T
346.016
P.416

DE LA BIGAMIA Y LOS MATRIMONIOS ILEGALES

GERARDO DE JESUS PACHECO CUENTAS

Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogado.

Asesor: EDGÁR ALTAMAR

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1985

Barranquilla, Noviembre 14 de 1985

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Docotr:
RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA.
Decano faculta de Derecho.
Universidad Simón Bolivar.-
E. S. S.

Le presento mis agradecimientos más sinceros, por haberme designado Director de Tésis del Egresado GERARDO DE JESUS PACHECO CUENTAS .- quien presento como Tesis una interesante monografía la cual titúla: DE LA BIGAMIA Y LOS MATRIMONIOS - ILEGALES .-

Esta Tesis toca el tema del Matrimonio como aspecto central, sus consecuencia Civiles, Familiares y Jurídicas.

El tema es de vital importancia ya que esta institución regula las relaciones heterosexuales y de organización familiar. Este es un tema tan amplio que resulta difícil compendiar en unas cuantas líneas aspectos importantes y trascendentales - de la institución.-

Se me ocurre pensar que obtenida la Independencia de la Corona, la Gran Colombia primero y luego la Nueva Granada, mantuvieron la vigencia del Derecho español e indiano, por la imposibilidad de sustituirlo por algo propio.

Impulsada la separación de la Iglesia y del Estado, con la - Constitución de 1853, vino a serposible la expedición de leyes, como la de 15 de JUnio de 1853 y 14 de Mayo de 1855, - la primera que rechaza la existencia de una religión única - para el Estado y la segunda que impone a las autoridades el deber de abstención de intervenir en los actos, arreglos y - negocios concernientes al culto y ciencias religiosas.-

Es importante recordar como por la Ley de 20 de Junio de 1853, bajo el gobierno del General Jose María Obando, se estableció el Matrimonio Civil Universal,, sin perjuicio de la libertad de los cónyuges para el cumplimiento de los actos religiosos. Este matrimonio admitió el Divorcio por acto culpable de cualquiera de los cónyuges e incluso se aceptó el mutuo consenti

miento, tan negado hoy como causal.-
El 8 de Abril de 1856, bajo el gobierno de Manuel María Mallarino, se eliminó el Divorcio y se dotó de efectos Civiles - al matrimonio religioso, con la condición de que la pareja - compareciera inmediatamente ante la autoridad Civil para manifestar que se unieron por su libre consentimiento.
Como se vé, la cuestión matrimonial se reguló de dos formas: La de la ley de 20 de Junio de 1853, con matrimonio Civil, - disoluble por sentencia de divorcio, y la de la ley de 8 de Abril de 1.856, con matrimonio Civil indisoluble, concurrente con el matrimonio religioso, sometido a su inscripción en en el Registro Civil y Juzgable, en principio por la autoridad Civil, pero susceptible de ser sometido al Juicio Religioso por voluntad de los cónyuges.
Producido en 1.886 el vuelco político que abolió la Constitución y adoptados los dos códigos de dos estados soberanos como leyes nacionales, el Consejo nacional de Delegatorios, designado por el Presidente de la Unión, expidió las leyes 57 y 153 de 1887.
Ley 57 : El artículo 12 de esta ley le confiere efectos civiles a los matrimonios católicos. La nulidad de los matrimonios religiosos quedó regida por las leyes de la Iglesia, y la Sentencia del Tribunal Eclesiástico producirá todos los - efectos civiles y políticos, previa inscripción en el Registro de Instrumentos Públicos.-
Ley 153: Establecerá que la legislación canónica es independiente de de la Civil . Concedía efectos retroactivos a los matrimonios religiosos celebrados de conformidad en el rito católico y surten, desde que se administró el sacramento,los efectos civiles y políticos que la ley señala al matrimonio. Serían de exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales..
Secuela de la Lye 153 de 1.887 es la Ley 30 de 1.888 que en su artículo 30 llevó la extralimitación del poder eclesiástico a límites verdaderamente insólitos: Consagró la nulidad - IPSO JURE del matrimonio Civil validamente celebrado, por el sólo hecho de que uno de los cónyuges contraiga matrimonio - religioso católico con otra persona.
Increíble cierto?.
Cuesta trabajo creer que el Estado Colombiano hubiese aceptado semejante atrocidad jurídica.

El matrimonio civil era indisoluble, pero bastaba un segundo matrimonio religioso para conseguir la nulidad y de pleno derecho, es decir, sin necesidad de Proceso.-

Cómo aún no tenemos las cosas claras y falta todavía que el Estado recupere su plena jurisdicción y competencia en las causas matrimoniales, por ello es bueno y muy saludable, que los abogados que hoy comienzan, se unan a los ya egresados en unidad de inquietudes tendientes a conseguir las reformas que aún faltan.

Esta monografía reune los requisitos de grado y en consecuencia le imparto mi aprobación y recomiendo el examen de grado.

de Ud, atentamente:

EDGAR ALTAMAR DE LA ROSA.
C.C. Nº 17'054.90 de Bogotá.-

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

PERSONAL DIRECTIVO

RECTOR:	DOCTOR: JOSE CONSUEGRA HIGGINS
VICE-RECTOR:	LEONELLO MARTHE
DECANO:	DOCTOR: RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA
VICE-DECANO:	EMILIA DE PULGAR LEMUS
SECRETARIO ACADEMICO:	DOCTOR: CARLOS DANIEL LLANOS S.
SECRETARIO GENERAL:	DOCTOR: RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA
SECRETARIO AUXILIAR:	GUSTAVO GONZALEZ
ASESOR:	DOCTOR: EDGAR ALTAMAR

Nota de Aceptación

_____

_____

_____

_____

Presidente del Jurado

_____

Jurado

_____

Jurado

Barranquilla, Noviembre 21

DEDICATORIA

A mis padres Gerardo Pacheco B. y Blanca Cuentas de Pacheco, por su apoyo permanente. A mis hermanos Nancy, Eduardo, Blanca y Carlos por su colaboración. Y a todas aquellas personas que de una u otra forma me incentivaron a seguir siempre adelante y alcanzar el triunfo hoy obtenido.

Gerardo de Jesús

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

TABLA DE CONTENIDO

pág.

INTRODUCCION..... 13

1. EL MATRIMONIO..... 19

1.1 NOCION HISTORICA..... 19

1.2 CLASES DE MATRIMONIOS..... 21

1.2.1 Matrimonio en el Derecho Canónico..... 24

1.2.2 El Matrimonio como Sacramento..... 25

1.2.3 El Matrimonio como Institución..... 27

1.2.4 El Matrimonio como Contrato..... 28

1.2.5 Matrimonio Rato y Rato Consumado..... 31

2. DELITO DE BIGAMIA..... 33

2.1 COMPROBACION HISTORICA..... 33

2.2 ANALISIS DEL DELITO..... 38

2.2.1 Los Sujetos..... 38

2.2.1.1 Sujeto Activo..... 38

2.2.1.2 Sujeto Pasivo..... 38

2.2.2 Los Objetos..... 39

2.2.2.1 Objeto Jurídico..... 39

2.2.2.2 Objeto Material..... 39

2.2.3 La Conducta..... 40

2.2.4 La Culpabilidad..... 45

2.2.5 La Punibilidad..... 46

2.3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA BIGAMIA..... 47

2.4 CUANDO EL MATRIMONIO ES VALIDO..... 53

3. FORMALIDADES DE LA BIGAMIA..... 55

3.1 CONSUMACION Y TENTATIVA..... 55

3.2 DELITO INSTANTANEO..... 59

4. MATRIMONIOS ILEGALES..... 61

4.1 ANALISIS DEL DELITO..... 63

4.1.1 Los Sujetos..... 63

4.1.1.1 Sujeto Activo..... 64

4.1.1.2 Sujeto Pasivo..... 64

4.1.2 Los Objetos..... 64

4.1.2.1 Objeto Jurídico..... 64

4.1.2.2 Objeto Material..... 65

4.1.3 La Conducta..... 65

4.1.4 La Culpabilidad..... 67

4.1.5 La Punibilidad..... 67

4.2 SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS..... 68

4.2.1 Impedimentos Dirimentes Civiles y Canónicos..... 69

4.2.1.1 Impedimentos Dirimentes por Falta de Consentimiento..... 69

4.2.1.1.1 La Edad..... 70

4.2.1.1.2 El Error..... 70

4.2.1.1.3 La Fuerza o el Miedo..... 71

4.2.1.1.4 Rapto Violento..... 72

4.2.1.2 Impedimentos Dirimentes por Inhabilidad Absoluta de los Contrayentes..... 73

4.2.1.2.1 Impotencia..... 73

4.2.1.2.2 Orden..... 74

4.2.1.2.3 Profesión Religiosa Solemne..... 74

4.2.1.3 Impedimentos Dirimentes por Inhabilidad Relativa de los Contrayentes..... 75

4.2.1.3.1 Vínculo..... 75

4.2.1.3.2 Disparidad de Cultos..... 75

4.2.1.3.3 Crimen..... 76

4.2.1.3.4 Consanguinidad..... 77

4.2.1.3.5 Afinidad..... 79

4.2.1.3.6 Pública Honestidad..... 80

4.2.1.3.7 Parentesco Espiritual..... 81

4.2.1.3.8 Parentesco Legal..... 82

4.2.2 Impedimentos Subsanables e Insubsanables..... 82

5. PERSONAS IMPEDIDAS PARA CONTRAER MATRIMONIO..... 86

5.1 PERSONAS IMPEDIDAS PARA CONTRAER MATRIMONIO CIVIL. 86

5.2 PERSONAS IMPEDIDAS PARA CONTRAER MATRIMONIO CANONICO..... 87

6. EFECTOS DE LOS MATRIMONIOS ILEGALES..... 90

Así mismo vemos como el Derecho Romano, en el Derecho Germánico, la bigamia era considerada como modalidad de adulterio. Esto vino a considerarse así, desde cuando se llegó a la forma monogámica de la familia, mirándose como sistema más racional para conservar el mejoramiento de la especie humana.

La figura de la bigamia ha venido desde entonces perfeccionándose en Derecho, hasta llegar a la forma actual; pero fueron los canonistas los primeros que convirtieron la bigamia en una figura jurídica autónoma.

Como vemos, las penas de esta infracción fueron primitivamente bastante drástica, llegando a castigarse hasta con la muerte.

Durante la Edad Media, en ciertas regiones europeas, el bígamo se le seccionaba la cabeza en dos partes y se le entregaba una a cada mujer. Por el Fuero Juzgo y las Partidas además de la pérdida de los bienes, la bigamia aparejaba la esclavitud del bígamo: el delincuente era entregado en calidad de siervo a la esposa o esposo ofendido. Por la Novísima Recopilación, además de las penas ordinarias, debía sufrir el bígamo la infamante de que se le sellara la frente con la letra Q. En Francia se castigaba a los hombres con trabajos forzados a perpetui-

mado.

