

DR #0996

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	
BIBLIOTECA	
CARRERA DE INGENIERIA	
5-2034538	
No. INVENTARIO	47
FECHA	27 FEB. 2008
GANJE	DONACION

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
MÉRIDA

EL MATRIMONIO EN COLOMBIA

SILVIO JOSE SALGADO DE LUIS

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

Director: DR. EDGARD ALTAMAR

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1985

T
346.016861
S.154

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

PERSONAL DIRECTIVO

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD	JOSE CONSUEGRA HIGINS
VICE-RECTOR	LEONELLO MARTHE
DECANO DE LA FACULTAD	RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA
VICE-DECANO	EMILIA DE PULGAR LEMUS
SECRETARIO ACADEMICO DE LA FACULTAD	CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ
SECRETARIO AUXILIAR	GUSTAVO GONZALEZ

EPIGRAFE

"La única ley es aquella que conduce a la libertad. No hay otra ley".

Richard Bach.

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Noviembre 19

Barranquilla, Noviembre 14 de 1985

Docotr:

RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA.

Decano faculta de Derecho.

Universidad Simón Bolívar.-

E. S. S.

Le presento mis agradecimientos más sinceros, por haberme de signado Director de Tesis del Egresado SILVIO JOSE SALGADO DE LUIS. quien presento como Tesis una interesante monografía la cual titúla: EL MATRIMONIO EN COLOMBIA .-

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 regu la 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 Coro na, la Gran Colombia primero y luego la Nueva Granada, mantu vieron la vigencia del Derecho español e indiano, por la im posibilidad de sustituirlo por algo propio.

Impulsada la separación de la Iglesia y del Estado, con la - Constitución de 1853, vino a ser posible la expedición de le - yes, 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 cual quiera 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?.

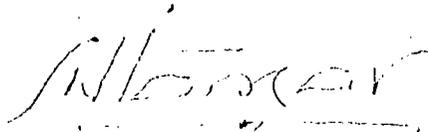
Cuesta trabajo creer que el Estado Colombiano hubiese aceptado semejante atrocidad jurídica.

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 reúne 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. N° 17'054.90 de Bogotá.-

DEDICATORIA

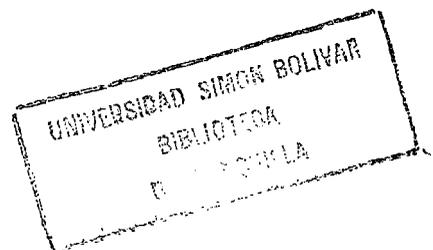
A mis padres quienes en todo momento supieron alentarme y cuyos invaluable esfuerzos y sacrificios fueron factores determinantes en mi realización como profesional.

Silvio José.

DEDICATORIA

A la memoria de mi padre,
a mi querida madre, a mis
hermanos, a mis sobrinos
y demás familiares.

Silvio José.



AGRADECIMIENTOS

El autor de este trabajo expresa sus agradecimientos:

AL DOCTOR EDGARD ALTAMAR DE LA ROSA, Director de Tesis.

AL DOCTOR CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ.

AL DOCTOR RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA, Decano de la Facultad.

AL DOCTOR GUSTAVO GONZALEZ, Secretario Auxiliar.

A Todas las personas que contribuyeron a la realización de este trabajo.

A La CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR y a su cuerpo Directivo quienes a través de su Facultad de Derecho hicieron posible mis aspiraciones.

A Todos mis profesores y amigos.

DEDICATORIA

A mis padres quienes en todo momento supieron alentarme y cuyos invaluable esfuerzos y sacrificios fueron factores determinantes en mi realización como profesional.

Silvio José.

DEDICATORIA

A la memoria de mi padre,
a mi querida madre, a mis
hermanos, a mis sobrinos
y demás familiares.

Silvio José.

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION.....	15
1. NATURALEZA DEL MATRIMONIO.....	19
1.1 UNION SEXUAL.....	19
1.2 FUNCION BIOLOGICA.....	21
1.3 CONCEPTO NATURAL.....	21
1.3.1 Síntesis del Concepto Primitivo del Hombre.....	22
1.3.2 Efectos Naturales y Sociales Primitivos de esta Función Biológica.....	24
1.4 CONCEPTO RELIGIOSO.....	25
1.4.1 Apreciación Naturalista de la Unión Sexual y su Evolución a Través de los Tiempos.....	26
1.4.2 Cómo Estimó el Homo Religioso esta Disposición de la Naturaleza?.....	26
1.5 EL MATRIMONIO FUERA DE ROMA. INSTITUCION MATRIMO- NIAL EN LOS PUEBLOS.....	28
1.6 EL MATRIMONIO EN ROMA EN EL NACIMIENTO DEL CRISTIA- NISMO. SITUACION DE LA ESPOSA EN ROMA. DIGNIFICA- CION DE ESPOSA EN LA IDEA CRISTIANA.....	29

2. EVOLUCION SOCIAL DEL MATRIMONIO.....	32
2.1 EVOLUCION INICIADA POR EL PROTESTANTISMO. DEVOLUCION DE LAS SOCIEDADES AL MATRIMONIO CIVIL.....	32
2.2 ANTAGONISMO ENTRE EL MATRIMONIO CANONICO Y EL MATRIMONIO CIVIL.....	34
3. EL MATRIMONIO.....	36
3.1 CONSIDERACIONES GENERALES.....	38
3.1.1 Matrimonio como Sacramento.....	38
3.1.2 Matrimonio como Institución.....	41
3.1.3 Matrimonio como Contrato.....	43
3.2 REQUISITOS DEL MATRIMONIO.....	47
3.2.1 De Fondo.....	47
3.2.2 De Forma.....	55
3.3 INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO.....	60
3.4 NULIDADES DEL MATRIMONIO.....	62
3.5 EFECTOS DEL MATRIMONIO.....	64
3.6 IMPEDIMENTOS DEL MATRIMONIO.....	66
4. MATRIMONIO CANONICO.....	69
4.1 ANTECEDENTES HISTORICOS.....	69
4.2 MATRIMONIO Y CONCORDATO.....	74
4.3 CLASIFICACION DEL MATRIMONIO CATOLICO.....	78
4.4 DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO CANONICO.....	80

4.4.1 Causales de Nulidad.....	81
4.4.2 Efectos de la Declaración de Nulidad.....	84
4.4.3 Trámite Procedimental.....	85
4.5 DE LA SEPARACION DE CUERPOS EN EL MATRIMONIO CANO- NICO.....	89
4.5.1 Causales de Separación.....	90
4.5.2 Efectos de la Separación.....	91
4.5.3 Trámite Procedimental.....	92
4.6 REVALIDACION DEL MATRIMONIO.....	93
5. MATRIMONIO CIVIL.....	94
5.1 BREVE HISTORIA DEL MATRIMONIO CIVIL EN COLOMBIA...	94
5.2 EL CONTRATO DE MATRIMONIO CIVIL.....	102
5.2.1 Elementos Esenciales.....	104
5.3 DIVORCIO DEL MATRIMONIO CIVIL.....	105
5.3.1 Causales. Ley 1ª. de 1976.....	106
5.3.2 Efectos.....	113
5.3.3 Trámite Procedimental.....	114
5.4 SEPARACION DE CUERPOS DEL MATRIMONIO CIVIL.....	119
5.4.1 Causales.....	119
5.4.2 Efectos.....	121
5.4.3 Trámite Procedimental.....	121
6. MATRIMONIO DE COLOMBIANOS REALIZADO EN EL EXTERIOR.	125
7. SOCIEDAD CONCUBINARIA DE HECHO O MATRIMONIO DE HECHO	127

7.1 EL MATRIMONIO DE HECHO FRENTE AL MATRIMONIO DE DE- RECHO.....	129
8. MATRIMONIO POR PODER Y EN PELIGRO DE MUERTE.....	132
CONCLUSIONES.....	135
BIBLIOGRAFIA.....	139

INTRODUCCION

El motivo principal que me llevó a elaborar esta Tesis de Grado sobre el Matrimonio en Colombia, es la gran influencia que esta rama del Derecho ha tenido en los últimos años en la sociedad moderna, no solamente en Colombia, sino en otros países del mundo. No podemos olvidar que entre las distintas ramas que integran el Derecho Civil, tal vez ninguna ha sufrido una mayor transformación que el Derecho de Familia.

Por ley de la vida, todos los hombres nos vemos enfrentados algún día a un conflicto sentimental que teniendo que ver con el matrimonio, nos lleva necesariamente al campo jurídico.

De ahí que el matrimonio, entendido como la unión estable de un hombre con una mujer para ayudarse, respetarse y procrear, sobre la base de la igualdad, con mayor razón cuando se tiene la categoría de contrato, celebrado conforme a la Legislación de los Estados, o de sacramento en el caso de la Iglesia Católica, merece un am-

plio análisis de los miembros de la sociedad, tanto como la situación del divorcio, que, sin duda alguna, es igualmente necesaria.

La mayor parte de los Estados actuales consideran que el régimen de la familia y su fuente principal, el matrimonio, es de su exclusiva competencia, dejando a un lado el aspecto religioso.

En razón de los parámetros ya anotados, nos vemos necesariamente abocados a tratar en este trabajo los más palpitantes e importantes temas, como son: Naturaleza del matrimonio, celebración del matrimonio, causas y efectos, divorcio y separación de cuerpos, validez de los matrimonios celebrados en el exterior, y el matrimonio de hecho y sus efectos.

La mayoría de los tratadistas del derecho natural, niegan que el matrimonio sea un sacramento y afirman que es un contrato, aunque no lo desligan del aspecto religioso, y sostienen que: La más alta dignidad del matrimonio reside en su naturaleza moral y religiosa, pero la base del matrimonio es el contrato. El contrato del matrimonio es regulado por el Estado y el aspecto religioso es regulado por la Iglesia. Este sistema da al Estado lo que es referente a su derecho, y a la Iglesia

lo que ella puede exigir de la conciencia religiosa de sus fieles.

En una u otra forma, abierta o vedadamente, en tales relaciones se cifran el mantenimiento y la conservación de la sociedad, al propio tiempo que su evolución y progreso. Es que la familia, y en especial el matrimonio, cualquiera que sea la consideración en que se les tenga y como quiera que se les conciba y se les practique, van envueltos del instinto de reproducción y conservación de la especie, a la vez que integran la formación cultural para la orientación y conducción de consideraciones y experiencias biológicas, hasta verterlas en cánones sociales, religiosos, éticos y jurídicos, simultánea o alternativamente.

De todos modos, el derecho: la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y la práctica cotidiana que de él hacen las gentes, se ocupa y ha de ocuparse de estas materias que por su importancia intrínseca y por su trascendencia en todos los órdenes de la vida, deben ser no solo conocidas la más vasta y hondamente posible, si no ser populares, en el sentido de que reflejen los sentimientos, tradiciones, aspiraciones y necesidades de los pueblos. Y, por lo tanto, todo esfuerzo que se haga en ambas direcciones es útil y poco frente al apre-

mio de satisfacer aquellas urgencias elementales.

De todo lo anterior podemos anotar que escribir cualquier tema que tenga que ver con el matrimonio, siempre será un asunto delicado y difícil de tratar.

1. NATURALEZA DEL MATRIMONIO

Etimológicamente la palabra matrimonio proviene del latín (Matrismunium, don-de ser madre), este sentido atribuido a la palabra matrimonio tiene su origen, según las partidas, en el hecho de que es a la madre a quien corresponde soportar los riesgos del parto y los mayores sacrificios que demanda la educación de los hijos.

A la palabra matrimonio suele tomársela en dos sentidos: como sinónimo de acto, rito o solemnidad y como estado permanente resultante de este acto. Pero el concepto social prohiado por el Derecho Civil es el de unión sexual garantizada por el sacramento (en lo religioso), y por la ley (en lo civil).

1.1 UNION SEXUAL

Nada en la naturaleza carece de un fin preordenado, y está exactamente concatenado con todos los elementos que constituyen ese fin, (Natura-non-facit-saltus), la naturaleza no da brincos. Cuando dota al hombre y

a la mujer de órganos perfectamente correspondientes a una función determinada, cual es la reproducción de la especie, esa función constituye una necesidad dirigida ineludiblemente a un fin, de donde se deduce: La unión sexual no es materialmente un desequilibrio moral, esto es un desnivel entre lo que se hace y lo que se debe hacer, sino una orden: Es lo que se debe de hacer.

La unión sexual debe ser organizada por la ley (ya divina, ya humana), habida cuenta de la divinidad de la reproducción o la función reproductiva, que al paso que honra a la mujer, realizándola compañera insustituible de la creación humana, produce un fruto necesario para la continuación del hombre, y es por ello que es precisa y necesaria la intervención de la ley para que el hijo no sea solo el goce del placer sexual, sino además el coartifice del gigantesco templo de la inteligencia, mediante una adecuada concepción y una bien dispuesta senda a la cultura y al pulimento de las buenas costumbres; para lo cual se requiere una familia bien organizada, capaz de estos fines.

Así pues es posible una unión sexual naturalmente necesaria y una unión sexual ilegal o socialmente inconducente.



1.2 FUNCION BIOLÓGICA

Es necesario estudiar así sea suscitadamente, la forma adecuada cómo ha de producirse naturalmente esta función; ésta es el resultado de ciertos órganos llamados sexuales que operan en el hombre y en la mujer, y es estimulada por determinadas hormonas que impelen a la voluntad a inclinarse al acto sexual. De esta unión brota como efecto de una segunda causa, otro nuevo ser que no es idéntico, pero sí igual a sus progenitores; en este acto se verifica la procreación de la especie humana.

1.3 CONCEPTO NATURAL

Aquí analizamos cómo la unión sexual natural, por lo impuesta, por la naturaleza, constituye un desequilibrio social, pero no natural, salvo algunas excepciones que vamos a ver: Como dotada de elementos procreativos, la unión sexual natural es perfectamente consona con los preceptos de la naturaleza, pero hay casos en que se rompe esa consonancia: unión sexual entre menores, esta unión no es natural porque los elementos de cupulación no están lo suficientemente desarrollados, y por ende la criatura proveniente, si es que se produce, no tendrá el desarrollo suficiente que es uno de los

fines de la naturaleza.

Unión sexual entre anormales, tampoco corresponde a un fin de la naturaleza; aunque se discute entre los filósofos católicos, porque éstos conceptúan que la anormalidad tanto biológica como síquica no es una necesidad del orden de la naturaleza.

No discutimos, sencillamente no estamos de acuerdo, aunque reconocemos que producido el nacimiento de un anormal, éste tiene derecho a la vida; pero proponemos que se le niegue el engendramiento por medios farmacológicos, es decir, cópula sí, pero concepción no.

Unión sexual entre varones (homosexualidad) y la mal llamada cópula entre solo mujeres (lesbianismo). Son antinaturales pero su estudio sale de la pauta de esta tesis, que sólo contempla la unión sexual heteróclita, esto es, entre ambos géneros.

Tampoco tratamos de cópulas anaturales, esto es, no conforme a natural, por la misma razón.

1.3.1 Síntesis del Concepto Primitivo del Hombre

El hombre en los primeros días de su historia tuvo el

acto sexual como una necesidad biológica que debía realizar. Sólo más tarde con el devenir de las necesidades que las sociedades en formación iban creando en su desarrollo, se hizo indispensable el establecimiento de normas que limitaran ese impulso natural, acondicionando así el acto de la procreación al lleno de aquellas necesidades. Tales necesidades sociales fueron: El afecto mutuo entre la pareja, lo que supuso una obligación de índole contractual que aceptada por ambos cónyuges, establecieron entre ellos una vinculación síquica tendiente a una estabilización o estamento conyugal. A este estamento se le llamó matrimonio, pues ya como hemos dicho, significa don o privilegio de la madre, en que dadas las condiciones religiosas primitivas se le reconoció por la adición de ritos o ceremonias. Ese contrato fue originado de una relación sexual, y se le llamó matrimonio. La necesidad de educar la prole en las prácticas sociales y laborales de la época, contribuyó poderosamente al establecimiento conyugal. La unidad originada de ese compartimento de afecto fue desde entonces fundamental para la educación del niño, es decir, para su formación en todas las fases psicológicas de la infancia. Otra necesidad fue la estabilización del patrimonio que, basado en esa unidad de afecto y de conducta, encontró la suficiente cohesión para su desarrollo.



Otras necesidades existieron y existen, que sería prohi-
jo enumerar, y las que quedan correspondidas en las
anteriores que consideramos básicas.

1.3.2 Efectos Naturales y Sociales Primitivos de esta Función Biológica

En cuanto a los efectos de esta función se requiere
la escogencia de tales medios para la producción del
ser humano, esta calificación es atinente a: La prepara-
ción biológica de los cónyuges; preparación que debe
ser con anticipación que prescriba la ciencia médi-
ca. La preparación síquica que condicione al hombre
a una expectativa de grandeza como corresponde al geni-
tor de la vida, y a la mujer a la digna felicidad de
dar al mundo un nuevo ser. La previa preparación económi-
ca que facilite y haga posible los gastos de una alimen-
tación y educación siquiera mínima del niño. Una prepa-
ración moral con que ambos cónyuges sepan guiar decoro-
samente al nuevo ser que entregan a la sociedad.

Bien sabido es que el deporte, tomado como todo ejerci-
cio corporal, desarrolla el cuerpo al mismo tiempo que
expande las energías sociales; yo soy de opinión que
no debe permitir la ley la unión sexual entre cónyuge
que no practiquen algún deporte, para bien de la salud

y enriquecimiento de la raza, y no es que yo sea racista, pues no hago discriminación de raza sino que veo la necesidad de que no proliferen de ninguna forma el enclenquismo, ni las deformaciones, ni las anomalías biológicas; mens sana in corpore sano. Decían griegos y romanos.

