EL MATRIMONIO Y SUS DISOLUCIONES

RAMONA DEL SOCORRO MOSQUERA CHAPARRO

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

Director: DR, AMADO GOMEZ RANGEL

Abogado.

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1986

4034440

DE
#0398

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

T
346.016 G
M.894

Nota de Aceptación

_____

_____

_____

_____

Presidente del Jurado

_____

Jurado

_____

Jurado

Barranquilla, 17 de diciembre de 1986

Barranquilla, 18 de noviembre de 1986

DOCTOR
CARLOS D. LLANOS S.
DECANO FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
E. S. D.
==========

Muy apreciado doctor y amigo:

Después de haber analizado y efectuado las correcciones necesarias, me permito dar concepto favorable al trabajo de tesis denominado "EL MATRIMONIO Y SUS DISOLUCIONES", presentado por la egresada RAMONA DEL SOCORRO MOSQUERA CHAPARRO, quien en el desarrollo del tema demostró amplios conocimientos en la materia, consagración en la investigación y bases fundamentales adquiridas en las aulas de nuestra Facultad.

Reciba usted mis sinceros agradecimientos por haberme nombrado Director de esta investigación.

De usted muy atentamente,

AMADO GOMEZ RANGEL
C.C. # 523.156 de Medellín
T.P. # 29.604 de MINJUSTICIA

DEDICATORIA

A la memoria de mi padre ARCINDO que me impulsó a terminar mis estudios.

A mi madre MARIA LUISA, por haberme dado el ser y la oportunidad de estar en la vida.

A mis hermanos, para demostrarles que nunca es tarde, que esfuerzo y constancia generan triunfos.

A las personas no nombradas que con sus palabras de elogios o agravios, estimularon o hirieron mi orgullo.

RAMONA DEL SOCORRO

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

AGRADECIMIENTOS

La autora expresa sus agradecimientos:

A AMADO GOMEZ RANGEL, Abogado, Director de Tesis.

A los profesores de la Universidad Simón Bolivar, quienes a lo largo de mi carrera supieron transmitirme sus conocimientos.

A mis compañeros de estudio.

A Consultorio Jurídico de la Universidad Simón Bolívar.

A la Universidad Simón Bolívar.

A todas aquellas personas que en una u otra forma colaboraron en la elaboración del presente trabajo de grado.

CUERPO DIRECTIVO

Rector: DR. JOSE CONSUEGRA HIGGINS

Decano: DR. CARLOS LLANOS SANCHEZ

Secretario General: DR. RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA

Secretaria Académica: DRA. BLANCA FRANCO DE CASTRO

Director Consultorio Jurídico: DR. ANTONIO SPIRKO C.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	10
0.1 TEMA	11
0.1.1 Tema específico	11
0.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	11
0.3 PROBLEMA ESPECIFICO	13
0.4 HIPOTESIS GENERAL	14
0.5 HIPOTESIS ESPECIFICA	15
0.6 OBJETIVOS	16
0.6.1 General	16
0.6.2 Específico	16
0.7 MARCO HISTORICO	16
0.8 MARCO LEGAL	18
0.9 MARCO GEOGRAFICO	20

0.10 TIEMPO DEL TRABAJO 20

1. NOCIONES FUNDAMENTALES 21

1.1 ETIMOLOGIA 21

1.2 DEFINICION 21

1.3 DEFINICION CIENTIFICA DE MATRIMONIO 21

1.4 CONCEPCIONES JURIDICAS DEL MATRIMONIO 22

2. MATRIMONIO: CLASIFICACION, EXCEPCIONES DE INDISOLUBILI

DAD Y FINES 24

2.1 CLASIFICACION DEL MATRIMONIO 24

2.1.2 Matrimonio religioso 24

2.1.2.1 Características del matrimonio católico 26

2.1.2 Matrimonio civil 27

2.1.2.1 Definición y clases 27

2.1.2.2 El matrimonio civil es un contrato 30

2.1.2.3 Elementos esenciales del matrimonio civil 32

2.1.2.4 Requisitos indispensables para la validez del matrimonio civil.... 35

2.1.2.4.1 Requisitos positivos de fondo 36

2.1.2.4.2 Requisitos negativos de fondo 38

2.1.2.4.3 Requisitos de forma anteriores al matrimonio 40

2.1.3 Matrimonio en estado de necesidad 44

2.2 EXCEPCIONES A LA INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO ..... $%

2.2.1 Privilegio Paulino o de "la fe" 46

2.2.2 Dispensa apostólica 47

2.2.3 Por profesión religiosa 47

2.2.4 Matrimonio legítimo 48

2.2.5 Propiedades esenciales del matrimonio-sacramento 48

2.3 FINES DEL MATRIMONIO CIVIL Y CATOLICO 50

2.3.1 Civil 50

2.3.1.1 Vivir juntos 51

2.3.1.2 La procreación y educación de los hijos 52

2.3.1.3 Auxiliarse mutuamente y guardarse fe 52

2.3.2 Fines del matrimonio católico 53

3. REGIMEN DEL MATRIMONIO EN COLOMBIA 55

3.1 EL MATRIMONIO FRENTE A LA LEY CONCHA 55

3.2 EL MATRIMONIO FRENTE AL NUEVO CONCORDATO 61

3.3 ANTECEDENTES HISTORICOS 62

3.3.1 Los convenios del 42 y del 73, tienen enunciados comunes 65

3.3.2 Concordato y matrimonio 66

3.3.3 Nuevo concordato Ley 20 de 1974 69

4. MATRIMONIO COMO CONTRATO 71

4.1 EN COLOMBIA 71

4.2 LEGISLACION RUSA 72

4.2.1 Requisitos que se deben tener en cuenta en la inscripción del acta 73

4.2.2 El concubinato 74

4.3 EN ESCOCIA 74

4.4 EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA 75

4.5 DIFERENCIA DEL MATRIMONIO COMO CONTRATO CON LOS DE MAS CONTRATOS CIVILES 75

5. DISOLUCION, SEPARACION Y NULIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL Y CATOLICO 78

5.1 DISOLUCION DEL MATRIMONIO CIVIL 78

5.1.1 Causales 78

5.2 SEPARACION JUDICIAL DE CUERPOS EN EL MATRIMONIO CIVIL Y CATOLICO 87

5.2.1 Causales 90

5.2.2 Antecedentes legislativos de la Ley 1a. de 1976 94

5.2.3 Efectos de la separación de cuerpos 97

5.3 NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS 98

5.3.1 Nulidad del matrimonio 98

5.3.2 Teoría sobre el efecto de la sentencia que decreta la nulidad del matrimonio 101

5.3.3 Nulidad por vicios de consentimiento 103

6. CONCLUSIONES 104

BIBLIOGRAFIA 107

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARQUISIMETO

0. INTRODUCCION

Decidí escoger como trabajo investigativo para mi tesis el tema denominado "EL MATRIMONIO Y SUS DISOLUCIONES", por considerarlo de suma trascendencia en los actuales momentos en todas las esferas de nuestra sociedad; pues en ella se presentan cotidianamente problemas familiares que conllevan a la terminación del vínculo matrimonial de hecho o legalmente mediante una determinación judicial.

Hemos visto con el transcurrir de los días y con el estudio de las normas legales que regulan estas circunstancias que el matrimonio canónico o católico sólo se disuelve con la muerte de uno de los cónyuges o por una sentencia de declaración de nulidad del vínculo matrimonial; mientras el civil puede terminar por la muerte de uno de los consortes, por la declaratoria de nulidad del vínculo y comúnmente por una sentencia de divorcio.

Cuando hablamos de disolución del vínculo por muerte de uno de los cónyuges, suponemos la existencia de un matrimonio legalmente celebrado que produjo todos sus efectos legales y que se extingue por la muerte de una de las

partes necesarias para su existencia, pues es uno de los sujetos que integran la relación matrimonial; cuando nos referimos a la terminación del matrimonio por sentencia de nulidad, estamos en presencia de un matrimonio que desde su celebración careció de algún elemento esencial para su formación y que produjo efectos jurídicos hasta el instante en que se dictó su declaración de nulidad; pero cuando mencionamos la finalización del vínculo matrimonial por divorcio, presuponemos que existió un matrimonio legalmente celebrado que produjo todas las consecuencias jurídicas que él genera pero que durante su existencia se presentaron hechos provenientes de la conducta personal de uno o de ambos consortes o excepcionalmente sin la intervención de sus voluntades que hicieron imposible la continuación de la vida conyugal y concluyeron en la disolución del vínculo matrimonial mediante una sentencia judicial.

0.1 TEMA

El matrimonio.

0.1.1 Tema específico

El matrimonio y sus disoluciones.

0.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es un hecho incuestionable que para cualquier sociedad, actual, pasada y futura, la célula más perfecta y de mayor entidad y trascendencia, por constituir prácticamente su base y el motor de su desarrollo, es la familia,

entendida ésta como el grupo de personas que integran el padre, la madre y sus hijos.

No obstante que una familia puede tener origen en uniones libres o de hecho, clásico amancebamiento, en este estudio nos referimos a aquellas familias que tienen una reglamentación legal, ya se trate de orden civil o eclesiástico, proveniento de la institución matrimonial. Aquí tenemos los principales problemas que afectan a nuestras familias y ante los cuales el legislador ha permanecido casi impasible, no son otros que continuas rupturas de matrimonio católicos o civiles, por la infidelidad, la embriaguez habitual, los 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; simualcros de matrimonios donde la mujer generalmente por falta de preparación y temor de enfrentarse sola ante el mundo que la rodea, por un erróneo concepto de cristianismo, o respeto a sus principios religiosos, prefiere soportar una esclavitud vergonzante, antes que acudir a un trámite de separación de cuerpos o de divorcio; la constante destrucción de vidas humanas a la cual asisten mudos y con beneplácito los familiares por un despreciable temor al "qué dirán" si se toma una decisión acorde con el respeto a la dignidad humana en fin, a irresponsable inatención económica, material y moral de muchos padres de familia para con su consorte y su prole, al punto de presentarse la consiguiente desbandada en busca de sustento, constituyendo la clásica disgregación familiar; con el engrosamiento del grupo de los desnutridos, de los analfabetas, de los gamines, de las prostitutas y futuros delincuentes; la formación masiva, por consecuencia de las pugnas conyugales y malos

tratos filiales, de una niñez inestable psicológica y emocionalmente, de una juventud pusilánime y temerosa de un mundo circundante, y toda esa gama de situaciones, que si posiblemente se pretendiera darles alguna solución, se obtendrían resultados menos desastrosos para ellos y para el país.

Así, ante esta apabullante y agobiadora realidad, se ha sentido la imperiosa necesidad de una reforma a fondo de nuestras leyes que regulen estos fenómenos, y que presente fórmulas de escape y solución a aquellos convulsionados mundos familiares. Y a esta empresa ha contribuído en parte, aunque con obvia resistencia, la Iglesia, al celebrar con el Estado colombiano un Concordato (Ley 20 de 1974) más dúctil a los procesos cambiantes del mundo actual, que permitiera a nuestro país legislar con un poco más de autonomía en materias tan delicadas. Quizá con ello viera nuestro legislador el camino abierto, para que el Estado recupere su autonomía, y que con base en ello que se lanzó el ámbito jurídico la Ley 1a. de 1976.

0.3 PROBLEMA ESPECIFICO

La disolución del matrimonio, ya sea por muerte o nulidad del vínculo matrimonio y por divorcio es muy importante, a pesar de que hasta hace pocos años resultaba anómalo y por fuera de tono, hablar de divorcio aunque era soportable la alusión a la separación de cuerpos. En todo caso, constituía un verdadero tabú el hablar de divorcio con posibilidades de contraer una nueva unión matrimonial.

Pero es que los hechos pueden más o pueden menos que las buenas intenciones

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

y propósitos de los de nuestra sociedad?

Posiblemente la posición asumida por ellos hasta esta época, nos atrevemos a asegurar, no han hecho más llevadera la vida de los protagonistas de la institución matrimonial, pues los fenómenos que ponen en peligro aquella unidad devienen de muchas circunstancias que escapan al legislador, y los desastres matrimoniales se siguen presentando, no obstante la preocupación del legislador y por encima de todas las cosas. Es decir, que el gran número de desquiciamientos conyugales pasan al margen de la normatividad colombiana, con todos las desastrosas consecuencias que de allí provienen; quizás debido a esto, en los últimos tiempos, los legisladores de varios países del mundo y entre ellos los de Colombia, tomando una actividad ante estos hechos mucho más constructivos que en tiempos pasados (como lo veremos en el desarrollo de esta tesis) han resuelto tratar parcialmente estos fenómenos reglamentándolos para que no se presenten como entidades extrañas a la realidad nacional.

