

# RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS DERIVADOS DEL DIVORCIO. <sup>1</sup>

Denni Yuliet Villamizar Mogrovejo

## Resumen

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad para el estado colombiano. En las relaciones familiares, existen conflictos internos que generan la ruptura del vínculo, en los matrimonios la terminación de este vínculo se da por la separación de cuerpos o el divorcio. El tema analizado estudia las causales de divorcio y de allí establecer si se aplica responsabilidad civil por los daños derivados del mismo. Para ello se tienen en cuenta las causales que establece la legislación civil colombiana, en el artículo 154.- Modificado. L. 1ª/76, art. 4º. Modificado. L. 25/92, art. 6º y la responsabilidad civil desde el punto de vista extracontractual ya que los daños ocasionados en los casos de divorcio refieren a daños morales, de carácter subjetivo en la persona, en su integridad, en su entorno psicosocial, en el estado psicológico y emocional que pueda llegar a presentar. Así mismo, se refleja cómo estos daños se extienden a los integrantes de la familia como son los hijos, quienes son víctimas indirectas, y aún más a los menores habidos en el hogar quienes no están aptos para recibir y entender un conflicto familiar. En este sentido se determina a quien corresponde reparar el daño, en aplicación a la responsabilidad civil extracontractual por haber incurrido en una causal de divorcio que afecte la integridad personal.

## Palabras claves

Divorcio, Responsabilidad civil, Daños.

## Absbtract

The family is the basic unit of society for the Colombian state. In family relationships, there are internal conflicts that generate the breaking of the bond marriages termination

of this relationship is given by the separation or divorce. The theme study analyzed the causes of divorce and hence establish whether liability applies for damages resulting thereof. To do this takes into account the causes that stable Colombian civil law, article 154-Modified. L. 1st / 76, art. 4th. Modified. L. 25/92, Art. 6th and liability from the point of view as tort damages in divorce cases refer to moral damages, subjective way in the person, in its entirety, in their psychosocial environment on the psychological and emotional state that can get to present. It also reflected how these damages are extended to family members such as children, who are indirect victims, and even gotten to children at home who are not able to receive and understand a family conflict. In this regard it is determined who is responsible for repairing the damage, pursuant to tort liability for engaging in a ground for divorce that affects personal integrity.

Keyword

Divorce, Civil Liability, Damages.

## **INTRODUCCIÓN**

La familia, desde hace muchos siglos fue dirigida por el lineamiento del paterfamilias, hoy se encuentra a menudo que esto línea ha desencadenado mayor afluencia en cabeza de la mujer, ampliando los vínculos tanto derechos como en obligaciones de los parientes que la integran, además históricamente enseñan que era muy fácil encontrar en las familias malos tratos, agresiones y formas diversas de abandono.

En este trabajo se pretende identificar en si es posible dar aplicación a la responsabilidad civil en asuntos de familia, el tema se centra en el divorcio, los daños que dieron origen a través de la aplicación de las causales establecidas por el código civil colombiano.

Se busca establecer, de qué forma puede ser exigida la indemnización de los daños; si se puede reparar los daños a través de la aplicación de la responsabilidad

extracontractual o si meramente aplica para las sanciones establecidas por el legislador en los asuntos de familia, como lo establece en la interpretación de las causales del divorcio, al igual evaluar la inferencia que tiene esta disolución, respecto de los hijos menores habidos en el vínculo familiar y los daños que estos puedan llegar a recibir.

Esto debido a la tendencia del derecho moderno que está orientada a que los abogados de las nuevas generaciones, están comprometidos socialmente con sentido y orientación netamente humano, para lo cual se ha abierto la posibilidad de solucionar conflictos en asuntos familiares siguiendo la figura de la conciliación, tratando de neutralizar la problemática social, frente a las crisis que rodean los conflictos familiares; que pueden llegar a ser económicos, social, moral y de convivencia mutua.

### **Responsabilidad civil por los daños derivados del divorcio**

#### *Responsabilidad civil.*

Se puede dar un concepto de responsabilidad, relacionado como aquel acto de responder ante un conglomerado social por algunas obligaciones que se generan de haber causado un daño, tratando de resarcir a la víctima o quien se encuentre afectado por el daño.

La responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual según que el hecho ilícito viole un derecho de crédito (que nace de los contratos) o un derecho subjetivo absoluto, como son la vida, el honor, la propiedad. La responsabilidad civil, desde el punto de vista de la conducta atiende a dos grandes elementos subjetivo y objetivo; subjetivo gira alrededor de la culpa e intencionalidad con que se causó el daño, si el agente que causa el daño no incurrió en culpa al ocasionarlo, debe quedar exonerado de la reparación. Sólo existe responsabilidad civil si el agente procede con culpa; y objetivo cuando gira alrededor de un resultado dañoso sin importar si este fue cometido con culpa o con dolo, dando aplicación solo a nexo entre causa y efecto.

