas modalidades, esto es, el límite que separa cada una de las categorías, se ocasionan incertidumbres frente a los hechos que es posible ajustar en cada tipología de fidelidad. En este sentido, se genera un efecto contraproducente debido a que, a la hora de solicitar el divorcio por el incumplimiento del deber de fidelidad, ya sea en el ámbito material o moral, no todo el escenario es nítido sobre cuál causal invocar para terminar el vínculo matrimonial.

Lo anterior, no solo genera problemas para el cónyuge inocente que desea solicitar la terminación del vínculo matrimonial, sino que también es un obstáculo en las decisiones judiciales porque frente a un mismo hecho se invocan diversas normas, y todo esto debido a que la causal a aplicar está sujeta a los hechos que sea posible probar, lo que

genera en cierta medida una disparidad en las decisiones judiciales. Por el contrario, si solo existe una causal de divorcio que comprenda el deber de fidelidad de manera genérica, las normas invocadas y las decisiones de los jueces serían uniformes garantizando así una estabilidad jurídica, y una posibilidad probatoria más amplia y flexible para el cónyuge fiel e inocente.

2. RELACIONES SEXUALES EXTRAMATRIMONIALES Y ULTRAJES ENTENDIDOS COMO INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES: UNA SOLA CAUSAL DE DIVORCIO.

Buscando adecuar la normatividad encargada de regular la primera, segunda y tercera causales de divorcio a la actual realidad social colombiana, y con el fin de generar una aplicación más efectiva de las mismas en el día a día, se propone realizar una relectura de la segunda causal de divorcio que subsuma tanto "las relaciones sexuales extramatrimoniales", infidelidad material, como "los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra", derivados de la llamada infidelidad moral, supuestos de hecho de la primera y tercera causales de divorcio, respectivamente.

En este sentido, a continuación se planteará una propuesta de relectura de la segunda causal de divorcio; así mismo, se explicará qué situaciones de hecho enmarcaría la misma, sus posibles efectos y los motivos por los cuales se realiza dicho planteamiento.

2.1 PROPUESTA DE RELECTURA DE LA SEGUNDA CAUSAL DE DIVORCIO.

La propuesta consiste en realizar una relectura de la segunda causal de divorcio que subsuma tanto los supuestos de "las relaciones sexuales extramatrimoniales", primera causal, infidelidad material, así como, "los ultrajes, el trato cruel y el maltratamiento de obra", tercera causal en lo relacionado con la infidelidad moral, motivo por el cual, no sería necesario la existencia de estas dos últimas causales de divorcio. Esto significa, eliminarlas del catálogo legal puesto que, en la reinterpretación de la segunda causal estas quedarían incluidas.

Si se comprende la segunda causal de divorcio como el grave e injustificado incumplimiento de los deberes en general derivados del matrimonio (deberes explícitos e implícitos). La misma contiene en su totalidad los supuestos de hecho que puede abarcar el incumplimiento del deber de fidelidad.

Siendo así, no existiría la necesidad de entender la fidelidad en dos conceptos separados y autónomos, como material y moral, sino solo como fidelidad en un sentido general y unificado, circunstancia que nos dirige a entender el concepto de infidelidad que abarque tanto relaciones sexuales con un tercero externo a la pareja, consumadas o no, como cualquier acto erótico u acto que tenga la capacidad de crear apariencia en la sociedad que existe una relación más allá de una simple amistad.

Al concebir el término fidelidad como uno solo es posible acoger la definición planteada por los autores A. Bossert y A. Zannoni (2004, p.

199), incluida en el primer capítulo de este escrito³². Dicha descripción requiere entender el concepto de manera amplia y general, incluyendo, así, el deber que tiene cada cónyuge de desplegar conductas inequívocas, absteniéndose de tener cualquier vínculo que dé a entender que existe una relación con un tercero ajeno a la pareja y que tenga como consecuencia la afectación de la dignidad del otro cónyuge.