0.4 HIPOTESIS GENERAL

El matrimonio no ha alcanzado su grado máximo de desarrollo su grado máximo de perfección ya que siendo la célula fundamental de la familia y ésta la base de la sociedad, en la medida que la sociedad se va desarrollando necesariamente el matrimonio hará el mismo recorrido, tal como ha ocurrido hasta ahora.

La validez del matrimonio civil y el católico, coexistentes en nuestro país,

ha dado lugar a muchos comentarios desde los orígenes de la República sin que hasta el momento se hayan podido conciliar las posiciones antagónicas respecto a la disolución del matrimonio, sin embargo, con la vigencia de la Ley 20 de 1974 estoy segura que terminará imponiéndose de manera amplia y absoluta sobre el católico, tal vez no por disposición legal al concordato.

0.5 HIPOTESIS ESPECIFICA

La disolución del matrimonio es algo que no se puede predecir; nadie puede preveer su futuro y garantizar que durante su matrimonio no va a sobrevenir situaciones graves que mengüen la estabilidad matrimonial por tanto es aconsejable optar por el matrimonio civil, ya que la disolución legal es más digna que la separación de hecho que lleva al ser humano a las funestas consecuencias anotadas en el problema, la prostitución y concubinato en la mayoría de los casos. El matrimonio civil se acomoda a la realidad, se celebra entre seres humanos y rige sus vidas, lo que no ocurre con el católico que es de origen y carácter divino o sacramental, atributos éstos que no se aceptan a las disposiciones que rigen el matrimonio.

El divorcio como forma de disolución del matrimonio es una necesidad imperiosa en los actuales momentos. El divorcio para el matrimonio civil establecido por la Ley 1a. de 1976, permite a los fracasados de un matrimonio disolver el vínculo y reorganizar nuevamente la vida.

0.6 OBJETIVOS

0.6.1 General

El objetivo principal es hacer un análisis con énfasis en el proceso jurídico, del matrimonio en Colombia y conocer si el proceso aplicado actualmente ha dado los resultados esperados, de acuerdo a nuestro medio.

0.6.2 Especificos

- Empaparnos en el tema, analizar con profundidad el matrimonio y sus disoluciones.

- Conocer paso a paso el proceso histórico del matrimonio en Colombia.

- Establecer la importancia del matrimonio civil, sus ventajas ante el católico.

- La importancia de la disolución del matrimonio por las causales de muerte, declaración de nulidad del vínculo matrimonial y por divorcio.

0.7 MARCO HISTORICO

El concepto sobre el matrimonio ha variado muchísimo ya que es el producto de un largo proceso histórico, así podemos apreciar que en el mundo primitivo existió el matrimonio por grupos que dió origen a la familia punalúa y sindiásmica.

Al matrimonio por grupo precedió la etapa de la promiscuidad absoluta en

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

donde el cordón umbilical era el único vínculo determinante de filiación, motivo por el cual las madres, en un principio, asumían el mando en el hogar, hecho que se conoció con el nombre de matriarcado. Y así se fue desarrollando poco a poco a medida que avanzaba la cultura. En Colombia la base de nuestras actuales instituciones fueron al comienzo un trasplante de las existentes en España, hija predilecta de la iglesia católica, pues fueron los españoles nuestros conquistadores y colonizadores, quienes nos legaron todos los principios, costumbres, religión, vicios, raza, etc., que existían en aquella nación europea; y con el transcurrir del tiempo, de la convivencia de la raza española con la nativa americana, surgieron los entrecruces respectivos; todos estos aspectos se han ido modulando y matizando, barnizando de época en época, con la influencia de evoluciones y revoluciones ideológicas y sociales y con las consecuencias que de todo orden han producido guerras mundiales, hasta quedar convertida en lo que hoy constituye la conciencia social, ética, económica, política, legal, etc., de nuestra nacionalidad colombiana. En este sentido, nuestra más cara institución, el amtrimonio, ha continuado bajo un notable influjo de la religión católica, siendo alimentada con los más acendrados principios católicos.

Debido a ellos, la norma predominante en esta materia ha sido aquella que por tratarse de una nación eminentemente católica, el matrimonio celebrado por los feligreses de la potestad eclesiástica, es decir, por la gran masa de colombianos, ha sido el matrimonio cuyos ritos de celebración fueron prescritos en el Concilio de Trento y de ahí por qué el concepto prevaleciente es el de la indisolubilidad matrimonial. A pesar de lo anterior, nuestro Legislador Civil colombiano, también estableció una forma de matrimonio

civil en la que de acuerdo con el Código Civil francés, trasunto del colombiano, y con alto influjo de la religión católica, prescribiera la misma norma de la indisolubilidad.

0.8 MARCO LEGAL

Hasta la Ley 20 de Junio de 1853 rigió en la Nueva Granada la Legislación Española, que reconocía a partir del decreto "Tamelsi" del Concilio de Trento, el derecho canónico.

Entre 1853 y 1886, se pueden distinguir tres períodos:

1853 a 1856, la Ley 20 de Junio de 1853, impuso el matrimonio civil obligatorio y estableció el divorcio vincular.

1856 a 1864 predominó el matrimonio civil facultativo, la Ley de 1856 restableció la indisolubilidad del matrimonio, y admitió el matrimonio religioso facultativo, a partir, sin embargo, de 1859 por causa del régimen federal, la legislación varió en los diversos Estados, así existió el predominio del matrimonio civil, pero admitiendo el religioso.

De 1864 a 1886, de nuevo a partir de la Constitución de Rionegro, los Estados establecieron la obligatoriedad del matrimonio civil, a tal punto que después de 1887 no había matrimonio civil, a tal punto que después de 1887 no había matrimonio religioso facultativo sino en Boyacá, Cauca y Panamá.

La Constitución de 1886, en sus artículos 38, 53 y 56 declaraba la inspiración

católica de la Nación. La Ley 57 de 1887 adoptó el Código Civil de 1873, adicionándole entre otros, los artículos 12 y 19.

Artículo 12: Estatuía que son válidos para todos los efectos civiles y políticos los matrimonios que se celebren conforme al rito católico.

Artículo 19. La disposición contenida en el artículo 12 tendrá efecto retroactivo. Los matrimonios católicos, celebrados en cualquier tiempo, surtirán todos los efectos civiles y políticos desde la promulgación de la presente ley.

La mujer que al tiempo de la expedición de esta ley, se halle casada católica más no civilmente, podrá conservar la administración de sus bienes y celebrar con el marido, dentro del término de un año, capitulaciones matrimoniales.

La Ley 153 de 1887 modificó lo dispuesto en la Ley 57 de 1887 por cuanto los artículos 21 y 50 explicaban que el subsiguiente matrimonio católico no podía vulnerar derechos adquiridos de terceros.

Esto, no obstante, fue a su vez modificado por el artículo 84 de la Ley 30 de 1888, que sancionó la anterior disposición de la Ley 57 de 1887 (este artículo fue subrogado por la Ley 54 de 1924, -Ley Concha-). Este cuadro histórico-jurídico sobre el matrimonio, se desarrolla y se cumple dentro de un proceso político de las relaciones del Estado con la iglesia, hasta la firma del Concordato de 1887, o convenio del 31 de diciembre de 1887 celebrado en Roma entre el Papa León XIII y el Presidente de la República;

aprobado, además, por la Ley 35 de 1888. Luego vino la Ley 54 de 1924, llamada Ley Concha, quien impuso el matrimonio católico obligatorio. Más tarde se firmó el convenio conocido con el nombre de Maglione-Echandía, con el cual se impuso de nuevo el matrimonio facultativo. Hasta llegar al nuevo Concordato, Ley 20 del 18 de Diciembre de 1974.

0.9 MARCO GEOGRAFICO

Este tema a pesar de ser a nivel mundial, aquí sólo lo trataremos a fondo en el marco nacional.

0.10 TIEMPO DEL TRABAJO

Hemos dedicado a la elaboración de este trabajo de tesis sobre el MATRIMONIO Y SUS DISOLUCIONES, cinco (5) meses de contínuo estudio e investigaciones cuidadosas con responsabilidad, seriedad y entusiasmo.

1. NOCIONES FUNDAMENTALES

1.1 ETIMOLOGIA

La palabra matrimonio, etimológicamente proviene del latín **matris munium,** que significa oficio de madre, por lo cual esta institución lleva el nombre de matrimonio, la madre sufre mayores trabajos con los hijos, le corresponde ejercer las actividades más fuertes de la vida, tales como el embarazo, parto y crianza de los hijos. Otros autores consideran que la palabra matrimonio, proviene etimológicamente del vocablo **mater** que significa madre, por ser ésta quien soporta la verdadera carga del hogar.

1.2 DEFINICION

Etimológicamente la palabra matrimonio se compone de dos vocablos latinos, así: **matris,** madre y **munium,** que se refiere a la protección, lo cual quiere decir protección que se le debe dar a la madres.

1.3 DEFINICION CIENTIFICA DEL MATRIMONIO

Sobresalen en su estudio dos grandes escuelas:

a. Espiritualistas.

b. Metafísica.

La primera es de tipo religioso, sostiene que el matrimonio es un sacramento, que es de origen divino. Entre sus defensores podemos citar a Santo Tomás de Aquino, quien dice "el matrimonio es la unión de cuerpo y alma", establece como causa determinante el amor conyugal, cuyo origen se halla en el sentimiento de paternidad, pero dentro de la ley de afinidad tanto en lo físico como en lo espiritual.

La segunda nos dice que el matrimonio es la unión de seres humanos "hombre y mujer". Entre sus representantes sobresalen Kant y Hegel.

Kant, quien sostiene que el matrimonio es el "comercio sexual" regulado por la ley, o en otros términos, el matrimonio es la legalización de las relaciones sexuales.

Por su parte Hegel afirma que el matrimonio es el "amor" moral sancionado por la ley.

1.4 CONCEPCIONES JURIDICAS DEL MATRIMONIO

El concepto mismo del matrimonio ha variado a través del tiempo incorporado a la vida colectiva y reconociéndose su trascendencia social.

Solón dice: "El matrimonio es la sociedad íntima entre el hombre y la mujer, que tiene por objeto formar una misma familia".

Ulpiano dice: "El matrimonio es la unión del hombre y la mujer, una asociación para toda la vida, implicando comunidad de intereses pecuniarios y religiosos"[1].

Esta es una de las definiciones más claras del matrimonio real, ya que el hombre por sí sólo es incompleto y tiende a formar con la mujer el ser completo.

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 auxiliarmente mutuamente.

---

[1] REVISTA Universidad Libre de Colombia. Matrimonio Civil y divorcio vincular en Colombia. Bogotá, 1981.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

2. EL MATRIMONIO: CLASIFICACION, EXCEPCIONES DE INDISOLUBILIDAD Y FINES

2.1 CLASIFICACION DEL MATRIMONIO

El matrimonio ha sufrido el proceso de transformación a que están sometidos todas las instituciones jurídicas y, por lo tanto, ha pasado por distintas etapas reflejando las modalidades propias del desarrollo cultural, político y económico de cada pueblo en determinado momento histórico. El derecho ha seguido muy de cerca los pasos de este desarrollo precisando tres grande especies a saber: el matrimonio religioso, el matrimonio civil solemne y el matrimonio civil no solemne o puramente consensual.

2.1.2 Matrimonio religioso

Es el que se celebra ante un ministro o funcionario de la iglesia, entendido éste en un sentido universal de institución religiosa. De manera que tiene el carácter de religioso el matrimonio que se celebra con intervención de un funcionario religioso, cualquiera que sea la religión que profese. Desde este punto de vista, es necesario distinguir el matrimonio religioso del matrimonio confesional. El primero es el género; el segundo, la especie. El matrimonio confesional corresponde al matrimonio sacramental de la

Iglesia Católica que lo elevó a la categoría de sacramento. Según se ha visto, conforme a la importancia social que desde sus orígenes revistió el matrimonio y sus consecuencias trascendentales en el régimen de la familia, acto de tal entidad, fue siempre asociado por los pueblos antiguos al magisterio religioso y a la solemnidad litúrgica y colocado bajo la protección de los dioses. Frecuentemente el sacerdote era el encargado no sólo de santificar sino de formalizar la unión.