### *Relación de la responsabilidad civil con el derecho de familia*

Tradicionalmente la responsabilidad civil ha sido una institución extraña al ámbito familiar, lo cual encontraba su sentido en el marco de una familia de tipo patriarcal, donde el padre y el marido ostentaban la jefatura de la misma, por lo que la injerencia del Estado en ella era mínima. Sin embargo, a medida que la familia evoluciona y que el modelo patriarcal se sustituye por otro, basado en el principio de igualdad de los cónyuges y en el de la titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad, la intervención de los tribunales, para asegurar la efectividad de dicho principio, así como el respeto de los derechos fundamentales e intereses legítimos de los miembros de la familia, parece inevitable. (Vid, 2007:93)

Para la evolución del ser humano, la familia es la fuente básica de una sociedad manifestada física y legal a través del matrimonio o la unión marital de hecho de acuerdo al fundamento constitucional.

El matrimonio es concebido desde la sociedad antigua como fuente de conformación de la familia, en la actualidad trasciende en una unión más liberal se extiende a familias conformadas por uniones maritales de hecho e incluso en Colombia el matrimonio entre parejas del mismo sexo es legal. La Corte Constitucional de Colombia puso fin a años de incertidumbre para las parejas del mismo sexo y reafirmó los derechos de personas LGBT al confirmar la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo el 28 de abril de 2016. Adicionalmente las parejas del mismo sexo también pueden acceder a uniones maritales de hecho tras convivir dos años. Las uniones de hecho tenían pocas diferencias con un matrimonio como tal y permitía a las parejas vinculadas a través de ellas acceder a los mismos derechos que un matrimonio. La iglesia católica no está de acuerdo con esta aprobación, ante el estado nacional. Lo cierto es que el matrimonio como institución jurídica de la legislación colombiana, día a día se robustece y aumentan los mecanismos de protección para los derechos de cada uno de los que la integran.

Este vínculo se exterioriza de dos formas desde el rito católico y a través de la norma civil; el matrimonio católico o de religiones es celebrado mediante ritos religiosos ante un sacerdote con arreglo a las formalidades de la iglesia o ante la autoridad de la entidad cristiana no católica que hayan suscrito acuerdos a nuestra ley nacional; e igualmente el matrimonio civil que es definido como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

Legalmente se define el matrimonio como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. (*Código civil. Artículo 113*)

Desde esta definición, produce unos efectos tanto personales como patrimoniales; los efectos personales comprenden los derechos y obligaciones o compromisos conyugales y son esenciales para que exista este vínculo, de los cuales son; cohabitar, vivir juntos, socorrerse, ayudarse y respetarse mutuamente; en cuanto a las obligaciones en el caso de la obligación a vivir juntos hoy día, el legislador ha dejado la libertad de que cada uno puede tener su domicilio propio, en caso de no querer estar bajo un mismo techo; en cuanto a cohabitación comprende más en el hecho de recibir a la pareja y llevar actividad sexual apropiada dentro del vínculo matrimonial; el socorro obliga a propiciar lo necesario para la subsistencia, es un deber de asistencia que no solo genera exigencia económica o alimentación.

Así mismo, José Ramón de Verda (2007) señala que se asiste a un tránsito de la “familia institución” a la “familia comunidad”, configurada como una sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respeto, e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y reciben conocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas. Y añade: que el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de un derecho inviolable, cuya lesión por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, no pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el

interior de un contexto familiar. Ello explica que los jueces comiencen a conocer demandas por responsabilidad civil, con motivo de hechos ilícitos acaecidos en el ámbito de las relaciones familiares, como son, precisamente, las dirigidas por un cónyuge contra el otro por incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio o por los hijos contra los padres para obtener el resarcimiento del daño moral ocasionado por la falta de reconocimiento de la filiación no matrimonial.

### *Aplicabilidad de la responsabilidad civil*

En razón a diversidades entre las clases de responsabilidad, se debe determinar la clase de norma aplicable a los casos relacionados con el divorcio, pues esta duda se genera desde el momento mismo en que se ha reiterado por la discusión de la naturaleza jurídica del matrimonio. Como ya reseñamos se presentan definiciones, alguna de las cuales manifiestan que el matrimonio es un contrato solemne entre las partes; como también se señala que el matrimonio es un rito con solemnidades religiosas y adecuado a cada iglesia sea cristiana católica o no católica; o como es definido por la ley civil colombiana en su artículo 113.

Analizando el matrimonio como un contrato puede resultar fácil dar aplicación a las reglas de la ley civil, para lo cual se solicitaría indemnización de daños en inmensas cuestiones generando un cumulo de responsabilidades, se considera la teoría de mantener el matrimonio como una institución que integra el núcleo familiar, sin desconocer que la familia también se conforma por simple voluntades expresas de conformarla, como el caso de las uniones maritales de hecho.