1.4 CONCEPTO RELIGIOSO

Dada la dignidad, necesidad y grandeza de la procreación no es de extrañar que todas las religiones, vale decir, la índole mística que todo hombre en mayor o menor grado, lleva dentro de sí, haya incorporado a esa índole de misticismo la unión sexual y que la hayan dotado de privilegios especiales.

La condición de la mujer fue un caso aparte en esas primeras etapas de la historia humana, y sus consecuencias han llegado hasta nuestros días, aún cuando del paulatino desdibujamiento de ese estado miserando, se haya venido forjando la libertad femenina bien llamada liberación de la mujer, aunque mal practicada por ésta en la actualidad. En realidad antiguamente la mujer siempre fue esclava del hombre, destinada únicamente al placer sexual, y sólo la única la llamada esposa tenía el privilegio, como hemos dicho, de concebir para

el poder y las riquezas. Poco a poco y ya en Roma, la mujer hija de la *justaenuptiae* perdió el carácter de esclava, pero solamente por ser ciudadana romana, pues en lo demás (en lo que a patrimonio se refiere), su condición jurídica era de menor de edad, siempre *Sub-Manu* y a veces hasta *Sine-Manu*, según la pobreza de su patrimonio, siempre bajo la potestad marital; pero al fin y al cabo, hubo un paso hacia arriba en la dignidad femenina. Se dio el caso de mujeres en el poder, como *Semiramis*, la reina de Saba; *Dido* y otras más, pero fueron casos raros en el decurso de la historia.

1.4.1 Apreciación Naturalista de la Unión Sexual y su Evolución a Través de los Tiempos

Podemos pues afirmar que en la etapa del hombre primitivo sólo existió la unión sexual naturalmente considerada, y que poco a poco y ya en una segunda etapa, tales necesidades se hicieron presente en la aparición de una sociedad que creó las normas conducentes a la legalización mediante ceremonias y ritos de esa unión, legalización que se llamó matrimonio, por considerar que la mujer debía su realización a la facultad de la procreación.

1.4.2 Cómo Estimó el Homo Religioso esta Disposición de la Naturaleza?

En la antigüedad, cuando el esclavismo dominaba el panorama social, se llamó matrimonio a la convivencia conyugal con una sola mujer, aun cuando se practicara la institución del serrallo, es decir, que predominó una monogamia Sui generis frente a una situación poligámica. Ello nos dice que la mujer principal, la recibida en matrimonio era única, y que las demás no tenían otra función que la de ofrecer placer sexual al varón, lo que ocurría principalmente en las clases gubernamentales y en las clases altas de la sociedad. En efecto, a esa mujer principal tenida en matrimonio, le correspondía el privilegio de dar hijos al cónyuge para la continuidad del poder a las riquezas como heredero del poder el primogénito, y con reparto de herencia a los demás hijos. De aquí surgió la clasificación de hijos legítimos y de hijos naturales. Los hijos naturales no fueron sujetos de herencia, sino apenas de donaciones paternas en vida.

A pesar de la ceremonia religiosa con que se realizara el acto de matrimonio y que en algunos pueblos fueron consagatorios, es de notar en la inmensa mayoría de los casos la existencia del matrimonio, no tenía otros ritos que la comparecencia de los cónyuges ante el juez civil. Es decir, que a pesar del espíritu religioso el matrimonio este era solamente válido por la presencia

del juez en el acto matrimonial. (Como ocurre en nuestro matrimonio civil).

1.5 EL MATRIMONIO FUERA DE ROMA. INSTITUCION MATRIMONIAL EN LOS PUEBLOS

Aquí analizamos cómo era la unión sexual matrimonial fuera de Roma, es preciso insistir con título propio en muchos aspectos.

En la China dinástica el concepto de matrimonio fue precursor con siglos de antelación, de la unión entre nobles que prevaleció en Europa durante la Edad Media. Así, la hija legítima aún desde antes de nacer ya era acordada como novia al vástago de una familia noble, y era el emperador quien registraba en un libro de matrimonios el acuerdo dictado por él y aceptado por los nobles de su corte. En la India, cuya civilización adoptó los caracteres sociales chinos. En Persia, como la nobleza era militar, esta asignación matrimonial tenía lugar solamente entre los oficiales del ejército imperial, quedando los magnates del comercio y los terratenientes en libertad de asignar mediante acuerdo, las mujeres o varones de su clan.

Respecto a los esclavos era el amo quien ordenaba (no

había acuerdo alguno, era un acto arbitrario) el contubernio, o sea, la unión sexual entre sus esclavos, con criterios selectivos, es decir, que apareaban los esclavos para buscar un producto de mayor valor en el mercado, ese es el único caso jurídico que nos presenta la antigüedad, incluyendo a Roma y a Grecia, en que la unión sexual no fue considerada como matrimonio, sino sólo como unión animal, siempre, repito, con criterio propio.

1.6 EL MATRIMONIO EN ROMA EN EL NACIMIENTO DEL CRISTIANISMO. SITUACION DE LA ESPOSA EN ROMA. DIGNIFICACION DE ESPOSA EN LA IDEA CRISTIANA

El matrimonio lo entendían los romanos como una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal y en la affectio maritalis; no era necesario una convivencia efectiva, pues existía aunque los cónyuges no conviviesen en la misma casa, siempre y cuando guardasen la consideración y el respeto debido.

En el derecho antiguo no se conoció otro matrimonio que el *Cun manu*.

Hacia fines de la República, cuando los divorcios se hicieron frecuentes y la depravación de las costumbres

fue invadiendo la sociedad, la manus cayó en desuso, para desaparecer definitivamente a fines del siglo III, entre otras causas, por el relajamiento de la idea religiosa, el exceso de poder del pater familias y el deseo de independencia de la mujer.

Por el matrimonio *Cun manu* la mujer *sui* o *alterius* salía de la familia de origen y entraba a una nueva familia en su condición de sometida, con la particular función de procurar al jefe de la familia o a sus súbditos libres una descendencia legítima.

El marido adquiría la manus sobre su esposa mediante la *conferreatio*, si se trataba de patricios, por la *coemptio*, si de plebeyos, quienes también podrían lograr la manus mediante la cohabitación continuada por espacio de uno o más años. El matrimonio sólo podría contraerse entre personas que hubiesen llegado a la edad de la pubertad, y que poseyeren el *status libertatis* y expresare intención de contraerlo.

El matrimonio *Cun manu* ponía fin a los vínculos con la familia de origen, la mujer perdía toda independencia y parentesco civil (*agnaticio*), quedaba sustraída de sus parientes agnados y perdía todo derecho derivado de tal parentesco.

El matrimonio Sine manu nació como reacción contra el anterior, no se ha podido determinar cronológicamente de manera precisa de su aparición en el derecho romano. Para algunos existía ya en la época de las Doce Tablas, para otros sólo se le conoció a fines del siglo IV.

El matrimonio Sine manu fue el más común entre los romanos; su celebración no sustraía a la esposa de su status familiae, ni perjudicaba la legitimidad de los hijos; ella conservaba sus vínculos y posición que tenía antes de su matrimonio. No obstante, se le mantuvo en un plano de inferioridad respecto de su marido. Existieron casos extremos en que a la mujer se le llegó a dar un tratamiento semejante al de las cosas; tal ocurría en la celebración de matrimonios entre plebeyos; el cual se contraía por medio de mancipatio.

Con la llegada del cristianismo en la época del Imperio (edicto de Constantino). La situación de la esposa mejoró notablemente, pues fue abolida la autoridad omnímoda del pater, el divorcio y el repudio con sus consecuencias económicas y en general, con la exaltación de la mujer como madre de nuevos cristianos, y toda esa dignidad apoyada fuertemente en el vínculo perpetuo del matrimonio.

2. EVOLUCION SOCIAL DEL MATRIMONIO

Por la importancia del matrimonio que hemos anotado en el capítulo anterior, este acto religioso y social ha sufrido en su concepto básicas serias transformaciones evolutivas, no sólo socialmente sino aún en el aspecto religioso, toda vez que inexorablemente se cumpla el apotegma. Grecolatino: No se ha hecho el hombre para la Iglesia sino la Iglesia para el hombre". En este seguiremos el paso de esta transformación en los diferentes estadios sociales que nos presenta el mundo moderno.

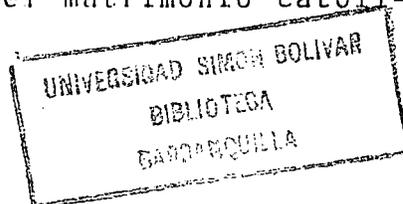
2.1 EVOLUCION INICIADA POR EL PROTESTANTISMO. DEVOLUCION DE LAS SOCIEDADES AL MATRIMONIO CIVIL

En el siglo XVI, Martín Lutero, sacerdote agustino, se declaró en abierta religión contra la Iglesia Católica, y en la asamblea de Spira, rompió definitivamente con ella agitando como lema la libre interpretación de la Biblia. Las consecuencias sociales fueron catastróficas para el matrimonio canónico, pues Lutero declaró que el matrimonio no era sacramento sino solamente

un contrato, y por consiguiente, dejando en manos de los contratantes la libre revisión del acuerdo matrimonial. Dejó así la puerta abierta al divorcio, y con ello institucionalizó el matrimonio civil; no que éste no existiera antes, pues ya hemos visto que fue el matrimonio civil la institución común y corriente antes del Cristianismo, estando ahora ya habituada la sociedad europea al matrimonio vincular católico, esta devolución a la historia anterior causó un tremendo impacto en la sociedad cristiana, que veía así expedida la vía de echar por tierra la férrea disciplina evangélica del matrimonio vincular, y fue ésta la principal motivación para que gran parte del mundo cristiano se hiciera protestante.

En el matrimonio civil, la ventajosa expectativa del divorcio es comprensible, pues en una sociedad cada vez menos estructurada religiosamente, y por ello más proclive a los devaneos y placeres del amor, es fácil explicar el por qué de la aceptación del matrimonio civil, que ya se va haciendo general, y por ende la voluminosa práctica del divorcio.

Los católicos practicantes y aún los no practicantes, pero fanáticamente aferrados a las tradiciones familiares, no se han apartado en verdad del matrimonio católi-

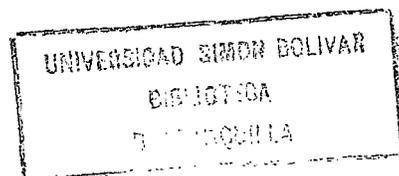


co; no así una gran parte de bautizados que, huyéndole al vínculo, prefieren acogerse al matrimonio civil; esto especialmente en Colombia, en donde contando con que la reforma última del Concordato exime a los católicos que se casen civilmente de la terrible pena de excomunión, que los separa totalmente del seno de la Iglesia, negándoles la recepción de los sacramentos.

La Revolución Francesa con su sistema fáctico de revolución en los órdenes sociales preexistentes, apoyados en la filosofía tomista, la fe en Cristo y la nobleza, oficializó el nuevo estatuto social del matrimonio civil con su principal secuela el divorcio.

2.2 ANTAGONISMO ENTRE EL MATRIMONIO CANONICO Y EL MATRIMONIO CIVIL

Estos dos aspectos de la unión sexual oficializada tiene básicas diferencias como vamos a ver: El matrimonio civil no es vincular, esto es, no estable, vínculo de perpetuidad entre los cónyuges, y por lo tanto no es de carácter religioso o católico, sino un acto jurídico de carácter oficial del Estado. El matrimonio canónico por ser sacramento, es de carácter divino y por ende es sacramento (manifestación exterior de una gracia espiritual), y por esto es vincular, o sea, es perpetuo.



En verdad que ambos aspectos coinciden en la realización de un contrato y por ende ambos requieren del mutuo consentimiento para su existencia, aún cuando uno y otro aducen impedimentos, por donde pueda resultar sendas nulidades y sendas invalidaciones. El principal motivo de antagonismo entre ambos aspectos de la unión sexual especialmente en Indoamérica, es la consideración religiosa.

El matrimonio civil está instituido por el Estado en beneficio de todos los ciudadanos, sin discriminación de credos, en tanto que el canónico es de origen religioso, instituido por la Iglesia de Cristo en beneficio de los cristianismos, pero remotamente en beneficio de todos los hombres, ya que todo hombre tiene vocación divina para ingresar a esta Iglesia según el derecho canónico.

3. EL MATRIMONIO

La familia, célula intermedia entre el individuo y el estado, tiene su origen legítimo en el matrimonio, en cuyo seno nacen vínculos de afectos entre los que se unen y entre éstos la prole; vínculos que tienen un carácter eminentemente moral porque tienden al mejoramiento del individuo y al bienestar social.

"Del matrimonio se derivan todas las relaciones, derechos y potestades familiares: fuera de él, sólo pueden derivarse por expresa concesión de la ley" . En ninguna definición que se dé del matrimonio puede omitirse la característica de ser una unión monogámica, así como tampoco puede dejarse de lado el requisito de ser una comunidad doméstica o una comunidad de vida.

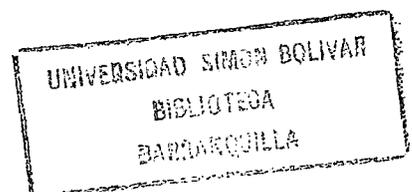
De lo anterior podemos deducir que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para vivir juntos,

¹ LACRUZ, J.L. y Otros, citado por SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. 3ª. Edición. Tomo 1. Temis. Bogotá, 1981.

ayudarse, respetarse, procrearse, tolerarse, siempre sobre la base de igualdad, no solo desde el punto de vista personal sino también patrimonial. Esta unión puede perfeccionarse ante el Estado, celebrando una ceremonia o rito ante un juez o ante un cura y entonces se dirá que la persona se ha casado conforme a derecho, o simplemente la pareja la puede autorizar con su mero consentimiento y entonces diremos que están casados de hecho.

Según nuestro Código Civil, el matrimonio debe considerarse como un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades, que debería producir las obligaciones que las partes libremente quisieran establecer. La Iglesia Católica y Romana consideran que además es un sacramento, cuya no celebración hace que la pareja viva en pecado mortal, so pena de perder la gloria en los cielos. Pero en estricto sentido, el matrimonio no participa de la naturaleza jurídica, ni religiosa de uno ni de otro concepto. El matrimonio es una institución, es la consecuencia natural de un comportamiento del cual la humanidad no ha podido a través de su historia sustraerse.

Por consiguiente, el Derecho Matrimonial es aquella parte integrante del Derecho de Familia que contempla la reglamentación del matrimonio; comprende el estudio



de su naturaleza jurídica, sus requisitos, consecuencias, pruebas, etcétera.

3.1 CONSIDERACIONES GENERALES

La familia legítima tiene su fuente única en el matrimonio. Este crea entre el hombre y la mujer una sociedad de naturaleza particular, que proyecta sus efectos no sólo sobre las personas de los contrayentes, sino también sobre sus bienes y en relación con los hijos. De ahí que debemos estudiar el matrimonio en lo tocante a las personas de los contrayentes, en lo atinente a sus bienes y en relación con los hijos.

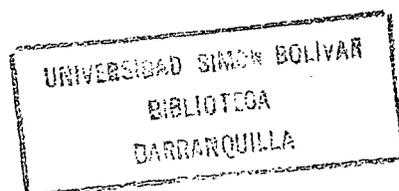
3.1.1 Matrimonio como Sacramento

Para la Iglesia Católica, el matrimonio es sacramento y es contrato, por consiguiente, el mismo contrato es sacramento y el sacramento es contrato.

Esta concepción religiosa del matrimonio ha ejercido gran influencia en los regímenes jurídicos de los pueblos cristianos y, en forma especial, en las naciones que proclaman como única religión oficial de la Iglesia Católica -España, Colombia-. En Colombia produce plenos efectos civiles el matrimonio que se celebra de acuerdo

con el Código de Derecho Canónico. El Concilio de Trento afirmó que el matrimonio de los católicos es siempre un contrato y un sacramento; son dos elementos indispensables, indisolubles y esta inseparabilidad es la única que puede explicar y justificar el poder que a la Iglesia se le ha reconocido siempre, de anular el contrato al comprobarse la nulidad del parentesco. En consecuencia, se afirma por canonistas, teólogos y doctrinantes católicos, que se trata de un contrato legítimo y sui generis.

Es un contrato legítimo porque tiene su origen en la ley natural, confirmada por la ley divina, que tiene como autor a Dios. Los canonistas afirman que el matrimonio tiene por autor a Dios, autor y ordenador sapientísimo de la naturaleza humana. Dios quiere efectivamente, que el género humano se conserve y se propague, para cuyo fin infundió, tanto en el varón como en la mujer, una capacidad e inclinación naturales ordenadas a la procreación de los hijos, más este fin querido por Dios no se puede obtener convenientemente sino mediante el matrimonio, puesto que no basta la simple procreación, sino que es necesaria además la educación, con el fin de que el niño pueda llegar a su completo desarrollo mediante la continua formación, tanto en el orden físico como en el orden moral, lo cual no es fácil obte-



ner en la generalidad de los casos, sino por conducto del matrimonio.