Dentro de la familia patriarcal, el jefe o patriarca estaba investido de las facultades de autorizar el matrimonio de los hijos que pertenecían a esa gran familia, así como verificar la ceremonia religiosa para solemnizar el vínculo conyugal. Con el nacimiento del Cristianismo y la expansión de su doctrina se cimentaron los caracteres fundamentales de la monogamia y se consideraron la unidad y la perpetuidad como los elementos esenciales constitutivos del matrimonio, y se fue aún más lejos, proclamándose de manera dogmática la indisolubilidad del vínculo por razón de su origen divino según la Iglesia Católica, el mismo Jesucristo le otorgó la categoría de sacramento. Se puso no sólo bajo la divinidad, sino bajo la jurisdicción de la Iglesia; y para cuantos profesan el Cristianismo y hoy militan en el catolicismo, no pueden contraer otro matrimonio distinto al que la misma iglesia reconoce y regula.

El matrimonio sacramental de la Iglesia Católica que trascendió también a la iglesia griega Ortodoxa, ha tenido y tiene todavía, un poderoso influjo en los pueblos de bajo nivel cultural en donde aún no ha hecho la debida y saludable separación entre la Iglesia y el Estado, ni la ciencia se ha separado

de la religión. Sin embargo, en la época actual, esta especie de matrimonio atraviesa por una verdadera crisis, comenzada desde remota época cuando el reformista Lutero desconoció el carácter sacramental del matrimonio, contribuyendo así a dar el paso de la forma puramente religiosa a la estrictamente civil. Debe recordarse que fue en Francia, en el siglo XVI, en donde primero se elaboró la teoría del matrimonio como contrato, marcando la distinción entre éste y el sacramento, atribuyéndole al Estado la soberanía de regularlo.

2.1.1.1 Características del matrimonio católico

En primer lugar podemos decir que la característica más sobresaliente es la de ser indisoluble y en segundo lugar, se exige que un sólo hombre tenga una sola mujer, como vemos se opone a la poligamia (unión de un hombre con varias mujeres), poliandria (unión de una mujer con varios hombres).

La indisolubilidad impone que el vínculo no puede destinarse sino por muerte, tratándose de matrimonio rato y consumado; ya que los simplemente ratos, es decir, aún no consumados de los cristianos, se disuelve bien por la profesión de uno de los cónyuges, o bien por la dispensa concedida por la Sede Apostólica por causa justa a ruego de ambas partes, o de una de ellas aunque la otra se oponga.

Se llama nulo el matrimonio que no ha sido celebrado de acuerdo que las leyes que lo rigen (Divina, natural, positiva y eclesiástica para los bautizados; y natural y civil para los no bautizados).

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

El matrimonio nulo o inválido se llama putativo si por lo menos uno de los cónyuges lo ha celebrado de buena fe, en contraposición al celebrado de mala fe por ambos cónyuges que reciben la denominación de atentado.

Los hijos nacidos del matrimonio putativo se consideran legítimos, mientras que los habidos de un matrimonio atentado, son ilegítimos.

2.1.2 Matrimonio civil

2.1.2.1 Definición y clases

Iniciemos este estudio con la definición que nuestra legislación trae en el artículo 113 del Código respectivo, sobre matrimonio, que en forma literal 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".

a. Matrimonio civil solemne.

El proceso de evolución y transformación del matrimonio de la forma religiosa y sacramental se pasa a la puramente civil. Se caracteriza el matrimonio civil por la facultad exclusiva del Estado para establecerlo y reglamentarlo. Sólo es válido el que se celebra ante las autoridades civiles, desconociéndose todo valor al matrimonio religioso. El poder civil ejercita su facultad de gobierno fijando los funcionarios que pueden celebrarlo,estableciendo los requisitos que deben satisfacer los contrayentes y señalando los derechos y obligaciones entre los cónyuges, entre los padres y los hijos. El matrimonio civil, a su vez, reviste otras modalidades: bien puede sr solemne o

simplemente consensual. El solemne exige para su celebración y validez la intervención de un funcionario público, con facultad específica para autorizarlo y constituirlo en nombre del Estado. Su característica fundamental es la que se asimila a un verdadero contrato, pero de naturaleza **sui generis,** siendo por el mismo, requisito esencial el consentimiento mutuo de los contrayentes.

Se independiza, pues, el matrimonio civil y para abandonar toda formalidad litúrgica. Las jurisdicciones están completamente separadas y es así como la religión y la Iglesia nada tienen que ver con la celebración y validez del matrimonio civil. La solemnidad consiste en que para su celebración se exige el cumplimiento de determinados requisitos, como el de la publicación del acto, la presencia de los contrayentes, la intervención del funcionario público, la manifestación expresa del consentimiento de los contrayentes, la comparescencia de testigos y la elaboración de la correspondiente acta que sirve de medio de prueba de la celebración y existencia del matrimonio, inscrita en el Registro Civil, según el artículo 71 del Decreto 1260 de 1970.

Otra de las características del matrimonio civil y tal vez la más importante, es la que al considerárselo como contrato, regulado por el Derecho Civil, se desprende una lógica consecuencia, el principio de la disolubilidad del vínculo o divorcio vincular. Si la nota predominante del matrimonio sacramental es la indisolubilidad del vínculo, en el matrimonio civil el divorcio es su principal diferencia.

El matrimonio civil ha venido abriéndose paso en el mundo contemporáneo,

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

en forma tal que son pocos los países civilizados que no lo consagran; aún más, en muchos de los países cristianos se ha abandonado la forma religiosa y sacramental para adoptar la forma puramente civil. Con todo, este principio del divorcio vincular no ha sido consagrado en algunas legislaciones que van de la zaga del desarrollo social; y en los pueblos en donde todavía la iglesia y el clero intervienen poderosamente en la organización de la familia y en las cuestiones puramente civiles.

b. Matrimonio puramente consensual.

El matrimonio puramente consensual es otra de las especies del matrimonio civil. Se diferencia del matrimonio civil solemne en que para su celebración y validez no se requiere el cumplimiento de ninguna formalidad. Basta el simple consentimiento de los contrayentes para que se constituya y perfecciones, asimilándose en esta forma a un simple negocio jurídico.

Si exige alguna formalidad es desde el punto de vista de la prueba del contrato matrimonial, más no desde el punto de vista de la constitución. Dada su naturaleza eminentemente contractual, la voluntad de los contrayentes es indispensable para su celebración, pero su validez no depende de la intervención de ningún funcionario público, ni de las observancias de determinados requisitos ad solemnitatem. Además, en el matrimonio puramente consensual, el divorcio se encuentra consagrado en forma amplia, es decir, que así para su constitución sólo exige el consentimiento de los contrayentes, de la misma manera, para su disolución basta el mismo acuerdo de voluntades. Para obtener el divorcio no se necesita alegar ni probar ninguna

de las causales expresamente establecidas por la ley, como sucede en el matrimonio civil solemne. El simple acuerdo de voluntades es suficiente para romper el vínculo. Los observadores del movimiento jurídico contemporáneo consideran esta especie de matrimonio como una de las formas más avanzadas dentro del proceso de evolución; y a pesar de que los juristas de mentalidad atrasada ven en él una legalización del "amor libre", es lo cierto que el matrimonio consensual tiene como único fundamento la voluntad libremente manifestada y el amor que une a los cónyuges sin consideraciones de orden religioso, moral, social o patrimonial. Se hallan consagrados en las legislaciones de países que van a la vanguardia en esta materia como algunos de los Estados de los Estados Unidos de Norteamérica, en Escocia y especialmente en la Unión Soviética y demás países del campo socialista.

2.1.2.2 El matrimonio civil es un contrato

De la definición de matrimonio civil, podemos deducir los siguientes aspectos:

En primer lugar decimos que se trata de un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades para producir obligaciones, como dice el artículo 1495 del Código Civil, un acto por el cual una parte de obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa". En consecuencia, no podemos decir que se trata de un cuasicontrato, ni mucho menos de un hecho jurídico. Seguidamente vemos que este "contrato" tiene las características que siguen:

a. Es bilateral, porque las partes se obligan recíprocamente (artículo 1496). En el matrimonio, tanto el hombre como la mujer se obligan mutuamente

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

a cumplir las obligaciones que de él se derivan, ya sea con el otro cónyuge y con la prole; estas obligaciones no son otras que las de unirse, vivir juntos, procrear y prestarse auxilio mutuo. Por su calidad de bilateral se tiene que, al mismo tiempo que se está obligando a ajustar su conducta en el sentido que señalan los verbos que las anuncian, igualmente se tiene el derecho para exigir de la otra parte el mismo comportamiento.

b. Es solemne, porque está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, sin las cuales no puede producir ningún efecto civil (Artículo 1500 del Código Civil).

c. Es sui géneris, porque si bien es un contrato se trata de un contrato especial con características propias que lo hacen distinto de los otros contratos, comprende cierto número de derechos y obligaciones, que una vez aceptados por la manifestación del "consentimiento" no se puede ni renunciar, ni transar, ni compensar, ni novar, como en otros contratos, en virtud de la calidad del contrato.

d. Es intuito personae, se celebra en atención a la calidad y cualidades de las personas, pudiendo afirmar con toda propiedad que este es el contrato Intuitu personae, por excelencia, pues se celebra el matrimonio con una determinada persona a quien se ha escogido por precisas cualidades, para sea la madre o padre de sus hijos y a la vez el complemento de su vida, su compañera o compañero, y es él o ella, no con ninguna otrapersona, con quien va a unirse carnal y afectivamente, y con quien va a vivir bajo el mismo techo y va a compartir todas las situaciones que se presenten en la vida

en común.

2.1.2.3 Elementos esenciales del matrimonio civil

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.
- Finalidad.

a. Objeto propio: Es el "mutuo derecho sobre los cuerpos" en orden a realizar los actos propios de la procreación de los contrayentes, constituyéndose en la esencia misma del contrato matrimonial. Es además objeto lícito porque no van ni en contra de la ley, ni de los buenas costumbres, por el contrario, la norma legal lo autoriza en orden a evitar la "extinción" del género humano.

Se puede afirmar que la exclusión de este derecho, bien sea por parte de ambos, o por cualquiera de los contrayentes, hacen que el matrimonio sea nulo.

b. Pluralidad de sujetos determinados. Esto significa que la celebración del matrimonio exige "dos personas, un varón y una mujer"; las partes en este contrato están determinadas en forma expresa, descartando de plano

la celebración del contrato matrimonial con personas del mismo sexo, o de aquellas personas que carecen de las características propias de su sexo. Por ello afirmamos que nos encontramos frente a un acuerdo de voluntades de carácter especial, porque si bien los otros contratos nacen a la vida jurídica teniendo en cuenta la capacidad legal de las partes (Artículo 1502). Nacen independientes de la calidad de varón o de mujer, basta que se realicen entre dos o más personas, sin entrar a determinar el sexo; en cambio, en el presente contrato, es menester que se trate de "un varón y una mujer", lo cual es de la esencia del matrimonio.

c. Mutuo consentimiento. Siendo el elemento esencial en el contrato matrimonial, las partes contratantes deben expresarlo con toda claridad y evidencia para que dichos acuerdos de voluntades tengan plena validez así "el consentimiento" está limitado a girar alrededor de dos circunstancias especiales.

- La de escogerse su estado matrimonial.
- La de escoger su cónyuge.

De esta manera descarta toda posibilidad de consentir sobre otros aspectos, el consentimiento puede ser en otros contratos, por ejemplo, sobre el tiempo de duración o forma de determinación del contrato, etc., es decir, no se pueden "acordar" cosas accidentales del contrato mediante cláusulas especiales.

Por eso, con gran acierto, se afirma que el matrimonio civil se basa no en

un hecho, sino en un acto, en un acuerdo de voluntades que produce efecto en el campo jurídico, siendo el consentimiento un "acto de la voluntad", por el que los contrayentes se adhieren al contenido esencial del matrimonio. Por lo tanto, el predominio de la libre voluntad, considerado como "causa suficiente" del negocio matrimonial, no puede considerarse como la expresión del principio de la libertad contractual, en sentido estricto, porque la voluntad de los contrayentes no puede incidir sobre el contenido del contrato, modificándolo en alguna medida.

d. Finalidad. De la definición que nos trae el artículo 113 de nuestro Código Civil, podemos concluir que la finalidad del matrimonio civil es "vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente".

De la misma manera que el matrimonio canónico, podemos determinar un fin primario y un fin secundario, para facilitar de este modo su estudio. Así tenemos que:

- El fin primario lo contituye "el vivir juntos y auxiliarse mutuamente".
- El fin secundario lo constituye "el procrear".

Con esto no quiere significar que el fin secundario ocuparía un segundo lugar en orden de importancia y trascendencia de la institución matrimonial; tanto el fin primario como el secundario son igualmente relievantes, y están situados en un mismo plano; pero la naturaleza misma del contrato es especial.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

2.1.2.4 Requisitos indispensables para la validez del matrimonio civil

En Colombia, para la validez del matrimonio civil, se tiene en cuenta ciertos requisitos que pueden clasificarse de la siguiente manera:

- Intrínsecos o de fondo.
- Extrínsecos o de forma.