En nuestra legislación civil, son insubsanables, según el artículo 15 de la ley 57 de 1887 los siguientes impedimentos:

Vínculo anterior, crimen consanguinidad, afinidad y parentesco legal. Por otro lado, en el punto final de las conclusiones emitiré mis propios conceptos personales del tema presentado previa síntesis histórica del mismo. Esto último logrado a través de un vivo análisis de la realidad que nos circunda, como de muchas y constantes reflexiones.

Antes de entrar en estudio la bigamia y los matrimonios ilegales, el primer capítulo se lo dedicaré al matrimonio en sus aspectos generales, su historia familiar que se reglamenta desde la familia orgánica en el cual el ser humano gozaba de libertad absoluta de contraer y de abstenerse de contraer matrimonio, y teniendo en cuenta el año de 1861, el derecho materno en el cual la familia empezó a tener sus bases y de aquí se puede decir que llegó a desarrollarse hasta el concepto de matrimonio.

Haré un enfoque del matrimonio y su clasificación, como sacramentos desde sus tiempos remotos del cristianismo, cuando Jesucristo lo implantó entre sus sacramentos, matri-

monio como institución y como contrato partiendo del año 1873 en que jurídicamente en Colombia se implantó el primer Código Civil y sancionado nuevamente en 1887 con la ley 57 en la cual quedó reglamentado todo lo relativo a los efectos civiles al matrimonio católico.

1. EL MATRIMONIO

1.1 NOCION HISTORICA

Etimológicamente la palabra matrimonio proviene del latín "Matris munium", que significa "oficio de madre".

En la antigüedad reinaba el matriarcado, y que sólo más tarde en la historia fue cuando apareció el patriarcado, de ahí se debe el término matrimonio y no patrimonio que será oficio del padre, otra explicación sería que la madre sufre mayores trabajos con los hijos que el padre.

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

Según el Código Canónico se dice que matrimonio es un contrato legítimo entre un hombre y una mujer mediante el cual se entregan mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos en orden a los actos que por su

El matrimonio en Roma era solemne y estaba revestido de ritualidades, la mujer casada quedaba sometida a la potestad del marido por medio de la manus.

Para la constitución de la manus el matrimonio se procedía de dos solemnidades como fueron la Confarreatio y la Coemptio.

La confarratio, era una ceremonia religiosa, llevaba a cabo solemnidades.

La coemptio, era una forma ritual para crear la potestad de la manu pero no era religiosa. Otro medio de constituir la manus del marido era el usus y consistía en la posesión no interrumpida de la mujer por el marido por un año continuo. Según Modectino se dice que el matrimonio es la unión del hombre y la mujer implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divino y humano (Nuptiae sunt conjunctio maris et femunae, consortiun omnis vitae, divini et humani juris conmunicatio).

1.2 CLASES DE MATRIMONIOS

A partir de 1958 nuestro Código denomina "Clases" y antes se denominaba "Formas":

putativo, "según que la causa de la nulidad fuere notoria para ambos cónyuges o desconocida por los dos o uno de ellos".

6º. Por la condición de las personas contrayentes: los matrimonios pueden ser iguales o desiguales y morganíticos, "según se celebran entre personas de igual condición social, y con efectos civiles plenos, o entre personas de distinto rango". Acerca de los segundos, impónese un par de puntualizaciones: ante todo, el hecho -reiteradamente repetido en la historia de la monarquía- de que suele mediar entre los contrayentes un convenio, a saber el "pacto de no participar el inferior y los hijos de los bienes y títulos del superior".

La ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil.

1.2.1 Matrimonio en el Derecho Canónico

El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica.

Para los católicos el contrato matrimonial es entre bautizados, es un sacramento en virtud, según ellos, todo con-

trato matrimonial válido, entre bautizados, es un sacramento y no puede existir un matrimonio válido, que por el mismo hecho no sea sacramento.

En el artículo 1012 del Código Canónico dice del matrimonio que Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad de Sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados.

Analizando esta definición de matrimonio se halla más expresa en el Código Civil, y, siguiendo el comentario del Código Canónico encontramos que define el matrimonio: como un contrato legítimo entre un hombre y una mujer mediante el cual se entregan mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos en orden a los actos que por su naturaleza son aptos para engendrar hijos.

El matrimonio celebrado de acuerdo al derecho canónico produce todos sus efectos civiles.

1.2.2 El Matrimonio como Sacramento

El matrimonio fue elevado a la categoría de sacramento como lo contempla el artículo 1012 del Código Canónico.

Antes de ser elevado a la categoría de sacramento, el matrimonio era un simple contrato religioso, este sacra-

mento es siempre contrato entre partes contrayentes.

Todo matrimonio de cristianos es sacramento sea católico o acatólicos de lo cual podemos deducir que el matrimonio de los infieles es válido pero no es sacramento, mientras estos reciban el bautismo

Para la iglesia también sostiene que si hay sacramento hay contrato, es el contrato mismo; por ello la iglesia se ha reservado la facultad de legislar sobre él, para decir cuáles son las causales de nulidad, y cuáles son las causales de divorcio (se entiende simple separación de cuerpos). Las leyes canónicas dicen que son de competencia civil, y el legislador establece lo referente a sociedad conyugal, alimentos, etcétera, la iglesia no podrá oponerse.

Para el matrimonio católico existe la separación de cuerpos y la separación de bienes que son legislaciones que caminan paralelas. El artículo 12 de la ley 57 del 87 - ley 35 del 88 artículo 171 le da validez al matrimonio católico para todos los efectos que indican el C.C. son: fidelidad, ayuda, sociedad, protección porque son de orden público, familiar y por lo tanto las leyes no pueden desconocerlas.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

Como sacramento que es el matrimonio posee todas las características de sacramento como son:

1º. Institución Divina: Es uno de los 7 sacramentos instruidos por Nuestro Señor Jesucristo, es de dogma de fe.

2º. Materia: Es el consentimiento externo de las partes.

3º. Forma: Es el respetarse mutuamente por marido y mujer.

4º. Ministros: Son los contrayentes, el sacerdote es un testigo necesario para la validez del matrimonio.

5º. Signo sensible: Es el consentimiento expreso y exterior de los contrayentes.

Es necesario la presencia de los contrayentes o de su apoderado en caso de ser por poder. Conviene gracia habitual a los que lo reciben que es la gracia santificantes que se espera recibir con dicho sacramento.

1.2.3 El Matrimonio como Institución

El matrimonio como institución tuvo su origen en las culturas primitivas o prehistóricas.

El matrimonio además de ser un sacramento, un contrato o acuerdo de voluntades, algo más de este acuerdo de voluntades es una institución por sus efectos por su duración, ya que se puede extinguir el matrimonio pero sus efectos se transmiten a los hijos habidos en el matrimonio.

El matrimonio no termina con el consentimiento al momento de la celebración, ya que este contrato por tener carácter Institucional extiende sus efectos más allá del matrimonio, o sea a los hijos habidos en el matrimonio lo que sucede con los otros contratos porque éstos pueden indicar los resultados o efectos que se han de producir, y en el matrimonio no se pueden señalar estos efectos o resultados.

Por lo que hace al concepto matrimonial religioso, ya desde la época de Moisés en la Biblia se anotaba la norma general de esta institución que debía tener como únicos sujetos a "un hombre y una mujer" y con miras a una duración perpetua, habiendo sido elevada a institución sacramental con el advenimiento de Jesucristo.

1.2.4 El Matrimonio como Contrato

Según el C.C. artículo 113 y 115 el matrimonio es un contrato, el cual se perfecciona por mutuo consentimiento

de las partes.

Esta definición como contrato difiere mucho de las antiguas concepciones sobre matrimonio, ya en las civilizaciones pasadas no se tenía en cuenta el consentimiento de las partes ya que existía el rapto y el matrimonio por compra y el matrimonio arreglado o sea el matrimonio por el cual el hombre adquiría del padre el derecho de poseer su futura esposa.

La iglesia se inspiró en el Derecho Romano, por cuanto aquí se exigía el consentimiento de las partes para su celebración.

El matrimonio tiene los elementos de todo contrato:

1º. Las personas que contratan: que tienen que ser un hombre y una mujer.

2º. El objeto: Son los cuerpos de los contrayentes.

3º. El consentimiento: Debe ser expreso y manifestado exteriormente.

4º. El contrato de matrimonio es "Sui generis", porque se trata de un contrato especial, que tiene sus caracte-

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARQUISIMETO

consumado, es decir si después de celebrado se ha realizado el acto conyugal, el coito, este matrimonio recibe el nombre de matrimonio Rato y Consumado.

La consumación del matrimonio se presume legalmente cuando los cónyuges han cohabitado después de haber celebrado el matrimonio, mientras no se demuestre lo contrario, es decir que hayan estado a solas por breves momentos, los precisos para poder realizar el coito.

El matrimonio válido entre no bautizados se llama legítimo, y putativo cuando se ha celebrado un matrimonio inválido, pero uno de ellos ha procedido de buena fe. O sea que se llama putativo hasta cuando ambos contrayentes conozcan con certeza la nulidad.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

las modalidades de adulterio. En derecho germano los canonistas convirtieron la bigamia en tipo autónomo, esto se extendió por todas partes como infracción principal, no subordinada a ninguna relación carnal. Al parecer Justiniano exageró la punición hasta el extremo de autorizar la muerte para sus autores. La Antigua Francia recibió el mensaje religioso e impuso severos castigos a los culpables de matrimonios plurales de otra parte, restableció la drasticidad romana. El código de 1791 estableció doce años de cárcel para los bígamos y el napoleónico de 1810 ordenó trabajos forzados para ellos.

En el artículo 121, la ley Carolina introdujo la pena de muerte para los bígamos. Berner, citado por Carrara, recuerda que a los infractores del territorio de Glary se les infligió en el medioevo la mujer, partiendo en dos la cabeza del reo a fin de que cada mujer pudiera tener su parte de ella.

LA BIGAMIA EN LA TRADICION LEGAL COLOMBIANA. El citado Código de 1837 para la Nueva Granada describió la bigamia como delito de la moral pública, distinguiéndolo de los matrimonios ilegales. El artículo 450 reprimía con presidio a "los que contrajeran nuevo matrimonio sabiendo que subsiste el que antes había contraido".

Los artículos 331 y ss. del Código de los Estados Unidos de Colombia configuraron los delitos contra el matrimonio dentro del título dedicado a aquellos que atacaban la sociedad doméstica sin definir especialmente la bigamia considerada como una forma de matrimonio ilegal en el artículo 333 incriminaban así a "los que a sabiendas contraigan matrimonio teniendo impedimento que lo anula", a los testigos conocedores del impedimento, a quienes presenciaron un matrimonio nulo y a quienes autorizaran matrimonios ilegales.