También se dice por los representantes de la Iglesia Católica que el matrimonio fue instituido por Dios, no como un simple y vulgar contrato, sino como un contrato sagrado y religioso. Ellos sostienen que el matrimonio canónico es un contrato sui géneris, porque se trata de un contrato especial, que tiene sus características propias y abarca un cierto número de derechos y obligaciones, que una vez aceptadas, por la manifestación del consentimiento no se pueden ni renunciar, ni transar, ni votar, ni compensar, como en los otros contratos, dada la calidad del contrato, y no se puede renunciar, ni siquiera con el mutuo consentimiento de las partes. En otras palabras, es que además de ser un contrato, es sacramento, porque Nuestro Señor Jesucristo, por un acto de voluntad divino-positiva, elevó el contrato matrimonial a la altísima y nobilísima dignidad de sacramento; de donde se deduce que su condición de sacramento no viene de un elemento extrínseco al contrato natural, ni viene a constituir una cualidad accidental del contrato, sino que es la esencia misma de matrimonio católico. Es por ello que todo matrimonio católico es a la vez contrato y al mismo tiempo sacramento.

3.1.2 Matrimonio como Institución

No podemos desconocer que el matrimonio como institución tuvo su origen en las culturas primitivas o prehistóricas, cuando los hombres tenían que enfrentarse a la naturaleza que le era hostil, para poder subsistir utilizaban el palo y la piedra como instrumentos de defensa y de producción, y se refugiaban en cuevas las parejas que se unían. Luego descubrieron el fuego, inventaron el arco, la flecha, el cuchillo, la lanza, vivían de la caza y la pesca, no tenían lugares fijos de habitación y eran nómadas, solo cuando la naturaleza había sido dominada, y la necesidad había hecho que se inventaran instrumentos más completos para la producción, aparecieron las primeras instituciones.

Como el matrimonio posiblemente surgió durante la primera etapa de nuestra civilización, quizá entre el estadio medio y el estadio superior de la barbarie, siendo su aparición o triunfo definitivo uno de los signos característicos de la civilización naciente. Así, el matrimonio se ha ido perfeccionando a través de la evolución histórica, cultural, filosófica y política que ha vivido la humanidad. Todos los factores anotados han contribuido a estructurar lo que se ha dado en llamar la institución matrimonial y ha fijado su criterio al respec-

to. Por lo que hace al concepto del matrimonio 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 a una mujer y con miras a una duración perpetua, habiendo sido elevada a institución sacramental con el advenimiento de Jesucristo. Pero analizando un poco más a fondo el matrimonio como institución, y si se tiene en cuenta su fuente u origen, podemos decir que es un acuerdo o pacto matrimonial, puesto que implica un acuerdo de voluntades; pero si se le examina por el aspecto de sus consecuencias, necesariamente hay que admitir que es algo más. Efectivamente, quienes celebran pactos o convenciones suelen indicar los efectos o resultados que han de producir; pero en el acuerdo matrimonial no ocurre lo mismo, ya que los contrayentes no pueden indicar qué resultados o fines debe producir, pues éstos se encuentran directamente indicados por la Ley, y los contrayentes no pueden modificarlos como que son de orden público familiar. Es más aún: si generalmente los contratos y las convenciones no pueden producir efectos más allá del círculo de quienes lo celebran, el matrimonio en cambio, tiene un radio de acción mucho más amplio, pues abarca a personas distintas de los cónyuges, como sucede con los hijos habidos en el matrimonio, quienes quedan protegidos por el estado matrimo-

nial de sus padres aunque éstos no lo quieran.

Con toda razón la doctrina moderna enseña que si el matrimonio por su fuente es acuerdo de voluntades, por sus efectos es estado, en virtud de su carácter institucional, una institución es algo muy superior a un acuerdo de voluntades, tanto por sus efectos como por su duración; lo es por sus efectos, porque, según se ha dicho, no depende de la voluntad de los contrayentes, quienes de ordinario los desconocen en el momento de la celebración; lo es por su duración, porque aunque el matrimonio se extinga, sus efectos se perpetúan en los hijos habidos en él.

3.1.3 Matrimonio como Contrato

El Código Civil Colombiano, en su artículo 113, define el matrimonio como un contrato, y el artículo 115, agrega que el matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes.

De esta definición podemos deducir los siguientes aspectos sobre el matrimonio: En primer lugar, decimos que se trata de un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades para producir obligaciones, como nos dice el artículo 1495 del Código Civil, un acto por el cual una

parte se obliga para con la otra dar, hacer o no hacer alguna cosa. En consecuencia, no podemos decir que se trata de un cuasi contrato ni mucho menos de un hecho jurídico.

Para la mayoría de los tratadistas del Derecho Civil el matrimonio es un contrato, pero hay quienes niegan ese carácter. Para Duguit, el matrimonio es:

Un acto jurídico condición, en donde ver en el matrimonio un contrato es innegablemente un error. Sin duda es una condición, pero una convención que es la condición del nacimiento de una situación legal objetiva: La situación legal de los casados, el estado de los casados; situación permanente que tiene consecuencias generales que se imponen no solo a los esposos, sino a todos y que está determinada por la Ley en sus efectos y en su extensión².

Los canonistas y civilistas franceses del siglo XIX veían el matrimonio como un contrato, pero los civilistas del Siglo XX lo miran como una institución jurídica; sin embargo, existen concepciones doctrinales que sostienen que el matrimonio participa simultáneamente de la naturaleza del contrato y de la institución jurídica; en fin, no faltan autores que adoptan una posición ecléc-

² ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil Comentado. 15 Edición. Temis. Bogotá. 1982. Artículo 113. p.98.

tica para definirlo.

A continuación expongo una breve síntesis de la teoría conceptual denominada también tradicional, que tiene sus máximos exponentes en los canonistas y civilistas franceses de los siglos XIX y XX, entre otros tenemos a Pothier, Demolombe, Colin, Capitant y Josserand. Para los redactores del Código Civil Francés, quienes consideraron al matrimonio como un contrato; precisaron que no obstante que el matrimonio difiere del común de los contratos, es siempre un contrato.

"La influencia del Contrato Social de Rosseau fue decisiva; Pothier admitió la teoría de Rosseau y consideró el matrimonio como un contrato"³.

La teoría contractualista fue acogida en su plenitud por el legislador colombiano; el artículo 113 del Código Civil define el matrimonio como un contrato solemne, con el cual se disipa cualquier duda sobre el particular; no obstante, su reglamentación posterior ha conducido a especulaciones sobre concepciones jurídicas distintas. Los comentaristas del Código de Derecho Canónico

³ SUAREZ FRANCO. op.cit. p.49.

sostienen la tesis del matrimonio -contrato-, indudablemente imbuidos por la influencia individualista de la época.

Existen otras tesis referentes a la naturaleza del matrimonio; las cuales plantean lo siguiente:

La teoría institucional afirma que el matrimonio es algo más que un contrato, porque el estatuto de los casados está por encima de las voluntades de los esposos.

La forma es la contractual, pero en el fondo del matrimonio es acto de institución y con mayor razón para quienes admiten su indisolubilidad, - Haurion, George, Renard-.

La teoría mixta expuesta por Planiol y Ripert, quienes afirman que el matrimonio es a la vez contrato e institución ya que hace como contrato y sus efectos son los de una institución.

La teoría mixta es criticable por el escepticismo de que adolece. Sostener que el matrimonio presenta los caracteres propios del contrato, pero a la vez considerarlo como institución jurídica, es no resolver el problema de su naturaleza; llegar a la conclusión de que no es posible definir el matrimonio porque su naturaleza difie-

re según sea el aspecto que analice, implica no abocar el estudio de su naturaleza jurídica, cuando es precisamente lo que se pretende establecer: La naturaleza del matrimonio frente al Derecho.

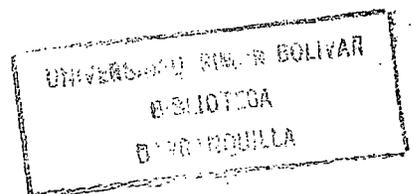
3.2 REQUISITOS DEL MATRIMONIO

El matrimonio, como manifestación recíproca de las voluntades de quienes lo contraen, debe reunir los requisitos generales comunes a todo acto jurídico; pero en atención a su naturaleza específica, requiere el cumplimiento de condiciones particulares distintas de los otros contratos, pero nuestros legisladores establecieron otros requisitos o condiciones para procurar el cumplimiento de las obligaciones que nacen de él.

Según lo anterior, los requisitos para la validez del matrimonio pueden clasificarse, para su mejor análisis, en requisito de fondo y de forma; los primeros se refieren a las cualidades que deben reunir los contrayentes en sí mismos considerados, y los de forma se refieren al modo como ha de celebrarse el matrimonio.

3.2.1 De Fondo

Entre los requisitos de fondo hay unos que son positivos



y otros negativos. Son positivos:

- Diferencia de sexos y la capacidad sexual de los contrayentes.
- Capacidad mental.
- Declaración de voluntad de los propios contrayentes.

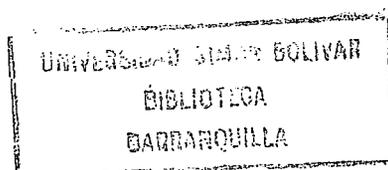
Estos requisitos deben cumplirse previamente a su celebración y cuyo incumplimiento conduce a que el matrimonio no se estime perfecto. Para un mejor estudio de estos requisitos positivos pasemos a ver cada uno de ellos.

La diferencia de sexo de los contrayentes y la capacidad sexual; esto quiere decir que las personas que contraigan matrimonio han de ser de diferente sexo y que tengan capacidad sexual. Esto lo encontramos expresamente señalado en la Ley cuando dice que quienes contraigan matrimonio han de ser un hombre y una mujer, y aún cuando no hubiera dicho el Código en esa forma, tal cualidad tendría que exigirse, debido a la naturaleza y fines del matrimonio.

La doctrina ha exigido, aunque no en forma unánime, que aparte de la diferencia de sexo, los contrayentes pueden procrear, pues es parte del concepto de que el matrimonio, fuera de ser la unión estable de dos seres, tiene

también la finalidad esencial de la procreación. Por ello suelen anularse los matrimonios en que por defectos del hombre o la mujer no se realiza la procreación. La diferencia del sexo es condición necesaria para la existencia del matrimonio, y por ello no habrá matrimonio si el sexo de uno de los contrayentes no es netamente distinto del otro. También es necesaria la posibilidad de cohabitar, o sea, la capacidad sexual, de ahí que no haya matrimonio si la cohabitación no es posible en virtud de algún defecto o imperfección de los órganos sexuales de uno de los contrayentes.

Otro de los requisitos positivos de fondo para la validez del matrimonio es la capacidad mental de los contrayentes. Esta capacidad mental para la celebración del matrimonio es diferente de la capacidad para la celebración de negocios jurídicos que se otorga al cumplir las personas los dieciocho años, ya por considerar la ley que sólo a esa edad se encuentran dotados de una voluntad plenamente reflexiva, en cambio, aquella se relaciona con la constitución de la comunidad doméstica, con la satisfacción ordenada de los apetitos heterosexuales de los seres humanos y con los altos fines de procreación. La experiencia y las ciencias biológicas nos han demostrado que las personas son aptas para procrear cuando alcanzan el período de la pubertad, esto es, los catorce



años para el varón y los doce años para la mujer. Sin embargo, la capacidad matrimonial que otorga la ley a los púberes, éste no puede actuar libremente, y de ahí que sea preciso distinguir entre una capacidad matrimonial libre, es decir, no sujeta a autorización de nadie, y una capacidad matrimonial no libre, esto es, sujeta a la autorización de otra persona.

Dentro de la capacidad matrimonial no libre quedan comprendidos los varones mayores de catorce años y las mujeres mayores de doce años pero menores de dieciocho años, debido a que su capacidad matrimonial no es libre, para contraer matrimonio deberán obtener autorización, ya sea de sus padres legítimos, naturales o adoptivos. Artículo 117 del Código Civil, y a falta de éstos o por incapacidad de dar autorización, de los ascendientes legítimos, del curador general o de su curador especial.

Esta legitimación impuesta por la ley a la capacidad de los menores adultos para celebrar el matrimonio, tiene su razón de ser en la necesidad de suplir la falta de voluntad reflexiva en los menores, y por ello el padre o la madre que se hallen ausentes o que sean incapaces por enfermedad mental, no tiene capacidad para autorizar el matrimonio del menor. -Artículo 118 C.C., ni tam-

co pueden autorizarlo el padre o la madre que han sido privados de la patria potestad de sus hijos-. Artículo 119 del C.C.

La autorización para el matrimonio de varones o mujeres que no han cumplido dieciocho años, consiste en un permiso expreso, vale decir, manifestarse inequívocamente, y que sea solemne, esto es, que sea por escrito, en documento público o privado.

Los padres que niegan al hijo el permiso para casarse, no están obligados a expresar los motivos que tengan, pues ellos son titulares de un derecho absoluto e incausado. En cambio, cuando el permiso o la autorización le corresponda darla al curador general o el especial, y éste lo niegue, está obligado a expresar la causa de la negativa; las razones que justifican este disenso no pueden ser sino los que están taxativamente señalados o enumerados por el artículo 122 del Código Civil, los cuales son los siguientes:

- La existencia de cualquier impedimento legal; el no haberse pactado alguna de las diligencias previas preescritas en el título VIII del libro I para las segundas nupcias; el grave peligro que el matrimonio traiga para el menor y su prole; la vida licenciosa,

la embriaguez habitual o la pasión inmoderada por el juego de la persona con quien el menor desea casarse; no tener ninguno de los esposos medios suficientes para el cumplimiento de las obligaciones que le impone el matrimonio y estar sufriendo esa persona la pena de reclusión.

Si la capacidad de los varones y mujeres menores de dieciocho años para contraer matrimonio no es completamente libre, la capacidad de los mayores de dieciocho años sí lo es totalmente, y de ahí que no necesiten de ninguna clase de autorización, como lo consagra el artículo 116 del C.C.; nueva redacción del Decreto 2820 de 1974.

El último requisito positivo de fondo es la declaración de voluntad de los propios contrayentes.

Esta declaración de voluntad recae sobre la forma del matrimonio, como sobre sus contenidos esenciales. Esta declaración de voluntad de los propios contrayentes la encontramos consagrada en el artículo 115 del C.C.

En cuanto a la forma, los contrayentes deben expresar su voluntad de celebrar su matrimonio ante juez competente; y en lo relativo a los contenidos esenciales, cada contrayente debe saber que el matrimonio se celebra

es nulo el matrimonio que celebra una persona ligada a otro vínculo matrimonial actualmente válido. Además, quien contrae segundo matrimonio encontrándose el primer matrimonio vigente, incurre en el delito de bigamia, sancionado por el Artículo 260 del Código Penal Colombiano.

Según esto, el requisito ha de tomarse en el sentido de que un juez no puede proceder a celebrar un matrimonio si se le demuestra que uno de los interesados está casado católica o civilmente; si procediese a ello a sabiendas, además de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar, estará presenciando la celebración de un matrimonio nulo.

- Inexistencia de parentesco entre los contrayentes. Se prohíbe el matrimonio entre parientes legítimos por línea recta -hijos, nietos,- o por línea colateral -hermanos,- también se prohíbe el matrimonio entre personas que están unidas entre sí en el primer grado de línea recta de afinidad legítima -Ley 57 de 1887, Artículo 13.

Igualmente se prohíbe el matrimonio entre el padre adoptante y la hija adoptiva, entre la madre adoptante y el hijo adoptivo y entre la mujer que fue la esposa del

para que a partir de ese momento convivan bajo el mismo techo, se guarden fidelidad, y se socorran mutuamente y sobre todo que ambos deban buscar la satisfacción sexual.

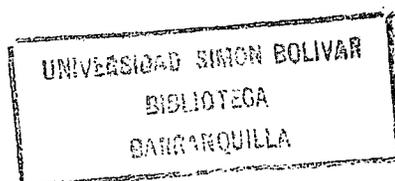
La declaración de voluntad de los contrayentes debe estar, además, libre de vicios como error, la fuerza y violencia.

El varón puede emitir su declaración de voluntad por apoderado -Artículo 11 Ley 57 de 1887-. Dicho apoderamiento es solemne y debe constar en escritura pública e indicar claramente el nombre de la mujer.

En general, en todos los países del mundo influidos por las ideas del cristianismo o gobernados por el sistema marxista-leninista, se ha impuesto la idea de que la base más esencial de un matrimonio debe consistir en la libre declaración de voluntad de los cónyuges.

Los requisitos negativos de fondo son:

- Inexistencia de vínculo matrimonial en los contrayentes. Este requisito se apoya en la monogamia, el Código Civil prohíbe la celebración de un matrimonio cuando aún subsiste un vínculo anterior. Por lo tanto,



adoptante y el respectivo hijo -Artículo 140 del C.C. numeral 9-. Faltó al Código ayudándose de la misma lógica, prohibir el matrimonio entre la hija adoptiva y el que fue marido de la adoptante.

- Homicidio del cónyuge. Prohíbese igualmente el matrimonio con cualquier persona al individuo que dio muerte o hizo matar al cónyuge con quien estaba unido en matrimonio. Desde luego, la prohibición cobija al esposo que puniblemente ha cometido el delito, como actor intelectual o material, pues si se trata de muerte accidental no hay razón para ello; de otra parte, el impedimento no se configura mientras no exista sentencia que declare probado el delito.
- Impedimentos meramente prohibitivos. Los anteriores son dirimentes, y si se celebra el matrimonio existiendo uno de ellos, se podrá pedir nulidad.

Existen los impedimentos impeditivos y que constituyen mera prohibición que no invalidan el matrimonio en el caso de que se celebre cuando ellos concurren, de ello me ocuparé más adelante cuando trate lo referente a los impedimentos del matrimonio.

3.2.2 De Forma

Aquí hay que distinguir entre los requisitos que deben cumplirse antes del matrimonio y los que son coetáneos a su celebración.