Es importante mencionar que la postura que se busca acoger tiene un precedente que aunque aislado, fue apoyada por la Corte Suprema de Justicia en el año 1986 en Sentencia del 23 de junio, MP Guillermo Salamanca Moyano. El demandante para esta ocasión solicitó la disolución del vínculo matrimonial por continuas discrepancias que hacían imposible la paz y el sosiego doméstico, pues una de las causas de dicho deterioro fueron las relaciones sexuales sostenidas por la demandada con un tercero ajeno a la pareja. Para esta ocasión no fueron probadas las relaciones sexuales por los medios probatorios solicitados, sin embargo la Corte estableció que:

Si bien es cierto la exposición de los testigos no permite afirmar el conocimiento directo sobre los hechos indagados, la crítica y valoración que de ellos en su conjunto puede hacerse, conduce a dar por demostrados en más o en menos, pero de manera notoria, dentro del medio de lo que es el vecindario de una localidad, pequeña por cierto, pues configuran indicios inequívocos de una conducta por parte de LA DEMANDANTE, sino demostrativa de relaciones sexuales extramatrimoniales, si atentatorias del deber de lealtad y fidelidad derivado del matrimonio, que

³² Ver página 27 del presente escrito.

conduce a un grave e injustificado incumplimiento de sus deberes de esposa.

Por otro lado, de manera genérica los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, entendidos como maltratos físicos, psicológicos y morales, además de cualquier violencia ejercida sobre el cónyuge, representan en sí una infracción a los deberes matrimoniales, pues con estos comportamientos se materializa un irrespeto, una falta de tolerancia, un daño a la vida en comunidad y hasta una irrupción al honor conyugal. En razón de ello, la segunda causal de divorcio también comprende dichos supuestos, razón por la cual no sería necesario su explicitud como causal. Respecto a este punto, afirman doctrinantes como Medina Pabón (2010, p. 253) que el cónyuge que agrede física o psicológicamente al otro, incumple los deberes maritales y da origen al divorcio.

Por ende, en gracia de discusión se podría afirmar que los supuestos de hecho de la tercera causal son, en un sentido amplio, incumplimientos del deber de fidelidad o de guardarse fe, pues ser fiel se manifiesta tanto material como moralmente, tanto externa como internamente, tanto en el ámbito de lo público como en lo privado, en las relaciones sociales como en la intimidad. Lo que sí es claro es que la denominada infidelidad moral, entendida como una expresión parcial del trato cruel, los ultrajes y los maltratamientos de obra, es un claro incumplimiento del deber de fidelidad que se enmarca en la causal segunda de divorcio.

Pues bien, según lo dicho, se puede evidenciar que la amplitud que enmarca el enunciado normativo comprendido en la segunda causal de divorcio, en lo relativo a los supuestos de hecho que la misma

contiene, permite afirmar que aquellas circunstancias que impliquen el incumplimiento de los deberes entre los cónyuges derivados de su vínculo matrimonial, entre ellos, el de la fidelidad, en su sentido genérico, puede ser solicitado por la segunda causal, sin perjuicio del incumplimiento de otros deberes matrimoniales que pueden ser explícitos como la cohabitación, la ayuda mutua y el socorro, o la infracción de los deberes implícitos que emanan del carácter mismo de este vínculo.

Además, no sobra señalar que de las nueve causales de divorcio consagradas en el Código Civil, ocho de ellas implican un incumplimiento de algún deber matrimonial, sin embargo, el legislador se tomó el trabajo de delimitar la trasgresión específica de ciertos supuestos en los que se pueden presentar incumplimiento de estos deberes principalmente por temas de carácter probatorio y de identidad de cada una de ellas. En todo caso, independiente de si consideramos acertado o no ese ejercicio realizado por el legislador dichas causales no son objetos de este trabajo de investigación, motivo por el cual no fueron desarrolladas durante el mismo.

Se trata, pues, de realizar una relectura basada en un análisis profundo de las tres primeras causales de divorcio y de los contenidos de cada una, que refleja un panorama más amplio y da cuenta de la actual realidad social y familiar de las relaciones de parejas matrimoniales.