El Código de 1890 separá la bigamia propiamente dicha del matrimonio contraido con impedimento o sin las formalidades debidas. En la ley 109 del 1922 (artículo 103) la bigamia formaba parte de los delitos contra las buenas costumbres y contra el orden de la familia, sin que precisara la incriminación por los demás matrimonios ilegales.

Las descripciones contemporáneas estuvieron influidas por la vieja clasificación que se hizo de la bigamia, tratando de comprender en el tipo hasta las más pequeñas variantes de la conducta. Carrara no menciona sino tres: la bigamia verdadera, que es ahora la materia del artículo 260 del Código Colombiano; la similitudinaria, en la cual incurría quien, estando ligado ya por orden sagrada o por voto solemne, contraía matrimonio, modalidad

prevista en artículo 261 de la misma obra, la interpretativa, en la cual incurría quien desposaba a una viuda.

Los tipos penales con relación al matrimonio que se encuentran consagrados en los artículos 260 y 261 distinguen dos ilicitudes penales: la bigamia propiamente dicha, en el artículo 260 y los matrimonios ilegales, en el artículo 261. Las dos clases son materia del capítulo II.La primera de las conductas consiste en la celebración de un nuevo contrato matrimonial a pesar de que está vigente un vínculo de esa naturaleza aún válido, y la segunda, en desposarse conociendo el impedimento dirimente para ello. Era el mismo régimen del estatuto de 1936, sin que se hubiera expuesto nuevas razones para mantener los tipos penales en el proyecto de 1974 ni en las revisiones sucesivas, de modo que se mantiene las del código de 1936, explicada así por los redactores: "Al tratar de este delito, cuya definición es clara y unánime en la doctrina, pues las discusiones que se presentan sobre el punto de saber si dicha infracción es instantánea o continua, no afecta su concepto esencial, se ha considerado indispensable agregar lo relativo a otras especies de matrimonio ilegales que desde el punto de vista social y familiar producen idénticos resultados, tales como los de las personas que han hecho profesión de religiosa y las impedidas para casarse por virtud de vínculos estrechos de consanguinidad.

"Analizando bien este asunto se hecha deber que la denominación genérica de los delitos es idéntica, pues lo que erige el matrimonio es delito, es la existencia de un impedimento insalvable, cualquiera que sea su naturaleza y la posición en que por virtud de ese impedimento queda la parte inocente".

Como quiera que la bigamia no es más que una especie de género matrimonio ilegal en cuanto se refiere a la precisa causal de impedimento que consiste en haber contraido previamente matrimonio, resultan válidas las observaciones hechas en acápite anterior sobre la conveniencia de despenalizar tal comportamiento.

El artículo 260 -El que ligado por matrimonio válido contraiga otro, o el que siendo libre contraiga matrimonio con persona válidamente casada, incurrirá en prisión de uno a cuatro años.

La disposición tiene dos partes; la primera se refiere al que estando válidamente casado, contrae un segundo matrimonio. La segunda parte se refiere al que siendo libre contrae matrimonio con una persona válidamente casada, a sabiendas de la existencia de tal vínculo. Por consiguiente, para que exista delito de bigamia se requiere, como condición esencial, que respecto de uno de los

contrayentes o de ambos, esté vigente un anterior matrimonio válido. El impedimento dirimente, en este caso, se contrae exclusivamente a la existencia del vínculo anterior respecto de uno o ambos contrayentes.

2.2 ANALISIS DEL DELITO

2.2.1 Los Sujetos

2.2.1.1 Sujeto Activo

Es cualquier persona hombre o mujer que tenga calidad jurídica de casada por el rito civil o católica, en la primera modalidad de la conducta; y en cualquier persona, hombre o mujer, que aún no haya contraido matrimonio, en la segunda modalidad descrita en el tipo.

Tratándose de un tipo bilateral en cuanto al matrimonio requiere la participación de dos contrayentes, será propia, la bilateralidad si ambos estaban casados cuando contrajeron el nuevo matrimonio, e impropia si apenas uno de los dos estaba ligado por vínculo matrimonial anterior.

2.2.1.2 Sujeto Pasivo

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Es también la institución familiar en cuanto titular del bien jurídico referido al carácter monogámico del matrimonio sobre el cual se asienta aquella, en tales condiciones el cónyuge burlado del primer matrimonio y sus hijos resultan afectados por el nuevo enlace matrimonial de su cónyuge padre.

2.2.2 Los Objetos

2.2.2.1 Objeto Jurídico

El legislador ha pretendido tutelar el bien jurídico del matrimonio monogámico, como fundamento de la institución familiar; el concreto interés que los integrantes de la familia así estructurada tienen de conservarla incólume, es vulnerado por el cónyuge que contrae nuevo matrimonio cuando aún persista el anterior, o por el particular soltero cuando se casa con persona ligada por vínculo matrimonial.

2.2.2.2 Objeto Material

Como en el matrimonio ilegal, el objeto material es también aquí el contrato o sacramento matrimonial según se trate de matrimonio civil o católico.

2.2.3 La Conducta

La primera modalidad de la conducta legalmente descrita en este tipo consiste en contraer matrimonio vigente uno anterior; es la llamada bigamia impropia.

Como habíamos advertido en capítulo anterior que el matrimonio puede ser civil o católico; el matrimonio civil es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente; el matrimonio católico es fundamentalmente un sacramento que genera sociedad permanente entre varón y mujer, pero que está válidamente reconocido por nuestra legislación civil desde 1887 (ley 57 art. 12).

El matrimonio anteriormente realizado debe ser aún válido; esta condición se da respecto el matrimonio civil cuando los dos contrayentes han consentido libremente la unión y lo han manifestado así ante el funcionario competente (juez civil municipal) en la forma y con las solemnidades y requisitos previstos en el Título IV del Libro Primero del Código Civil; y en relación con el matrimonio católico, cuando los contrayentes, hábiles para ellos, dan su consentimiento "ante el párroco o ante el ordinario del lugar o un sacerdote delegado por uno u otro, y además ante dos testigos por lo menos según las reglas estableci-

das".

El matrimonio anterior civil o católico es entonces válido cuando ha sido contraido con el cumplimiento de todas las formalidades legales por personas de sexo contrario y tal situación persiste al momento de celebrarse el nuevo matrimonio. De manera que si al realizarse el matrimonio anterior se ha incurrido en alguna causal de nulidad y ésta ha sido declarada, tal matrimonio siendo inválido habilita a sus protagonistas para contraer nuevas nupcias pues persiste su condición jurídica de solteros; lo mismo habrá de afirmarse cuando el matrimonio anterior ha sido legalmente disuelto por la vía del divorcio si del civil se trata (ley primera de 1976), o por declaración de autoridad eclesiástica competente en los casos previstos por esa legislación respecto del matrimonio católico.

En todo caso, mientras la respectiva nulidad o disolución no hayan sido legalmente declarada, el matrimonio civil o católico se reputa válido para todos sus efectos jurídicos; así se desprenda del sentido del artículo 1602 del C.C. y del canon 1060 de la Legislación Canónica.

Los nacionales que profesen la religión católica pueden contraer matrimonio civil sin necesidad de abjurar de su credo religioso.

Como los extranjeros "disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que concedan a los colombianos", ellos pueden contraer matrimonio civil o católico en nuestro país en las mismas condiciones que los colombianos.

Si al tiempo de celebrarse el nuevo matrimonio estuviere pendiente un juicio civil sobre la validez del anterior, se dará aplicación al artículo 18 del C. de P.P., disposición ésta que, reconociendo en estos casos una prejuicialidad civil, ordena suspender la calificación del sumario hasta por un año en espera de la decisión de aquella autoridad; si transcurrido dicho término no se ha producido el fallo esperado, "el juez penal reanudará la actuación sin subordinación" al juicio civil. Cumpliendo el supuesto del primer matrimonio y de su validez, la conducta de la bigamia se desplaza al momento en que se contrae el segundo matrimonio; cuándo ocurre este segundo acto?. Cuando en su respecto puede aseverarse que se dieron todos los requisitos legalmente exigidos para su validez, excepto la inexistencia del matrimonio anterior; o dicho de otra manera, cuando el segundo matrimonio pudiese declararse su validez si no fuera por la infranqueable barrera del vínculo matrimonial precedente. De tal manera que si el nuevo matrimonio presenta algún vicio que afecte su existencia jurídica o su validez, distinto del matrimonio anterior de uno o de ambos contrayentes, no habrá

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

bigamia porque no se ha realizado el nuevo matrimonio; la ceremonia efectuada en tales condiciones podrá haber tenido la apariencia formal del matrimonio, pero no es el acto que el tipo penal exige para la configuración material de la bigamia.

La situación jurídica de los colombianos casados que se "divorcian" en el exterior y allí mismo contraen nuevo matrimonio, práctica ésta cada vez más frecuente entre nosotros.

> Si el primer matrimonio fue católico y el segundo también lo es, no siendo jurídicamente posible disolver el primero por la vía del divorcio, el hecho configura bigamia. Igual sería la situación cuando una persona válidamente casada por el rito católico contrae matrimonio civil en el extranjero, pues continuará vigente el primer matrimonio mientras persista la prohibición de su disolución por divorcio en Colombia [1] ; a menos que la ceremonia civil de matrimonio haya sido más bien una simulación, en cuyo caso no habría bigamia sino estupro de comprobarse que el acto simulado fue el mecanismo engañoso utilizado por el actor para acceder carnalmente al otro, o estafa, si se demuestra que la maniobra sirvió para obtener provecho ilícito[2] . Pero si el matrimonio precedente fue civil y el segundo civil o católico se contrae previa disolución del

[1]Cfr. ROCHA, Antonio. Matrimonio, educación y actualidad concordataria, Populibro, Bogotá, 1975. p.p.177-181; ídem. HINESTROSA, Fernando. Concordato, Matrimonio y divorcio. Ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 1974. p.191.

[2]Cfr. PACHECO OSORIO, Pedro. Derecho Penal... op. cit. p.149.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

> primero, tal hecho es penalmente atípico; bastaría obtener el exequatur de la sentencia de divorcio extranjera, conforme a lo previsto en los artículos 293-295 del C. de P.C.[3]

La segunda modalidad de la conducta típica que estamos examinando se presenta cuando una persona soltera contrae matrimonio con alguien ya casado válidamente; se le denomina bigamia impropia.

Como la única diferencia con la modalidad comportamental en la que ambos están vinculados por matrimonio anterior, es la de que en ésta uno solo de los dos es casado, resulta válido lo que explicamos en precedencia sobre la naturaleza y características de la conducta típica.

Como el matrimonio ilegal, la bigamia es tipo de conducta instantánea que se consuma en el momento en que se contrae el segundo matrimonio. Es posible el grado de tentativas cuando habiéndose dado comienzo a la ejecución del nuevo matrimonio mediante actos inequívocamente orientados a su consumación (petición judicial de matrimonio, solicitud eclesiástica, curso prematrimonial, etcétera) esta no se logra por motivos ajenos a la voluntad del

[3]Cfr. ROCHA, Antonio. op. cit. p.186.

actor (art. 22 C.P.).