Las solemnidades anteriores a la celebración del matrimonio son:

Aviso al juez y publicaciones; oposiciones al matrimonio.

Quienes desean contraer matrimonio, deberán dirigirse al juez competente y manifestarle su decisión verbalmente o por escrito, esta petición puede ser conjunta o separadamente. Cuando la petición se formule verbalmente, el funcionario deberá sentar un acta en donde se deje constancia del nombre de los testigos hábiles que deban declarar sobre la idoneidad de los interesados, la edad y el domicilio. El acta será firmada por el juez, los solicitantes y el secretario.

Si la solicitud se hace por escrito, será menester la presentación de un memorial en la secretaría del juzgado respectivo, conjuntamente o separadamente por los interesados, el cual contendrá el nombre de los futuros contrayentes, el nombre de sus padres o guardadores y los testigos que deban declarar sobre sus calidades personales.

Dado el anterior procedimiento, se procederá a dar publicidad al proyecto matrimonial, pues la ley civil manda que éste sea un acto público y no secreto o clandestino. Quiere la Ley, que todo el que tenga interés conozca el proyectado matrimonio y que se conozca el futuro estado civil de los contrayentes, y por ello ordena las publicaciones, que han de efectuarse antes de la celebración del acto matrimonial.

Dichas publicaciones se realizan mediante fijación de un edicto durante quince días en la puerta de la secretaría del juzgado, edicto en el cual se enunciará la solicitud hecha, los nombres y apellidos de los futuros contrayentes y el lugar de su nacimiento. Si los contrayentes son vecinos de los distintos municipios, o si alguno de ellos no tuviere seis meses de residencia en el municipio donde tiene domicilio el otro contrayente, el juez de la vecindad de la mujer requerirá al juez de la vecindad del varón para que fije el edicto y, una vez concluido el término, se lo devuelva con la nota de haber permanecido fijado por quince días continuos. -Código Civil, Artículo 131.

No es en la actualidad esta forma de publicidad la que logre los efectos deseados. En efecto, sería acorde con la realidad la publicación del edicto en un diario que



circule en el domicilio de cada uno de los contrayentes.

La finalidad más importante de las publicaciones es hacer conocer a los demás el futuro matrimonio, con el fin de que los que se crean con derecho a oponerse, así lo hagan sin demora. Es una especie de defensa para el funcionario y para la misma Ley, pues con esas publicaciones se puede evitar que con datos erróneos se proceda a la celebración de un matrimonio por personas entre las cuales existe algún impedimento.

La oposición al matrimonio consiste en el acto por el cual una persona legalmente hábil objeta la unión proyectada entre dos personas que desean contraerlo, con el fin de impedir que el juez lo autorice. A ese matrimonio, pueden hacer oposición todas aquellas personas que justifiquen un interés serio y legítimo, lo mismo que pueden impedirlo todos los que tengan derecho a ello, esta oposición debe formularse dentro de los quince días de la publicación del edicto; pero como existen impedimentos instituidos por motivo de orden público, éstos deben admitirse en cualquier tiempo, ya sea antes de la celebración del matrimonio, o mientras se celebra.

Los requisitos coetáneos para la celebración del matrimonio son los que se refieren al funcionario encargado

de presenciar y autorizar el acto, el lugar donde debe celebrarse, la presencia de los contrayentes y de los testigos, las declaraciones de voluntades y la redacción del acta matrimonial.

Hay que anotar aquí que los funcionarios competentes para la celebración del matrimonio son los jueces municipales en donde tenga la mujer su domicilio. Por eso nuestro Código Civil es claro y terminante al estatuir en el artículo 115 que:

El contrato del matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en este Código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contravinieron a tales formas, solemnidades y requisitos. En este mismo sentido, el canon 1081 del Código de Derecho Canónico establece que el matrimonio se produce por el consentimiento de los contrayentes. Lo que equivale a decir: Son los contrayentes los que hacen el matrimonio.

De todo lo ocurrido debe extenderse un acta, para que en ella se consigne la fecha, hora y día en que se celebró el matrimonio; nombre del juez, el nombre del secretario, el nombre de los testigos y el nombre de los con-

yentes. Este acta debe ser firmada por todas las personas que intervinieron para que quede perfeccionado el contrato del matrimonio, el acta matrimonial debe ser llevada a la notaría que el juez indique para que quede constancia en los respectivos registros notariales.

3.3 INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO

Se ha dicho que el matrimonio es inexistente cuando carece de requisitos o condiciones esenciales, y que aunque en su apariencia repugna de tal modo a la conciencia social, que no se le puede conceder efecto alguno.

Hay requisitos que son orgánicos o constitutivos del matrimonio y cuya ausencia engendra un matrimonio inexistente, otros requisitos no son constitutivos y su falta da lugar a un matrimonio irregular o anómalo.

La inexistencia no está contemplada explícitamente en nuestra ley civil, es fruto de la doctrina y de la jurisprudencia; en cambio, la nulidad está expresa y explícitamente reglamentada en la ley como una institución integrante del régimen contractual y de los actos jurídicos, y específicamente para el matrimonio. En general, la doctrina ha contemplado tres casos de matrimonio inexistente: El matrimonio contraído por personas de un mismo

sexo; el matrimonio en el que no ha existido el consentimiento; y el matrimonio en el que se han omitido solemnidades que le son esenciales.

Por lo tanto, todo matrimonio celebrado entre personas de un mismo sexo es inexistente, por incumplimiento de un requisito esencial, que es la diferencia de sexos; aquí se requiere que los contrayentes sean un hombre y una mujer, por una parte, y por otra, que tengan capacidad sexual.

En Colombia no ha sido tratado por la doctrina cuando se presentan los matrimonios entre personas de un mismo sexo ya que es un caso de rara ocurrencia en nuestro país, y la jurisprudencia también lo ha ignorado.

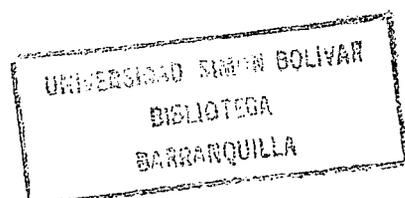
Respecto a la creencia de las solemnidades esenciales, podemos decir, según su propia definición, que el matrimonio es un contrato solemne y que la omisión de cualquiera solemnidad cuando son esenciales hacen inexistente el matrimonio, y una de estas solemnidades esenciales puede ser la presencia del juez en el acto matrimonial, el incumplimiento de esta solemnidad conduce a la inexistencia del acto matrimonial. Lo mismo sucede si falta el consentimiento o la declaración de voluntad de alguno de los cónyuges, el matrimonio se hace inexistente.

3.4 NULIDADES DEL MATRIMONIO

La nulidad en todo acto jurídico presupone la existencia de un vicio o un defecto coetáneo a su celebración. La teoría general de las nulidades de los actos jurídicos es aplicable al caso concreto del matrimonio, aunque no de la misma manera para que el común de los contratos; debido a la naturaleza particular del matrimonio, nuestro legislador le ha dado una reglamentación específica.

Al tenor del Artículo 140 del C.C.; y el artículo 13 de la ley 57 de 1887, el matrimonio es nulo y sin efectos en los siguientes casos:

- Cuando ha habido error de la persona de ambos contrayentes o de la de uno de ellos.
- Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años y una mujer menor de doce años, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad.
- Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La Ley presupone falta de consentimiento en los furiosos locos, mientras permanecieren en locura, y en los mentecatos



a quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Pero los sordomudos, sí pueden expresar con claridad su consentimiento, por consiguiente, por los signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio.

- Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por haber sido sustraída, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor.
- Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiera declarado en juicio, probado el adulterio, esta causal hoy día, debe mirarse derogada.
- Cuando se ha contraído entre la hija adoptiva y el padre adoptante, o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante.
- Cuando uno de los contrayentes ha matado o ha hecho matar el cónyuge con quien estaba unido en matrimonio anterior.
- Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes, o son hermanos.

- Cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior.
- Cuando no se ha celebrado ante el juez y los testigos competentes; y, cuando se ha contraído por personas que están entre sí en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima.

Todas estas causas debieron existir desde antes de celebrarse el matrimonio. Solamente en estos casos el matrimonio es nulo; en todos los demás el matrimonio es perfectamente válido.

Alguna de estas nulidades son subsanables, la ley menciona como nulidades relativas la falta de consentimiento y los vicios de éste, con exclusión del dolo y la impubertad.

3.5 EFECTOS DEL MATRIMONIO

Se entiende por efectos del matrimonio las consecuencias que mediatas o inmediatamente le siguen a su celebración.

Todo matrimonio produce dos clases de efectos: Personales y patrimoniales. Los personales se refieren a las perso-

nas de los cónyuges y a las mutuas obligaciones y derechos que entre ellos se establecen; los patrimoniales dicen relación a la sociedad conyugal que se forma por el matrimonio.

Pero según la legislación vigente, los efectos más esenciales que implica todo matrimonio se reducen a las siguientes obligaciones: Las obligaciones recíprocas entre los esposos, ya que desde aquí se desprende: La cohabitación; la fidelidad; el socorro y la ayuda mutua.

- El régimen de bienes de la sociedad conyugal.
- La legitimidad de la prole y, el estado civil de casados.

La cohabitación, o sea la satisfacción de las necesidades de orden sexual sin duda alguna, es el primer efecto que produce todo matrimonio. En realidad, quienes se casan lo hacen para satisfacerse sexualmente.

Con respecto a la fidelidad, la Ley 1ª. de 1976 y precedida por el Decreto 2820 de 1974, le dieron un vuelco total igualando las obligaciones de fidelidad para ambos cónyuges, de manera que cualquier relación sexual extramatrimonial por parte del marido o de la mujer constituyen como figura el adulterio, y da lugar a la separación

de cuerpos o al divorcio.

3.6 IMPEDIMENTOS DEL MATRIMONIO

En el derecho matrimonial se entiende por impedimento en sentido amplio, la circunstancia que impide la celebración del matrimonio; pero en sentido estricto, es una prohibición jurídica basada en una circunstancia objetiva o la prohibición de celebrar un contrato matrimonial establecida por el derecho a causa de una circunstancia de la persona. Según esto, dos son los elementos integrantes de todo impedimento: Uno, el hecho objetivo, y otro, la ley prohibitiva.

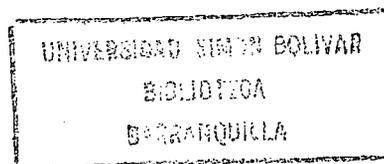
En el Derecho Canónico actual se distinguen entre impedimentos vicios del consentimiento y falta de forma jurídica.

Los impedimentos de acuerdo a la clasificación que trae el Código Canónico, pueden ser:

- Por razón de su origen, se dividen en impedimentos del derecho divino y del derecho humano o eclesiástico.
- Público u oculto, si se puede probar en el fuero interno o no.

- Por razón de sus efectos, se dividen en impedimentos impeditivos y en impedimentos dirimentes: Los impeditivos hacen ilícito el matrimonio; los dirimentes además de la ilicitud, hacen inválido el matrimonio.
- Por razón de su ámbito, se clasifican en absolutos o relativos, según impidan el matrimonio con toda persona del otro sexo o solo con respecto a alguna de ellas.
- Por razón de su duración, se dividen en perpetuos o temporales, según cesen o no cesen por el transcurso del tiempo.
- Por razón de su dispensabilidad, se dividen en dispensables o no indispensables.
- Por razón de su importancia y trascendencia, son de grado mayor o grado menor.

En el Derecho Matrimonial Canónico reviste importancia especial la clasificación de los impedimentos en impeditivos o dirimentes. Los impeditivos contienen una prohibición grave de contraer matrimonio, pero si éste se celebra, no obstante, el impedimento, el matrimonio no es nulo.



Por el contrario, el impedimento dirimente no solo prohíbe gravemente que se contraiga matrimonio, sino que conduce a nulidad.

4. MATRIMONIO CANONICO

El matrimonio se puede definir como un contrato consensual realizado entre un hombre y una mujer jurídicamente hábil para contraer, 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.

Para los canonistas, Cristo elevó a la calidad de sacramento entre bautizados la alianza matrimonial, de allí la razón del párrafo segundo del canon 1012, según el cual entre bautizados no puede haber contrato válido, que por el mismo hecho no sea sacramento. Para ello las propiedades del matrimonio son: La unidad, la indisolubilidad y la sacramentalidad.

4.1 ANTECEDENTES HISTORICOS

La República de Colombia y la Santa Sede, con el propósito de asegurar una fecunda colaboración para procurar un mejor desarrollo, y teniendo en cuenta las circunstan-

cias que se han presentado desde la firma del Concordato de 1887, determinaron celebrar un nuevo Concordato que regulará en lo sucesivo las relaciones entre la potestad civil y la eclesiástica.

El nuevo Concordato fue suscrito en Bogotá el 12 de Julio de 1973, entre el señor Doctor Alfredo Vásquez Carrizosa, en su calidad de Ministro Plenipotenciario, designado por el señor Doctor Misael Pastrana Borrero, Presidente de la República, y el excelentísimo Monseñor Angelo Palma, arzobispo titular de la Vibiana, nuncio apostólico en Bogotá, en su calidad de plenipotenciario de su Santidad el Papa Paulo VI.

Nosotros hemos creído necesario exponer los antecedentes históricos que precedieron al nuevo Concordato por los efectos trascendentales al cual ha dado margen, introduciendo un nuevo criterio jurídico en nuestra legislación colombiana, y del cual nos ocuparemos más adelante con el objeto de desarrollar el tema que nos hemos propuesto.

Ahora entrando un poco a los antecedentes históricos, éstos se remontan hacia la década de los años treinta, más concretamente por el año de 1937. cuando se inició una profunda y difícil discusión entre el Secretario del Estado Vaticano por entonces Monseñor Eugenio Pace-

lli, y Darío Echandía, Ministro de Estado y Embajador de Colombia ante la Santa Sede. Esta polémica fue iniciada durante la presidencia del Ilustre Doctor Alfonso López Pumarejo y continuada en la presidencia del destacado Doctor Eduardo Santos; el tema discutido fue el matrimonio como contrato y como sacramento, desafiando los efectos que este tema causaba cuando la Iglesia se sentía la dueña de la verdad dogmática y evangélica presuponiendo el delicado tema de la Reforma del Concordato de 1887. El partido liberal sabía que teniendo como presidente de la República a uno de sus hijos más destacados, si se atrevía el doctor López a proponer la reforma del Concordato de 1887, constituyéndose en un desafío manifiesto a la Santa Sede.

Estando como Presidente el Doctor López, entre los años de 1934 y 1938, escogió al Doctor Darío Echandía como Embajador en Roma, siendo este hecho uno de los muchos aciertos de su administración, porque se trataba de un filósofo y humanista conocedor de la política colombiana como pocos; el Gobierno Nacional, interesado en negociar con la Iglesia, comenzó los contactos, pero ante el largo silencio de la Santa Sede, el doctor Darío Echandía informó así al Presidente López:

Es obvio que nuestra situación, ligados como

estamos por un Concordato tan plegado a las conveniencias eclesiásticas, es excepcionalmente desfavorable cuando tratamos de obtener un arreglo convencional en que la Santa Sede renuncia a algunos de los más importantes privilegios que la Iglesia tiene hoy en Colombia. La dificultad resulta que nosotros hemos de presentarnos con una serie de peticiones que significan renuncia de la Iglesia a derechos otorgados por el Concordato en vigor sin que en compensación, le hayamos ofrecido nada que alegue sus intereses⁴.

Se suscitó a raíz de esta polémica una agitación político-religiosa de grandes proporciones, fomentada por los Ministros de la Iglesia y de los políticos que no podían dejar pasar inadvertidas estas circunstancias. El Presidente Eduardo Santos, que ocupó la silla presidencial entre los años de 1938 a 1942, con la ayuda inmediata y valiente de López, creyó conveniente determinar un compás de espera, dándose como resultado el 22 de Abril de 1942 la firma de la solemne convención conocida con el nombre de Maglione Echandía.

El mencionado convenio Maglione-Echandía introdujo la celebración del matrimonio civil facultativo; de esta manera el Estado quedaba en libertad para legislar respecto del matrimonio civil y darle plenos efectos civiles,

⁴ ROCHA, Antonio. Matrimonio, Educación y Actualidad. Concordataria. Revista Colombiana. Bogotá. 1975. p.14.

ya fuera el celebrado por bautizados o no bautizados, por creyentes o no creyentes.

Así las reformas propuestas por López durante su gobierno quedaron reducidas a tres, con aprobación común de los negociadores, a saber: Efectos civiles del matrimonio católico, régimen de Cementarios y Registro del Estado Civil y la designación de obispos.

En tratándose del matrimonio, el presidente Santos y su embajador Echandía propusieron el siguiente planteamiento:

Matrimonio católico obligatorio, únicamente; católico o civil facultativo; y matrimonio civil, únicamente.

La reforma citada se proponía sustituir el primer sistema del matrimonio católico obligatorio para todos los bautizados, por el segundo sistema del matrimonio facultativo, sin hacerlo obligatorio para los que no profesen la religión católica sin previa apostasía de su parte. Y agregaba el embajador en Roma: "No creo que podamos aspirar, dentro de una política de entendimiento con la Iglesia, a más que el segundo de los sistemas enuncia-

dos..."⁵.

Eso era claro, porque el tercer sistema no era concordable por parte de la Iglesia.

4.2 MATRIMONIO Y CONCORDATO

La Ley 29 de 1974 aprobó el nuevo Concordato celebrado entre la República de Colombia y la Santa Sede. Pero su vigencia comenzó el 2 de Julio de 1975, día en que se firma el acta de canje en el Vaticano. A partir de aquí, las relaciones del Estado y la Iglesia serán reguladas por las nuevas normas, quedando de esta forma derogadas todas las normas anteriores que se opongan a lo dispuesto en el nuevo convenio.