Los requisitos intrínsecos o de fondo existen unos que son positivos y otros negativos.

Son requisitos positivos de fondo:

- Diferencia de sexo.
- Capacidad sexual y mental de los contrayentes.
- Expresión o manifestación de voluntades.

Son requisitos negativos de fondo:

- La existencia de un matrimonio anterior en alguno de los contrayentes.
- El vínculo de parentesco entre ellos.
- Homicidio del cónyuge.

> Los requisitos de fondo positivos impiden el matrimonio en caso de que no existan, y los negativos de fondo impiden el matrimonio si existe. A este respecto no sobra advertir que la doctrina de los canonistas considera todas las condiciones enunciadas como impedimentos, y los divide en impedimentos 'dirimentes" e impedimentos "impedientes"; los primeros se refieren a la validez

del matrimonio y si, existiendo, éste llegare a celebrarse, quedará afectado de nulidad; los segundos se oponen a la celebración del matrimonio pero si éste se celebra será válido[2].

2.1.2.4.1 Requisitos positivos de fondo

a. Diferencia de sexo en los contrayentes y capacidad sexual. Es requisito esencial en el matrimonio que las personas que lo contraigan sean de diferente sexo y tenga capacidad sexual. La diferencia de 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 (Artículo 113, Código Civil); exige que el matrimonio debe celebrarse entre "un hombre y una mujer".

También es necesaria la capacidad sexual, y de ahí que no haya matrimonio si las relaciones sexuales no son posibles en virtud de algún defecto o imperfección de los órganos sexuales de uno de los contrayentes. Es inválido, por lo tanto, el matrimonio de los eunucos, el de las mujeres que carecen de ovarios o de útero o de ambos órganos a la vez, o cuando simplemente no pueden realizar la relación sexual.

La ausencia de capacidad sexual, que también se llama impotencia coeundi, debe existir en el momento del matrimonio, de manera que haga imposible su consumación, pues la doctrina considera que la impotencia coeundi que se presenta después del matrimonio, carece de toda influencia en su validez,

2VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho de Familia. Tomo V. Bogotá, Temis, 1985 p. 46.

ya que es posible que los fines de la unión conyugal se hayan cumplido regularmente.

Capacidad mental.

> Esta capacidad es diferente de la capacidad general que se exige para la celebración de negocios jurídicos, pues mientras ésta se otorga a las personas cuando cumplen los dieciocho años, por considerar la ley que sólo a esa edad se encuentran dotadas de una voluntad plenamente reflexiva, aquella se relaciona, en cambio 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 la procreación. Las personas pueden ser aptas para procrear antes de cumplir 18 años, es decir, cuando alcanzan el llamado período de la pubertad, esto es, en los varones los catorce (14) años y las mujeres los doce (12), esta edad era la exigida por el derecho romano y por el antiguo derecho canónico; pero a partir del Codex Juris Canocici de 1917, se elevó en dos años, es decir, dieciseis para los varones y catorce para las mujeres[3]

Sin embargo, la capacidad matrimonial que otorga la ley a los púberes no puede actuar libremente, y de ahí que el Código distingue 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 otras personas.

El artículo 117 de nuestro Código Civil dice en forma textual:

> Los menores de edad expresada no pueden contraer matrimonio sin el permiso expreso, por escrito, de sus padres legítimos o naturales. Si alguno de ellos hubiere muerte, o se hallare impedido para conceder este permiso, bastará el consentimiento del otro; y estando discordes, prevalecerá en todo caso la voluntad del padre. En los mismos términos de este artículo se necesita del consentimiento del padre y de la madre adoptantes para el matrimonio del hijo adoptivo, menor de veintiun años y de la hija adoptiva menor de dieciocho y estando discordes, prevalecerá en todo caso, la voluntad del padre. Fue derogada por el Decreto 2820 de 1974, artículo 70

[3]WEILL y TERRE, A. Número 199.

[4]VALENCIA ZEA, op. cit., p. 51.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

b. Expresión o manifestación de voluntades. Dentro de la cultura jurídica actual es esencial que los propios contrayentes expresen su voluntad de contraer matrimonio; dicha voluntad debe recaer no sólo sobre las palabras (forma), sino también sobre el contenido esencial del matrimonio: cohabitación, fidelidad, deber de socorro y ayuda (artículos 115, 135 y 138 del Código Civil).

En otros tiempos existió el matrimonio por compra, que el hombre hacía mediante regalos y donaciones, pero el cristianismo ha contribuído en forma notable a dar fuerza a la regla de que el matrimonio exige siempre las declaraciones de voluntad de los propios contrayentes, oponiéndose siempre a los matrimonios por rapto y por compra, así lo consagran los cánones 1081 y siguientes del Código de Derecho Canónico.

2.1.2.4.2 Requisitos negativos de fondo

a. La existencia de un matrimonio anterior en algunos de los contrayentes. Este requisito se apoya en la monogamia; no puede una persona estar ligada a un mismo tiempo por dos vínculos matrimoniales ya que ello implicaría que una mujer tuviera dos maridos o que un hombre tuviera dos mujeres, o más. Por lo tanto, es nulo el matrimonio que celebre una persona ligada a otra con vínculo matrimonial actualmente válido. Además, quien contrae segundo matrimonio encontrándose vigente el primero, incurre en el delito de bigamia, sancionado por el artículo 260 del Código Penal.

b. El vínculo de parentesco entre ellos. Este segundo requisito, o impedimento

dirimente, es la inexistencia de determinado grado de parentesco entre quienes celebran matrimonio. Por el parentesco de consanguinidad, se prohibe el matrimonio en forma absoluta entre parientes legítimos o ilegítimos por línea directa (Artículo 140, numeral 9 del Código Civil), es decir, de padres con hijas, de madres con hijos o con nietos, etc. También se prohíbe entre parientes por línea colateral de consanguinidad en segundo grado, o sea entre hermanos (artículo 140, numeral 9 del Código Civil). Entre los demás parientes se permite el matrimonio: tíos con sobrinos, primas hermanas con primos hermanos. En relación con el parentesco por afinidad, se prohíbe el matrimonio entre personas que estén unidas entre sí en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima (Ley 57 de 1887, artículo 13). Así, el viudo no puede contraer matrimonio con la hija legítima de la que fue su mujer, pero puede contraerlo con la hermana de su antigua esposa. Con respecto al parentesco por adopción, 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 esposa del adoptante y el respectivo hijo.

c. Homicidio del cónyuge. Se prohíbe el matrimonio del cónyuge que "ha matado o hecho matar al cónyuge o con quien estaba unido en matrimonio anterior" (Código Civil, artículo 140, numeral 8). El Código de Derecho canónico establece en su cánon 1075, "que no pueden contraer matrimonio los que de común acuerdo han cooperado física o moralmente, dieron muerte al otro cónyuge". En el mismo sentido, el numeral 8 del artículo 84 del Código Civil español"[5] . Sin duca, en este sentido debe interpretarse el artículo 140 de nuestro Código Civil y no en la forma como quedó redactado, pues

[5] Ibid., p. 55.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

indicaría que el homicida de su cónyuge jamás podría casarse de nuevo, lo cual es absurdo. El impedimento debe comprender únicamente al cónyuge que, de común acuerdo con otro, mata el otro cónyuge. O sea que el cónyuge homicida no puede casarse con el cómplice.

Los anteriores impedimentos son dirimentes y si se celebra el matrimonio existiendo uno de ellos, se podrá pedir su nulidad. Pero existen otros impedimentos que no son dirimentes sino impedientes y que constituyen meras prohibiciones que no invalidan el matrimonio en el caso de que se celebre cuando concurren.

2.1.2.4.3 Requisitos de forma anteriores al matrimonio

AVISOS AL JUEZ Y PUBLICACIONES. Una vez que un hombre y una mujer decidan casarse, deberán dirigirse al juez competente y manifestarle su decisión verbalmente o por escrito. En este acto o en el memorial respectivo, expresarán los nombre de los padres o curadores, según el caso, y el de los testigos que deban declarar sobre las cualidades necesarias de los contrayentes, y también el domicilio de todas estas personas. (Código Civil, artículo 126). El juez procederá inmediatamente a practicar todas las diligencias necesarias, para obtener el permiso de los padres, ascendientes o curadores, en los casos de los contrayentes o uno de ellos carecieren de edad mínima para celebrar el matrimonio libremente (Artículo 129, Código Civil), el juez interrogará a los testigos, pero antes les leerá el artículo 140 del Código Civil cumplidos con todos los requisitos anteriores, procederá a dar publicidad al proyecto matrimonial, pues la ley civil manda que sea

éste un acto público y no secreto o clandestino. Dichas publicaciones se realizan mediante la fijación de un edicto durante quince (15) días en la puerta de la secretaría del juzgado, en el cual se anunciarán la solicitud hecha, los nombres y apellidos de los futuros contrayentes y el lugar de su nacimiento (Artículo 130 del Código Civil).

LAS OPOSICIONES. La finalidad más importante de las publicaciones es hacer conocer a los demás el futuro matrimonio, con el fin de que quienes se crean con derecho a oponerse, lo hagan sin demora. Es una especie de defensa para el funcionario y para la ley misma, ya que con esas publicaciones se puede evitar la celebración de un matrimonio entre personas que tengan algún impedimento.

PERSONAS QUE PUEDEN HACER OPOSICION. Conforme al segundo párrafo del artículo 130, toda persona que acredite un interés legítimo puede impedir el matrimonio y, también, podrá denunciar los impedimentos todo el que tenga derecho a ello, y justifique un interés serio y legítimo.

MOTIVOS DE LA OPOSICION. Los motivos no pueden ser otros que la ausencia en alguno de los contrayentes, o en ambos, de alguna de las condiciones de fondo positivas, o la existencia de los impedimentos que constituyen requisitos negativos de fondo.

TIEMPO EN EL CUAL DEBE FORMULARSE LA OPOSICION. La oposición debe formularse dentro de los quince días de la publicación del edicto, esto como regla general; pero como existen impedimentos instituídos por motivos

de orden público, éstos deben admitirse en cualquier tiempo, ya sea antes de la celebración del matrimonio, o mientras se celebre.

Toda oposición a un matrimonio debe probarse, excepto la formulada por los padres o ascendientes en razón de la menor edad de los futuros contrayentes, las pruebas deben presentarla los interesados dentro de los ocho (8) días. Vencido este término, se señalará el día para la celebración del juicio y se decidirá sobre la oposición (Código Civil, artículo 132).

EFECTOS DEL FALLO DEL JUEZ SOBRE LA ADMISION O RECHAZO DE LA OPOSICION. Para estudiar los efectos que produce el fallo del juez sobre la oposición es necesario distinguir si es aceptada o rechazada. Si la oposición próspera, es preciso tener en cuenta el motivo o fundamento de ella. Si éste es existencia de un requisito negativo de fondo o la no existencia de alguno de los requisitos positivos de fondo que deben reunir los cónyuges, el fallo producirá efectos absolutos, y, por lo tanto, los candidatos al matrimonio definitivamente no podrán casarse entre sí. Esto ocurre cuando uno de ellos estaba casado con otra persona o cuando existía entre ellos el impedimento del parentesco. Si la oposición estriba en un impedimento impediente, el fallo producirá efectos relativos, es decir, que el matrimonio no podrá autorizarse mientras los novios no cumplan determinadas formalidades. Ejemplo: dejar trascurrir el plazo de la viudez (270 días). Este fallo puede ser apelado en la forma indicada por el artículo 133 del Código Civil. Si la oposición no prospera, el fallo que la rechace deberá ordenar la celebración del matrimonio, como lo dispone el artículo 134 del Código Civil y condenar a la parte opositora a indemnizar los

perjuicios.

REQUISITOS COETANEOS A LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO. Los requisitos de forma para la celebración del matrimonio se refieren al funcionario encargado de presenciar y autorizar el acto, al lugar donde debe celebrarse, a la presencia de los contrayentes y de los testigos, a las declaraciones de voluntad y a la redacción del acta matrimonial.

- El funcionario: Los funcionarios competentes para la celebración del matrimonio son los jueces civiles municipales en donde la mujer tenga su domicilio, de acuerdo al artículo 126 del Código Civil.

- El lugar: Debe ser el municipio en donde tenga la mujer el domicilio (Artículo 126 del Código Civil).

- Presencia de los contrayentes: Es requisito esencial del matrimonio que los contrayentes expresen sus declaraciones de voluntad ante el juez y en presencia de los testigos. A este respecto es necesario distinguir, según los contrayentes comparezcan personalmente, o uno de ellos se encuentre ausente y exprese su declaración mediante apoderado o mediante escrito dirigido al funcioanrio.