De igual manera, la bigamia, concurrirá con la falsedad documental, la estafa y el estupro, como lo señalamos al referirnos a esta misma cuestión frente al matrimonio ilegal.

2.2.4 La Culpabilidad

También es comportamiento que solamente admite la modalidad dolosa; ésta se presenta, en su primera modalidad, cuando la persona casada sabe que lo está válidamente, se da cuenta que va a contraer nuevo matrimonio, conoce la imposibilidad jurídica de realizarlo en tales condiciones, es consciente de que al actuar así lo hace indebidamente porque la ley no autoriza más de un matrimonio, y pese a ello, voluntariamente decide casarse de nuevo.En relación con la segunda modalidad, el dolo consiste en que el sujeto sabiéndose soltero y conociendo la existencia del vínculo matrimonial que válidamente ata a la otra persona, decide libremente casarse con ella, consciente de que actúa ilícitamente en razón de aquel impedimento legal.

Cuando uno de los contrayentes ignora realmente la preexistencia del vínculo matrimonial en el otro y creyén-

dolo soltero contrae matrimonio, surge a su favor una causal de inculpabilidad, la del error sobre el elemento "matrimonio anterior válido" integrador del tipo de bigamia; su reconocimiento depende de la real existencia del error y de su invencibilidad, tal como lo exige el numeral 4º del art. 40 del C.P. Lo mismo dígase de la persona casada que cree soltero por supuesta nulidad de su anterior matrimonio o por haber confundido una sentencia de separación de cuerpos con un verdadero divorcio.

2.2.5 La Punibilidad

La legislación penal anterior equiparaba punitivamente el matrimonio ilegal y la bigamia; la actual, con mayor lógica, prevé más drásticamente para este último delito -prisión de uno a cuatro años- al menos en su mínimo, pues consideróse que el impedimento de matrimonio anterior para contraer nuevas nupcias es de mayor trascendencia y genera consecuencias muchos más graves al realizarse el segundo matrimonio, que los demás normativamente previstos tanto en la legislación civil como en la canónica.

A la pena principal ha de añadirse la accesoria de la interdicción de derechos y funciones públicas por perío-

dos igual al de aquella, conforme la dispone el artículo 52 del C.P.

2.3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA BIGAMIA

Existencia de un matrimonio válido: "El que ligado por matrimonio válido...". Para que pueda hablarse de bigamia se requiere, como punto de partida, la existencia de un anterior matrimonio válido. Si el anterior matrimonio es nulo, desaparece uno de los elementos esenciales para que el delito de bigamia pueda configurarse. Para mayor claridad vamos a distinguir dos hipótesis:

1º. El primer matrimonio es irregular. Nuestra legislación contempla varios casos de matrimonios irregulares. Así, el artículo 169 del Código Civil Colombiano, modificado por el decreto 2829 de 1974, establece: "La persona que teniendo hijos de precedente matrimonio bajo patria potestad, o bajo su tutela o curatela, quisiera volver a casarse, deberá proceder al inventario de los bienes que esté administrando".

"Para la confección de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial".

Si el varón viudo se casa, sin observar lo que dispone

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

este artículo, contrae matrimonio irregular. Otro caso es el del artículo 173: "Cuando un matrimonio haya sido disuelto o declarado nulo, la mujer que está embarazada no podrá pasar a otras nupcias antes del parto, o (no habiendo señales de preñez) antes de cumplir los doscientos setenta días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad.

"Pero se podrán rebajar de este plazo todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha disolución o declaración, en los cuales hayan sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer".

No debe confundirse el matrimonio nulo con el matrimonio irregular. El artículo del Código Penal que estamos comentando exige que el primer matrimonio sea válido.Si el primer matrimonio ha sido celebrado irregularmente, no existe nulidad, sino una circunstancia que acarrea las sanciones civiles contempladas en el Código Civil (Libro 1, Título VIII). Siendo válido el matrimonio irregular, el hombre o la mujer que estando casados irregularmente contraigan nuevo matrimonio, no cometen delito de bigamia porque el anterior matrimonio, aunque irregular, es válido.

2ª. El primer matrimonio es absolutamente nulo. En esta

hipótesis el segundo matrimonio no es constitutivo de bigamia, porque la persona no estaba ligada por un anterior matrimonio válido.

Aquí se presenta una cuestión de suma importancia. ¿A quién corresponde resolver sobre la validez o nulidad del primer matrimonio? ¿Al juez penal que es el juez de la acción, o al juez civil o a la autoridad canónica, encargados de resolver sobre la validez o nulidad del contrato matrimonial?. Se trata de una cuestión perjudicial, para cuya solución existe diversos criterios según veremos a continuación.

Cuestión perjudicial: Uno de los elementos esenciales de bigamia es el hecho de que la persona a quien se imputa, esté ligada por un anterior matrimonio válido. Si ésta alega en su favor que el primer matrimonio es nulo, se plantea una cuestión perjudicial, de carácter civil o canónico.

Existen tres sistemas respecto de las cuestiones perjudiciales. Unos sostienen que el juez de la acción debe ser el juez de la excepción y que, por consiguiente, el juez penal ante quien se alega la nulidad del primer matrimonio en caso de bigamia, es quien debe resolver este punto por tratarse de un elemento integrante del

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

cuerpo del delito.

Otros sostienen la tesis opuesta, pues dicen que las cuestiones perjudiciales deben ser resueltas por la autoridad competente, civil o canónica, según se trate de matrimonio civil o eclesiástico. El tercer sistema es mixto, pues cambia los dos anteriores.

Los sistemas mixtos ofrecen, a su vez, algunas variaciones. Por ejemplo: La jurisprudencia argentina tiene establecido que si cuando se promueve la acción penal por el delito de bigamia, ya se había iniciado la acción civil de nulidad del primer matrimonio, existe una cuestión perjudicial, respecto de la cual el juez penal no puede pronunciarse. Pero si después de iniciada la acción penal por el delito de bigamia, se promueve la acción de nulidad del primer matrimonio, el juez penal debe indagar si la acción civil en ese caso tiene seriedad, o si se trata apenas de un ardid para estorbar el ejercicio de la acción penal. Si lo primero, el juez penal debe esperar que la autoridad competente se pronuncie sobre la validez o nulidad del primer matrimonio. Si lo segundo, el juez penal debe pronunciarse sobre la excepción alegada.

"La ley colombiana adopta el sistema del predominio de

la jurisdicción penal cuando se trata de resolver cuestiones perjudiciales civiles o administrativas, y el de la separación jurisdiccional absoluta cuando se trata de cuestiones perjudiciales penales"[4].

Segundo matrimonio: "... Contraiga otro...". Este segundo matrimonio, para que pueda configurarse la bigamia, debe ser formalmente válido. En otras palabras, su nulidad debe depender, única y exclusivamente, de la existencia de un vínculo anterior. Si en la celebración del segundo matrimonio falta alguna formalidad esencial o existe algún impedimento dirimente distinto del vínculo puede configurarse otro delito, no la bigamia.

Por ejemplo, si el segundo matrimonio no se celebró con las ritualidades canónicas o civiles que son esenciales sino ante un farsante, se configuraría otro delito, porque el nuevo matrimonio no puede decirse que sea nulo sino inexistente.

Si el segundo matrimonio es simulado no puede hablarse de bigamia, al menos en Colombia. En otras legislaciones

[4]Para mayor información sobre este tema nos remitimos a nuestro Procedimiento Penal 4ª Edición, Bogotá, Edit. Temis, 1983, p.p. 54 y 55.

vínculo, tampoco queremos significar que si es otro el impedimento, el hecho no sea punible, porque si el impedimento no radica en el vínculo sino en la consanguinidad habrá incesto; si en la intimidación, habrá violación carnal, habrá secuestro, etcétera. Pero en ninguno de estos casos habrá bigamia, porque repetimos, la validez del segundo matrimonio debe tener como única y exclusiva causa la existencia del anterior vínculo matrimonial.

2.4 CUANDO EL MATRIMONIO ES VALIDO

Suárez Franco, observa que la ley, a fin de darle al matrimonio una fisonomía especialísima, establece para su celebración, fuera de los requisitos generales comunes a todo contrato, condiciones excepcionales que garanticen mayor éxito a los contrayentes. Tanto en el civil como en el canónico tales requisitos son de dos clases: los fundados en la naturaleza del vínculo y los relacionados con la forma de celebración. Los requisitos de fondo, dice Valencia Zea, "hace referencia a las condiciones que deben llenar los contrayentes en sí mismo considerados; los de forma, al modo como se ha de celebrar el acto del matrimonio".

Los requisitos de fondo para que el matrimonio civil sea válido, son positivos y negativos. Los primeros con-

ciernen a la diferencia de sexo para ese contrato solemne entre un hombre y una mujer, según define el art. 113 del Código Civil y los segundos a situaciones que imposibilitan su celebración, tal es la existencia del matrimonio anterior, el vínculo de parentesco, el plazo de viudez para la mujer y algunos otros contemplados en el art. 140 de la obra citada.

En los de forma, hay que distinguir con Valencia Zea los anteriores a la celebración y los coetáneos a ésta de acuerdo con los arts. 126 y ss. de la misma ley civil.

Matrimonio válido, es pues, el contraido con el lleno de las exigencias prescritas en la ley, referidas a la sustancia y a la forma del acto, de modo que no puede ser anulado. Este concepto se extiende a la vinculación civil y a la canónica con origen dentro del país o fuera de Colombia. Las instituciones canónicas reglamentan los impedimentos prohibitivos para contraer matrimonio, que no afectan la validez del vínculo, por ejemplo, la mixta religión; y los dirimentes que lo anulan, verbigracia, la impotencia, según explica Suárez Franco.

3. FORMALIDADES DE LA BIGAMIA

3.1 CONSUMACION Y TENTATIVA

El delito de bigamia se consuma con la celebración del nuevo matrimonio, siempre que se hayan reunido las formalidades esenciales requeridas para su validez y que el impedimento para contraerlo dependa únicamente de la existencia de un vínculo anterior. No interesan, para la perfección del delito, los resultados que el bígamo haya querido obtener, como la satisfacción de la sexualidad o de la codicia, que son los más frecuentes.

Se ha discutido si la bigamia es o no susceptible de tentativa. La posibilidad del grado en la fuerza física de este delito es admitida por casi todos los tratadistas. Los que niegan la tentativa aducen el argumento de la instantaneidad de la bigamia. Pero esto prueba demasiado, porque entonces debería negarse la tentativa en todos los delitos de consumación instantánea, como el homicidio, el hurto, etcétera. El más ilustre sostene-

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BIBLIOTECA

nio, jurídicamente, o no existe ninguno; o el sujeto es monógamo o permanece célibe, a pesar de los dos matrimonios. En otros términos: el matrimonio considerado nulo, jurídicamente, no es nada; el acto ejecutivo conducente a la celebración de un matrimonio válido, es algo. Parece justo, por consiguiente, que el primero no dé base para la integración de la bigamia, y que el último justifique la imputación, por tener tentativa"[5].