Este nuevo Concordato consta de 33 artículos y el protocolo final, Ley 20 de 1974, mediante el cual se deroga la Ley Concha, para garantizar así la legislación sobre el matrimonio facultativo.

En este convenio se garantiza la libertad de creencias y cultos consagrados en la Constitución, de la misma

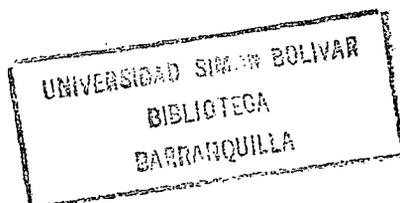
⁵ BURBANO DE GARCIA, Stella. Matrimonio, Divorcio y Separación de Cuerpos. Wilches. Bogotá. 1978. p.56.

manera que consagra la libertad para los católicos, sin necesidad de manifestar ni pública ni privadamente la apostasía cuando prefiera la forma civil.

Las causales de nulidad del matrimonio se rigen por la ley del contrato, es decir, por el derecho canónico, cuando se ha celebrado matrimonio católico, y por el derecho civil.

Cuando se trata de causales de separación de cuerpos, conocida por la separación "Quo Mensan, Thorum et Cohabitationem", es la jurisdicción civil la única competente para conocerlas y tramitarlas, trátese de matrimonio civil como de matrimonio celebrado por los ritos católicos. Es el artículo 9 del nuevo Concordato el que consagra lo dicho de la siguiente manera: Las altas partes contratantes convienen en que las causas de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos se han transmitido por los jueces del Estado, en primera instancia ante los jueces del circuito y en segunda instancia ante el Tribunal Superior respectivo.

El Concordato vigente entre Colombia y la Santa Sede tuvo una mínima reforma, el 2 de Julio de 1985, día en que vencía el plazo para las revisiones, acordado hace diez años.



El canje de notas se realizó entre el Canciller Augusto Ramirez Ocampo y el nuncio apostólico Angelo Arcebi, después de un proceso de negociaciones y acogiendo la tesis de la Corte Suprema de Justicia sobre el conocimiento por jueces y tribunales civiles colombianos de las causas de separación de cuerpos de los matrimonios católicos. En síntesis, la separación de cuerpos se verá facilitada por cuanto la Santa Sede accedió que estos casos se tramiten en primera instancia ante jueces civiles del circuito y en segunda instancia ante los Tribunales Superiores.

Anteriormente la separación de cuerpos se tramitaba en primera instancia ante los tribunales superiores respectivos y en segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia, según el artículo 9 del nuevo Concordato el que consagraba lo dicho.

Con esta norma queda consagrada en forma clara la facultad que tiene el Estado para entrar a conocer y tramitar las demandas sobre separación de cuerpos cuando se ha celebrado el matrimonio canónico; con anterioridad a la vigencia de la presente ley, el conocimiento y tramitación de las causas de separación de cuerpos era facultad exclusiva y privativa de la potestad eclesiástica, pero las partes contratantes, con gran criterio jurídico,

convinieron que la jurisdicción civil se encargara de las causas de separación, quedando de conocimiento exclusivo de los jueces del Estado, porque quienes en ello convinieron fue con el objeto de hacer más práctico, más accesible, más humano, acorde con la dignidad humana de las personas, salvaguardando la institución del matrimonio, que es la fuente donde se origina la familia y donde se proyecta la prosperidad de la ciudad y del Estado, porque la prosperidad de los pueblos crece con la multiplicación de la vida en ellos, siendo la familia tradición, autoridad, la única fuente segura y legítima donde brota la vida humana.

Evidentemente, que el conocimiento de las causas de separación de cuerpos pasa a ser competencia exclusiva de los particulares, de los jueces del Estado, puesto que los Ministros de la Iglesia, en virtud de la presente norma, dejan de ser competentes para tramitarlas, de tal suerte la administración de justicia se vuelve por estas circunstancias, más humanas, más acorde con la realidad, si bien los eclesiásticos con el mejor deseo de servicio y de apostolado, mirando el bien espiritual de los fieles, se entregaron a solucionar los conflictos conyugales, su situación de célibes, que no han vivido las relaciones de amor conyugal, ni han compartido su techo, lecho y habitación, los coloca en un pedestal de misticismo, alejados de la realidad diaria, de las

relaciones conyugales y filiales, impidiendo que cumplan fielmente con equidad y eficacia, la administración de justicia.

De esta manera se abre el camino para que los católicos puedan celebrar el matrimonio civil y gocen de todos sus efectos civiles con la posibilidad de poder recurrir al divorcio, en el supuesto caso que su matrimonio no cumpla con la finalidad que éste entraña. Aquí el Estado Colombiano no asume todo el ejercicio de la función jurisdiccional matrimonial; lo que indica que toda persona en Colombia libremente puede celebrar matrimonio conforme a las normas del Código Civil.

Nos damos cuenta cómo el Nuevo Concordato ha fijado un criterio más liberal, más consecuente con la realidad histórica del país. Con la vigencia del nuevo Concordato de 1973 se instauró un nuevo régimen del matrimonio en Colombia.

4.3 CLASIFICACION DEL MATRIMONIO CATOLICO

El matrimonio católico se puede clasificar de la siguiente manera:

- Matrimonio rato. Es aquel matrimonio válido en el que

no ha habido cópula carnal.

- Matrimonio rato y consumado. Se entiende por tal al matrimonio válido en el que ha habido cópula carnal.

Esta distinción es muy importante en el Derecho Procesal Canónico una que éste considera el matrimonio completo o íntegro cuando se ha consumado. De lo contrario existiría la posibilidad de una dispensa pontificia mediante la cual se obtiene de nuevo la libertad canónica para contraer.

- Matrimonio legítimo. Es el matrimonio válido, celebrado entre personas no bautizadas y en principio indisoluble.

- Matrimonio Putativo. Es el matrimonio inválido contraído de buena fe por una o por ambas partes.

- Matrimonio mixto. Es el matrimonio contraído entre cristianos, uno de los cuales pertenece a secta no católica o simplemente infiel.

- Matrimonio verdadero. Es el contraído conforme al derecho.

- Matrimonio público. Es cuando se observa en la celebración del matrimonio todas las formalidades externas y desde luego las internas que se encuentran preescritas en el Código de Derecho Canónico.

Esta clasificación se emplea más que todo en el derecho canónico.

4.4 DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO CANONICO

La nulidad de los matrimonios católicos se rige por las leyes de la Iglesia y de las demandas de esta especie corresponde conocer a la autoridad eclesiástica. Dictada sentencia en firme de nulidad por el Tribunal Eclesiástico surtirá todos los efectos civiles y políticos, previa inscripción en el correspondiente libro. Ley 57 de 1887, artículo 17.

De los procesos de nulidad del matrimonio católico celebrado en cualquier tiempo conocen exclusivamente los tribunales eclesiásticos, con arreglo a las leyes canónicas y la sentencia en firme que recaiga producirá sus efectos con arreglo a lo dispuesto en la Ley 57 de 1887, artículo 17 y 18, lo mismo que al Concordato últimamente celebrado con la Santa Sede.

Decretada la nulidad del matrimonio católico y una vez inscrita la sentencia, deberá procederse a la liquidación de la sociedad conyugal patrimonial, en la forma prevista por el artículo 625 del Código de Procesamiento Civil, o por mutuo acuerdo, según el artículo 1820 del Código Civil.

4.4.1 Causales de Nulidad

El matrimonio católico también puede anularse, lo que no puede demandarse respecto a él es el divorcio. La anulación debe tramitarse ante el tribunal eclesiástico y solo puede hacerse por las siguientes causas:

- Las que afectan el entendimiento.

Por enfermedad mental: Quien se halle afectado por una enfermedad mental que en forma habitual y completa lo prive del uso de la razón, es inhábil para realizar matrimonio válido, ya que es incapaz de prestar el consentimiento exigido en este contrato.

Por perturbación mental transitoria: Son todas aquellas perturbaciones de la mente y ocasional o transitoriamente le impiden a quien padece de ellas el uso pleno de sus facultades mentales.

Por inmadurez psicológica: Se refiere a que por validez del consentimiento matrimonial se refiere una discreción o madurez de juicio proporcional a la naturaleza del matrimonio.

Por perturbación psicológica transitoria: Porque siendo el consentimiento un acto humano voluntario y deliberado, irá perdiendo su naturaleza de humano en cuanto su libertad se vea disminuida por cualquier factor que afecte transitoriamente el entendimiento o la voluntad.

Por falta de libertad interna: Porque supuesto un grado suficiente de conocimiento en el contrayente, se refiere además en orden a la validez del consentimiento una suficiente liberación de la voluntad. Esta liberación falta no solo cuando el sujeto carece de razón, sino también cuando en virtud de la fantasía y de los nervios, sea entendimiento, sea la voluntad, son arrastradas aquí y allá de modo que se hace imposible una elección verdadera.

Por adicción a las drogas: La perturbación de la voluntad se presenta tanto en quienes sufren enfermedades mentales propiamente como psicópatas, sino también en quienes por medios artificiales provocan estados similares a los producidos por tales enfermedades, debido al consumo

de drogas alucinógenas.

Por homosexualismo o lesbianismo: Anula el matrimonio por carencia de objeto, o sea por razón de la incapacidad de quien lo sufra para dar y aceptar el derecho perpetuo y exclusivo en orden a los actos que son propios para engendrar la prole. Por homosexualismo se entiende la atracción sexual hacia individuos del mismo sexo; se le da también el nombre de pederastía o sodomia, en los hombres y de amor lésbico o trabadismo en las mujeres.

Por ignorancia de la naturaleza del matrimonio: La naturaleza del matrimonio consiste esencialmente en la entrega y aceptación mutua del derecho sobre los cuerpos de los contrayentes, el yerra el respeto de este derecho sea porque juzgue que se da en modo sustancial diverso al verdadero y real, no contrae válidamente porque consiente en un negocio distinto al matrimonio. Por esta razón, los contrayentes no deben ignorar por lo menos que el matrimonio es una sociedad permanente entre hombre y mujer para engendrar hijos.

Error acerca de una cualidad de las personas que redunde en error acerca de la persona misma.

Error acerca de una propiedad esencial del matrimonio

redundante en la voluntad.

- Las que afectan la voluntad:

Simulación total del consentimiento.

Simulación parcial, que puede ser: Exclusión de la unidad, exclusión de la prole o exclusión de la perpetuidad.

Miedo reverencial.

Miedo indirecto. Amenaza de suicidio.

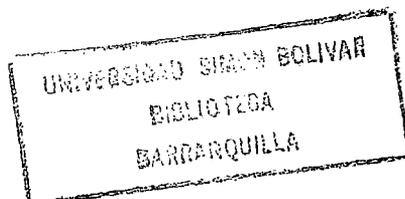
Coacción física o moral.

4.4.2 Efectos de la Declaración de Nulidad

Los efectos generales de la declaración de nulidad del matrimonio, tanto civil como eclesiástico, son los siguientes:

Los cónyuges pueden volver a casarse; por cuanto la nulidad destruye el vínculo matrimonial.

A partir de la declaración de la nulidad no existe entre los casados ninguna obligación de fidelidad o exclusivi-



dad sexual, de ayuda o de socorro. Si a pesar de la anulación de matrimonio, el hombre y la mujer continúan haciendo vida en común, esta unión será concubinato y los hijos que de allí nazcan tendrán la calidad de naturales.

Los hijos procreados dentro del matrimonio que es declarado nulo, tienen el carácter de hijos legítimos y no pierden en ningún caso dicho estado civil.

Los bienes adquiridos dentro del matrimonio que ha sido anulado, deben repartirse por partes iguales entre los cónyuges.

Si uno de los cónyuges actuó de mala fe, es decir, ocultó al otro la causa que generó la nulidad, debe indemnizarlo por todos los perjuicios causados con ese matrimonio.

Muy importante es tener en cuenta que durante el matrimonio que se anula la pareja estuvo realmente casada, debieron cumplirse todas y cada una de las obligaciones que nacen del matrimonio, y que esa calidad de casados la tuvieron los cónyuges hasta el día en que quedó ejecutoriada la sentencia que decretó la nulidad.

4.4.3 Trámite Procedimental

Anteriormente planteamos que de acuerdo con el sistema concordatario y legal colombiano, las causas relativas a la nulidad del matrimonio católico se tramitan ante los tribunales eclesiásticos, mientras que las causas de nulidad de los matrimonios civiles son de competencia de los jueces civiles del circuito.

El trámite procedimental para esta clase de procesos se encuentra en el libro cuarto del Código de Derecho Canónico y el modo de proceder para pedir la nulidad es el siguiente:

Presentación de la demanda, Cns. 1501-1508, este es el acto inicial del proceso mediante el cual una parte solicita a la autoridad competente que dirima frente a la otra su pretensión; integración del tribunal que ha de conocer el caso, aquí el presidente del tribunal o el oficial, entran a conformar el colegio de jueces que ha de admitir o rechazarla si encuentran mérito; aceptación de la demanda, Cn. 1505, dado el decreto de aceptación de la demanda, el presidente del tribunal cita al defensor del vínculo y a las partes o a sus representantes para la diligencia llamada Concordancia de la Duda. Cns. 1507 y 1677, este es el acto por el cual la parte demandada es notificada de la demanda presentada, y además es el acto en el cual se fija el capítulo por

lo que se va a declarar nulo el matrimonio; declaración de las partes. Cns. 1528-1530. Si no comparecen: Cns. 1592-1595; práctica de pruebas, concordada la duda, el juez decreta la práctica de las pruebas dentro del proceso. Estas pruebas son recibidas bajo juramento. En el nuevo esquema elaborado por la comisión reformatoria del Código de Derecho Canónico, se enseña que tanto la declaración juramentada de las partes como el testimonio de los testigos con los documentos y demás elementos de la prueba, v.gr. los peritazgos, forman en conjunto, la totalidad de la prueba; causas incidentales. Cns 1587-1591; publicación del proceso, Cn 1598 después de practicarse las pruebas, el juez, por su cuenta o aceptación de la parte actora y con el visto bueno del defensor del vínculo, decreta la publicación del proceso; conclusión de la causa. Cn.1599, una vez que ha terminado el tiempo de la publicación del proceso, y el juez declara que la causa ha quedado lo suficientemente instruida, inmediatamente se decreta la conclusión de la causa; alegatos del defensor del vínculo, Cn.1603, Par.3. Recibidos los alegatos por las partes, el presidente pasa el expediente al defensor del vínculo para que presente también sus alegatos de conclusión u observaciones finales, si lo cree conveniente; la sentencia. Cns., 1612-1614-1681-1685, podemos definir la sentencia, tanto de primera como de segunda instancia, como el pronunciamien-

to legítimo mediante el cual el juez resuelve la causa propuesta por los litigantes y tratada judicialmente; publicación de la sentencia. Primera y segunda instancia. Cns. 1615 y 1682, la Ley no establece ningún término pero la publicación de la sentencia debe hacerse cuanto antes; ejecución de la sentencia, en el fuero eclesiástico Cns. 1681-1685, y en el fuero civil Ley 20 de 1974, artículo 8, una vez que se recibe el proceso en el tribunal de origen, el juez da el decreto ejecutorio en el cual se ordena enviar sendos oficios tanto a la parroquia donde se celebró el matrimonio como donde fueron bautizados los cónyuges, comunicando la nulidad obtenida, para que la anoten al margen de cada partida.

En cuanto se refiere a los registros civiles, el juez ordena el envío de la parte resolutive de la sentencia y del decreto ejecutivo al tribunal superior civil del distrito territorial competente para que ordene lo pertinente a los respectivos registros civiles, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 8 del Concordato actualmente vigente.

Por último, para terminar lo relativo tanto a los juicios de nulidad formal, como a los de nulidad sumaria, debemos brevemente exponer ahora lo que el Código llama Remedios Jurídicos contra la sentencia. Se llama remedios

contra la sentencia a los medios que el derecho concede a fin de purificar la sentencia de los errores materiales o de los vicios sustanciales o procesales de que pueda estar afectada la sentencia.

4.5 DE LA SEPARACION DE CUERPOS EN EL MATRIMONIO CANONICO

La separación de cuerpos no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida en común de los casados y disuelve la sociedad conyugal.

De las causas de separación de cuerpos del matrimonio católico conocen los jueces civiles del circuito y el tribunal superior respectivo.

El Código de Derecho Canónico no admite el divorcio, pero contempla la posibilidad de que los cónyuges se separen en razón de graves hechos que trastornan la paz doméstica.

Los cánones 1128 al. 1132 reglamentan la separación de lecho, mesa y habitación. De ahí que la separación de cuerpos puede ser parcial o total. Es parcial, cuando marido y mujer se separan de lecho, y estiman los canonistas que puede ser lícita si se hace por mutuo consentimiento a fin de obtener un mayor perfeccionamiento moral mediante la práctica de la castidad; también puede hacer-

se en razón de grave enfermedad contagiosa de uno de los cónyuges. También es parcial cuando la separación abarca el lecho y la mesa, consistiendo la última en que el marido y la mujer, aunque vivan bajo el mismo techo, no hacen común las comidas u otros actos. Y la separación de cuerpos cuando los cónyuges terminan la vida en común, viviendo cada cual en residencias separadas. Desde otro punto de vista, se contempla la separación total de cuerpos en perpetua y temporal. La primera se autoriza en razón del adulterio de uno de los cónyuges; la temporal cuando se da cualquiera de las otras causales del divorcio.