- Declaración de voluntad mediante apoderado: Se admitía que los contrayentes estuvieran representados por apoderados (Artículos 114 y 139 del Código Civil). Pero este sistema fue modificado por el artículo 11 de la Ley 57 de 1887, según el cual sólo el varón puede constituir apoderado;

la mujer debe comparecer siempre personalmente, en razón de que debiéndose celebrar el matrimonio en el lugar de su domicilio, no hay razón para que lo haga mediante apoderado.

El acto de apoderamiento del matrimonio es solemne y debe otorgarse ante Notario Público, y como es lógico, debe indicar claramente el nombre de la mujer con la cual se contrae el matrimonio. El poder otorgado por el varón es revocable, pero la revocación no surtirá efecto sino se notifica a la mujer antes de la celebración del matrimonio (Ley 57 de 1887, artículo 11), por lo tanto, si se verifica la revocación, pero sólo es conocida por la mujer después de celebrado el matrimonio, carecerá de todo efecto y las nupcias serán válidas.

2.1.3 Matrimonio en estado de necesidad

El matrimonio en estado de necesidad es aquel que es preciso celebrar urgentemente, dado el peligro de muerte que amenaza a uno o a ambos de los que desean casarse. Esta clase de matrimonio tendrá especial aplicación cuando concurren estos dos supuestos: estado de concubinato o de mera unión libre entre el hombre y la mujer, y peligro de muerte para ambos concubinos o para uno de ellos, junto con el deseo mutuo de regularizar su situación mediante el matrimonio.

En el matrimonio católico, se puede realizar en la presencia de un sacerdote, aunque no sea el párroco, con los dos testigos, y llevar la información al párroco del lugar, para la inscripción del acta correspondiente.

De acuerdo al artículo 136 del Código Civil permite prescindir de las formalidades previas para la celebración del matrimonio, si estuviera en peligro de muerte y no hubiere por esto, tiempo de practicar las diligencias de que habla el artículo 130 de nuestro Código Civil, podrá procederse a la celebración del matrimonio sin tales formalidades, siempre que los contrayentes justifiquen que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 140 del Código Civil. Pero si pasados 40 días no hubiere acontecido la muerte que se temía no surtirá efecto, si no se revalida observando las formalidades legales.

El doctor Rodríguez Piñeres, en su Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano, considera injurídico la exigencia de la presencia del Juez para estas formas extraordinarias.

2.2 EXCEPCIONES A LA INDISOLUBILIDAD DEL MATRIMONIO

"Con el objeto de comprender mejor estas cosas que constituyen excepción al principio de indisolubilidad matrimonial, es menester emitir la concepción de la iglesia, en cuanto al matrimonio "rato" y el matrimonio rato consumado"[6].

La iglesia concibe dos etapas en el matrimonio, así: se llama matrimonio rato al que ha sido celebrado debidamente de acuerdo con todas las disposiciones canónicas, pero no ha sido consumado y el matrimonio "rato

[6] BURBANO DE GARCIA, Estella. Matrimonio, divorcio y separación de cuer - pos. Bogotá, Jurídica, 1981. p. 25.

consumado" cuando celebrado de acuerdo con las prescripciones de la iglesia ha existido entre los cónyuges el "acto propio de la procreación" (Canon 1015 C.D.C). Estos términos son aplicados solamente al matrimonio "entre cristianos" o bautizados.

El matrimonio rato que es siempre válido no es absolutamente indisoluble, porque al no ser consumado, no se ha cumplido con el mandato divino (dado por Dios en el paraíso y luego confirmado por Jesucristo), que decía: "Así que ya no son dos sino una sola carne". En el canon 119 en forma literal dice lo siguiente: el matrimonio consumado entre bautizados, o en una parte bautizada y la otra no, se disuelve tanto por disposición del derecho en virtud de la profesión religiosa solemne, como dispensa concedida por la Santa Sede Apostólica por causa justa, a ruego de ambas partes o de una de ellas aunque la otra se oponga.

2.2.1 Privilegio Paulino o de "la fe"

Constituye una dispensa concedida por N.S. Jesucristo, en favor de la fe. Recibe su nombre porque lo trae en la doctrina de San Pablo y consiste en que: el matrimonio contraído legítimamente entre dos infieles puede la Santa Sede disolverlos, aun cuando haya sido consumado, después que uno de los consortes haya recibido el bautizo y por este hecho haya abrazado la verdadera fe pero conviene hacer una aclaración: para que pueda operar este privilegio es necesario que no se hayan convertido los contrayentes, porque al recibir el bautismo ambos, el matrimonio se haría ipso facto contrato sacramental y como tal es indisoluble.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Es necesario, según la interpretación del canon 1126 del C.D. Canónigo, que el bautizado celebre nuevo matrimonio válido para que de lugar a la "disolución" del matrimonio anterior, porque de lo contrario aunque en nuevo fiel se haya separado de hecho del cónyuge, porque éste rehuse seguir cohabitando en forma pacífica y le impida al converso practicar libremente la religión cristiana de los hijos, se mantiene el vínculo indisoluble.

2.2.2 Dispensa apostólica

Si la dispensa la hace la Santa Sede, se llama entonces apostólica, consiste en que a juicio de la Santa Sede Apostólica y en casos muy graves, puede el Romano Pontífice en virtud de la plenitud de los poderes que tiene, por petición de ambas partes, por petición de una de ella aunque la otra se oponga o no lo pida, disolver, mediante "indulto apostólico" todo matrimonio rato y no consumado. Se trae como ejemplo: la demencia posterior al matrimonio de uno de los cónyuges; la existencia dudosa del impedimento de impotencia, el peligro de perder la fe, cuando el otro ya ha perdido las creencias cristianas, etc.

2.2.3 Por profesión religiosa

Cuando una de las partes hace votos perpetuos en una orden religiosa y estaba ligado, hasta ese momento, por el vínculo matrimonial, pero era necesario que el matrimonio fuese "rato pero no consumado" se "disuelve" por el hecho mismo ipso facto, en virtud de lo dispuesto en el canon 119 del Código de Derecho Canónigo.

En estas circunstancias el otro cónyuge queda desligado en forma definitiva y puede contraer nuevo matrimonio. Los entendidos de la materia añaden que el vínculo se rompe en el mismo momento de hacer la promesa solemne.

2.2.4 Matrimonio legítimo

El matrimonio legítimo es el válido entre no bautizados, en relación con los infieles, Santo Tomás decía "que no eran ni súbditos, ni miembros de la Iglesia, por eso el matrimonio legítimo no tiene la misma consistencia del contrato sacramental de los cristianos"[7].

Nuestro Señor Jesucristo concedió a la Iglesia, como consta en la doctrina de San Pablo, el poder de disolver en favor de la fe cristiana el matrimonio legítimo de los infieles, esté o no consumado. Los canonistas afirman que en la mayoría de los caos en los cuales se autoriza a los cónyuges para separarse de por vida y en la posibilidad de contraer nuevo matrimonio, se debe no a que el matrimonio haya sido "anulado" si no que se ha efectuado la declaración de nulidad, se declara nulo lo que siempre ha sido nulo pero que por error se creía válido; en cambio se anula lo que sí ha sido válido.

2.2. 5 Propiedades esenciales del matrimonio-sacramento

Estas propiedades esenciales obtienen en el matrimonio "cristiano" según la doctrina de San Pablo, una estabilidad muy singular cuando interpreta que la unión que determina el sacramento del matrimonio entre los casados.

---

[7] RESTREPO URIBE, Liborio. Matrimonio, divorcio y concordato. Bogotá, Temis, 1972, p. 29.

"La unión que hay entre Jesucristo y la Iglesia". De esta manera se afirma que Jesucristo es la cabeza, "cuerpo místico o sea la cabeza de la Iglesia Católica, formada por todos los cristianos; y así como la unión del cuerpo es cuestión vital, así la Iglesia, cuerpo místico está unida a Jesucristo con una unión muy estrecha y muy perfecta; y siendo esta unión que Jesucristo es el esposo de la Iglesia y que ésta es la esposa dde aquel. Esta unión es "una e indisoluble", una porque es de Cristo con la Iglesia. "Indisoluble porque el cuerpo no puede vivir separado de la cabeza. La iglesia unida a Jesucristo de la vida sobrenatural a los hombres, por lo cual vienen a "ser hijos de Dios y de la Iglesia"[8].

No comparto esta doctrina, porque no reviste un análisis profundo, se trata de una figura metafórica: "Jesucristo es el esposo y la Iglesia la esposa de aquel", esto no corresponde a una realidad que pueda percatarse o puede "ver" con lógica esta situación: es algo imaginario y de lo imaginario no puede deducirse efectos reales,recordemos el principio, la causa y el efecto, para significar que de "causa imaginaria no se pueden producir efectos reales, en este caso la unidad y la indisolubilidad, a no ser que afirmemos que estas dos propiedades esenciales del matrimonio canónico está en el plano de lo imaginario, aunque no creemos que ésta sea la finalidad propuesta, por los tratadistas, ni canonistas, ni teólogos de la religión católica. Hagamos un paréntesis y digamos que para estudiar así sea en forma brevísima como lo hacemos en la presente circunstancia, debemos estar revestidos de un elemento que se llama la fe, y la fe es creer lo que no vemos, le añadimos.... y comprendemos por ello debemos esperar cualquier explicación y conclusión.

[8] Ibid., pp. 15-16.

No quiero significar con esto que estoy en contra de las propiedades del matrimonio canónico, sino más bien de la forma como se trata de explicar su origen, pero con el objeto de estudiarlo desde este punto de vista definamos la unidad y qué es la indisolubilidad.

INDISOLUBILIDAD. El matrimonio canónico es indisoluble, por derecho divino: esto equivale a decir que como viene de DIOS, excluye el "divorcio vincular" y supone la perpetuidad. Por esto al definirlo se dijo: "... matrimonio es la unión, sacramento por el cual un hombre y una mujer se ligan perpetuamente"[9].

2.3 FINES DEL MATRIMONIO CIVIL Y CATOLICO

2.3.1 Civil

- Fines de carácter general.
- Fines de carácter especial.

Los primeros se regulan por las relaciones sexuales, son medios para propagar la especie: tienen como fin general procrear, es decir, formar una familia bajo el amparo de la ley, de ahí que los nacidos dentro del matrimonio son legítimos, a diferencia de los nacidos fuera de él, que son extramatrimoniales. Por consiguiente, podemos sostener que el matrimonio es la fuente de la familia legítima. En esta forma se evita la práctica del amor libre, lo que conduciría a la promiscuidad que tanto daño ocasiona a la humanidad entera.

[9] BUPPANO DE GARCIA, Stella. Op cit., pp. 21-22.

Los fines de carácter general no están contemplados en texto legal alguno, sino que se derivan de la costumbre y son: regulación de las relaciones sexuales, moralización del amor y formar una familia.

Los fines de carácter especial se derivan de los artículo 76, 113 y 176 del Código Civil y son:

2.3.1.1 Vivir juntos

O sea tener un techo en común, un mismo domicilio. Esto es fijado de común acuerdo con los cónyuges. Según el Decreto 2820 de 1974, a falta de ello será fijado por el Juez. Anteriormente, en base al artículo 178 del Código Civil, el marido podía obligar a la mujer para que viviera con él y a seguirle a donde quiera que trasladara su residencia; cesa este derecho cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer, este artículo tiene mucha concordancia con el primitivo artículo del proyecto de Andrés Bello, que decía literalmente: La mujer casada sigue el domicilio del marido. Con todo el domicilio de la mujer divorciada de bienes se determinará según las reglas generales, en lo relativo a los bienes que separadamente administre[10]

Pero el contexto del Decreto 2820 de 1974, es justo pues no se puede emplear la fuerza para que los cónyuges vivan juntos, y hoy si quieren suspender su vida en común pueden seguir el procedimiento adoptado para la separación de cuerpos.

---

[10] VALENCIA ZEA, Arturo. Domicilio Legal. Tomo 1. 7ed. Bogotá, Temis, 1979. p.62.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

2.3.1.2 La procreación y educación de los hijos

La procreación es la propagación de la especie y la educación son los conocimientos que se deben infundir a los hijos directamente o por otras personas. Debemos educar y capacitar a nuestros hijos para hacerlos responsables de sus propios actos y para cumplir el mayor de todos, el de honrar y servir a nuestra patria. Si no les damos educación suficiente estarán desposeídos de cualquier porvenir y serán humillados por la misma sociedad. Tanto la procreación como la educación son igualmente obligatorios a uno y otro cónyuge, puede faltar la procreación por impotencia coendi o generandi; la primera es la falta de capacidad para realizar el acto sexual, motivo por el cual no se consuma el matrimonio. En el Derecho Canónico, la falta de consumación (matrimonio rato), es causal de nulidad, es decir, no es absolutamente indisoluble, porque al no ser "consumado", no se ha cumplido con el mandato divino.