Entre los sostenedores por la tesis de Manzini se encuentra el Tribunal Superior por Justicia de Bogotá. En providencia fechada el 26 de Junio de 1945 dijo esa corporación. Apreciados en su exacto valor legal y jurídico los hechos imputados al sindicado (llevó a cabo ante el párroco las informaciones canónicas, presentó declarantes falsos para acreditar su soltería, pagó derechos especiales para ser dispensados de las proclamas, se fijó fecha para el matrimonio, pero a última hora se tuvo noticia de la existencia del vínculo anterior y se malogró la ceremonia final) se observa que todos ellos sólo tienen el carácter de actos preparatorios encaminados a dar vida dentro de la realidad al delito de bigamia.

[5]IRURETA GOYENA, op. cit. p.p.107 y 108.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
CARACAS

Ninguno de los hechos imputados al procesado G. alcanzó a entrar dentro de los actos ejecutivos que configuran el delito de bigamia objeto de la investigación. La bigamia es una infracción de aquellas en que no puede tener cabida el delito tentado ni la frustación del mismo, puesto que requiere para su existencia el acto ejecutivo consistente en la prestación del recíproco consentimiento de los contrayentes, hecho en presencia de quien está autorizado legalmente para la celebración del contrato matrimonial. Y como en el caso presente, el acto ejecutivo del consentimiento no tuvo lugar el proceso criminoso realizado por el sindicado se quedó dentro de la etapa preparatoria del ilícito que se pretendía realizar, y consecuencialmente, no da lugar a la estructura del delito investigado.

No comparto esta tesis. El consentimiento que prestan los contrayentes en el momento de la celebración del nuevo matrimonio, no es un acto del delito de bigamia, sino el acto consumativo del mismo, lo que le da perfección al delito. El segundo matrimonio puede consumarse o no consumarse, pero el delito se consuma con el consentimiento prestado por los contrayentes "hecho en presencia de quien está autorizado legalmente para la celebración del contrato matrimonial". Si el consentimiento que prestan los contrayentes en el acto de la celebración del nuevo

matrimonio es apenas un acto ejecutivo, como lo sostiene el Tribunal, preguntamos, cuál es entonces el acto consumativo del delito de bigamia?. No la vida común, ni el mutuo conocimiento carnal, etcétera, porque estos resultados son propios del agotamiento del delito, y completamente indiferentes a la perfección del mismo. En nuestro concepto, si un individuo se hace aparecer como célibe sin serlo; consigue testigos falsos para acreditar esa circunstancia; paga derechos para ser dispensado de las proclamas; hace informaciones canónicas ante el párroco; obtiene que se fije la fecha para el matrimonio; pero este no se celebra por circunstancias ajenas a la voluntad del sindicado -como en el caso resuelto por el Tribunal-, comete un delito imperfecto de bigamia, una auténtica tentativa.

3.2 DELITO INSTANTANEO

La bigamia es delito instantáneo aunque sus efectos puedan ser permanentes. Se consuma con el consentimiento otorgado al celebrar el nuevo matrimonio, formalmente válido pero sustancialmente nulo por la existencia del vínculo anterior.

Los actos que de ahí se sigan no tienen nada que ver con el fenómeno jurídico de la consumación.

Por este aspecto se asemejan al secuestro cometido con propósito libidinoso (rapto en la anterior legislación) y la bigamia. El primero se consuma cuando la víctima es arrebata, sustraida, retenida ú ocultada con propósitos sexuales aunque estos no se alcancen. El segundo con el consentimiento matrimonial dado con conocimiento de que el vínculo anterior subsiste, aunque los presuntos contrayentes no lleguen a unirse carnalmente ni a llevar vida en común. Digo se asemejan, porque el secuestro es delito permanente cuya consumación se prolonga por todo el tiempo que la víctima permanezca privada de libertad. En cambio la bigamia es delito instantáneo cuya consumación se produce con ls celebración del nuevo matrimonio, sea que se prolonguen o no sus efectos.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

4. MATRIMONIOS ILEGALES

En términos amplios ha de entenderse por matrimonio ilegal aquel que se realiza a pesar de existir un impedimento u obstáculo legal para su validez; el más importante de tales impedimentos es la existencia de vínculo anterior de matrimonio.

La creación legal de este hecho como delictivo se debió probablemente a la preocupación eclesiástica por amparar la institución del matrimonio católico frente a comportamientos lesivos de su carácter monogámico o atentatorios de su pureza sacramental. Pero si consideramos que la sanción penal ha de ser la última ratio frente a hechos antisociales, que la institución del matrimonio civil hoy imperante en el mundo como sustitutiva del católico está edificada sobre un supuesto contractual y no sacramental, que la violación de los impedimentos para contraer matrimonio tiene prevista sanción de nulidad, que los hijos habidos de un matrimonio nulo conservan sus derechos frente a sus padres naturales, y que el conglomerado social no repudia hoy tales hechos, sino que los

tolera y admite.

Los matrimonios ilegales se caracterizan por la existencia de un impedimento dirimente para contraer matrimonio; ello significa que el agente debe estar libre de todo vínculo matrimonial anterior, pues si se ha desposado y vuelve a contraer nupcias puede configurarse la bigamia propia. Aquellas conductas que se describen bajo la denominación de matrimonios ilegales, que son los contraídos existiendo un impedimento dirimente, civil o canónico, según el caso.

Nuestro Código Penal en el artículo 261 Matrimonio Ilegal. El que con impedimento dirimente para contraer matrimonio lo contraiga, o el que se case con persona impedida, incurrirá en prisión de seis meses a tres años.

La redacción es igual a la del artículo 359 del Estatuto Derogado. Los proyectos a partir del de 1974, y luego en la revisión final de 1979, no dan razones ni en favor ni en contra de la fórmula, lo cual permite explicarla con la de LOZANO y LOZANO para el Código de 1936. Inicialmente se propuso entonces al que "siendo religioso profeso u ordenado in sacris, o hallándose dentro del grado de parentesco que impide legalmente la unión conyugal, contraiga matrimonio, y el que a sabiendas se case con

la persona impedida".

Se objetó el texto haciendo ver su amplitud injustificablemente "porque no todo matrimonio ilegal puede considerarse como hecho delictuoso" y, de otro lado diciendo que era indebida ingerencia en la esfera eclesiástica, ya que "el primer caso previsto debe dejarse sometido a las leyes canónicas para que ellas impongan las sanciones estimadas como necesarias.

El elemento diferencial de los matrimonios ilegales y de la bigamia, radica precisamente en eso: En la bigamia se contempla como único impedimento dirimente el vínculo anterior. En los matrimonios ilegales, todos los impedimentos dirimentes, menos el del vínculo, por eso sostengo que el sujeto activo en el delito de matrimonio ilegal debe ser persona libre que contiene un impedimento dirimente para casarse, distinto de la existencia de un vínculo anterior. El matrimonio válido es impedimento dirimente para contraer otro, pero éste no reza la disposición transcrita. De lo contrario sobraría el artículo que tipifica la bigamia.

4.1 ANALISIS DEL DELITO

4.1.1 Los Sujetos

4.1.1.1 Sujeto Activo

Es la persona-hombre o mujer- respecto de la cual se da uno cualquiera de los impedimentos dirimentes legalmente consagrados para contraer matrimonio civil o católico y que contrae matrimonio con la persona impedida.

Este es un tipo bilateral; con bilateralidad propia si ambos protagonistas presentan impedimentos para contraer matrimonio entre sí, o impropia si apenas uno de ellos ostenta el impedimento en cuestión.

4.1.1.2 Sujeto Pasivo

Es la familia como institución jurídica y como esencial y primario núcleo de nuestra sociedad, en cuanto titular del interés jurídico que resulta vulnerado por la conducta descrita en el tipo.

4.1.2 Los Objetos

4.1.2.1 Objeto Jurídico

El interés jurídico que el legislador ha pretendido tutelar mediante la creación de este tipo penal es el de la incolumnidad del matrimonio como soporte de nuestra

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA

cultura social.

4.1.2.2 Objeto Material

El contrato o sacramento matrimonial ilegalmente celebrado configura la materialidad de este hecho punible porque en él se concreta la vulneración del interés jurídico penalmente tutelado y hacia él se dirige la conducta de los protagonistas; tratándose pues, de un objeto material fenomenológico.

4.1.3 La Conducta

Describe dos tipos de conducta positiva o de acción: La primera consiste en contraer matrimonio existiendo impedimento dirimente para ello, y la segunda, en contraerlo con persona impedida.

> Impedimento es todo hecho que se opone legalmente a la válida celebración de un matrimonio. Se divide en dos categorías, a saber: impedientes son los que afectan la licitud del matrimonio aunque dejan incólume su validez, y dirimentes aquellos que lo invalidan; tal invalidación es indispensable cuando entraña nulidad absoluta, y dispensable cuando genera apenas nulidad relativa; ambas formas de impedimento dirimente quedan incluidas en el tipo cuya conducta examinamos, por cuanto el legislador no

hizo distinción entre ellas[6].

La existencia de cualquier impedimento según se trate de matrimonio civil o católico en uno o ambos contrayentes constituye, pues, aspecto material y objetivo de la conducta que estamos examinando.

El hecho punible se consuma con la formal celebración del matrimonio civil o eclesiástico, sin que sea necesario que los contrayentes ejecuten cópula sexual; basta pues, la existencia del llamado matrimonio rato. El verbo rector casarse o contraer matrimonio rige la conducta de quien lo hace a pesar del impedimento que lo envuelve, como del que se casa sin impedimento alguno con quien lo tiene.

A pesar de tratarse de un delito instantáneo, admite tentativa cuando del matrimonio no logra celebrarse luego de haberse iniciado comportamientos inequívocamente dirigidos a ello por circunstancias ajenas a la voluntad de uno o de ambos protagonistas.

Con este delito pueden concurrir, la falsedad

---

[6] PACHECO OSORIO, Pedro. Derecho Penal Especial, Editorial Temis, Bogotá, 1972, T. III. p.p. 147-8.

documental si para celebrar el matrimonio se ha falsificado o utilizado documentos falsos; la estafa, si el matrimonio no ha sido un artificio que sirvió para obtener beneficio ilícito a uno de los contrayentes; o el estupro, si el matrimonio fue medio engañoso utilizado por uno de los contrayentes para acceder carnalmente al otro[7].

4.1.4 La Culpabilidad

El matrimonio ilegal es conducta que solamente admite la forma culpabilista del dolo, que se evidencia en su primera modalidad cuando el agente conoce su propio impedimento dirimente, sabe que en tales condiciones el matrimonio no será válido, es consciente de que el contraerlo así vulnera el interés jurídico de la incolumidad del vínculo y a pesar de ello voluntariamente decide contraerlo; en su segunda modalidad, el dolo consiste en que el actor, conociendo la existencia de impedimento dirimente en la otra persona y sin tenerlo él, sabiendo que entonces el matrimonio es inválido y consciente de la ilicitud de su conducta, decide libremente casarse con la persona así impedida.