El ordenamiento jurídico francés establece, por una parte, que las indemnizaciones en los casos de divorcio son independientes de la pensión compensatoria, y por otra, también admite la aplicación del precepto genérico relativo a la responsabilidad civil extracontractual si se dan los presupuestos establecidos en la norma. El objeto de la indemnización es la reparación del perjuicio, material o moral, que la disolución del matrimonio ha hecho sufrir al beneficiario.

Para que se aplique la existencia de responsabilidad se debe tener claro el vínculo anterior entre las partes, del cual puede surgir un incumplimiento que genera un daño o perjuicio que se hace exigible jurídicamente a través de una indemnización.

Analizando la relación entre las compensaciones económicas, como una posible barrera contra el desarrollo de la responsabilidad civil extracontractual por daños familiares, se pueden hacer las siguientes aclaraciones: Primero, que la compensación económica tiene una naturaleza alimentaria, asistencial o algún otro tipo que no implique considerarla una indemnización, no manifiesta relación alguna con la responsabilidad extracontractual, y ambas instituciones se podrán desarrollar de forma paralela e independiente, siendo de aplicación general las reglas civiles.

En conclusión puede ser aplicable la responsabilidad extracontractual solo y exclusivamente en algunos casos dependiendo al daño que se derive del divorcio o a la repercusión que haya tenido la causal invocada como determinante para que se diera la disolución del vínculo.

Existe por parte de algunos tratadistas la negativa a que pueda hacerse exigible tanto la compensación que establece la ley, como la reparación en demanda de responsabilidad civil.

“La circunstancia que la compensación económica (considerada como una indemnización de perjuicios), en caso de separación judicial no es suficiente razón para que un cónyuge pueda demandar al otro por el detrimento económico que surge por haberse dedicado a los hijos o al cuidado del hogar”.

### *Daños derivados del divorcio*

Primero se debe saber que el daño o hecho dañoso, se puede llegar a definir de manera objetiva como aquella situación que modifica, cambia o amorfiza la realidad y

que la altera generando un perjuicio (causa dolor o afecta las condiciones habitualmente establecidas).

En la búsqueda de la unidad familiar se encuentra que de alguna forma la indemnización por los daños generados durante el vínculo matrimonial no se materializan durante la vigencia de este, en ocasión a que se mantenga la paz dentro del núcleo familiar, extensible a los descendientes que la integran y en busca de sostener las relaciones conyugales en buenos términos tanto en derechos como en obligaciones, tal cual como las describe la legislación colombiana y evitar cualquier clase de violencia hacia los integrantes de la familia.

Se ha manifestado por consultas a la sociedad y se ha llegado a la determinación de que no es posible que uno de los cónyuges pueda llegar a presentar una acción de daños en contra de su compañero permanente sin antes haber ejercido convivencia con su pareja, para así poder llegar a la acción de separaciones personales, haciéndose necesario probar los hechos injuriosos que determinaron esta ruptura del vínculo, para que pueda existir legitimación entre los cónyuges para hacer reclamos contractuales relacionados con las compensaciones familiares y extracontractuales en el momento de darse la ausencia de convivencia o incumplimiento a los compromisos conyugales, generados por violencia o abusos graves a su integridad personal.

En el derecho de familia, la tendencia actual es a la protección de los derechos individuales manifestados en el libre desarrollo de la personalidad individual y la integridad de los miembros, incluyendo los hijos habidos en el hogar.

Aunque no estén exteriorizadas normas que materialicen los daños civiles causados al interior del núcleo familiar, si existe una tendencia clara que admite la aplicación de las reglas de responsabilidad civil en los casos de incumplimiento de los deberes conyugales, entendiendo el recurso a la responsabilidad civil, no como un mecanismo destinado a reparar el daño ocasionado a alguno de los cónyuges, sino más bien, como una sanción que corresponde aplicar producto del incumplimiento de los respectivos deberes; y otra, que comprende que el servicio de la responsabilidad civil se justifica como la forma idónea de reparar, resarcir, indemnizar el daño que cualquiera de los cónyuges haya padecido como consecuencia del incumplimiento de

los reiterados deberes, incluyendo los daños descendientes; otros eventos en<sup>9</sup> que puede aplicarse son caso de infracción graves e irremediables, tales como, ser consecuencias la separación, divorcio, desheredación, pérdida del derecho de alimentos, entre otras. En otras palabras solo habrá lugar resarcir daños en los caso de los cuales la aplicación de las causales hayan sido por culpa de uno de los cónyuges.

Se debe conocer las causales que describe el código civil Colombiano: Causas del divorcio ART. 154.- modificado. L. 1ª/76, art. 4º. Modificado. L. 25/92, art. 6º. Son causales de divorcio:

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

2. 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.