4.5.1 Causales de Separación

De conformidad con el artículo 15 de la ley 1ª. de 1976, que adiciona el artículo 165 del Código Civil; hay lugar a la separación de cuerpos en los siguientes casos: En los eventos contemplados en el artículo 154 del Código Civil; por mutuo consentimiento de los cónyuges manifestando ante juez competente.

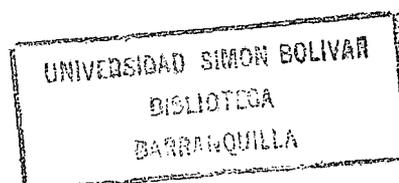
El artículo 18 de la Ley 1ª. de 1976 dispone que son aplicables a la separación de cuerpos las mismas normas que regulan el divorcio, en cuanto no fuesen incompatibles con ellas.

4.5.2 Efectos de la Separación

Decretada la separación, sea en juicio contencioso o por mutuo consenso, se dan los siguientes efectos:

Cesa definitivamente la obligación de cohabitación la cual podía haberse decretado provisionalmente. Es tal vez el efecto más importante; decretada la separación, cada cónyuge adquiere el derecho de habitar separadamente del otro, sin que corra riesgo de que se le impute un abandono de hogar; como consecuencia de esto, cada cónyuge puede adquirir su propio domicilio, sin la autorización del otro cónyuge.

- El cónyuge favorecido con la custodia de los hijos goza del derecho de llevárselos a vivir a su casa.
- Subsiste la obligación de fidelidad, por cuanto el el matrimonio no se ha disuelto, y quedan vigentes las demás obligaciones.
- El cónyuge condenado a pagar alimentos debe cumplir sus obligaciones en forma y términos de la sentencia.
- En general, toda separación de cuerpos produce la disolución de la sociedad conyugal. Sin embargo, el artícu-



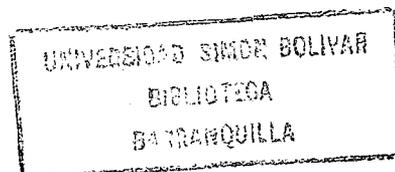
lo 167 del Código Civil red. del artículo 17 de la Ley 1ª. de 1976. Prevee el caso de subsistencia de la sociedad conyugal y la separación tiene como causa el mutuo consentimiento y los cónyuges han expresado su decisión de mantenerla vigente.

- Los separados continúan ostentando la calidad de cónyuges pero les está prohibido contraer nuevos matrimonios y si alguno de ellos lo contrae, comete el delito de bigamia. Delito este sancionado por nuestro Código Penal Colombiano con una pena de prisión de uno a cuatro años.

4.5.3 Trámite Procedimental

Teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 26 y 28 de la Ley 1ª. de 1976, dos son las vías judiciales que pueden adoptarse para lograr una separación de cuerpos, según se trate de juicio contencioso propiamente dicho o simplemente por mutuo acuerdo.

Las causas de separación de cuerpos de los matrimonios civiles o canónicos, cuando se invoque una de las causales del artículo 4 de la Ley 1ª. de 1976, se adelantarán de acuerdo con los trámites del proceso abreviado; por el contrario, la separación de cuerpos fundada en el



mutuo consenso de los cónyuges, se tramitará de acuerdo con el proceso verbal.

4.6 REVALIDACION DEL MATRIMONIO

La revalidación del matrimonio consiste en conceder a un matrimonio nulo la validez mediante un acto de confirmación o convalidación, sin necesidad de una nueva celebración del matrimonio, sino completando o supliendo alguno de los requisitos por el cual invalidó el matrimonio o removiendo algunos de los obstáculos del derecho positivo que se opusieron a la validez del mismo.

5. MATRIMONIO CIVIL

Siguiendo el orden que nos hemos propuesto, y estudiado el régimen del matrimonio católico, sus proyecciones y efectos frente a la Legislación Colombiana, pasamos al análisis jurídico del matrimonio civil. Como lo explicamos en el capítulo anterior, la Ley Colombiana, en cuanto a la celebración del matrimonio, es aplicable en su integridad a los no católicos o a quienes habiendo profesado la religión católica, opten por acogerse a la forma civil; pero debe ponerse de presente, una vez más, que la reglamentación de los efectos del matrimonio, vale decir el matrimonio como Estado, sin importar que se trate de civil o católico, es competencia de la autoridad del Estado, a partir de la vigencia del Concordato de 1973.

5.1 BREVE HISTORIA DEL MATRIMONIO CIVIL EN COLOMBIA

Los más diversos autores han reconocido y exaltado la importancia del matrimonio y desde luego la función transcendental del matrimonio como el origen de toda familia.

El 21 de Junio de 1823 se expidió una Ley que dispuso la exención de derechos para las dispensas matrimoniales canónicas, y se expidieron normas reglamentarias sobre el trámite y el de las informaciones o proclamas antecedentes del matrimonio.

Después vino la Ley que se dictó en el año de 1826 la cual consagró acerca de las licencias de los ascendientes o del curador y del Alcalde, para los esponsales y para el matrimonio de los menores.

En el decreto de Tametsi, del Concilio de Trento exigía para la validez del matrimonio que éste se celebrara para que surta efecto ante el párroco del domicilio de cualquiera de los novios.

El 20 de Junio de 1853, se expidió una Ley mediante la cual se estableció también el divorcio vincular. Las causales del divorcio eran:

- Amancebamiento del marido, el adulterio de la mujer, injurias graves y frecuentes maltratamiento físico, por sevicia, ausencia por más de tres (3) años. Se permitió el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, salvo en los casos en que el varón sea mayor de 25 años y la mujer de 21, que no hayan transcurri-

do más de veinte (20) años o que la mujer tenga 40 años o que los padres de los cónyuges no convengan el divorcio.

El 8 de Abril de 1856, se dictó una Ley que derogó la anterior, esta Ley dispuso: El matrimonio solo puede disolverse por la muerte de uno de los cónyuges y todo pacto en contra de esta disposición es nulo.

El artículo 30 de la citada Ley concedió validez para los efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad al rito Religioso, con tal de que los contrayentes después de la ceremonia religiosa comparecieran ante el notario y el juez del distrito de la vecindad de la mujer, y en presencia de dos testigos expresarán que ha habido mutuo y libre consentimiento; es decir la Ley 8 de 1956 estatuyó la indisolubilidad del matrimonio admitiendo al matrimonio católico como facultativo.

En el año de 1859, a causa del régimen federal la Legislación varió en los diversos estados, predominando el matrimonio civil pero admitiéndose el matrimonio canónico.

En algunos estados como Panamá, Bolivar, Santander y Magdalena implantaron el divorcio vincular.

El artículo 185 del Código del Estado de Cundinamarca decía: La separación o divorcio decretado por el Ministro o funcionario competente de la comunión religiosa ... tendrá la misma validez y surtirá el mismo efecto civil como si hubiera sido decretado por la autoridad civil.

Si las partes sujetaran voluntariamente el negocio al conocimiento del respectivo Ministro o Funcionario religioso, no sería potestativo de una de ellas privar de dicho conocimiento a uno de éstos tal privación solo tendrá lugar en alguno de los siguientes casos:

- Para convenir en ello las partes.

- Cuando se pruebe sumariamente ante el competente Juez Civil, que en la causa de separación y divorcio no procede al respectivo Ministro o Funcionario religioso ciñéndose a las formalidades del correspondiente procedimiento.

- Cuando se probare sumariamente que el Ministro o Funcionario religioso respectivo no ha otorgado las apelaciones a que hubiere lugar según dicho procedimiento.

El artículo 208 decía: Que las demandas de nulidad se propondrían ante el mismo funcionario-Juez del Circuito- y en los mismos términos que en los del divorcio.

A partir de la Constitución de Río Negro los Estados establecieron la obligatoriedad del Matrimonio Civil, anotándose que en 1887 no había matrimonio religioso o facultativo sino en Boyacá, Panamá y Cauca.

En el Código de 1873, por medio de la Ley 84 del 26 de Marzo; se consagró el matrimonio civil como único que producía efectos, los cuales duró hasta el año de 1887.

La Constitución de 1886, en sus artículos 38, 53 y 56 declaraba la inspiración católica de la Nación Colombiana, mientras se daban las leyes unificadas, se dispuso que en cada departamento seguían rigiendo las del antiguo Estado. La Ley 57 de 1887 adoptó el Código Civil de 1873.

El artículo 12 de la citada Ley preceptuó: Son válidos para todos los efectos civiles o políticos los matrimonios que se celebren conforme al rito católico.

El artículo 19, consagró un efecto retroactivo a la Ley en lo que respecta al artículo 12 de la Ley antes mencionada: Los matrimonios católicos, celebrados en cualquier tiempo surtirán todos los efectos civiles y políticos desde la promulgación de la presente Ley.

La Ley 153 de 1887, consagró la Independencia de la Le-

gislación canónica y su acatamiento y respeto por las autoridades civiles; reiteró la validez y eficacia civiles de los matrimonios celebrados en cualquier tiempo conforme a las costumbres religiosas; dejando a salvo los derechos adquiridos por actos y contratos realizados por los cónyuges, o uno de ellos, se reiteró el principio de la competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos, sobre los procesos de nulidad y divorcio de los matrimonios católicos cuya decisión producen efectos civiles inmediato, previa inscripción en el Registro Artículo 51.

Después vino la Ley 30 de 1888, que decía lo siguiente: El matrimonio contraído conforme a los ritos de la Iglesia Católica anula Ipso Jure al matrimonio puramente civil, celebrado antes por los contrayentes con otra persona dejando a salvo la legitimidad de los hijos de este matrimonio y el deber alimentario del marido respecto de aquellos y la primera esposa, mientras ésta no se case católicamente.

El gobierno interpretó la palabra Profesan como sinónimo de catolicidad, es decir, haber sido bautizado; olvidándose y más que todo del principio de la Libertad de Conciencia de toda persona, y se impidió a los Jueces casar a Bautizados y si lo hacían eran penados canónicamente.

Posteriormente se dio un convenio con la Santa Sede sobre la interpretación del artículo 17 del Concordato, que dio origen a la Ley 54 de 1924 llamada comunmente la Ley Concha.

La Ley Concha fue demandada por Inconstitucional por el Senador Pablo Jaramillo Salazar, quien alegó que no era probatoria de un tratado Internacional, y que además era violatoria del principio de la libertad de Conciencia consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional. A pesar de que la Ley 54 de 1924 estaba violando uno de los principios consagrados y establecidos en nuestra Constitución Política cuyas normas no pueden ser violadas ni desconocidas la misma Corte Suprema de Justicia en sentencia del 31 de Mayo de 1947, declaró la nulidad del Matrimonio Civil contraído por Católicos sin cumplir con las observancias y requisitos de la Ley 54 de 1924, que constituían formalidades para la existencia y validez del matrimonio civil.

En el año de 1924 hubo una Convención Adicional al Concordato de 1887, siendo Embajador de Colombia el Doctor Darío Echandía y Secretario de Estado de la Santa Sede el Cardenal Maglione.

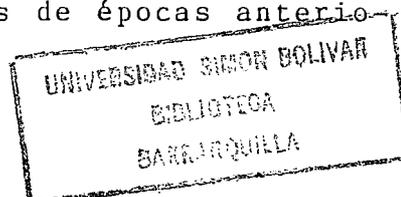
Posteriormente vino el Nuevo Concordato de 1973, aprobado

por la Ley 20 de 1974 y que empezó a regir el 2 de Julio de 1975 y derogó expresamente la Ley 54 de 1924 en su artículo XXX, y luego los acuerdos derivados del Canje de notas número 27643, del 27 de Febrero de 1924, dirigida por el Secretario de Estado de su Santidad al Ministro Plenipotenciario y extraordinario de Colombia ante la Santa Sede, la repuesta de éste, fechada el 10 de Junio de 1924.

La República de Colombia y la Santa Sede han determinado celebrar un nuevo Concordato que constituye la norma que regulará en lo sucesivo las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado.

Por último, se expidió la Ley 1ª. de 1976 Enero 19 por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regula la separación de Cuerpos y Bienes en el matrimonio civil, y en el canónico, y se modifican algunas disposiciones de los Códigos Civiles y de Procedimiento Civil en materia de Derecho de Familia. Esta Ley entró a regir el 18 de Febrero del año de 1976, en que se llevó a efecto su promulgación mediante su inserción en el Diario Oficial.

Como podemos darnos cuenta que desde que se ha legislado en Colombia sobre matrimonio a través de épocas anterior-



res no ha existido unanimidad al respecto; ya que unas veces fue el matrimonio civil válido y obligatorio, y otras veces, el matrimonio canónico, que hasta hace poco todos los colombianos, preferían contraer los ritos católicos debido a esa coacción de conciencia a que nos veíamos expuestos por la llamada Ley Concha. Hoy día no existe ese temor, ya que los contrayentes pueden escoger libremente la forma de matrimonio que ellos deseen.

5.2 EL CONTRATO DE MATRIMONIO CIVIL

Iniciamos éste estudio con la definición que nuestra Legislación trae en el artículo 113 del Código Civil sobre el matrimonio que a la letra dice: El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

Si nos seguimos a lo estatuido por el Código, vemos que el matrimonio debe considerarse como un contrato. Es decir, un acuerdo de voluntades que debería producir las obligaciones que las partes libremente quisieran establecer.

Sin embargo, a pesar de que la norma es clara al definir el matrimonio como un contrato, cuestión que ya fue deba-

tida, no está por demás recordarles que hay tratadistas que plantean que emplear el término contrato matrimonial es discutible, por cuanto hay palabras que tienen una amplitud conceptual mayor que la empleada cuando utilizamos el término contrato.

Uno de estos tratadistas es el Doctor Arturo Valencia Zea, quien dice:

Este concepto de contrato no es aplicable al matrimonio por las siguientes razones: Si bien es cierto que el matrimonio supone un acuerdo de voluntades, dicho acuerdo más que todo origina obligaciones que no son patrimoniales, sino obligaciones de índole moral, que no pueden avaluarse en dinero ni directa ni indirectamente, como son la fidelidad, la cohabitación, el socorro y el mutuo respeto entre los cónyuges; el matrimonio, a diferencia de los demás contratos, no puede resolverse por el mutuo consentimiento de los contrayentes; al matrimonio no puede imponersele términos o condiciones⁶.

Lo que el Código quiere decir en su artículo 113, cuando emplea la palabra contrato, es que el matrimonio implica siempre el acuerdo de voluntades de un hombre y una mujer; sin este acuerdo no hay matrimonio.

Para el Doctor Valencia Zea, y para muchos otros tratadis-

⁶ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Familia. Tomo 4.4. Ediciones Temis. Bogotá. 1977. p.98.

tas es preferible utilizar la palabra Pacto o Acuerdo Matrimonial, pero si retomamos la definición que nos trae el Código Civil, en su artículo 113, nos damos cuenta que él es claro cuando define el matrimonio como un contrato Solemne. A la luz del Derecho Positivo Colombiano el Matrimonio Civil es un contrato formal o solemne porque debe ser concluído en la forma prescrita por la Ley Ad Substantiam Actus.

5.2.1 Elementos Esenciales

De acuerdo con la definición que hemos dado, en virtud de las prescripciones de nuestra Legislación Civil, el matrimonio civil comprende los siguientes elementos:

- Objeto Propio.
- Pluralidad de Sujetos Determinados.
- Mutuo Consentimiento.

El objeto propio, es el mutuo derecho sobre los cuerpos, en orden a realizar los pactos propios de la procreación de los contrayentes, que constituyéndose en la esencia misma del contrato matrimonial. Si falta este derecho el matrimonio es nulo.

Pluralidad de Sujetos Determinados, significa que la

celebración del matrimonio exige dos personas, un varón y una mujer.

El mutuo consentimiento, siendo el elemento esencial en el contrato matrimonial, las partes contratantes deben expresarlo con toda claridad y evidencia para que dicho acuerdo de voluntades tenga plena validez.

5.3 DIVORCIO DEL MATRIMONIO CIVIL

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10. de la Ley 1ª. de 1976, el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por el divorcio judicialmente decretado.

La normatividad del artículo 10. vino a reformar el 152 del Código Civil, que establecía como única causal de terminación del matrimonio la muerte de uno de los cónyuges, vale decir, la indisolubilidad del vínculo. Sintetiza el artículo el fundamento básico de la reforma que vino a restaurar el divorcio vincular para todo el Territorio Colombiano, después de más de un siglo de haberse suprimido.

La Ley 1ª. de 1976 introdujo considerables cambios al régimen de familia en lo atinente al matrimonio, al divor-

cio y a la separación de cuerpos.

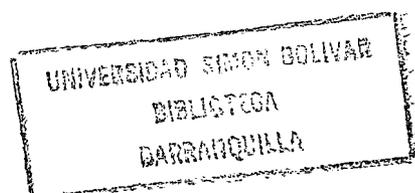
Esta Ley estableció el divorcio únicamente para el matrimonio civil. De tal manera que los casados por la Iglesia no pueden divorciarse, tan solo podrán separarse de cuerpos sin que puedan contraer un nuevo matrimonio. Pero lo importante no es que la pareja divorciada se pueda volver a casar, sino que encuentre un remedio o solución para rectificar los errores cometidos.

El Juez solo decretará el divorcio cuando sobrevienen circunstancias o hechos que impidan la vida en común de los casados. En esto se diferencia de la nulidad. Esta se decreta por causas anteriores al matrimonio, y aquel por circunstancias que sobrevienen a su celebración.

5.3.1 Causales. Ley 1ª. de 1976

Las causas de divorcio consagrada en la Legislación Colombiana son las siguientes:

Causal Primera: Las Relaciones Extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado. Se presume las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración



de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma y eficacia.