4.1.5 La Punibilidad

[7] En el mismo sentido, PACHECO OSORIO, Pedro. Derecho Penal... op.cit., p.149.

El Código sanciona este delito con pena principal de prisión que fluctúa entre un mínimo de seis meses y un máximo de cuatro años; como pena accesoria ha de imponerse en todo caso la de interdicción de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena principal, como lo ordena el artículo 52 del C.P.

4.2 SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Para que pueda imputarse el delito de matrimonio ilegal se requieren tres elementos esenciales:

- Celebración de un matrimonio, no simulado, sino formalmente válido.

- Existencia de un impedimento dirimente, distinto del vínculo anterior.

- Celebración del matrimonio con conocimiento de la existencia del impedimento (dolo).

Sobre los elementos primero y tercero son pertinentes y aplicables al caso las observaciones que ha hicimos al tratar de la bigamia.

Me ocuparé enseguida del segundo elemento, principiado

por exponer cuáles son los impedimentos llamados dirimentes, sin excluir el del vínculo aunque no nos interesa en el caso de los matrimonios ilegales.

4.2.1 Impedimentos Dirimentes Civiles y Canónicos

Entiéndese por impedimento dirimente el que invalida la celebración del matrimonio o hace que sea nulo y sin efecto. No debe confundirse los impedimentos dirimentes con los impedientes que son obstáculo para la licitud del matrimonio, no por su validez. La disposición penal no reza con los impedimentos impedientes.

> Los impedimentos dirimentes, únicos que debemos estudiar para la correcta interpretación y aplicación del artículo 261, se pueden clasificar en tres grupos: 1º. Impedimentos dirimentes por falta de consentimiento; 2º. Impedimentos dirimentes por inhabilidad absoluta de los contrayentes; 3º. Impedimentos dirimentes por inhabilidad relativa de los contrayentes. Vamos a considerar estos tres grupos, con la debida separación, estudiando paralelamente las exigencias de la ley civil y las de la ley canónica, pues ésta es la de más frecuente aplicación[8].

4.2.1.1 Impedimentos Dirimentes por Falta de Consentimiento

[8] Las citas del Código de Derecho Canónico corresponden al promulgado en 1918 por S.S. Benedicto XV.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Comprende los siguientes:

4.2.1.1.1 La Edad

Tanto la Ley Civil (C.C., artículo 140, ordinal 2º.) como la ley canónica (canon 1607) presume que los menores de cierta edad no pueden prestar válidamente el consentimiento para el contrato matrimonial. Por esta razón, de acuerdo con la ley canónica, existe impedimento dirimente para contraer matrimonio, cuando él es menor de dieciseis años y la mujer de catorce. La Ley Civil Colombiana, fundada en la misma presunción considera nulo el matrimonio cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce y una mujer menor de doce o cuando cualquiera de los dos sea menor de aquella edad. El impedimento dirimente existe en ambas legislaciones pero difieren las edades.

Este impedimento, fundado en la falta de madurez física y mental de los menores, es subsanable, tanto en el derecho canónico como en el derecho civil (C.C., artículo 143).

4.2.1.1.2 El Error

El error para que constituya impedimento dirimente, debe

referirse a la persona de ambos contrayentes o de uno de ellos, no a las cualidades, a menos que este implique error respecto de la persona misma, lo que no es, en realidad, excepción al principio. Este impedimento dirimente lo contempla la Legislación Canónica (canon 1083) y la civil (C.C., artículo 140 ordinal 1º).

Este impedimento, fundado en la ausencia total de consentimiento es subsanable. Solamente la persona que ha padecido el error alega la nulidad, "pero si el que lo ha padecido hubiere continuado con la cohabitación después de haber conocido el error", no puede alegar ya la nulidad (C.C., artículo 142).

4.2.1.1.3 La Fuerza o el Miedo

Este impedimento lo contempla la Ley Civil y la Ley Canónica (artículo 140 del C.C., ordinal 5o., y canon 1087). La fuerza empleada o el miedo producido por la intimidación deben haber sido suficientes para obligar al contrayente a obrar sin libertad, sea que la fuerza la emplee el otro contrayente o un tercero. Lo esencial para que exista el impedimento es que el consentimiento haya sido causado injustamente, haber sido provocado para arrancar el consentimiento y provenir de una causa externa.

La nulidad del matrimonio en este caso solo puede alegarse por la persona a quien se hubiere inferido la fuerza o causado el miedo u obligado a consentir (C.C., artículo 145).

Pero este impedimento dirimente es subsanable "si después de disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas, o por la sola cohabitación de los consortes" (segunda parte del ordinal 5o. del artículo 140 del C.C.).

4.2.1.1.4 Rapto Violento

Este impedimento dirimente lo contempla la Legislación Canónica así: "entre el raptor y la mujer arrebatada con propósito de contraer matrimonio, y mientras ella permanezca en poder del raptor, no puede haber matrimonio válido. Cesa este impedimento si la mujer arrebatada después de haber sido separada del raptor y puesta en lugar seguro y libre, consciente en recibirle por esposo. Para los efectos de nulidad del matrimonio, se reputa como rapto la retención violenta de la mujer en el lugar de su habitación o en otro al cual haya llegado libremente" (Canon 1074).

En la Legislación Civil el matrimonio es nulo y sin efec-

to "cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por haber sido ésta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor" (C.C., artículo 140, ordinal 6o.).

La Ley Canónica se refiere únicamente al rapto con fines matrimoniales. En cambio la Ley Civil se refiere al rapto violento cometido no solo con fines matrimoniales, sino también libidinosos, pues no hace ninguna distinción.

En ambas Legislaciones el impedimento es subsanable (C. C., artículo 145 y canon 1074).

4.2.1.2 Impedimentos Dirimentes por Inhabilidad Absoluta de los Contrayentes

4.2.1.2.1 Impotencia

Este impedimento está previsto en la Ley Canónica en los siguientes términos: "La impotencia antecedente (al matrimonio), perpetua, por parte del varón o de la mujer, conocida o no por el otro cónyuge, absoluta o relativa, dirime por derecho natural al matrimonio. Si el impedimento de impotencia es dudoso, ya se trate de duda o de derecho, no debe impedirse el matrimonio. La esterilidad no dirime ni impide el matrimonio" (canon

1068). El impedimento de impotencia no está previsto en la Legislación Civil.

4.2.1.2.2 Orden

Según el canon 1072 "es inválido el matrimonio que atenta los clérigos de órdenes mayores", es decir, los grados jerárquicos del sacramento del orden, a partir del subdiaconado, pues la recepción de éste implica un voto solemne de castidad. No lo contempla nuestra Legislación Civil.

4.2.1.2.3 Profesión Religiosa Solemne

"Es inválido el matrimonio que atenta los religiosos que han emitido votos solemnes, o votos simples que, por disposición de la Sede Apostólica, tengan eficacia para dirimir el matrimonio" (canon 1073). Este impedimento es canónico, no civil.

Votos solemnes son los que emiten las órdenes religiosas (o sea la fundada del Siglo XIV en adelante). Por disposición de la Sede Apostólica los votos simples de los coadjutores temporales de la Compañía de Jesús dirimen el matrimonio.

4.2.1.3 Impedimentos Dirimentes por Inhabilidad Relativa de los Contrayentes

4.2.1.3.1 Vínculo

Lo preveen, tanto la Legislación Civil como la Canónica. "Es inválido el matrimonio que atenta el que se halla ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado. Aún cuando el primer matrimonio sea nulo o haya disuelto por cualquier causa no es lícito contraer matrimonio, mientras no conste con certeza y legítimamente de la nulidad o disolución del primero" (canon 1069).

Ante la Ley Civil, el matrimonio es nulo y sin efecto", cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior" (C.C., artículo 140, ordinal 12).

Este impedimento es insubsanable (Ley 57 de 1887, artículo 15). Interesa en el estudio de la bigamia no de los matrimonios ilegales.

4.2.1.3.2 Disparidad de Cultos

Lo prevee la Ley Canónica, así "Es nulo el matrimonio

contraído por una persona bautizada con bautizada en la Iglesia Católica o convertida a ella de la herejía o del cisma (canon 1070). Este impedimento está previsto únicamente en la Ley Canónica y es subsanable.

4.2.1.3.3 Crimen

Se encuentra tanto en la Ley Canónica como en la Ley Civil: "No pueden contraer válidamente matrimonio: 1º. los que cometieron adulterio consumado y se dieron mutuamente palabra de contraer matrimonio; 2º. los que cometieron el adulterio consumado y atentaron celebrar matrimonio, aún cuando haya sido meramente civil; 3º. los que cometieron adulterio y dieron muerte (por obra exclusiva de uno de los dos) al otro cónyuge; 4º. los que aún sin cometer adulterio, dieron muerte al otro cónyuge mediando para ello acuerdo mutuo y complicidad física o moral (canon 1075).

Ante la Ley Civil el matrimonio es nulo y sin efecto "cuando se celebra entre la mujer adúlter y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado en juicio, probado el adulterio" y "cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge, con quien estaba unido en un matrimonio anterior" (C.C., artículo 140, ordinal 7o. y 8o.).

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
VENEZUELA

Según el canon encontramos que hay dos modalidades y son adulterio con promesa de matrimonio o atentado de nuevo matrimonio aún civil. En relación con el adulterio éste debe ser consumado, uno de los adúlteros debe estar válidamente casado y que dicho adulterio sea consumado por el coito carnal. Además el adulterio sea formal es decir que ambos sepan que cometieron el adulterio. En cuanto a la promesa que sea verdadera, pues no basta el simple propósito o deseo, que ésta sea seria, recíproca, libre, a sabiendas que existe un matrimonio válido que impida el casamiento. La atención del matrimonio o bigamia, aunque solo sea civil produce los mismos efectos de la promesa.

Tanto el adulterio como la promesa (atentación) de matrimonio debe tener lugar antes de la disolución del vínculo matrimonial existente.

Este impedimento es insubsanable (Ley 57 de 1887, artículo 15).

4.2.1.3.4 Consanguinidad

El impedimento lo preveen, tanto la Ley Canónica como la Ley Civil: "En línea recta de consanguinidad es nulo el matrimonio entre cualesquiera ascendientes legíti-

mos o naturales. En línea colateral es nulo el matrimonio hasta el tercer grado inclusive. Nunca es permitido el matrimonio mientras haya duda sobre si las partes sean consanguineas en algún grado de la línea recta o en el primero de la línea colateral" (canon 1076). Ante la Ley Civil el matrimonio es nulo y sin efecto "cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes o descendientes o son hermanos" (C.C., artículo 140 ordinal 9o.). Prohiben el matrimonio en la línea recta o directa cualquiera que sea el grado que ligue a los contrayentes. Ejemplos: entre padres e hijos por derecho natural y entre los ascendientes y descendientes abuelo y nieto. En línea colateral se prohibe el matrimonio entre parientes de segundo grado, lo que equivale a decir entre hermanos, siendo posible entre tio y sobrino y primos hermanos, por encontrarse estos en tercer y cuarto grado respectivamente.