3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.

4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.

5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.

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

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

8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos (2) años.

9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia.

NOTA: El aparte encerrado entre paréntesis en el numeral 1º del artículo 154<sup>o</sup> del Código Civil, modificado por el numeral 1º del artículo 6º de la Ley 25 de 1992, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-660 de junio 8 de 2000. (*Código civil. Artículo 154*).

De las causales de divorcio sería posible acudir a las normas generales de responsabilidad extracontractual para demandar por otros daños producidos durante el matrimonio; patrimoniales y extra patrimoniales, muchos de los cuales se pueden derivar de estas por culpa y nulidad matrimonial; y también demandar por daños ocurridos con posterioridad al matrimonio, como aquellos producidos por el juicio de divorcio o nulidad matrimonial en sí mismos.

En algunos casos específicos como el simplemente hecho de la separación de cuerpos, hace necesario demostrar la existencia de otra causal, puesto que, esta separación para hacer aplicable la responsabilidad civil, puede ser consecuencia de otras causales que por evitar repercusiones sociales se ocultan al legislador, entre ella puede estar la violencia intrafamiliar, las relaciones sexuales extramatrimoniales, embriagues habitual o consumo de sustancia alucinógenas que tienden a perjudicar la salud de su pareja, las conductas que tiendan a corromper a cualquiera de los integrantes del núcleo familiar, entre otras, estas causales son relacionadas para algunas personas como daños irremediables, pueden llegar a dejar secuelas físicas y psicológicas, si no se llevado el trato adecuado dentro del proceso de reparación o protección a la víctima, que no solo se presume de las parejas sino también, aplica a los hijos que dependiendo a su madurez psicológica y al trato sicosocial y paterno o materno afectivo recibido durante el matrimonio.

Si se hace una interpretación detallada a las causales de divorcio, claramente existen algunas que evidencian la aplicación a exigencias de reparación en el momento en que se de aplicación con intencionalidad de causar daño al cónyuge o a los integrantes de la familia. Para ello tiene:

1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges: esta causal genera daño en el instante el que se presente un desequilibrio emocional, y puede tener repercusiones de tipo moral, y repudio en el entorno social.

2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges<sup>1</sup> de los deberes que la ley les impone como tales y como padres: el cuidado de los hijos la violación de sus obligaciones y deberes como padres, obligaciones de crianza, alimentos, educación y establecimiento; y respecto a las obligaciones como cónyuges, relacionadas en el Artículo 176 del Código civil; Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida. Esta causal genera más exigencia en cuanto a la compensación económica que el legislador establece directamente en la aplicación de la sanciones por probarse la culpa del cónyuge.

3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra: La violencia puede ser ejercida de forma física o psicológica en contra de cualquiera de los cónyuges, por lo que los ultrajes son palabras, escritos, señas y actitudes que hieren las justas susceptibilidades del otro y que atentan contra su dignidad de cónyuge. Si dicho ultraje debe ser grave. Las lesiones personales o los abusos físicos se relacionan por otro lado con los maltratamientos de obra, pareciera la doctrina interpretar que estos deben ser habituales, aunque en nuestro concepto un solo episodio que diere ser probado es causal suficiente sino por maltrato sino por ultraje. Las lesiones causadas pueden a su vez ser reparadas en aplicación a la responsabilidad civil.

4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges: Es la afectación de las facultades mentales causada por el exceso en bebidas embriagantes. La embriaguez se entiende como causal de divorcio, cuando se presenta habitualmente. En este caso con sobradas razones La Corte Suprema de Justicia afirma que se requiere que el exceso sea crónico, pues como es natural un solo acto aislado no configuraría la causal mencionada. Si durante los episodios se maltrata física o mentalmente a la pareja se podrá usar esta causal en concomitancia con la anterior. Extensivamente puede aplicarse la reparación de daños a través de la responsabilidad civil.

5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica: Se trata de la adicción o farmacodependencia es decir del estado de ansiedad que hace que se acuda a la droga con regularidad.

6. Toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial: Esta causal debe poner en peligro la estabilidad del otro cónyuge.

7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo: Lo más interesante de esta causal es que la misma es no sólo en contra del cónyuge sino también un descendiente, común o no, lo mismo que cualquier persona que esté conviviendo bajo el mismo techo, al cuidado del cónyuge. De igual manera cabe en esta causal la aplicabilidad de las reglas de responsabilidad civil.

8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos (2) años: Es sin duda la causal más invocada, pero no es motivo suficiente para que se pueda exigir la reparación o indemnización en aras de dar aplicación a esta causal.

9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia, esta causal no presentan ninguna clase de discordia o desacuerdo entre las partes.