A MANERA DE CONCLUSIONES

1. VENTAJAS:

Con la subsunción de las relaciones sexuales extramatrimoniales en la segunda causal de divorcio, esto es, por "el grave e injustificado incumplimiento de los deberes maritales", se generarían las siguientes ventajas:

1.1 Seguridad y congruencia normativa:

Como se ha venido mencionando a lo largo del texto, con la celebración del matrimonio surgen un sin número de deberes para los cónyuges, tanto entre ellos como frente a los hijos y con los respectivos familiares de cada uno. Si bien el artículo 176 del Código Civil colombiano únicamente ha consagrado de manera explícita que del matrimonio emanan el deber de fidelidad, la cohabitación, la ayuda y el socorro mutuos, no significa que estos sean los únicos, ya que existen otros deberes que se derivan de manera implícita del carácter mismo del matrimonio, su finalidad y su regulación, como el deber de respeto, de tolerancia, de amarse, la unidad de vida matrimonial y el honor conyugal.

En concordancia con ello, una transgresión a algunos de estos deberes debería dar lugar a la terminación del vínculo matrimonial por medio de la causal segunda de divorcio del artículo 154 del Código Civil, puesto que la misma dispone como supuesto para la terminación del vínculo matrimonial "el grave e injustificado incumplimiento de deberes". Sin embargo, como se ha podido evidenciar durante el desarrollo de los temas en este texto y algunos pronunciamientos de

la Corte Suprema de Justicia trabajados durante el mismo, el quebrantamiento del deber de fidelidad no se ha encuadrado dentro de esta causal de divorcio.

De acuerdo a la Corte Suprema de Justicia, la fidelidad ha sido entendida desde dos puntos, el material y el moral. Es así, como ha afirmado esta corporación que probando las relaciones sexuales de uno de los cónyuges con un tercero el divorcio se haría efectivo por la primera causal, pero siendo imposible la demostración de la infidelidad material cabría invocar la causal tercera de divorcio. En todo caso, no se nos hace lógico el planteamiento realizado por dicha corporación.

A sabiendas que la fidelidad es un deber matrimonial, es un absurdo que el incumplimiento de la misma no permita divorcio por la segunda causal. En razón de ello, la relectura planteada del "grave e injustificado incumplimiento de deberes" posibilitaría una interpretación más acorde a la normatividad establecida, en el sentido que existiendo una infidelidad tanto moral como material, su incumplimiento afecte el deber de fidelidad y, permita invocar el divorcio por la causal que consagra dicho supuesto, esto es, la segunda del artículo 154 del Código Civil.

1.2 Claridad para invocar la causal de divorcio que daría por terminado el vínculo matrimonial:

Al leer las tres primeras causales de divorcio consagradas en el artículo 154 del Código Civil, se tiene claro que el supuesto de hecho de la primera es que uno de los cónyuges tenga relaciones sexuales con un tercero. Sin embargo, como será expuesto en el siguiente literal la prueba de esta causal tiene un grado de complejidad alto, por tanto,

en la práctica, en la mayoría de las ocasiones, se debe acudir de manera subsidiaria a la tercera causal según la Corte Suprema o a la segunda causal, la cual consagra el incumplimiento de los deberes entendiendo entre ellos el de la fidelidad.³³

En razón de la posibilidad de pedir la disolución del matrimonio por las tres primeras causales en los casos en los que el hecho es una relación sexual extramatrimonial consumada o no, se genera una incertidumbre sobre cuál de las tres normas invocar. La primera causal tiene lugar con la prueba de dicha relación sexual por fuera del matrimonio, también puede ser encuadrada en la segunda causal, pues esta se materializa con el incumplimiento del deber de fidelidad, y, además, según la Corte Suprema cabe la posibilidad de invocar la tercera causal al entender la infidelidad moral como un ultraje.