En cuanto al parentesco por adopción se prohibe el matrimonio entre el hijo adoptivo y la madre adoptante y el padre adoptante y la hija adoptiva y entre la mujer que fue esposa del adoptante y el hijo (C.C. artículo 140, inc.11). En cuanto al impedimento de consanguinidad en línea recta, ejemplo: Padres e hijos y línea colateral entre hermanos es un impedimento por derecho divino, no admite dispensa. Pero la consanguinidad en línea co-

lateral hasta el tercer grado inclusive es impedimento de derecho eclesiástico y se dispensa.

Este impedimento es insubsanable civilmente. Canónicamente también, pero cuando se trata de los mismos grados de parentesco contemplados en nuestra Ley Civil, es decir, entre ascendientes y descendientes o hermanos (Ley 57 de 1887, artículo 15).

4.2.1.3.5 Afinidad

Este impedimento lo contempla la Ley Canónica y la Ley Civil: "La afinidad es un parentesco que procede del matrimonio válido solamente rato, o rato y consumado. Existe este parentesco entre el marido de la mujer y los consanguineos del marido. Para computar los grados de este impedimento deben tenerse en cuenta que los consanguineos del marido, son afines de la mujer en la misma línea y grado que sean consanguineos del marido y viceversa. La afinidad en línea recta dirime el matrimonio en cualquier grado: En línea colateral dirime hasta el segundo grado, inclusive (canones 97 y 1077).

Ante la Ley Civil el matrimonio es nulo "cuando se ha contraído por personas que están entre sí en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima" (Ley 57

de 1887, artículo 15).

Tales impedimentos, tanto la consanguinidad y afinidad tienen su razón justificativa en la moral y la costumbre social y por lo que se refiere a los vínculos de parentescos, también en el interés de la estirpe ya que está aprobado que los matrimonios contraídos entre personas que están ligados entre sí por parentesco muy estrecho nacen los hijos defectuosos.

En el parentesco de afinidad se prohibe el matrimonio entre personas que se encuentran entre sí, en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima, por lo que no es posible la celebración del matrimonio entre suegro y nuera o entre suegra y yerno. Este impedimento es insubsanable (Ley 57 de 1887, artículo 15).

4.2.1.3.6 Pública Honestidad

Este impedimento está contemplado únicamente en la Ley Cánonica (canon 1078). El impedimento nace del matrimonio inválido, sea o no consumado y del concubinato público y notorio. Dirime el matrimonio en el primero y segundo grado de la línea recta entre el varón y las consanguineas de la viceversa.

Este impedimento se relaciona mucho con el impedimento

de afinidad. Nace este impedimento del matrimonio anterior inválido o sea un estado de concubinato público y notorio semejante a la vida conyugal entre el varón y los consanguineos de la mujer y viceversa. En relación con el matrimonio inválido éste debe haber tenido apariencia de matrimonio celebrado ante la Iglesia, no se origina este impedimento de matrimonio civil ya que éste no tiene apariencia de matrimonio. En cuanto al concubinato es necesario que las relaciones sexuales entre el hombre y la mujer sean permanentes, continuas y que se asemejen a la vida matrimonial y que sea público y notorio. Este impedimento es derecho eclesiástico y como tal dispensable por la Iglesia.

4.2.1.3.7 Parentesco Espiritual

Lo contempla la Ley Canónica. Dirime el matrimonio entre el que bautiza y el bautizado, y entre el padrino y el ahijado. Debe haber bautismo público o privado, y los padrinos han debido nombrarse por los padres o por el párroco (cánones 768, y 1079).

Solamente el bautizante y el padrino contraen por el bautismo parentesco espiritual con el bautizado. Este impedimento existe entre el bautizado y el bautizante o sea entre el padrino y el ahijado. Este impedimento

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

es Derecho Eclesiástico y por lo tanto dispensado por la Iglesia.

4.2.1.3.8 Parentesco Legal

Este impedimento lo contempla tanto la Legislación Canónica como la Civil: "Los que por la Ley Civil son inhábiles para contraer matrimonio, a causa del parentesco legal que nace de la adopción, también son incapaces según la Ley Canónica, para contraer válidamente el matrimonio" (Canon 1080).

Ante la Ley Civil el matrimonio es nulo y sin efecto "cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante o la mujer que fue esposa del adoptante" (C.C., artículo 140, ordinal 11o.). Este impedimiento es insubsanable (Ley 57 de 1887, artículo 15).

En los países donde el parentesco, que se origina de la adopción, hace por Ley Civil y Canónica ilícito el matrimonio.

4.2.2 Impedimentos Subsanables e Insubsanables

Como acabamos de ver, la mayor parte de los impedimentos

son subsanables. Según esto, preguntamos ¿Si se ha contraído matrimonio, a sabiendas de que existe un impedimento dirimente subsanable, y éste se subsana, hay delito?

El Código Penal Colombiano no distingue entre los impedimentos dirimentes insubsanables y los que puedan subsanarse. Según esto, parece que en todos los casos en que existe impedimento dirimente, se comete delito de matrimonio ilegal, aunque se revalide.

Esta duda no se presenta en otras legislaciones que han previsto de manera expresa dicha circunstancia.

El Código de la defensa social de Cuba, por ejemplo, sanciona con privación de la libertad de uno a tres años, cuando se trata de "impedimento dirimente no dispensable" y con multa solamente cuando se trata de "impedimento dispensable" (artículo 496).

El Código Penal Español también distingue entre impedimentos subsanables e insubsanables. En el primer caso el responsable "quedará relevado (de pena) cuando quiera que se revalide el matrimonio" (artículo 467).

De acuerdo con la Ley Canónica solamente se pueden dispensar los impedimentos de derecho eclesiástico, con excep-

ción de dos: el de orden cuando se trata de un presbítero y el de afinidad en línea recta cuando procede de matrimonio consumado, en ningún caso los que proceden de derecho natural o de derecho divino positivo (como son el vínculo anterior y el impedimento de consanguinidad).

Nuestra Legislación Civil son insubsanables según el artículo 15 de la Ley 57 de 1887, los siguientes impedimentos: Vínculo anterior, crimen, consanguinidad, afinidad y parentesco legal.

Nosotros entendemos que la Ley Penal Colombiana, al sancionar el matrimonio contraído a sabiendas de que existe un impedimento dirimente, se refiere a los insubsanables o a los que siendo subsanables no se subsanen por cualquier circunstancia. Según esto, cuando el matrimonio ha sido revalidado, por tener forma y especie de verdadero matrimonio, es decir, por haber existido consentimiento, y ser impedimento dispensable, el responsable debe quedar excepto de pena, pues sería un contrasentido jurídico que una persona cuyo matrimonio ha sido revalidado estuviera en la cárcel purgando el delito de matrimonio ilegal. Para estos casos estaría bien la sanción pecuniaria prevista en el Código de Cuba, por no haberse obtenido la dispensa con anterioridad al matrimonio. Pero la pena privativa de la libertad para aquel cuyo matrimonio

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

ha sido revalidado por dispensa posterior del impedimento dirimente, sería inicua.

El matrimonio contraído a sabiendas del impedimento dirimente debe haber tenido existencia real. Por consiguiente no existe matrimonio ilegal punible cuando se contrae, por ejemplo, entre personas del mismo sexo y que se han hecho pasar como el sexo contrario, o cuando no se ha celebrado "ante el juez y los testigos competentes" (Ley 57 de 1887, artículo 13, ordinal 1o.). En otras palabras, el matrimonio debe ser formalmente válido y su invalidez substancial debe depender únicamente de la existencia de un impedimento dirimente, distinto del vínculo, pues en este caso llegariamos al terreno de la bigamia.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

5. PERSONAS IMPEDIDAS PARA CONTRAER MATRIMONIO

5.1 PERSONAS IMPEDIDAS PARA CONTRAER MATRIMONIO CIVIL

Según lo expuesto en relación con la validez de los matrimonios exigidas para el primer enlace en la bigamia propia, los impedimentos dirimentes están constituídos sobre la carencia de las condiciones que fija la ley para contraer, de manera que a pesar de su existencia se contrae el vínculo, éste es nulo, y por lo tanto, no produce ningún efecto. El artículo 261 no versa sobre los impedimentos meramente prohibitivos.

Recaptitulando sobre lo dicho en ese lugar, se tiene que los impedimentos dirimentes de orden civil son: Pertenecer los contrayentes a un mismo sexo; la falta de consentimiento; ser el hombre menor de catorce años y la mujer de doce; cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior; la fuerza, el miedo; la consanguinidad; la afinidad en primer grado de la línea recta; el vínculo civil formado por adopción; el matrimonio ante-

rior. Sin embargo, la violación de este impedimento es causa de bigamia. La violación de los otros es causa de matrimonios ilegales.

Los impedimentos dirimentes (de dirimeri, destruir) son los que nulifican el matrimonio o lo dejan sin efecto. Los impedientes o prohibitivos (de prohibere, prohibir, impedir) son los que obstaculizan el enlace, sin atacar su validez. Su enumeración está en el artículo 140 del Código Civil y en el 13 de la Ley 57 de 1887.

5.2 PERSONAS IMPEDIDAS PARA CONTRAER MATRIMONIO CANONICO

El vocablo impedimento lo tomaron los canonistas en su aceptación más simple de "obice u obstáculo que se interpone entre dos cosas" para llevarlo al campo jurídico como "algo que impide la celebración del matrimonio por una persona, o entre dos personas determinadas".

En el lenguaje estricto, el impedimento matrimonial es una prohibición jurídica fundada en circunstancias objetivas.

Cuando media consanguinidad, por ejemplo, una de tales circunstancias es la vinculación de dos personas por el hecho de nacimiento, y el impedimento propiamente

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

dicho es la norma que aparta de contraer el vínculo. Sin embargo, dicen los autores de varias obras "es corriente que las circunstancias objetiva y la prohibición del derecho se empleen como términos sinónimos, aunque de hecho no lo son. Por eso, lo más corriente, aunque tal vez no sea lo más técnico, es definir el impedimento matrimonial distinto que una circunstancia por la cual el derecho divino o humano prohibe la celebración de contrato matrimonial".

Otros autores la mejoran aclarando que la circunstancia debe residir en la persona, de donde se toma pie para decidir, en definitiva, que "el impedimento matrimonial es una prohibición de celebrar el contrato, establecida por el derecho a causa de una circunstancia de la persona.