Analizadas las causales se puede adoptar la posición de reparar el daño a través de indemnizaciones, a partir de esto se infiere que no se tiene por objeto reparar los posibles daños que pueden generar el divorcio o la causal, sino solo los perjuicios graves e irremediables probados ante el legislador.

Algunos autores como Cornejo Reina, (2012, 117), de Chile; expresan que no están de acuerdo con la indemnización de estos perjuicios, sin embargo, se podría obtener la reparación en casos graves, como en las causales ya analizadas, siendo las más impactantes si la que dio origen al divorcio es la causal por malos tratamientos contra la persona física del cónyuge y ésta genera lesiones graves. Según de verdad el argumento utilizado por los jueces de que existe una prestación económica que excluye la responsabilidad civil del cónyuge que incumple sus deberes no es suficiente.

Aunque existen razones aplicables, primero, no se trata de corregir<sup>3</sup> el desequilibrio económico que el divorcio produce a un cónyuge, en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en la situación que tenía durante el matrimonio; segundo, se orienta a resarcir el daño moral que experimenta un cónyuge, por la violación de los deberes conyugales que comete el otro. La responsabilidad civil del cónyuge solo surge cuando la conducta culpable del cónyuge que incumple sus deberes causa al otro un daño, esencialmente, de carácter moral o físico.

Del divorcio se prevé la obligación del cónyuge declarado único o principal culpable, de reparar los daños no patrimoniales causados al otro cónyuge por la disolución del matrimonio. Si un esposo ha infringido al otro un daño moral o psicológico importante, éste puede obtener una indemnización que le será satisfecha, periódicamente o de una vez.

*Las consecuencias que se derivan del divorcio en los hijos menores habidos en el hogar.*

Uno de los objetivos primordiales para la sociedad es el desarrollo armónico de la niñez. Aplicando para ellos la protección a sus derechos de conformidad con los principios y constitucionalmente a la prevalencia de estos derechos ante cualquier otro.

Visto desde la concepción de la psicología, el Doctor José Antonio García Higuera, (2004) relaciona algunas consecuencias como: Bajada en el rendimiento académico, peor auto concepto, dificultades sociales, dificultades emocionales como depresión, miedo, ansiedad, y problemas de conducta. Efectos emocionales del divorcio en los hijos. Como siempre hay que señalar que las reacciones emocionales que se dan en los hijos no están predeterminadas. Dependen de un número importante de factores, como la historia del niño y la manera y habilidad que tiene para enfrentarse a la nueva situación que tiene una influencia tremenda en su vida. Como orientación se incluyen algunas de las reacciones que pueden aparecer dependiendo de la edad. Son solamente orientativas.

De tres a cinco años: Se creen culpables por no haber hecho la tarea o no haber comido. Su pensamiento mágico les lleva a tomar responsabilidades tremendamente imaginarias. Temen quedarse solos y abandonados. Hay que recordar que en estas edades los padres constituyen el universo entero de los niños y que la relación en la pareja es el medio en el que ellos están cuidados y mantenidos.

La edad más difícil es la de 6 a 12 años. Se dan cuenta de que tienen un problema y que duele y no saben cómo reaccionar ante ese dolor. Creen que los padres pueden volver a juntarse y presionan o realizan actos que no llevan más que a un sentimiento de fracaso o a problemas adicionales en la pareja.

Los adolescentes experimentan: Miedo, soledad, depresión, y culpabilidad. Dudan de su habilidad para casarse o para mantener su relación. Como elemento a tener en cuenta en la asignación de los hijos a los padres es el hallazgo de que los hijos criados por el padre del mismo sexo se desarrollan mejor. (García Higuera. 2004)

La tendencia del derecho moderno es la universalidad en la protección de los derechos de la niñez y esto solo puede iniciar desde el mismo instante en que se defiende la institución familiar, generando relaciones de convivencia civilizadas apartada de toda clase de maltrato, generando armonía, justicia y paz en la humanidad. La legislación inicia la protección a los niños desde la norma principal, nuestra Constitución Nacional, y adherida a ella la aplicación a los Tratados Internacionales, con aplicación a las leyes que en materia de niñez sea aplicable.

El estado, la sociedad y los padres son responsables del desarrollo armónico de la niñez colombiana, hace un gran muro en la lucha de evitar que a se les cause dolor, presenten dificultades en su desarrollo o se cause la muerte a uno de ellos, por ello se dan alternativas para satisfacer sus necesidades físicas emocionales y mentales.

Para los niños, niñas y adolescentes, se busca a través de normas como el Código de Infancia y Adolescencia tener un ambiente de comunidad familiar rodeado de felicidad, amor y comprensión. Dando aplicación al principio de igualdad de derechos e inclusive uno de los más relacionados en el derecho de familia en aplicación de la protección a

la niñez, como lo es el interés superior del niño, entendido este como: “artículo 8. Código de la infancia y la adolescencia: se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e independientes”.