La impotencia generandi es la incapacidad para engendrar por uno de los contrayentes, por lo tanto hay relaciones sexuales, pero no hay procreación.

2.3.1.3 Auxiliarse mutuamente y guardarse fe

El auxilio mutuo debe ser tanto en lo espiritual como en lo material, tanto en la riqueza como en la pobreza, en la salud como en la enfermedad, hasta que la muerte los separe.

Deben guardarse fe, es decir, ser fieles tanto el marido como la mujer, ya que los dos se deben fidelidad mutua.

El incumplimiento de este deber trae como consecuencia el adulterio y es causal de divorcio tratándose del matrimonio civil. El auxilio mutuo hace relación al aporte necesario para el desempeño de las facultades que le corresponde a cada cual.

2.3.2 Fines del matrimonio católico

Fines primarios. El canon 1013 del C.D. Canónigo establece que el fin primario del matrimonio es el de la procreación de la prole.

Fines secundarios. El mismo canon dice que el fin secundario es el de la mutua ayuda de los cónyuges y servir de remedio a la concupiscencia.

Propiedades esenciales son la unidad o indisolubilidad. La unidad consiste en que el matrimonio solo puede existir entre un solo hombre y una mujer. La indisolubilidad consiste en que el matrimonio válidamente celebrado y consumado por la cópula conyugal no puede disolverse sino por la muerte de uno de los cónyuges y así lo establece el canon 1013 y 1018 del C.D. Canónico, cuando dice:

> El matrimonio válido, rato y consumado, no puede disolverse por ninguna humana autoridad ni por ninguna causa fuera de la muerte. Para ello, es necesario aclarar cada uno de estos términos en la siguiente forma:
>
> a. Matrimonio rato: Se llama así el matrimonio celebrado que no ha sido consumado por la cópula conyugal. El que ya lo ha sido, se le llama consumado.
>
> b. Matrimonio legítimo: Es el matrimonio válido celebrado entre personas no bautizadas y en principio indisoluble.

c. Matrimonio mixto. Matrimonio contraído entre cristianos, uno de los cuales pertenece a secta no católica o simple infiel.

d. Matrimonio putativo. Es el matrimonio inválido contraído de buena fe, por una o ambas partes.

e. Matrimonio presunto. Existe ante el derecho, por razón de su forma externa, aunque no existe en realidad o se halle profundamente viciado[11].

---

[11] GOMEZ RANGEL, Amado. Conferencias de Derecho de Familia.

3. REGIMEN DEL MATRIMONIO EN COLOMBIA

3.1 EL MATRIMONIO FRENTE A LA LEY CONCHA

Para entrar a estudiar el régimen del matrimonio en Colombia frente a la llamada "Ley Concha" debemos precisar, en primer término, que este nombre corresponde a la Ley 54 de 1954 y tomó esta denominación porque fue acordada entre el doctor José Vicente Concha, en su calidad de Ministro Plenipotenciario de Colombia y la Santa Sede.

Sobra destacar que el doctor Concha era un ameritado jurista, autor de varias obras de Derecho Penal y Constitucional, un estudioso del latín, profesor universitario, habiendo desempeñado con gran dignidad el alto cargo de Presidente de la República entre 1914 y 1918.

Con anterioridad a esta ley, y como antecedente de ella, el Gobierno había firmado con la Santa Sede el famoso Concordato de 1887, durante la presidencia del Doctor Rafael Núñez, mediante el cual, en atención a las pretensiones a que aspiraba el presidente de Colombia y que no viene al caso analizar, el Estado colombiano otorgaba importantes privilegios a la iglesia. Por lo demás, es conveniente anotar que la Constitución de

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

1886 y la Ley 152 de 1887, fueron las que originaron el mencionado Concordato que fue catalogado, por los mismos jerarcas de la iglesia, como la obra más perfecta en materia de concordatos, debido a las pródigas concesiones obtenidas del Gobierno colombiano.

Con miras a una comprensión más amplia del tema, recordamos que el "Concordato es un tratado normativo, o sea una Ley dada por el Sumo Pontífice y el Legislador Civil para determinar las relaciones entre la iglesia y el Estado. En consecuencia, ambas partes y los súbditos a quienes se refiere están ligados por la justicia legal, en orden al bien común"[12].

Pues bien, el artículo 17 del mencionado concordato establecía: "El matrimonio que deberán celebrar todos los que profesan la religión católica producirá efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento"[13].

Fue precisamente este artículo el que, a manera de torre de Babel dió lugar a muchos conflictos entre las potestades eclesiásticas y civiles, ya que muchos jueces civiles lo interpretaron con un criterio amplio para aquella época, conceptuando que de acuerdo con él, se podía celebrar el matrimonio civil, siendo ellos los llamados para autorizarle y presenciarle respecto de aquellos que no profesaban la religión católica; o de aquellos que habiendo

---

[12] ARBOLEDA VALENCIA, Hernán. Derecho Matrimonial Eclesiástico. Bogotá, Temis, 1970, p. 53.

[13] BUBANO DE GARCIA, Stella. Op cit., p. 44.

sido bautizados en la religión católica, se hubiesen apartado de ella por la apostasía, engrosando el grupo de los que no la profesaban, ante esta forma de interpretar aquel precepto concordatario, la iglesia reaccionó violentamente excomulgando a los jueces que asistieron a la celebración del matrimonio civil.

En esta circunstancia, fue necesario que el 20 de julio de 1892, se firmara una convención adicional al concordato para eludir las dificultades que pudieran presentarse por diversos aspectos entre la potestad civil y la eclesiástica, se le incluyó el artículo 24 a esa convención, que textualmente dice lo siguiente: "Si en el porvenir sugiere alguna dificultad en la aplicación de cualquiera de las disposiciones contenidas en los artículos procedentes, el Padre Santo y el Excelentísimo señor Presidente de la República se pondrán de acuerdo para arreglarlos amistosamente". Ante la posición de aquellos que afirmando "no profesar la religión católica" manifestaban que se podían casar sin tener en cuenta las disposiciones del Concilio de Trento, pero pretendiendo que esa unión originara "los efectos civiles del Matrimonio", fue entonces como estos hechos dieron lugar a que algunos jueces civiles acudieran a consultar al gobierno.

Basados en el Artículo 24 del "Convenio Adicional", las dos entidades para solucionar estos eventos dando respuesta a tales inquietudes, se propusieron arreglar amistosamente las divergencias, habiéndose producido al respecto profundo e interesantes discusiones entre la Santa Sede, representada por el eminente Pietro Gasparini, por ese entonces Secretario de Estado, y el Gobierno de Colombia, representado por el doctor José Vicente Concha.

Teniendo en cuenta la importancia que tiene para el presente estudio, se hace necesario transcribir en parte, el concepto que desde Roma envía al Gobierno colombiano el 21 de Junio de 1923.

> Desde el año 1887, coexisten en la legislación colombiana el matrimonio canónico y el civil. Este último era reconocido exclusivamente por el Código Civil de la Nación. Pero la Ley 57 de 1887 estatuyó:
>
> Son válidos para todos los efectos civiles y políticos los matrimonios que se celebren conforme al rito católico, y el Concordato posterior sancionado por la Ley 35 de 1888, añadió:
>
> El matrimonio que deberán celebrar todos los que profesan la religión católica; con lo cual se introdujeron en el texto las palabras subrayadas, que deberán celebrar, palabras que no aparecen en el original latino, y se adicionó de hecho el artículo con una prescripción imperativa, que no existe en el primitivo texto latino y sin la cual no se hubieran suscitado las dificultades de que se va a tratar.
>
> Siendo el texto de la versión castellana únicamente el de la Ley 35, sancionada y promulgada por los poderes públicos nacionales, en ése, el que tiene a la vista las autoridades colombianas y el que ellas consideran cuando se trata de resolver sobre solicitudes de celebración de matrimonios civiles. De consiguiente, declaró el gobierno desde cuando rigió la Ley 35, que "los matrimonios de católicos se deben celebrar únicamente ante las autoridades eclesiásticas"[14].

La Santa Sede acordó con el doctor Concha el texto literal del "Convenio amistoso", que constituyó la Ley emanada del Congreso y conocida como la Ley 54 de 1924, llamada más comúnmente como la "Ley Concha".

Algunos autores, entre otros el S.J. Liborio Restrepo Uribe, manifiesta en elación con la "ley Concha" que:

---

[14] ROCHA, Antonio. Matrimonio, educación y actualidad concordataria. Bogotá, Revista Colombiana, 1975, pp. 42-44.

El Gobierno colombiano ejerció una presión o violencia de orden moral, injustificada, desde el momento que procedía de los representantes de un pueblo que en su totalidad era católico, para obtener de la Santa Sede no una aprobación a lo que pretendía el Gobierno, lo cual era imposible, sino una simple "tolerancia", una actitud meramente pasiva y ello sólo podría "evitar mayores males", a juzgar por la comunicación enviada el 27 de febrero de 1925, Protocolo 27643, desde el Vaticano, por el Excelentísimo señor Cardenal Gasparri al Excelentísimo señor Ministro Plenipotenciario, doctor Concha. Transcribamos algunos apartes de la comunicación oficial, que dice entre otras cosas:

"A este propósito, el suscrito Cardenal debe ante todo, declarar que la Santa Sede, de conformidad con el canon 1099 del Código del Derecho Canónico, no puede reconocer, para aquellos que pertenecieron a la iglesia y de ella se apartaron, otro matrimonio válido como no sea el religioso".

"Pero habiendo vuestra excelencia hecho resaltar que el gobierno colombiano tropezaría con gravísimas dificultades de orden práctico en el caso de ir a imponer a los apóstatas el matrimonio religioso, la Santa Sede, no sin atender a la dolorosa tristeza de los tiempos y evitar mayores males, se abstiene de insistir sobre este punto, "tolerando" que las leyes de la República de Colombia admitan a dichos apóstatas al acto civil. Con todo, el infrascrito Cardenal debe declarar, de la manera más explícita, que la Santa Sede no tolerará que el tal llamado matrimonio civil se extiende a aquellos que renegaron del sacerdocio o de los solemnes votos religiosos..."[15].

No comparto las apreciaciones que hace este ilustre tratadista, sobre una presunta presión moral, ni mucho menos violencia de esta misma índole, por cuanto antes que todo debemos tener en cuenta que se trata de un acuerdo o tratado entre dos Estados, el Estado colombiano y el Estado Vaticano y es muy difícil predicar violencia moral entre dos personas jurídicas, a no ser que se trate de violencia sobre sus representantes o negociadores, que no se configura en este caso dada la calidad de los mismos; de otro lado, hay que convenir que se trataba antes que todo, del ejercicio de la soberanía de los dos Estados, y en tal gestión ambos se encontraban en pie de igualdad,

[15] RESTREPO URIBE, Liborio. Op. cit., pp. 85-86.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

en razón de lo cual se puede hablar de concesiones pero en ninguna forma de violencias o presiones, pues si esto hubiera ocurrido debió denunciarse aquel acuerdo.

Desde otro ángulo, lo que exigía por parte de la iglesia era nada menos que de "imponer" arbitrariamente un rito religioso para personas que ya habían salido de aquella religión católica, y en esto se estaba violando, ahí si, un principio constitucional consagrado en el artículo 53, que "garantiza la libertad de cultos", y al aceptar la posición de la iglesia, se acababa de paso con la "libertad de conciencia". En esta circunstancia, nuestro Estado debió obrar dentro del marco constitucional, pues ningún tratado internacional puede reformar la Constitución Nacional, ni imponer obligaciones a sus ciudadanos que no estén acordes con los principios constitucionales.

La posición o exigencia de la iglesia podía ser aceptada si se trataba de imponer un rito o religión a los que se estaban catequizando en virtud de la Ley 89 de 1890, pero no para personas con suficiente razón y discernimiento como eran aquellos que se apartaban de la religión católica; hay que recordar que de esta circunstancia hace más o menos cincuenta años, pero ni aún así se justificaba esta situación, porque con anterioridad ya se había institucionalizado el principio del respeto a la persona humana y su dignidad.