Por lo anterior, al tener una única causal de divorcio que abarque tanto la infidelidad moral como la material, es decir, si no se realiza una clasificación dual de la infidelidad, sino que por el contrario se toma como una única, se tendrá un panorama más preciso, debido a que no existiría la posibilidad de encuadrar la situación en más de una causal. La claridad no solo representa una ventaja para los cónyuges que desean solicitar la terminación del vínculo matrimonial por alguno de los supuestos de hecho, sino a su vez para los jueces a la hora de resolver los casos, puesto que la violación general del deber

³³ El planteamiento de acudir a la segunda causal en los casos en los que se presenten tanto una infidelidad moral y material es en nuestro concepto el más adecuado, sin embargo, según lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 219 de 1989, MP Rafael Romero Sierra, esta corporación no está de acuerdo, ya que asegura que en los casos de infidelidad material se debe invocar la primera causal de divorcio y en caso de presentarse una infidelidad moral aplica la tercera causal, la cual tiene lugar cuando se presentan ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.

de fidelidad se ajustaría completamente a lo consagrado por la causal segunda.

1.3 Facilidad probatoria de la causal de divorcio:

Entendiendo que la infracción al deber de fidelidad puede presentarse en modalidad material y moral, y cada una de ellas activa una causal de divorcio diferente, en temas probatorios sería necesario demostrar para cada supuesto circunstancias distintas. Por un lado, se debe probar la consumación de la relación sexual extramatrimonial y por el otro, respectivamente, cualquier acto que no siendo relación sexual como tal contravenga el deber de fidelidad.

De esta forma, una interpretación de la segunda causal de divorcio que abarque dentro de la misma los ultrajes, el trato cruel, el maltratamiento de obra y un incumplimiento del deber de fidelidad general, evitaría un desgaste probatorio para quien demanda el divorcio y tiene la carga de probar la ocurrencia de los supuestos consagrados en la norma. Ello en razón que con probar cualquier tipo de infidelidad, la casual por incumplimiento de deberes sería procedente, no necesariamente la relación sexual extramatrimonial y menos la consumada.

Sin embargo, es de aclarar que este asunto se abordó en términos generales, puesto que para explicar el funcionamiento probatorio de estas causales de divorcio se requiere otra investigación debido a las particularidades propias y extensión del tema. Por tanto, se considera pertinente mencionar que la propuesta realizada como conclusión de este trabajo de investigación, facilitaría a las partes la carga probatoria del incumplimiento del deber de fidelidad.

2. JUSTIFICACIÓN PARA SU IMPLEMENTACIÓN.

La relectura de una segunda causal de divorcio que abarque dentro de la misma tanto “las relaciones sexuales de uno de los cónyuges con un tercero” como “los ultrajes, el trato cruel y los maltratamiento de obra”, fue motivada por varias circunstancias que una vez estudiadas y desarrolladas arrojaron como idea dicha propuesta. A continuación se explicarán las razones que dieron lugar al planteamiento ya realizado.

Primero, es importante tener en cuenta que nuestro Código Civil fue expedido hace 144 años exactamente en el año de 1873, hace más de un siglo. En este sentido, cuando se realizó la adopción de dicha norma el divorcio era no vincular pues no se disolvía el matrimonio, de hecho, la sociedad tenía un pensamiento y una concepción del matrimonio, de las situaciones entre los cónyuges, y en general respecto del hombre y de la mujer muy diferente al que se tiene hoy en día, tanto así que, la redacción de la primera causal de divorcio del artículo 154 de este Código, refería a las relaciones sexuales extramatrimoniales de la mujer y al amancebamiento del hombre, lo que evidencia que para la época se era más laxo con el hombre y más riguroso con la mujer.

En este sentido, además, los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, requerían poner en riesgo la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendientes, o hacer imposible la vida en comunidad. Este apartado que luego desapareció con la implementación de una nueva norma en el año de 1992, denotaba una aceptación en cierta medida de un maltrato entre los miembros de la familia y de la pareja, ya que para configurar dicha causal debía llegarse a tal punto de poner en peligro y comprometer aspectos tan importantes como lo son la salud y la vida de una persona.