Toda situación que ponga en peligro la atención de los niños dará lugar a sanción que para algunos aspectos puede ser regida por el Código Penal. Las autoridades que se pueden encargar de casos relacionado con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, son los comisarios de familia, los defensores de familia y agentes del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Desde el momento en que exista violencia dentro de la unidad familiar, esta violencia se extiende a los hijos habidos en el hogar, en algunos casos esa violencia es recibida como consecuente a las agresiones entre pareja; y en otros casos esa violencia es recibida de forma directa por el integrante familiar que está sufriendo un desequilibrio emocional o psicológico, lo que da lugar a agravaciones punitivas, y para las cuales faculta a cualquier ciudadano a que denuncie ante la autoridad competente la agresión, maltrato o situación que pone al niño, niña y adolescente en estado de indefensión.

A la falta de madurez de la mayoría de relaciones de pareja, en el momento de darse el divorcio, uno de los más afectados son los hijos habidos en el vínculo matrimonial, puesto que, muchas parejas se escudan en ellos; y en vez de buscar su felicidad, lo que hacen es dependiendo de la conveniencia que deseen los utilizan como instrumento para recibir beneficios ante la ley y así poder derrotar al cónyuge culpable.

La búsqueda de los beneficios económicos para los cónyuges, hacen que estos olviden y dejen de lado la búsqueda de su felicidad. Existen casos en los cuales el divorcio conlleva a que menor sea afectado en su patrimonio pues depende de quien se encuentre a cargo de la administración de sus bienes o albacea, así como también se tiende a causar daño en el proceso de protección, cuidado personal y custodia. Como también el suministro de alimento tiende a ser afectado dentro de la disolución

del matrimonio, aunque el Juez conociendo de la existencia de menores en un proceso<sup>16</sup> de divorcio siempre dispondrá a dejar reglamentada toda la situación relacionada con custodia, visitas y alimentos entre otras que han de relacionarse con la protección de los derechos de los niños.

La ruptura del vínculo matrimonial incluye la separación de los cónyuges, motivo por el cual puede llegar a generar de igual manera el aislamiento entre el menor y el cónyuge que sea sancionado con la pérdida de la custodia. Los maltratos pueden ser denominados como toda forma de castigo no autorizado o coacciones físicas o morales.

En el análisis jurisprudencial se evidencia que las interpretaciones de carácter literal, gramatical o dogmático, no tuvo protagonismo, lo que demuestra que la actividad de los jueces o juristas, no es ser un mero aplicador de la ley de acuerdo a lo establecido en (Constitución Política de Colombia, 1991, pág. Art. 230).

Las carencias afectivas suelen ser consecuencia radical de las separaciones o divorcios, y deben ser valoradas con otros factores personales y del entorno en que este rodeado; como las personalidades de los padres y de la familia extensa; el medio social, el ambiente y la personalidad que presente el niño, etc., desmejorando en el desarrollo emocional del niño, en el manejo de autoridad, en su proceso de identificación y en la seguridad que vaya a exteriorizar en la edad de adulto.

La responsabilidad civil, en estos casos aplica desde el punto de vista del daño moral, psíquico o psicológico. Y el Fallo 19836 de 2011 Consejo de Estado determina Daño Moral - Noción. Configuración. Reiteración jurisprudencial- Cuando se hace referencia al daño moral, se alude al generado en "el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien". Este daño tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado. El daño moral producto de lesiones puede configurarse tanto en la persona que sufre la lesión, a la que se conoce como víctima directa, como también en sus parientes o personas cercanas, víctimas indirectas.

En las relaciones maritales y casos de separación familiar, los hijos menores habidos en el hogar son víctimas indirectas, en hechos de violencia intrafamiliar las secuelas psico-emocionales tienden a causar daño en el comportamiento. Convirtiéndose dejando a los padres como los directos responsables del desarrollo de los hijos, puesto que son los originadores del conflicto y deben dar alternativas de convivencia para reparar y mantener el equilibrio emocional de los hijos.

En el divorcio es necesario dejar claro el tema de los derechos y los deberes de los padres, para con los hijos; efecto que solo le competen dentro del orden personal. Así lo establece el código civil. ART. 160.—Modificado. L. 1ª/76, art. 10. Modificado. L. 25/92, art. 11. Ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio, queda disuelto el vínculo en el matrimonio civil y cesan los efectos civiles del

matrimonio religioso. Asimismo, se disuelve la sociedad conyugal, pero subsisten los deberes y derechos de las partes respecto de los hijos comunes y, según el caso, los derechos y deberes alimentarios de los cónyuges entre sí. *Conc.: arts. 411 y ss.*

Como también reglamenta los efectos que deja el divorcio respecto de los hijos según el ART. 161.—Modificado. L. 1ª/76, art. 11. Sin perjuicio de lo que disponga el juez en la sentencia, respecto de la custodia y ejercicio de la patria potestad, los efectos del divorcio en cuanto a los hijos comunes de los divorciados se reglarán por las disposiciones contenidas en los Títulos XII y XIV del libro I del Código Civil. *Conc.: arts. 428 y ss., 480 y ss.*

El artículo 264 del código faculta a los padres, para que de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más conveniente para éstos; así mismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento.