Ley 54 de 1924. En cuanto al contenido de la "Ley Concha", podemos decir que institucionalizó la "apostasía" como requisito previo para contraer "matrimonio civil", exigiendo a los que querían celebrar su matrimonio sin acatar las disposiciones del Concilio de Trento, apostatar de la religión Católica, de la fe y de la iglesia, es decir, era menestar que en forma pública y notoria expresara su deseo de apartarse de sus creencias religiosas, de

la siguiente manera:

ARTICULO 2°. La declaración de que trata el aparte precedente se hará por escrito, por los dos individuos que pretenden contraer matrimonio, ante el juez municipal respectivo, en la solicitud que presenten para la celebración del contrato, y se expresará en ella la época en que se separaron de la iglesia y de la religión. Tal declaración se insertará en el edicto que se debe publicar conforme a la Ley: se comunicará por el juez inmediatamente al ordinario eclesiástico respectico, y la ratificarán los contrayentes en el acto de la celebración del matrimonio, que no se podrá celebrar sino transcurrido un mes desde el día en que la declaración dicha ha sido comunicada oficialmente al ordinario, dejando constancia de la misma declaración en la diligencia o partida respectiva"[16].

3.2 EL MATRIMONIO FRENTE AL NUEVO CONCORDATO

El nuevo concordato fue suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973, por el doctor Alfredo Vásquez Carrizosa, en su calidad de Ministro Plenipotenciario, designado por el doctor Misael Pastrana Borrero, Presidente de la República y el Excelentísimo Monseñor Angelo Palma, Arzobispo titular de Vibiana, Nuncio Apostólico en Bogotá, en su calidad de Plenipotenciario de su Santidad el Papa Paulo VI.

El nuevo concordato y el protocolo final entre la República de Colombia y la Santa Sede, fueron aprobados por la Ley 20 del 18 de diciembre de 1974.

Por lo tanto, a partir de 1974 empieza a regir el Concordato Protocolizado

por la Ley 20 del mismo año, y las relaciones del Estado con la Igelsia serán reguladas por la nueva norma, quedando de esta forma derogadas todas las normas anteriores que se opongan a lo dispuesto en él.

3.3 ANTECEDENTES HISTORICOS

Hemos creído necesario exponer los antecedentes históricos que precedieron al nuevo Concordato, por los efectos trascendentales a los cuales ha dado margen, introduciendo un nuevo criterio jurídico en nuestra legislación colombiana, esto se remonta hacia la década de los años 30, más concretamente por el año 1937, cuando se inició una profunda y difícil discusión entre el secretario del Estado Vaticano, por ese entonces Monseñor Eugenio Pacelli 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 matrimobio como contrato y como sacramento, desafiando los efectos que este tema causaba cuando la iglesia se sentía 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 atrevería 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 1934 y 1938, nombró al doctor Darío Echandía como Embajador en Roma, siendo este hecho uno de los muchos aciertos de su administración, porque se trataba de un gran filósofo y humanista conocedor de la política colombiana como pocos, consagrado lector de los clásicos latinos, siendo la persona más indicada para iniciar una empresa tan difícil; el Gobierno Nacional, interesado en negociar con la Iglesia comenzó los contactos, pero ante el largo silencio de la Santa Sede, el doctor 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 de 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 halague sus intereses.[17]

Se suscitó a raíz de esta polémica una agitación político-religiosa de grandes proporciones, fomentada por los ministros de la iglesia y de políticos que no podían dejar pasar inadvertida esta circunstancia. El presidente Eduardo Santos, que ocupó el Solio presidencial entre los años 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 "Manglione-Echandía".

El mencionado Convenio "Manglione-Echandía" introdujo la célebración del matrimonio civil facultativo; de esta manera el Estado quedaba en libertad

---

[17] ROCHA, Antonio. Op. Cit., p. 14

para legislar respecto del matrimonio civil y darle plenos efectos civiles, ya fuera el celebrado por bautizos, por creyentes o no creyentes.

Así varios puntos tratados y consagrados en el convenio de 1942 fueron acogidos por la nueva convención, como una de las reformas del año 36 fue aquella que abrazaba las libertades de conciencia, de culto y de religión; el Estado garantiza de la siguiente manera la libertad de conciencia: "Nadie será molestado por razón de sus opiniones religiosas, ni compelido a profesar creencias ni a observar prácticas contrarias a su conciencia. Se garantiza la libertad de todos los cultos que no sean contrarios a la moral cristiana ni a las leyes"

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 comentarios 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:

a. Matrimonio católico obligatorio, únicamente.
b. Católico o civil facultativo.
c. 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

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

matrimonio facultativo, sin hacerlo obligatorio para los que no profesaban 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 enunciados. Eso era claro, porque el tercer sistema no era concordable por parte de a iglesia"[18].

3.3.1 Los convenios del 42 y del 73, tienen enunciados comunes

El doctor Antonio Rocha afirma que: "la fórmula adoptada por el Convenio Maglione-Echandía en 1942 tiene de común con el de 1973 varios puntos, que son, a su vez, distintivos suyos y destacables de su lectura casi a primera vista, resumible así:

1) La libertad para los católicos de elegir la forma de matrimonio civil o religioso, que más les interese, sin necesidad de privada ni pública manifestación de apostasía o abandono de la fe cuando prefieran el contrato civil al contrato sacramental;

2) Las causales de nulidad y de disolución del matrimonio se rigen por la ley del contrato, es decir, por el derecho civil o por el canónico, según se haya celebrado, en cuanto afecte al vínculo, o sea la indisolubilidad del Sacramental o la disolución o no disolución del civil. Cada jurisdicción, la eclesiástica o la civil, tiene exclusiva aplicación y competencia para las respectivas causales que afecten el vínculo, o sea la existencia o inexistencia del matrimonio.

---

[18] Ibid., p. 51.

3) Cuando se trata de simple separación de cuerpos, conocida también por el nombre de separación de lecho, de mesa y de habitación, la única autoridad competente, aún tratándose de matrimonios católicos celebrados por este rito, es la jurisdiccional civil. Ello no obsta para una discreta intervención pastoral de la autoridad eclesiástica de corte duración, cuando el matrimonio haya sido canónico;

4) Los Tribunales Superiores decretarán la ejecución de las sentencias y decisiones eclesiástica que afecten ya en firme el vínculo matrimonial.

5) Los actos matrimoniales eclesiásticos también deben llevarse al registro civil de matrimonio y los que afectan luego ese mismo vínculo.

Con menor palabras dice esto mismo en los artículo 7, 8 y 9 del Concordato de 1973 más reglamentado y extenso en el proyecto Maglione-Echandía de 1942.

3.3.2 Concordato y matrimonio

Con el objeto de tener una visión más clara del régimen matrimonial ante la Ley 20 de 1974, es preciso transcribir el contexto histórico-jurídico del matrimonio durante 160 años de vida colombiana, presentado por los delegados eclesiáticos como materia de trabajo durante las sesiones de estudio para las reformas del Concordato de 1887 que con gran acierto trae el destacado jurista doctor Antonio Rocha.

El cuadro dice:

Contexto histórico-jurídico.

El matrimonio en la legislación colombiana.

Hasta la Ley 20 de Junio de 1853 rigió en la Nueva Granada la legislación española, que reconocía en esta materia el Derecho Canónico, a partir del decreto "Tametsi" del Concilio de Trento; tal decreto exigía para la validez del matrimonio, el que éste fuera celebrado ante el párroco propio de uno de los cónyuges. Entre 1853 y 1886 se pueden distinguir tres períodos:

1853 a 1856, la Ley del 20 de Junio de 1853 impuso el matrimonio civil obligatorio y estableció el divorcio vincular.

1856 a 1864, predominio del matrimonio civil facultativo; la Ley de 1856 estableció la indisolubilidad del matrimonio y admitió el matrimonio religioso facultativo, con la obligación para los cónyuges de presentarse ante el juez notorio para exponer que había mutuo consentimiento.

A partir, sin embargo, de 1859 por causa del régimen federal, la legislación varió en los diversos Estados. Así entonces, existió el predominio del matrimonio civil, pero admitiendo el religioso.

1864 a 1886 de nuevo, a partir de la Constitución de Rionegro, los Estados establecieron la obligatoriedad del matrimonio civil, a tal punto que después de 1887 no había matrimonio religioso facultativo sino en Boyacá, Cauca y Panamá.

1886.

a. La Constitución del 86, en sus artículos 38, 53 y 56 declaraba la inspiración católica de la Nación.

b. Mientras se daban las leyes unificadas se dispuso que en cada departamento seguían rigiendo las del antiguo Estado.

Pero la Ley 57 de 1887 adoptó el Código Civil de 1873, adicionándole, entre otros, los artículos 12 y 19:

Artículo 12, estatuía que son válidos para todos los efectos civiles y políticos los matrimonios que se celebren conforme al rito católico.

Artículo 19, efecto retroactivo del artículo 12.

c. Juntamente subsistía el matrimonio civil, aunque establecía la preferencia por el católico, toda vez que el subsiguiente matrimonio católico anulaba el precedente matrimonio civil.

La Ley 153 de 1887 modificó lo dispuesto en la Ley 57 de 1887, por cuanto en los artículos 21 y 50 explicaba que el subsiguiente matrimonio católico no podía vulnerar derechos adquiridos de terceros.

Esto, no obstante, fue a su vez, modificado por el artículo 84 de la Ley 30 de 1886, que sancionó la anterior disposición de la Ley 57 de 1887 (Este artículo fue después abrogado por la Ley 54 de 1954 -Ley Concha-).

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

d. "En este estado de cosas vino el concordato que sancionó lo dispuesto en la Ley 57 de 1887 y estableció el matrimonio obligatorio, según el rito católico, para todos los que profesan la religión católica, si desean contraer matrimonio"[19].

3.3.3 Nuevo Concordato Ley 20 de 1974

El Concordato de 1973 constituye la culminación de un trabajo meditado, arduo y patriótico con el fin de obtener el desarrollo y progreso material y espiritual del pueblo colombiano, de cuatro presidentes de la República, Alfonso López Pumarejo, Eduardo Santos, Darío Echandía y Misael Pastrana Borrero, y de dos connotados prelados de la iglesia, los secretarios de Estado, los Cardenales Pacelli y Montini; luego el papa Pío XII y Paulo VI, respectivamente.

El 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, cuando en su artículo 1°. dice en forma textual: "Sin perjuicio de la justa libertad religiosa, de las demás confesiones y de sus miembros, lo mismo que de todo ciudadano". De la misma manera se consagra la libertad para los católicos de elegir la forma de matrimonio, sea civil o católico, sin necesidad de manifestar ni publicar, ni privadamente la

[19] Ibid., pp. 94-95.

apostasía cuando prefieren la forma civil.

El Protocolo final se refiere al tema tratado de la siguiente manera en relación con el artículo IX: "La determinación que hace este artículo de que las causas de separación del matrimonio canónico serán dirimidas ante el Tribunal Superior y la Corte Suprema de Justicia de Colombia, no impedirá, en el futuro, el Estado colombiano pueda establecer una instancia especial para examinar y juzgar las causas relativas al derecho de familia y que tenga un nivel equivalente al de aquellas entidades".

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

4. MATRIMONIO COMO CONTRATO

4.1 EN COLOMBIA

Es de trascendental importancia dedicar un capítulo especial a este tema, ya que ha sido debatido durante mucho tiempo y aún continúa siendo objeto de polémica en los distintos colegios y universidades de todo el país.

Son muchos los tratadistas que consideran el matrimonio como un simple contrato jurídico, pero al mismo tiempo éstos tienen sus opositores que en una u otra forma buscan los medios necesarios para afirmar sus concepciones y desvirtuar a los contrarios.

La concepción de matrimonio, como contrato parte de la antigua Roma en donde lo que caracterizaba el contrato del matrimonio era el simple consentimiento de los contrayentes; posteriormente, esta tendencia fue acogida por la iglesia Católica quien consideraba que el matrimonio era un contrato que se perfeccionaba con el simple consentimiento de las personas hábiles, según el derecho exclusivo que recaía sobre la persona y bienes de los contrayentes. Pero además, es digno de recordar que fue en Francia, en el Siglo XV donde primero se elaboró la doctrina del matrimonio como

contrato, marcando la diferencia entre éste y el sacramento. Si nosotros miramos el matrimonio como vínculo nacido de voluntades exclusivas de los contrayentes podemos afirmar que realmente es un contrato, a pesar de no reunir los elementos esenciales.

Son muchas las legislaciones que consideran al matrimonio como un verdadero contrato, destacándose, entre ellas, Rusia, Estados Unidos y Escocia.

4.2 LEGISLACION RUSA

Es la más avanzada en este sentido en donde el matrimonio se perfecciona con el simple consentimiento, mera voluntad de los contrayentes, es decir, que no requiera de solemnidad alguna para su perfección. Ahora si esa declaración no se estima precisa para que exista el vínculo, entonces es necesario que alguien aclare su realidad o existencia, o que se muestre provista de algún documento especial que lo acredite, de lo contrario no producirá efectos en la vida civil y administrativa.