Sin embargo, en pleno siglo XXI ya han ocurrido varios cambios sociales³⁴ que piden a gritos la evolución normativa, puesto que al tener las normas jurídicas el objetivo de regular las conductas humanas, deben estas ir evolucionando conforme cambia la sociedad, ya que de lo contrario dichas normas quedarían obsoletas y no sería posible que cumplieran tal fin. Estos cambios que ha tenido la sociedad colombiana a través del tiempo, no solo han mostrado una variación en la forma de ver las relaciones entre los cónyuges, sino que han mutado la manera de entender el matrimonio, su conformación, sus diferentes efectos y hasta sus partes; y también, han evolucionado para ampliar el concepto de familia como institución base de la sociedad y como célula de especial protección Constitucional y legal.

En segundo lugar y como se explicó anteriormente, la Corte Suprema de Justicia (1986) definió el término relaciones sexuales de forma tan amplia que estas abarcaban incluso la no consumación del acto, a pesar de ello, posteriormente realiza una división de la fidelidad sin tener esclarecido de forma precisa el contenido de cada categoría, dejando la aplicación de las mismas limitada a temas probatorios que desgastan a las partes.

En tercer lugar, en razón de las consecuencias poco prácticas y las confusiones jurídicas que trae consigo el no encontrar certeza sobre el contenido de las expresiones relaciones sexuales, ultrajes, trato cruel y maltratamientos, y ante la ausencia de claridad en el límite diferenciador entre los supuestos de hecho que contiene tanto la primera como la segunda y tercera causales de divorcio contenidas en el artículo 154 del Código Civil Colombiano, la propuesta de una relectura de esta última tiene como objetivo principal eliminar la clasificación realizada por la Corte, dejando como

³⁴ Principalmente la concepción del matrimonio y el papel que juega la mujer en la sociedad.

consecuencia que la infidelidad entendida como incumplimiento del deber de fidelidad sea una sola, esto es, que abarque tanto la consumación de la relación o no y el resto de actos como besos, caricias, etc. Además, es necesario que la transgresión se encuentre enmarcada por la segunda causal de divorcio "el grave e injustificado incumplimiento de los deberes matrimoniales".

No tiene sentido realizar una distinción entre fidelidad material y moral acomodando cada una a una causal diferente si la consecuencia será la misma, el divorcio, y ello, más aun sabiendo los dilemas prácticos y las contrariedades jurídicas que ha traído consigo dicha distinción.

De esta misma forma y teniendo claro que los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra son en sí mismos un forma de incumplir los deberes matrimoniales, pues con la realización de dichas conductas se materializa un irrespeto, una falta de tolerancia, un daño a la vida en comunidad y hasta una irrupción al honor conyugal, no hay motivo para que estos comportamientos sean separados de la segunda causal de divorcio que consagra como tal dichos supuestos, y más aun conociendo los problemas delimitativos de dichos conceptos que generan incertidumbre.

Por lo tanto, haciendo un ejercicio de integración normativa más amplio que la que se ha venido planteando en la presente monografía, nos atrevemos a sugerir que se debe integrar toda la tercera causal de divorcio en la segunda causal, y no solo los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra vinculados a la infidelidad moral, sino también todas las demás expresiones que permitan los anteriores, aunque sean ajenas al deber de fidelidad, pero que materializan un incumplimiento real a los otros deberes matrimoniales de manera injustificada y grave.