Cuando se da el incumplimiento de los deberes para con los hijos, o los padres ejercen malas conductas se genera sanción, ART. 265.—El derecho que por el artículo anterior se concede al padre o madre, cesará respecto de los hijos que, por la mala conducta del padre o madre, hayan sido sacados de su poder y confiados a otra persona; la cual ejercerá este derecho con anuencia del tutor o curador, si ella misma no lo fuere. (Guerra, 2015)

ART. 267.—En la misma privación de derechos incurrirán los padres que por su mala conducta hayan dado motivo a la providencia de separar a los hijos de su lado, a menos que ésta haya sido después revocada.

El título XIV del código civil se refiere a la patria potestad dando un concepto ART. 288.—Subrogado. L. 75/68, art. 19. La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

INC. 2º—Modificado. D. 2820/74, art. 24. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia.

Se puede dar la suspensión de la patria potestad, según el art. 310.—modificado. d. 2820/74, art. 42. La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315; pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo.

Cuando la patria potestad se suspenda respecto de ambos cónyuges, mientras dure la suspensión se dará guardador al hijo no habilitado de edad.

La suspensión o privación de la patria potestad no exonera a los padres de sus deberes de tales para con sus hijos artículo 70, Código del Menor. *Conc.: art. 438.*

El artículo 315, establece suspensión cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales:

1. Por maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño.
2. Por haber abandonado al hijo.
3. Por depravación que los incapacite de (sic) ejercer la patria potestad.
4. Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.

En los casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aun de oficio.

Estas son algunas de las sanciones que se pueden llegar a aplicar en casos de los cuales exististe incumplimiento con los deberes que la ley otorga.

El daño a los hijos menores, con ocasión a la separación de sus padres independientemente de se trate por cualquiera de las causales, se aplica la reparación de los daños subjetivos o en la persona. La reparación es la consecuencia a la obligación de responder. El daño que se causa a una persona en sus sentimientos no va a ser reparable, porque los sentimientos pertenecen al campo ideal, no son materiales, ni pueden ser percibidos por la razón.

Los padres divorciados no deben dejar de cumplir con sus funciones de crianza, o por lo menos, este debería estar conjuntamente relacionado con la sentencia de divorcio en caso de existir hijos menores. Algunos casos los divorcios son destructivos y las consecuencias que este se producen son irreparables para los hijos. Aun cuando se quiera alimentar la posible reparación, esta afectación emocional es inmedible con valores económicos. Las reacciones y sentimientos de los niños son irremediables, cuando el grado de hostilidad afecta tanto el desarrollo emocional en los niños, se hace necesario la ayuda profesional terapéutica, que a luz de la reparación deberá ser proporcionada a cargo de los padres.

Sin embargo, La obligación del cumplimiento económico seguirá a cargo de los padres, aunque quien se encuentres sancionado pierda algunos derechos para con sus hijos.

## CONCLUSIONES

Este trabajo abracar la aplicabilidad de la responsabilidad civil, partiendo del supuesto que es la obligación de responder por los daños causados a determinada persona. Esta responsabilidad puede ser contractual si es objetiva nacida del contrato mismo o extracontractual trasgrede un derecho subjetivo absoluto, como son la vida, el honor, la propiedad.

Los daños a que refieren la responsabilidad civil extracontractual, son hechos que generan cambios a la realidad, y causan perjuicios irremediables para la persona que se considere víctima.

La familia en Colombia es concebida desde el simple hecho de querer conformarla, pero se puede legalizar a través del matrimonio el cual se define como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente; cuando se presentan incompatibilidades dentro de esta relación existe la alternativa de separación de cuerpo o en definitiva el Divorcio, que es ruptura de la vida en común de los casados. Para solicitud de este se debe invocar las causales señaladas en el código civil, y de las que en algunos casos dan lugar a reparación e indemnización de perjuicios de acuerdo a la responsabilidad civil, por la gravedad, la intencionalidad, y culpa que exista por parte del cónyuge que dio origen a la causal invocada.