Entiéndese por relaciones sexuales extramatrimoniales toda práctica sexual, con hombre o mujer distinto de aquel que es un legítimo cónyuge. Cuando los novios manifiestan libremente aceptarse como marido y mujer, están obligados a guardarse fidelidad, entendiéndose por ésta, que cada uno de los cónyuges se compromete a tener relaciones sexuales nada más entre ellos, excluyendo a toda persona distinta de estos.

Cuando aquí hablamos de relaciones sexuales extramatrimoniales significa ello que la práctica sexual con persona distinta a la de su mujer o la de su marido, ojalá ésta no esté constituida en amancebamiento.

Antes de entrar en vigencia la presente Ley, el hombre y la mujer se encontraban en situaciones diferentes en lo que a igualdad se refiere, ya que los derechos y obligaciones no eran los mismos; en cuanto a esa causal, para que la mujer pudiera separarse del marido, las relaciones sexuales extramatrimoniales tenían que estar constituidas en amancebamiento; en cambio el hombre, para poder separarse de su mujer solo bastaba con relaciones sexuales extramatrimoniales, no constituidas en amancebamiento.

Estas relaciones sexuales extramatrimoniales, pueden probarse con hechos notorios de los cónyuges por celebración de nuevo matrimonio, cuando aquí se habla de prácticas sexuales esto no quiere decir que sean con personas del sexo opuesto, porque con mucha más razón se puede pedir el divorcio cuando estas prácticas sexuales extramatrimoniales se realizan con personas del mismo sexo.

Si bien estas relaciones sexuales extramatrimoniales son perdonadas o consentidas por cualquiera de los cónyuges no da lugar a divorcio, ya que quien debe pedir el divorcio es el cónyuge inocente, es decir aquel que ha sido fiel a su consorte, porque la Ley no permite que el demandante sea la persona que ha infringido sus disposiciones.

Causal Segunda: El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges, de sus deberes de marido o de padres y de esposa o madre. Es una causal similar a la antigua causal 4^a. del artículo 154 del Código Civil; en esta causal hay que hacer las siguientes observaciones:

- El incumplimiento debe ser grave e injustificado.
- No es necesario que se incumplan todos los deberes

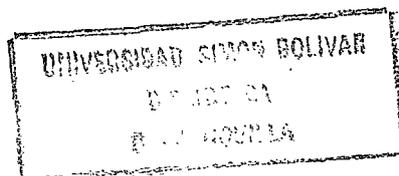
sino alguno de ellos.

- Al cónyuge que alegue el incumplimiento le corresponde la carga de la prueba y el otro cónyuge deberá probar la causa justa del incumplimiento.

Causal Tercera: Los ultrajes, el trato cruel y los maltratos de obra, sí con ello peligra la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendientes, o se hacen imposible la paz y el sosiego doméstico. Los ultrajes son las injurias que un cónyuge hace al otro y pueden ser de palabra o de hecho. En general todo ultraje o injuria que un cónyuge ocasiona al otro implica violación de los derechos y deberes mutuos de respeto y efecto.

Los cónyuges están obligados a amarse, respetarse y comprenderse; dentro de tal amor, respeto y comprensión cada cual debe permitir al otro desarrollo de su personalidad, la práctica de sus creencias y sentimientos que son normales dentro de la concepción ética de la vida social.

La vida en permanente conflicto es negativo para la pareja, los hijos y para quienes tienen que ver directa o indirectamente con estas personas. Muchas veces la inesta-



bilidad emocional es tal, que uno de los cónyuges terminan en una clínica de reposo y entonces la pareja debe saber que es lo razonable, lo justo, lo mejor para ella y para los hijos, es optar por la separación.

Causal Cuarta: La embriaguez habitual de uno de los cónyuges, la embriaguez ha de constituirse en un hábito en el sujeto. El cónyuge debe ser un ebrio crónico y consuetudinario. El juez tendrá en cuenta la habitualidad y especialmente el resultado, o sea la destrucción del hogar o desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial. Esta causal no ha sido por otra legislación.

Causal Quinta: El uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica; esta causal comprende, en primer término, a aquellas personas que se dedican a ingerir sustancias alucinógenas o estupefacientes; pero de manera expresa exige que ese uso o consumo habitual y repetida. Además, que tal consumo sea compulsivo, con lo cual da a entender que la persona que frecuenta al vicio le sea imposible sustraerse de él por medios ordinarios, aunque medien sus buenas intenciones o propósitos.

Causal Sexta: Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica de uno de los cónyuges, que

ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge e imposibilita la comunidad matrimonial; salta a la vista el pésimo empleo de la palabra moral, pues una enfermedad no puede afectar la salud moral del otro cónyuge; ha debido decirse; salud mental o síquica, y naturalmente, también física. En algunas de estas enfermedades se hace imposible la convivencia entre los cónyuges llevando consigo en algunos casos el divorcio.

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

La expresión corromper o pervertir es demasiado genética, y de ahí que los jueces deberán abstenerse a las buenas costumbres vigentes en la sociedad. La forma como está estructurada la causal hace presumir que se trata de una actitud más o menos prolongada que permite deducir de ella una especie de situación permanente por parte del cónyuge, culpable; sin embargo; consideramos que basta un acto de que si haga presumir la corrupción de la víctima. Es preciso que se trate de actos deliberados y conscientes del cónyuge infractor, con los cuales pretenda la corrupción del ofendido; éste debe ser persona que no se halle ya bajo un estado de perversión, por

cuanto no se configuraría el acto doloso, y en caso de que el cónyuge que se considera ofendido intentase la acción, podrá el otro excepcionar dentro del juicio, demostrando la depravación de la víctima.

Causal Octava: La separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure por más de dos años.

La separación de cuerpos se puede pedir por mutuo consentimiento, muchas veces cuando los cónyuges no quieren dar a conocer causal alguno de divorcio, se separan de cuerpo y esperan que transcurran los dos años y piden el divorcio por haber estado todo este tiempo separado.

Esta causal indirecta de divorcio por mutuo consentimiento, si bien es cierto que el matrimonio es un contrato no hay necesidad de recurrir a causales que excusen de una manera indirecta el divorcio por mutuo consentimiento, porque muchos casados recurren a la causal menos vergonzosa para ello y que no repercuta en la conducta de ellos mismos y para evitar vergüenzas a sus hijos, no exponen la verdadera causa del divorcio, entonces no hay razón para que la Legislación Civil no contemple el divorcio por mutuo consentimiento. Los dos años previstos por la Ley comienza a contarse a partir del día siguiente a aquel en que queda ejecutoriada la sentencia

judicial que decreta la separación de cuerpos.

Causal Novena: La condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años, por delito común de uno de los cónyuges, que el Juez conozca del divorcio califique como atroz o infamante.

Esta causal desde el punto de vista jurídico parece poco científica; efectivamente tanto en su misma redacción como en su consesión jurídica está mal presentada; el legislador ha debido considerar como origen de la causal el delito y no la condena privativa de la libertad, por lo demás el delito va a ser calificado dos veces: Una primera vez por el juez penal quien una vez establecido los hechos delictivos y la circunstancia en que se cometió fijará la condena; y una segunda por el juez civil quien deberá entrar a calificar si se trata de un delito atroz o infante.

5.3.2 Efectos

Los efectos generales del divorcio del matrimonio civil son los siguientes:

Disuelve el matrimonio, es decir, los casados quedan otra vez como si fueran solteros. Además se disuelve

la sociedad conyugal de bienes o de ganancias. Los bienes adquiridos dentro del matrimonio deben repartirse por mitades para cada uno de los cónyuges. Los divorciados deben atender según sus capacidades económicas a la educación, vestuario, alimentación, recreación, alojamiento de los hijos y además del cónyuge culpable del divorcio debe alimentos en caso de necesidad al cónyuge inocente. Es bueno aclarar que los divorciados siguen obligados totalmente para con sus hijos, aún cuando no tengan la patria potestad, pues los hijos son los que menos deben sufrir las consecuencias del divorcio.

5.3.3 Trámite Procedimental

Toda demanda de divorcio debe presentarse ante el Juez Civil del Circuito del domicilio conyugal, si éste ya no existe, el último que haya tenido.

La demanda de divorcio se tramitará por el proceso abreviado que reglamentan los artículos 414 y s. del C. de P.C.

- Medidas cautelares: En cualquier momento a partir de la presentación de la demanda podrá el Juez tomar medidas, relativas unas a la seguridad y protección de los cónyuges y de los hijos y otros, ataladeras

a la conservación de los bienes de la sociedad conyugal; en cuanto a las primeras podemos mencionar las siguientes:

- Autorizar la residencia separada de los cónyuges.
- Poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de uno y otro o de un tercero.
- Señalar la suma de dinero con que cada cónyuge debe contribuir para la habitación y sostenimiento del otro y de los hijos comunes y para la educación de estos.
- Decretar en caso de que la mujer estuviere embarazada, las medidas previstas en el artículo 226 del Código Civil.
- En cuanto a la segunda clase de medidas cautelares el juez podrá ordenar el embargo y secuestro de los bienes que pueden ser objetos de gananciales, y que estuvieren en cabeza del otro cónyuge en la forma ordenada por el numeral 1o. del artículo 691 del C. de P.C.
- También podrá pedirse el embargo y secuestro de bienes que no pertenezcan a la sociedad conyugal con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge

tuviere derecho.

Demanda de Reconvención: Admitida la demanda el Juez ordenará su notificación al demandado, siendo el traslado de diez días, durante este término el demandado podrá proponer demanda de reconvención, esta consiste en afirmar que el demandante ha incurrido también algunas de las causales que autorizan el divorcio.

Excepciones: Fuera de las previstas en los 1,5,6,8 del artículo 97 del C. de P.C. y la de cosa juzgada, son excepciones propias del proceso de divorcio las siguientes:

La del perdón, el que debe acreditarse mediante los medios corrientes de prueba.

Extinción del plazo para proponer demanda de divorcio según se acaba de exponer.

La anterior de desistimiento de la acción, en caso de que la nueva demanda pretenda fundarse exactamente en los mismos hechos que dieron origen a la demanda inicial.

La reconciliación de los cónyuges, con la advertencia acabada de hacer.

Audiencia de Conciliación: Contestada la demanda de divorcio y la de reconvencción en su caso, y una vez falladas las excepciones propuestas, ordenará el juez la citación de ambos cónyuges para que concurran personalmente a una audiencia de conciliación, el juez citará para segunda audiencia, la cual tendrá lugar no antes de dos meses ni después de tres de la fecha señalada para la primera. Si también esta segunda audiencia fracasare, el juez ordenará continuar el proceso.

La audiencia de conciliación tiene como fundamento examinar cuidadosamente en presencia y bajo la dirección del juez la causa o causas del divorcio, valorar sus consecuencias frente a cada cónyuge y frente a los hijos legítimos comunes; y ante todo, mediante una sabia ponderación de la conducta de cada cónyuge y la posibilidad de su mejora en el futuro, ver si es posible ya sea la abstención o renuncia del divorcio o ya sea simplemente el aplazamiento o suspensión del mismo durante determinado tiempo. Los resultados de la audiencia de conciliación en el proceso de divorcio pueden depender en gran parte de la buena experiencia e inteligencia del juez en los difíciles problemas del derecho de familia.

Los cónyuges deben comparecer personalmente, sin poder hacerse representar por apoderados.

No es necesario que la audiencia de conciliación se realice con una sola faena; a petición de uno de los cónyuges o por iniciativa del juez puede hacerse o realizarse en dos o mas sesiones. Es más, en ningún proceso como el del divorcio tiene mayor aplicación la suspensión del mismo a solicitud de las partes.

Sentencia de Divorcio: Según el artículo 155 del Código Civil pareciera que el juez tiene una libertad total para decretar o abstenerse de decretar el divorcio. El poder discrecional que se le otorga se encuentra notablemente limitado y solo debe ejercerlo en caso que lo justifiquen ampliamente.

En general todas las veces que la causa de divorcio se encuentre debidamente probada debe decretarse el divorcio, especialmente cuando el desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial sea de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento del hogar.

En cuanto a la culpabilidad, en toda sentencia de divorcio debe quedar claro cual de los cónyuges es inocente y cual no. Al respecto deben distinguirse tres clases de sentencias así:

Aquellas en que el cónyuge es inocente y el otro culpa-

ble; otras en que ambos cónyuges resultan inocentes, ante todo cuando el divorcio se decretó por las causales 6^a. 8^a. y 9^a. contra toda sentencia de divorcio puede interponerse el recurso de apelación. En todo caso, una vez en firme, debe inscribirse en el registro del estado civil de las personas sin la competente inscripción carece de validez la sentencia de Divorcio.

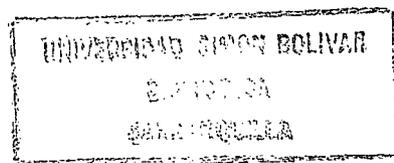
La inscripción debe hacerse aunque uno de los cónyuges haya muerto después de haberse ejecutoriado la sentencia.

5.4 SEPARACION DE CUERPOS DEL MATRIMONIO CIVIL

El artículo 15 de la Ley 1^a. de 1976, introdujo en la Legislación Civil una figura nueva; la separación de cuerpos, que puede ser de tipo contencioso, en cuyo evento las causas que permiten decretarlas son las mismas, del divorcio, o meramente voluntarias, esto es, por mutuo acuerdo de los cónyuges. La primera está sometida a los trámites del proceso abreviado y la segunda a los trámites del proceso verbal. Cuestión que pasamos a desarrollar en los siguientes puntos:

5.4.1 Causales

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 de



la Ley 1ª. de 1976, hay lugar a la separación de cuerpos en los siguientes casos:

- En los mismos casos de divorcio previstos en el artículo 4o. de la misma Ley.
- Por mutuo consentimiento de los cónyuges, manifestado ante juez competente: Según el primer ordinal, las causas para pedir el divorcio son las mismas que para pedir la separación de cuerpos. En cuanto al ordinal 2o. debe observarse que, indirectamente, si dura más de dos años, conduce al divorcio vincular, conforme a la causal 8ª. del nuevo artículo 154 del Código Civil.

No sobra advertir que la Ley 1ª. de 1976, unificó las causales para pedir la separación de cuerpos tanto del matrimonio civil como del canónico, estableció la innovación del mutuo consenso como causal de separación, dándole un trámite rápido mediante el procedimiento verbal. Pero hay una unificación de competencia: Jueces civiles del circuito, para la separación de cuerpos de los matrimonios canónicos, y jueces civiles del circuito para la separación de cuerpos de los matrimonios civiles. Además existe la innovación de pedir la separación de cuerpos como subsidiaria.

5.4.2 Efectos

Según el artículo 167 del Código Civil la separación de cuerpo no disuelve el vínculo matrimonial, pero si suspende la vida en común de los casados.

El ordinal 2o., del citado artículo 167 dice que la separación de cuerpos disuelve la sociedad conyugal salvo que, fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiestan su deseo de mantenerla vigente.

De conformidad con el numeral 4o. del artículo 411 del Código Civil, se deben alimentos al cónyuge separado de cuerpos sin su culpa Ley 1ª. de 1976, artículo 23.

En general, la separación de cuerpos produce efectos análogos a los del divorcio, pero los separados no quedan como si fueran nuevamente solteros, es decir no pierden su condición de casados, no pueden realizar un nuevo matrimonio. Además, se recalca en las obligaciones que tienen para con sus hijos: Criarlos, alimentarlos, educarlos y establecerlos.

5.4.3 Trámite Procedimental

Es diferente, según se trate de separación de cuerpos con la alegación de las causales que autorizan el divorcio, o según se trate de separación de bienes por mutuo consentimiento.

Las separaciones de cuerpos donde se aleguen algunas de las causales del artículo 154 del Código Civil; se tramitarán por el proceso abreviado que reglamentan los artículos 414 a 421 del Código de Procedimiento Civil, artículo 414 ordinal 2o. según la nueva red. del artículo 26 de la Ley 1ª. de 1976.

En general, las mismas medidas cautelares que pueden tomarse en el proceso de Divorcio pueden tomarse en el de separación de cuerpos.

Si la separación de cuerpos se funda en el mutuo consentimiento, se tramitará por el proceso verbal. C.de P.C., artículo 442, numeral 16. Así pasamos a ver rápidamente cada uno de estos procesos:

- Proceso Abreviado. La separación solo podrá demandarla el cónyuge que no ha dado lugar a ella y dentro del término de un año; todo de conformidad con el proceso de divorcio ya estudiado.

Dentro del proceso de separación de cuerpos y en el mismo auto-admisorio de la demanda, el Juez podrá tomar las medidas cautelares, tanto respecto de los cónyuges como de los hijos, o de los bienes conforme lo establece el artículo 27 de la Ley 1ª. de 1976.

- Proceso Verbal. La vía del proceso verbal es admisible para el caso en que haya mutuo acuerdo; los cónyuges, en tal eventualidad, podrán comparecer en el juicio representados por un solo apoderado o por dos los designados por cada uno de ellos. En la demanda deberá constar claramente el acuerdo de la separación sobre los siguientes aspectos:

El mutuo consentimiento de separarse, manifestando de manera expresa.

El estado en que queda la sociedad conyugal, si la separación es indenfinida o temporal, y en este caso la duración de ella, que no puede exceder de un año.

La custodia de los hijos, vale decir, a cual de los cónyuges le corresponderá su cuidado personal y, si fuera el caso, el régimen de visitas a que tiene derecho el cónyuge pierde la custodia.