A esto se suma que, las tres primeras causales de divorcio son de tipo sanción, motivo por el cual la consecuencia de los alimentos castigo aplica para las tres, por lo que la nueva interpretación del "grave e injustificado incumplimiento de deberes" que contenga a las relaciones sexuales y a los ultrajes no contrariaría dicha penalidad, pues eliminado la primera y la tercera casuales e incluyéndolas con la relectura de la segunda de divorcio los alimentos como castigo tendrían plena aplicabilidad, además de las ventajas ya referidas.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- Medina Pabón, Juan Enrique, (2010). Derecho Civil. Derecho de Familia. Bogotá, DC – Colombia. Editorial Universidad del Rosario.
- García Sarmiento, Eduardo, (1999). Elementos de Derecho de Familia. Bogotá, DC – Colombia. Editorial Facultad de Derecho.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, (2012). Derecho de Familia, infancia y adolescencia. Bogotá, DC – Colombia. Editorial ABC.
- Morales Acacio, Alcides, (2006). Lecciones de Derecho y de Familia. Bogotá, DC – Colombia. Editorial LEYER.
- Parra Benitez, Jorge, (2008). Derecho de Familia. Bogotá, DC – Colombia. Editorial Temis S.A.
- Lafont Pianetta, Pedro, (2010). Derecho de Familia. Bogotá, DC – Colombia. Editorial ABC.
- Quiroz Monsalve, Aroldo, (2014). Manual Civil, Matrimonio civil, Unión marital de hechos, nuevo régimen de guardas. Editorial Ediciones Doctrina y Ley LTDA.
- Montoya Osorio, Marta Elena y Montoya Pérez, Guillermo. (2013) Derecho de Familia – Tomo I – Relaciones matrimoniales. Diagramación e impresión L. Vieco.S.A.

Sentencias:

- Corte Constitucional, Sentencia C-600 de 2000, M.P Carlos Gaviria Díaz, 24 de mayo de 2000, Número de expediente: D-2660.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 821 de 2005, M.P Rodrigo Escobar Gil, 9 de agosto de 2005, Número de expediente: expediente D-5666.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 027 de 1993. MP Simón Rodríguez Rodríguez, 5 de febrero de 1993, Número de expediente: expediente D-018.

- Corte Constitucional. Sentencia C- 985 de 2010, M.P Jorge Ignacio Pretelt, 02 de diciembre de 2010, Número de expediente: D-8134.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 577 de 2011, M.P Gabriel Eduardo Mendoza, Número de expediente: expediente acumulado D-8367 y D-8376.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 246 de 2002, M.P Manuel José Cepeda Espinosa, Número de expediente: expediente D 3713.
- Corte Constitucional, Sentencia T- 916 de 2008, M.P Clara Inés Vargas Hernández. Número de expediente: expediente T-1817308.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia 19 de julio de 1989. M.P Eduardo García Sarmiento.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia 9 de noviembre de 1990. M.P Carlos Esteban Jaramillo Schloss.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia 9 de noviembre de 1990. M.P Pedro Lafont Pianetta.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia 7 de mayo de 1979. M.P Alberto Ospina Botero.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 8 de abril de 1988. M.P José Alejandro Bonivento.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia 18 de septiembre de 1990. M.P Eduardo García Sarmiento.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 20 de febrero de 1990. M.P Eduardo García Sarmiento.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 20 de septiembre de 1990. M.P Eduardo García Sarmiento.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 23 de junio de 1986. M.P Guillermo Salamanca Molano.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de julio de 1986, MP Guillermo Salamanca Molano.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 29 de abril de 1995. M.P Eduardo García Sarmiento.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 13 de junio 1985. M.P José Alejandro Bonivento Fernández.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de noviembre de 2001. M.P José Fernando Ramírez Gómez.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- Corte Constitucional, Sentencia C-456 de 1993, M.P Vladimiro Naranjo mesa, Número de expediente: expediente D-252.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de julio de 1988. M.P Pedro LaJont Pianetta.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de noviembre de 1954. M.P Agustín Gómez Pradal.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 1 de diciembre de 1987. M.P Pedro LaJont Pianetta.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de febrero de 1989. MP. José Alejandro Bonivento Fernández.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de junio de 2008. M.P César Julio Valencia Copete.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 1997. M.P Rafael Romero Sierra.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de octubre de 1981. M.P Héctor Gómez Uribe.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de enero de 1964. M.P Humberto Murcia Ballén.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de noviembre de 1938. M.P Salvador Iglesias.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de mayo de 1995. M.P Javier Tamayo Jaramillo.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 14 de abril de 1998. M.P Nicolás Bechara Simanca.