Desde el momento mismo en que se rompen las relaciones familiares los primeros afectados son los hijos habidos en el hogar, de allí que dependiendo de la edad en que se encuentre, algunos psicólogos han establecido los efectos impactantes que pueden generarse como consecuencia del divorcio. Así se puede identificar que la edad más difícil es la de 6 a 12 años. Puesto que ya tienen la capacidad de comprensión, al entorno que le rodea, se dan cuenta de que tienen un problema y que duele y no saben cómo reaccionar ante ese dolor, no tienen la capacidad de desprenderse del vínculo afectivo que los venía rodeando; al igual cuando son relaciones familiares que presentan violencia intrafamiliar, produce traumas psicológico que les impiden comprender y desarrollarse libremente en la sociedad que los rodea, presentando en su etapa de adolescencia episodios de pérdida de personalidad, inseguridad en formar relaciones afectivas y dificultad para relacionarse, entre otras.

La tendencia moderna del derecho aplica a la protección integral de los menores y que se mantenga el vínculo siempre y cuando este rodeado de un

ambiente en armonía, paz y tranquilidad. Sin especulaciones de perjuicios morales o de carácter económicos.

El gobierno colombiano, tiene la capacidad dentro de la aplicación de las políticas públicas y de las normas que componen la legación de llegar a proteger a el núcleo familiar, con aplicación a los entes que se encuentran encargados tales como comisarías de familia, defensorías de familia, agentes de ICBF, Jueces de familias y demás servidores públicos, designados para la protección de los derechos de las personas del núcleo familiar.

En relaciones de separación familiar donde existen bienes materiales, las primeras víctimas indirectas son los hijos habidos en el hogar, pues los padres olvidan toda clase de sentimiento y solo se- interesan el factor económico; y si se presenta violencia intrafamiliar esta tiende a causar daño en el comportamiento del menor siendo directos responsables los padres que en medio del conflicto alteran el equilibrio emocional y de los hijos. Puesto que ponen en riesgo también derechos y deberes tales como alimentos, custodia y ejercicio de patria potestad, que solo les competen a los padres en el orden personal.

Los padres divorciados no deben de dejar de cumplir sus obligaciones de crianza algunos casos los divorcios son destructivos y las consecuencias que este se producen son irreparables para los hijos. Aun cuando se quiera alimentar la posible reparación, esta afectación emocional es inmedible con valores económicos. Las reacciones y sentimientos de los niños son irremediables, cuando el grado de hostilidad afecta tanto el desarrollo emocional en los niños, se hace necesario la ayuda profesional terapéutica, que a luz de la reparación deberá ser proporcionada a cargo de los padres.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Barbero, O. U. (1977). *Daños y perjuicios derivados del divorcio*. Buenos aires: Editorial Astrea.

Carrillo Velásquez, A. (2016) *Igualdad, derechos y garantías de las parejas del mismo sexo: análisis descriptivo de las técnicas de interpretación utilizadas por la Corte Constitucional colombiana*. Revista Academia y Derecho N° 13 (7) Universidad Libre Seccional Cúcuta. pp. 119-142.

Código Civil Colombiano. (2015). Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)

Código de Infancia y Adolescencia. (2015). Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1098\\_2006.html/normas/Norma1.jsp?i=22106](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html/normas/Norma1.jsp?i=22106)  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur>

Cornejo García, M.G. (2012) *particularidades de la responsabilidad civil*. Recuperado de [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112811/dornejo\\_m.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112811/dornejo_m.pdf?sequence=1)

Esteban Pons, V. *psicología clínica infantil*. Recuperado de <http://www.psicoterapeutas.com/centro.html>

García Higuera, J.A. (2004). *efectos del divorcio en los hijos*. Recuperado de [http://www.psicoterapeutas.com/terapia\\_de\\_pareja/divorcio\\_hijos.html](http://www.psicoterapeutas.com/terapia_de_pareja/divorcio_hijos.html)

Guerra Moreno, D. (2015) Tendencias del lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado en el derecho colombiano a partir de la Constitución de 1991. Revista Academia y Derecho, 6(10). Universidad Libre seccional Cúcuta. pp. 157-184

Henao, J.C. (2007) *El daño*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.

Hernández, Quequejana Mamani, Ortega Gomero, & González. (2013). *Derecho de Familia*. Bogotá: Universidad Libre.

Matrimonio entre parejas del mismo sexo.(2016). Recuperado de [https://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio\\_entre\\_personas\\_del\\_mismosexo\\_en\\_Colombia](https://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Colombia)

Morales Acacio, A. (1994). *Divorcio en la legislación colombiana*. Bogotá, D.C: Ediciones Doctrina y Ley.

Ortega, F.E. (2009). *Como hacer eficaz el derecho para la niñez y la familia*. Bogotá: TopGraf Publicidad.

Preciado Agudelo, D. (2004). *Indemnización de perjuicios*. Bogotá, D.C: Ediciones del profesional.

*Responsabilidad civil subjetiva*. Recuperado de <https://temasdederecho.wordpress.com/tag/responsabilidad-civil-subjetiva/>

Vid. De Verda, J.R. (2007). *Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales*. Universidad del Desarrollo.