La proporción en que contribuirán los esposos a su sostenimiento y al de sus hijos, casos en el cual responderán solidariamente ante terceros y entre sí de la manera acorderada por ellos.

Aceptada la demanda por el Juzgado se corre traslado e ella a las partes y al fiscal; en el mismo auto-admisorio podrá autorizarse la cesación de la cohabitación, el depósito o custodia provisional de los hijos fijación de alimentos provisionales y demás eventualidades contempladas por el divorcio en el artículo 27 de la Ley 1ª. de 1976 si estas hubieran sido solicitadas por las partes; pero puede el Juez negar la admisión de la demanda objetando el acuerdo de los cónyuges, previo concepto del Ministerio Público. Luego el juzgado procederá a fijar fecha y hora para la audiencia de conciliación, en la que el juez instará a los cónyuges para que no se separen y le hará conocer las consecuencias de la separación.

En la misma audiencia, o con posterioridad a ella, el Juez decretará la separación, sino se hubiere logrado la reconciliación de los cónyuges.

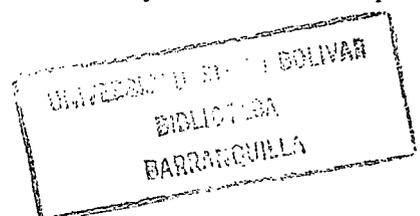
La sentencia de separación de cuerpos debe inscribirse en el competente registro civil, por virtud de orden judicial.

6. MATRIMONIO DE COLOMBIANOS REALIZADO EN EL EXTERIOR

No podemos olvidar que en Colombia solo hay dos formas de contraer matrimonio, los que se realizan ante los jueces civiles y municipales de la República y los que se celebran conforme a los ritos de la Iglesia Católica.

Si tenemos en cuenta el nuevo Concordato de 1973, celebrado entre la Santa Sede y la República de Colombia, vemos que los colombianos que quieran o deseen casarse ya sea civilmente o por la Iglesia porque residen en cualquier país extranjero o porque quieran contraer matrimonio en un lugar distinto de Colombia, lo pueden hacer, siempre y cuando, cumplan con las formalidades y requisitos a que lo somete la ley extranjera e inscribiendo dicho matrimonio en el Consulado de Colombia dentro del respectivo país donde se realiza ese matrimonio.

El artículo 19 del Código Civil establece que los colombianos residentes y domiciliados en países extranjeros, están sujetos a la ley colombiana en lo relativo a su estado y capacidad, y a las obligaciones y derechos que



nacen de las relaciones de familia, de tal modo que los colombianos que se casen en el exterior están obligados a respetar las leyes colombianas.

En general, los matrimonios celebrados en el exterior, por colombianos entre quienes no concurre ningún impedimento tienen plena validez en Colombia, siempre y cuando se realicen con el lleno de los requisitos establecidos en el lugar de su celebración. Por esta razón consideramos que los casados en Francia, Estados Unidos, Venezuela o Rusia, tienen tal condición en nuestra patria y recíprocamente, los casados en Colombia, deben tener esa condición en cualquier país del mundo.

7. SOCIEDAD CONCUBINARIA DE HECHO O MATRIMONIO DE HECHO

Etimológicamente, la palabra concubinato insinúa comunidad de lecho y de suyo alude una modalidad de relaciones sexuales estables; sugiriendo vida en común con apariencia matrimonial, es el concubinato la mayor expresión de las relaciones sexuales cumplidas por fuera del matrimonio.

En épocas pasadas, las nociones de concubinato y amancebamiento obedecían a contenidos distintos: Por concubinato se entendía la unión sexual entre un hombre y una mujer púberes y hábiles legalmente para contraer matrimonio; el amancebamiento implicaba las relaciones sexuales estables y notorias entre un hombre y una mujer púberes, que no podían celebrar matrimonio por existir entre ellos un impedimento de carácter dirimente. Hoy día, los vocablos concubinato y amancebamiento se emplean indistintamente en el lenguaje jurídico, como sinónimos de relación sexual estable extramatrimonialmente.

El concubinato, aunque no es un matrimonio guarda obvia-

mente, alguna semejanza con éste, en cuanto presenta una situación de estabilidad entre los concubinos en el campo de sus relaciones sexuales e inclusive patrimoniales.

La sociedad concubinaria de hecho es la unión de un hombre y una mujer, para vivir a la manera de como si fueran casados. Esto es lo que en algunas legislaciones se llama con propiedad Matrimonio no Formalizado.

Quienes han resuelto no casarse como lo manda la ley, podrán decidir vivir en lo que socialmente se llama concubinato o unión libre, o mejor, matrimonio de hecho, término que debe utilizarse preferencialmente para designar esta clase de uniones.

Para nosotros el matrimonio de hecho y el matrimonio de derecho son externamente iguales, vale decir, por fuera son lo mismo. Los casados de hecho viven a la manera de como si fueran casados de derecho, pues deben observar ciertos comportamientos para que tengan la calidad de tales, por ejemplo: Que la unión sea solo entre un hombre y una mujer, pues este tipo de matrimonio también excluye la poligamia y exige fidelidad. Que la unión sea estable, es decir, que la pareja se haya unido con ánimo de vivir para toda la vida, pues las uniones pasajeras

no constituyen matrimonio de ninguna especie.

El concubinato exige tres elementos: Comunidad de habitación y techo, existencia de relaciones sexuales, que deben revestir cierta estabilidad y, duración de ella por un espacio de tiempo más o menos prolongado.

El concubinato puede ser de tres especies: Adulterio, que es el que presenta menor estabilidad, en razón de que el cónyuge puede regresar en cualquier momento a su verdadero hogar; simple, cuando se da entre solteros; el incestuoso, o sea, el que se efectúa entre parientes consanguíneos en la línea recta o dentro del segundo grado de consaguinidad.

7.1 EL MATRIMONIO DE HECHO FRENTE AL MATRIMONIO DE DERECHO

El concubinato, denominado también unión libre, se opone al matrimonio del mismo modo que una situación de puro hecho se opone a una situación regulada por el derecho.

La vida en concubinato -dice la Corte- contradice la organización de la familia legítima como base del orden público primario para los fines del Estado. Así como los amancebados menosprecian la ley que solemniza la unión matrimonial y voluntariamente desdeñan sus mandatos, para el régimen jurídico esa unión irregular carece de efectos entre el concubinario y la manceba, quienes consistieron en la unión libre en todas sus consecuen-

cías extrajurídicas. Por consiguiente, el concubinato no prueba ningún género de relaciones de derecho entre los amancebados, ni el transcurso del tiempo para transformar y darle eficacia a tal situación contraria al ordenamiento jurídico⁷.

Pero estas uniones ilegítimas crean situaciones y producen efectos que no pueden ser ignorados por el Derecho. Los hijos nacidos de tales uniones y los bienes logrados con el trabajo de los concubenarios son efectos que saltan a la vista. Los hijos nacidos del concubinato son ilegítimos y su reconocimiento implica la calidad de hijo natural. El concubinato público y notorio es causal para declarar la paternidad.

Los actos o contratos entre concubinos son válidos y no les es aplicable a ellos lo dispuesto en los artículos 1852 del Código Civil y 3o. de la Ley 28 de 1932. Nada más lógico que una situación de hecho, ignorada por el legislador y condenada por la moral, fuese a producir los efectos propios de la situación de derecho surgida por el matrimonio. Otra cosa ocurre cuando el acto o contrato celebrado entre los concubenarios o amancebados persigue propiciar, conservar o mantener esas relaciones

⁷ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Anales. Sentencia Casación 12 de Diciembre de 1955. G.J. Tomo 80. p.731.

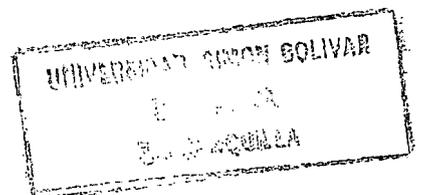
sexuales ilícitas pues tal caso adolecería de objeto o causa lícitos.

El matrimonio de hecho y el matrimonio de derecho son diferentes por dos razones fundamentales:

El matrimonio de hecho se perfecciona por el mero consentimiento de los contrayentes, en tanto que el matrimonio de derecho siempre será solemne.

El matrimonio de hecho no genera plenas obligaciones civiles, entre los así casados, en tanto que el matrimonio de derecho sí. Quiere decir esto que el matrimonio de hecho está casi desamparado por la ley; que más de la mitad de las parejas que hacen vida en común en Colombia es ajena a la ley de la familia, dándose una tremenda injusticia.

En el derecho canónico el concubinato es repudiado, por ser contrario a la moral de la Iglesia. En esto reside la razón de ser el impedimento de pública honestidad. Tesis ésta que no compartimos, ya que el Congreso de la República está legislando para que se regulen los efectos patrimoniales de este tipo de uniones. Pero nuestra esperanza es la de que se pueda dictar una ley integral cuyos aspectos más importantes regulen estos matrimonios o uniones de hecho.



8. MATRIMONIO POR PODER Y EN PELIGRO DE MUERTE

El matrimonio civil como el eclesiástico puede contraerse por medio de apoderado especial, constituido ante notario público.

Para la celebración de cualquier matrimonio no se requiere necesariamente que se presenten ante el juez los dos contrayentes.

El artículo 11 de la Ley 57 de 1887 dice: Puede contraerse el matrimonio no solo estando presente los contrayentes, sino también por apoderado especial y éste ser constituido ante notario público por varón hallándose éste ausente, debiéndose mencionar en el poder el nombre de la mujer con quien ha de verificarse el matrimonio. El poder es revocable, pero la revocación no surtirá efectos sino es notificada la mujer contrayente antes de celebrarse el matrimonio.

Se justifica de que sea el hombre quien otorgue el poder ya que el matrimonio debe celebrarse en el domicilio

de la mujer que va a contraer nupcias.

El matrimonio mediante apoderado es una de las variedades posibles del matrimonio entre ausentes. Existe todavía la posibilidad de que uno de los contrayentes envíe su declaración de voluntad matrimonial por escrito al funcionario que ha de presenciar el matrimonio.

Tres son los requisitos que se deben cumplir para celebrar hoy en día un matrimonio mediante apoderado:

La representación le está reservada al varón. Así lo establece el artículo 11 de la Ley 57 de 1887, cuestión ya comentada.

El poder debe ser especial. La naturaleza misma del acto matrimonial exige la necesidad de este requisito, que consiste en la determinación del nombre y del apellido de la mujer con quien se va a verificar el matrimonio.

El poder debe ser solemne. A fin de darle una trascendencia mayor a esta especie de mandato, el legislador ha querido que el poder conferido por el futuro marido, para que se le represente en la ceremonia nupcial deberá constituirse ante notario público.

El artículo 136 del Código Civil, trata del matrimonio en peligro de muerte y dice así: Cuando alguno de los contrayentes o ambos estuvieren en inminente peligro de muerte, y no hubiere por esto tiempo para practicar las diligencias previas al matrimonio, podrá celebrarse el matrimonio sin tales formalidades, siempre que los contrayentes justifiquen que no se hallan en ninguno de los casos 140, es decir, que debe comprobarse que entre ellos no hay impedimentos que vicien de nulidad el matrimonio.

Este matrimonio se llama in extremis vitae momentis, el cual ofrece la particularidad de ser simplemente ocasional, pues si pasan cuarenta días después de su celebración y no sucedió la muerte que se esperaba o temía, no producirá efecto alguno si los contrayentes no lo confirman.

En esta clase de matrimonio nos damos perfecta cuenta que solo se celebra cuando uno de los contrayentes se encuentra en grave peligro de muerte.

CONCLUSIONES

Las conclusiones importantes no son las que desprevenida-
mente me propongo anotar en los párrafos siguientes,
sino aquellas a las cuales he llegado después del análi-
sis sereno de este trabajo de tesis.

Mi propósito fue el de presentar unas ideas básicas acer-
ca del comportamiento social y jurídico de la familia,
y desde luego del matrimonio en general, el cual puedo
resumir así:

En Colombia hay dos formas de contraer matrimonio válido,
la forma canónica y la civil. No obstante que una familia
puede tener origen en unión libre o de hecho, en el pre-
sente estudio no solamente me he referido a aquellas
familias que proceden de una reglamentación legal, sino
también las que se producen fuera del matrimonio.

No podemos desconocer la notable influencia que tiene
el matrimonio católico en nuestro pueblo, debido a sus
costumbres y a los acuerdos celebrados entre la Iglesia

y el Estado. Como ejemplo, tenemos la Ley 20 de 1974. A través de la mencionada ley se ha dado un gran paso hacia la Independencia del Estado Colombiano con la Iglesia, pues como lo anotamos anteriormente con este concordato se dio la libertad de escoger entre los contratantes el matrimonio que ellos convinieran sin necesidad de apostatar, cuestión esta que exigía la Ley Concha para los católicos que escogieran el matrimonio civil.

A diferencia de otros países, nuestra Legislación Civil le reconoce plenos efectos civiles a los matrimonios católicos contraídos de acuerdo con las normas del Derecho Canónico.

Por consiguiente, ante el Estado Colombiano tanto el matrimonio católico como el matrimonio civil contraídos válidamente, producen los efectos propios que la ley del Estado les asigna. Sin embargo, el régimen jurídico de uno y otro difieren en aspectos fundamentales. En efecto, mientras que el matrimonio católico es indisoluble ante el Derecho Canónico y, por consiguiente, ante el Estado, el matrimonio civil se disuelve por el divorcio.

Al matrimonio no se puede llegar de manera improvisada; es necesario una preparación integral: Física, síquica,

laboral, económica, etcétera.

El Estado debe reglamentar la celebración del matrimonio civil, reconocerle efectos solamente a éste y extender el divorcio a toda clase de uniones matrimoniales; se deben reglamentar las relaciones personales y matrimoniales entre los casados de hecho, con el fin de reconocerle a esta institución efectos análogos a los del matrimonio de derecho.

Más sin embargo, no podemos escapar a la apabullante y agobiadora realidad nacional de continuas rupturas de matrimonios católicos o civiles, por la irresponsabilidad económica, la infidelidad, la embriaguez habitual, los ultrajes y malos tratos, los trastornos neuróticos, el abandono de la familia, el uso de estupefacientes o alucinógenos, y todas las diversas circunstancias que hacen imposible la vida conyugal, y sintiendo la necesidad de una reforma a nuestras leyes que entren a regular estos fenómenos y a presentar fórmulas de escapes y solución a aquellos convulsionados mundos familiares.

Por último, se debe crear una jurisdicción especial para tratar los conflictos personales y matrimoniales que tengan que ver con la familia, ya que la legislación sobre el Derecho de Familia en Colombia, además de ser

anticuada y caduca en el sentido histórico, tiene el inconveniente de no hallarse integrada en un solo ordenamiento jurídico, sino por el contrario, se encuentra dispersa en varios textos legales como consecuencia de las sucesivas modificaciones que se han ido introduciendo a nuestro viejo y vetusto Código Civil.

Las ideas aquí expuestas son una aproximación al tema y una base para su estudio y debate.

BIBLIOGRAFIA

- AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina. Lecciones de Derecho de Familia. Temis. Bogotá, 1980.
- ARIZA BAQUERO, Jorge Enriquè. Derecho Matrimonial Canónico. I.C.B.F. Bogotá, 1979.
- BURBANO DE GARCIA, Stella. Matrimonio, Divorcio y Separación de Cuerpos. Wilches. Bogotá, 1978.
- CARDONA GALEANO, Pedro Pablo. Curso de Derecho Procesal Civil Colombiano. Señal Augusta. Bogotá, 1982.
- CASTRO, José Félix. Estatuto de la Mujer. 4 Edición. Publicitaria. Bogotá, 1976.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo 1. Teoría General del Proceso. 4 Edición A.B.C. Bogotá, 1974.
- DUARTE FRENCH, Alberto. Guía Práctica de Derecho de Familia. Temis. Bogotá, 1978.
- ENGELS, Federico. El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. S.t. Suramericana. Bogotá, 1979.
- FRADIQUE MENDEZ, Carlos. Qué es mejor: Casarse o no Casarse. Rodríguez Quito. Bogotá, 1979.
- _____. Codificación de la Legislación de Familia. Editextos. Bogotá, 1978.
- HINESTROZA, Fernando. Concordato, Matrimonio y Divorcio. Tercer Mundo. Bogotá, 1974.

LAFONT PLANETA, Pedro. Igualdad Sucesoral. Ley 29 de 1982. Profesional. Bogotá, 1982.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Régimen Concordatario Colombiano. Temis. Bogotá, 1975.

_____. Matrimonio Civil y Divorcio en la Legislación Colombiana. Temis. Bogotá, 1977.

ORTEGA TORRES, Jorge, Código Civil Colombiano. 15 Edición Temis. Bogotá, 1982.

_____. Código de Procedimiento Civil Colombiano. 13 Edición. Temis. Bogotá, 1982.

RESTREPO URIBE, Liborio. Matrimonio, Divorcio y Concordato. Temis. Bogotá, 1972.

ROCHA, Antonio. Matrimonio, Educación y Actualidad Concordataria. Populibro. Bogotá, 1975.

RODRIGUEZ PIÑERES, Eduardo. Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano. Tomo 2. Americana. Bogotá, 1919.

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. 3 Edición. Tomo 1. Temis. Bogotá, 1981.

VALENCIA ARANGO, Jorge. La Concubina en el Derecho Colombiano. 2 Edición. Lex. Bogotá, 1983.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho de Familia. Tomo 4.4 Edición Temis. Bogotá, 1977.

_____. Relaciones Jurídicas entre los Cónyuges. Separación de Cuerpos y Divorcio. Unilibre. Bogotá, 1976.