Con la fase prohibición en derecho para esposarse, los canonistas significan el formalismo de impedimento, pues lo que inhibe no es la circunstancia en sí misma, sino la norma. Cuando se afirma en el derecho prohibe la celebración del contrato matrimonial, se da a entender que el impedimento jurídico no se refiere directamente al matrimonio sacramento, sino al matrimonio-contrato, sobre el cual únicamente pueden recaer las prohibiciones del derecho humano invalidantes. Se excluyen así de la clase de todos aquellos óbices de índole sacramental, como

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

la situación de pecado mortal.

La doctrina del impedimento de ligamen perfeccionada por el Concilio de Trento, según DE CARMONA, de esta manera: "si alguno dijere que es lícito a los cristianos tener simultáneamente muchas esposas, y que esto no ha sido expresamente prohibido por ninguna ley divina, sea excomulgado", de donde deduce el cardenal GASPARRI que "si es adultero el que abandona su mujer, se une con otra, ha de considerarse bigamo afortiori el que, teniendo la primera, se une con otra". Es de la esencia del matrimonio canónico la unidad y la indisolubilidad, salvo las situaciones expresamente establecidas y que no afectan el matrimonio precisamente en sí, sino su vicio de forma.

Son impedimentos dirimentes canónicos la falta de edad, la impotencia, el vínculo anterior, la disparidad de culto, la orden sagrada, el voto solemne, el rapto, el adulterio, el conyugicidio, la consanguinidad, la afinidad, la pública honestidad, el parentesco espiritual y el parentesco legal.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Las nulidades absolutas son las que no pueden sanearse por el transcurso del tiempo, ni por ratificación de quienes disponen de atribuciones para hacerlo. Las nulidades absolutas que afectan el vínculo matrimonial son tres: La existencia de un matrimonio anterior, cuya validez no permite sanear las segundas nupcias por ninguna causa; la consanguinidad en línea directa y la de los colaterales hasta el segundo grado, según los artículos 140 del Código Civil y 15 de la Ley 57 de 1887; la sentencia ejecutoriada: contra uno de los cónyuges como culpable de la muerte del otro, de acuerdo con el numeral 8o. del artículo 140 citado.

Si se celebra una segunda unión estando vigente cualquiera de las circunstancias anotadas no se configura el delito de bigamia.

6.2 NULIDADES RELATIVAS NO SUBSANADAS

Las nulidades relativas, o sean aquellas subsanables a voluntad, son: los vicios del consentimiento, la falta de capacidad para desposarse y la incompetencia del funcionario civil o religioso que oficia el matrimonio.

Los vicios del consentimiento se reducen al error y a la violencia. El error, en cuanto a la identidad civil

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

de uno de los contrayentes, de acuerdo con el artículo 140 del Código Civil. Cuando el error se refiere a la identidad física de la otra persona, el consentimiento no solo se presenta viciado sino que desaparece, y el matrimonio es inexistente por la misma causa. La violencia afecta el consentimiento según los numerales 5●. y 6●. del artículo 140 del Código Civil.

El artículo 142 del Código Civil permite que desaparezca la nulidad si quien ha padecido el error continúa en la cohabitación después de enterarse de él. También la violencia se sanea si el que la sufrió vive con el otro cónyuge durante tres meses sin reclamar.

Existe la falta de capacidad para desposarse cuando se matrimonian un menor de catorce y una mujer menor de doce años. Pero queda saneada si después de llegar a la pubertad, siguen conviviendo tres meses, o si una vez transcurrido ese período renuncian expresamente a pedir la anulación. También se sanea cuando la mujer ha concebido y esta concepción es fruto del matrimonio, según los artículos 140, numeral 2o. y 143 del Código Civil. La enfermedad mental afecta igualmente la capacidad de los contrayentes.

La incompetencia del funcionario solo es alegable por

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

los contrayentes, sus padres o guardadores, en los términos del artículo 144 de la Ley Civil. A falta de disposición expresa se subsana por ratificación expresa de los contrayentes y por el transcurso de cuatro años, como dispone el artículo 1750 del Código Civil.

6.3 EFECTOS DE LAS NULIDADES RELATIVAS Y SIMULACION DE MATRIMONIO

Si estando pendiente de la nulidad relativa, esto es, antes de quedar subsanadas, los contrayentes pasan a otras nupcias, no hay conducta incriminable por bigamia. El matrimonio solo es perfecto cuando tales nulidades han sido subsanadas, es decir, cuando ya no subsisten.

No toda nulidad relativa que deja de sanearse es motivo para deponer la incriminación, como en este caso planteado por Meza Velásquez; un individuo, ligado por matrimonio contraído sin pleno consentimiento, por error o por violencia, o sea afectado por nulidad relativa, lleva normalmente su vida conyugal, a pesar del vicio del vínculo. Sin pensar siquiera en la demanda del acto, se casa con otra mujer y en ese nuevo enlace llena todas las exigencias legales, dejando transcurrir el término para iniciar la nulidad de las primeras nupcias, o bien cumpliéndose por otro modo las condiciones que la subsa-

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
CARACAS

ñá. La causa de anulación así reparada es como si no hubiera existido y por lo tanto el primer matrimonio se reputa válido desde su celebración, como ocurre con todos los actos jurídicos viciados de nulidades relativas no alegadas oportunamente.

Si el segundo matrimonio es simulado, advierte Arenas, no es posible hablar de matrimonio ilegal dentro del sistema colombiano, aunque otros no aceptan esta solución, como el argentino, que en el numeral 2o. del artículo 135 sanciona al que "engañando a una persona, simulare matrimonio con ella".

Esta hipótesis no autoriza la legalidad del enlace porque el engaño excluye su existencia. Sin embargo, si la simulación de matrimonio no es incriminable, se reprime si ha servido para obtener el acceso carnal, configurándose entonces el estupro descrito en el artículo 301.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

CONCLUSIONES

A través del análisis, que se ha desarrollado acerca de la bigamia y los matrimonios ilegales, en que las instituciones del matrimonio católico y civil requieren una mayor restructuración para lograr los objetivos que todo ser humano al formar una familia lleva consigo.

Mientras que el adulterio ha venido desapareciendo como entidad delictiva, hasta el punto de muy pocos Códigos lo conservan. La bigamia y los matrimonios ilegales se mantienen en casi todos, y se acepta la tutela represiva en favor de la monogamia. La protección del contrato matrimonial, ha sido aceptada por el individuo que libremente consiente en desposarse. No es irregular, pues, que se vea compelido, mediante la pena, a ejecutar obligaciones que adquiere sin que nadie las imponga y sin mediar engaño.

La clara etimología surge del doble matrimonio o de la bigamia, me hace pensar, que el delito caracterizado por el hecho de contraer un nuevo matrimonio antes de

que desaparezca el anterior matrimonio válido. La conducta lesiona diversidad de intereses, entre ellos el del estado civil de las personas, por cuanto falsea las condiciones de soltería o de viudez; el de la familia por el desorden que ocasiona en los dos grupos afectados, el de la honestidad de la mujer como soltera, si ella es mero sujeto activo; inclusive el sentimiento religioso cuando se trata de matrimonio canónico, teniendo en cuenta el carácter sacramental del vínculo.

Evitar toda dificultad entre aquellos matrimonios que se han contraído existiendo impedimento, y aquellos otros que se llevan a término no obstante de existir impedimentos. Estos últimos no pueden revalidarse, y el que se casa sabiendo que tiene un impedimento de esta naturaleza comete delito.

Sin duda el mayor perjuicio causado por el delito puede en ocasiones ser mayor o menor; es decir, que puede aumentar o disminuir su gravedad, y por consiguiente la pena debe acomodarse en cuanto sea posible a esa situación.

No se ha planteado una verdadera colisión de competencias porque el Tribunal Eclesiástico no reclama para si el conocimiento del proceso como bigamia, sino solamente el derecho a pronunciar sobre la validez o invalidez

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

del matrimonio católico. No es conocimiento del delito de bigamia lo que la autoridad eclesiástica disputa a la civil, sino única y exclusivamente el derecho a resolver una cuestión perjudicial que es, según su acepción gramatical y jurídica la que siendo supuesto de un fallo corresponde a jurisdicción distinta de la que ha de dictarlo.

En procesos como el de la bigamia, cuando no suscitan cuestiones prejudiciales no existe colisión de competencias, porque el reconocimiento de que tiene ese carácter equivale a la aceptación de que una compete el conocimiento del negocio y a otra la decisión de una determinada materia que es supuesto indispensable para el fallo.

Estoy de acuerdo que se debe seguir insistiendo sobre el divorcio del matrimonio católico que sería una solución para evitar que se sigan cometiendo el delito de bigamia, ya que actualmente no existe el divorcio en los matrimonios católicos.

BIBLIOGRAFIA

ARENAS, Vicente Antonio. Comentarios al Nuevo Código Penal Decreto 100 de enero 23 de 1980. Temis, Bogotá, 4ª Edición, Tomo I.

_____ Comentarios al Código Penal Colombiano. Temis, Bogotá, 5ª Edición, Tomo II.

BIBLIOTECA DE AUTORES CRISTIANOS. Código de Derecho Canónico Texto Latino-bilibgues, Madrid, 1964.

CASTRO, José Félix. Derecho de Familia. Publicitaria, Bogotá, 4ª Edición, 1980.

CORREA ASMUS, Gustavo. Guía práctica de Metodología para la elaboración de Trabajos. Usta, Bogotá, 1982, p.77.

DECRETO 1853 de 9 de Julio de 1985.

ENGELS, Federico. Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Progreso, Moscú, 1966.

_____ El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado. Pepe, Medellín, 1974.

GOMEZ MENDEZ, Alfonso y Otros. Derecho Penal Especial.Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1985.

LENIN, Vladimir. La emancipación de la Mujer. Progreso, Moscú, 1971.

MEDELLIN, J. Carlos. Lecciones elementales de Derecho Romano. Temis, Bogotá, 1976, 6ª Edición. Tomo I.

MONTENEGRO B., Calixto. Curso de Derecho Penal Especial. Universidad Libre, Bogotá, 1977. Tomo I.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Penal (Decreto 23 de septiembre 14 de 1936). Temis, Bogotá, 1977, 12ª Edición actualizada.

OSORIO PACHECO, Pedro. Derecho Penal Especial. Temis, Bogotá, 1977, 2ª Edición.

PEREZ, Luis Carlos. Manual de Derecho Penal. Temis, Bogotá, 1977, 6ª Edición. Tomo I - II.

_____ Derecho Penal, Parte General y Especial. Temis, Bogotá, 1985. Tomo IV.

SUAREZ F., Roberto. Derecho de Familia. Temis, Bogotá, 1979. Tomo I.

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Nuevo Código (Decreto 100 de enero 23 de 1980). Presencia Limitada, Bogotá, 1981.

UMAÑA LAURA, Eduardo. La familia en la Estructura Jurídica Colombiana. Temis, Bogotá, 1973.

URBANO GARCIA, Estela. Matrimonio, Divorcio y Separaciones de Cuerpos. Librería Jurídica Wilhes, Bogotá, 1978.