> El documento especial o título que acredita el matrimonio se consigue mediante la inscripción en el correspondiente libro de registro de familia o en el registro civil. La inscripción no es obligatoria, pero el hacerlo es de trascendental importancia ya que con ese solo hecho puede demostrar o comprobar la existencia del matrimonio. En caso contrario, habrá que justificar el hecho del matrimonio, o sea la convivencia libre y espontánea ante los tribunales y que éstos rindan un dictamen en donde se declare la existencia del matrimonio que se retrotrae al momento que se inició la unión[20].

[20] FERNANDEZ CLERICO, Luis. El derecho de familia en la legislación compa rada, México, Hispanoamericana, 1947, p. 63.

4.2.1 Requisitos que se deben tener en cuenta para la inscripción del acta

La inscripción, como se expresó antes, era voluntaria, pero en caso de llevarse a cabo deben llenarse ciertas formalidades o requisitos tales como la capacidad (tener más de 18 años), no estar ligado por parentesco de consanguinidad en línea directa, ni en la colateral dentro del segundo grado, no estar ligados por un matrimonio anterior, lo que significa que la ley rusa evita los matrimonios precoces, los incestuosos y la bigamia que son los considerados como hechos inmorales.

Con lo expuesto anteriormente podemos sacar como conclusión, que el matrimonio en Rusia es contractual, y a través de éste se protegen a la mujer y la descendencia de ésta. El legislador ruso ha protegido a la familia en igual forma tanto a la legítima como a la extramatrimonial o ilegítimo y es así como vemos por ejemplo los decretos expedidos el 31 de Diciembre de 1917, que dieron base para expedir el primer Código de la Familia de 1918, fundado en la igualdad jurídica de sexo, divorcio, etc. e incluso en el año 1926 cuando se revisó el código trató de asimilar el matrimonio al concubinato, para quienes no inscribiesen el acta.

4.2.2 El concubinato

Es la unión libre, estable y notoria entre un hombre y una mujer que no estén casados entre sí, no constituyendo un estado conyugal sino un estado de hecho.

Se constituye por el acuerdo de voluntades del hombre y la mujer con fines

de procrear y auxiliarse mutuamente.

En otras palabras, podemos decir que el concubinato son las relaciones sexuales entre el hombre y la mujer con cierta estabilidad pero fuera de la ley, es decir, lo que nosotros llamamos unión libre. Lo que los rusos podrían denominar matrimonio no registrado.

A partir de 1944, se introdujeron grandes reformas an Código, y se estableció que sólo el matrimonio registrado engendra derechos y obligaciones, privándose de todo efecto jurídico al concubinato; un año después, mediante la nueva reforma del 16 de abril se estableció que sólo el matrimonio registrado es matrimonio consentido jurídico, y con el sólo consentimiento y registro quedaban de hecho casados; actualmente la última reforma (Ley 27 de 1968), ha implantado para la validez del matrimonio ciertas solemnidades.

4.3 EN ESCOCIA

El matrimonio tomó la denominación de Gretna Green, matrimonio éste que carecía de requisitos formales, es decir, que perfectamente se condicionaba con el simple consentimiento siempre y cuando fueran capaces, claro está que en Escocia, era además necesario que los contrayentes manifestaran esa voluntad ante un magistrado, un Ministro de la Religión que ellos profesan o solamente ante dos testigos. También podía disolverse ese vínculo por mutuo acuerdo.

No se requería de inscripción alguna y se consideraba válido siempre y cuando fueran capaces para celebrarlo.

4.4 EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

Reina el matrimonio denominado Cammon Law o sea de personas unidas por simple convivencia, asimilando en gran parte al concubinato. De todos modos el matrimonio se perfecciona con el simple consentimiento de los contrayentes manifestado ante el funcionario competente.

4.5 DIFERENCIA DEL MATRIMONIO COMO CONTRATO CON LOS DEMAS CONTRATOS CIVILES

Nuestro Código Civil en el artículo 113 define el matrimonio como "un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente". Esto significa que a la luz del derecho positivo colombiano el matrimonio civil es un contrato solemne, porque debe ser realizado en forma prescrita por la ley.

Son muchísimas las diferencias existentes entre el matrimonio con los demás contratos civiles, entre las cuales podemos citar las siguientes:

1) Es un contrato puro que no está sujeto a modalidades, así vemos que al contraer matrimonio, no se puede pactar el término o duración de este contrato, como tampoco puede someterse a tal o cual condición suspensiva o resolutoria.

2) En cuanto a las personas que intervienen en la celebración, el matrimonio sólo puede celebrarse por dos personas de distintos sexos, mientras que el contrato común puede celebrarse por personas del mismo sexo.

3) El contrato matrimonial sólo puede celebrarse entre dos personas, mientras que el contrato común puede celebrarse entre dos más.

4) En el contrato matrimonial no hay interés económico mientras que en los demás contratos sí.

5) El contrato matrimonial es intuito personae, es decir, en consideración a la persona, mientras que los contratos comunes la calidad de las personas no tienen importancia.

6) Los contrayentes no pueden modificar los efectos legales producidos por el matrimonio, a diferencia de lo que ocurre en los otros contratos, en donde si pueden modificarse los efectos de los convenios.

7) El matrimonio se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, divorcio y declaración de nulidad, y no por los mismos modos que los contratos ordinarios.

8) Teniendo en cuenta la promesa de matrimonio, no es obligatoria, mientras que en los contratos ordinarios, con la simple promesa se puede exigir la celebración del contrato ordinario. Como vemos el contrato de matrimonio carece de promesa, a diferencia de los demás contratos, en donde van precedidos de una promesa, la cual da lugar a exigir la formación del contrato.

9) Es **sui géneris**, porque si bien es un contrato, se trata de un contrato especial, con características propias que lo hacen distinto de los otros

contratos, comprende un cierto número de derechos y obligaciones, que una vez aceptados por la manifestación del "consentimiento" no se pueden renunciar, ni transar, ni compensar, ni novar, como en los demás contratos.

10) El contrato matrimonial es siempre solemne, lo que indica el cumplimiento de ciertas formalidades indispensables para la validez y perfección, a diferencia de los otros contratos en que el acuerdo de voluntades puede efectuarse en cualquier forma y lugar.

11) Algunos consideran el matrimonio como una institución de carácter social y jurídico. El acto matrimonial es institución por las solemnidades que reviste su celebración. Los legisladores colocan su alcance y significación como una de las instituciones más importantes del Derecho.

Todas las consecuencias del matrimonio, como la Patria Potestad, sucesiones, etc., son auténticas instituciones muy respetadas por el Derecho.

5. DISOLUCION, SEPARACION Y NULIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL Y CATOLICO

5.1 DISOLUCION DEL MATRIMONIO CIVIL

5.1.1 Causales

El matrimonio civil tiene como causales de disolución la muerte de uno de los cónyuges y el divorcio. En cambio, el matrimonio canónico se disuelve por la declaración de nulidad y por la muerte.

5.1.1.1 Por muerte

El artículo 152 del Código Civil, modificado por el artículo 1° de la Ley 1a. de 1976, dice: "El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado.

Esto lo diferencia de la nulidad. La nulidad supone hechos anormales en la celebración del matrimonio y que no fueron saneados.

El artículo 152 decía: "El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges". Antes de expedirse la Ley 1a. de 1976, el matrimonio sólo

se disolvía por la muerte real; la muerte presenta o por desaparecimiento sólo daba lugar a disolver la sociedad conyugal.

"Al declarar la muerte presunta, el cónyuge sobreviviente no podía contraer nuestras nupcias ya que el vínculo subsistía, pues éste sólo se disolvía por la muerte real de uno de los cónyuges al tenor del artículo 152. Así lo sostienen nuestros comentaristas (Anzola, Arteaga, Champeau, Uribe, González Valencia, Valencia Zea); en igual sentido, tribunal de Bogotá (Justicia Númer 118-1121, página 685) lo mismo cabe afirmar tratándose del matrimonio católico"[21].

A diferencia de lo que ocurre hoy con la Ley 1a. de 1976, la cual modificó el artículo 152 del Código Civil, en donde el vínculo conyugal se disuelve lo mismo que la sociedad conyugal, ya sea por muerte real o por muerte presunta. En esta aspecto ha avanzado mucho la legislación colombiana, ya que en otros países, como Alemania, por ejemplo, se requiere que además de haberse surtido el trámite legal, el cónyuge supértite haya constituído nuevo matrimonio de buena fe. El Código de Napoleón de 1804 y sus similares europeos y americanos, reglamentan la presunción de muerte por desaparecimiento, pero ésta aún decretado no rompe el vínculo conyugal.

En la legislación Suiza tampoco disuelve el vínculo pero sirve como causal de divorcio, tema éste que analizamos.

---

[21] VALENCIA ZEA, Arturo. Op. cit., p. 72

5.1.1.2 Por divorcio

En sentido estricto, es la disolución del vínculo matrimonial, en sentido lato es la separación de lecho, mesa y habitación, sin que el vínculo se disuelva.

El tema del divorcio ha sido uno de los puntos más discutidos en materia jurídica hasta llegar a una división antagónica, así: primero quienes comulgan con la tesis del divorcio y los enemigos de la misma, por otra parte.

Los primeros consideran que el divorcio es conveniente y necesario por las siguientes razones:

a. Por ser un remedio o fórmula para enmendar errores o imprevisiones.

b. Evitan la perpetua desgracia de dos seres.

c. Es la única forma de solucionar las dificultades graves surgidas dentro del matrimonio.

d. Como medio para evitar estados de hechos y situaciones que afectan la moral social que a pesar del vínculo matrimonial se presentan y cuya realidad y existencia no pueden desconocerse.

Ahora los segundos, los no partidarios del divorcio, sostienen lo siguiente:

a. El divorcio es perjudicial porque afecta directamente a la familia y a

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

la sociedad.

b. En el divorcio se consagra el predominio de las pasiones y de los caprichos sobre la razón.

c. Con el divorcio se coloca al cónyuge inocente en situación de menosprecio.

d. El divorcio perjudica notoriamente a los hijos.

e. El divorcio trae como consecuencia la ruina económica de la familia.

Es cierto que el divorcio afecta directamente a los hijos, pero es preferible y hasta conveniente romper el vínculo conyugal y poner a los hijos a vivir en un ámbito tranquilo, en donde puedan desarrollar física, moral e intelectualmente y no tenerlos en su casa en donde reina el odio, el rencor y no existe paz ni sosiego, donde ha huído el amor y frecuentemente el respeto.

Históricamente se señalan dos grandes acontecimientos como hechos influyentes en la consagración del divorcio, así:

a. La Revolución Francesa en donde se estableció el carácter consensual, es decir, que el vínculo matrimonial podía romperse por la simple voluntad de los cónyuges.

b. El movimiento reformista de Martín Lutero, quien dió paso definitivo al matrimonio religioso y sacramental y puramente civil, al separarse de la iglesia luterana de la católica por no aceptar el carácter dogmático y sacramental del matrimonio[22].

[22] Ibid., p. 82.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

El matrimonio civil se ha extendido a muchos países europeos en donde se consagra al mismo tiempo el divorcio vincular, tales como: Francia, Noruega, Suecia, Alemania, Dinamarca, Portugal, Grecia, Rusia y demás países socialistas. En América: Estados Unidos de Norteamérica, México, Guatemala, El Salvador, Cuba (desde antes de la revolución socialista), Panamá, Venezuela, Ecuadr, Perú, Uruguay y Colombia que ingresó mediante la Ley 1a. de 1976.

"En la actualidad, el enemigo fundamental del divorcio en Colombia es la iglesia Católica, que continúa considerando que el matrimonio es un sacramento"[23].

Desde el punto de vista metafísico, el divorcio no puede pretender acabar con el matrimonio, porque sería tanto como abolirse así mismo. La existencia del divorcio presupone la del matrimonio, porque el divorcio separa lo que está unido y si no existe la "unión" no puede existir la "separación", es más el divorcio existe, porque existe el matrimonio.

a. Causales de divorcio. El artículo 154 del Código Civil, modificado por el artículo 4o. de la Ley 1a. de 1976, dice que son causales de divorcio del matrimonio civil, las siguientes:

1o. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o permitido. Se

[23] ACUÑA, María Luisa. El divorcio ante la razón, la historia y la estadística. Valparaíso, Chas, p. 100.

presume las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma y eficacia.

2o. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges, de sus deberes de marido o de padre y de esposa o madre.

3o. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratos de obra,si con ello peligra la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendiente, o de hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos.

4o. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.

5o. El uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefaciente, salvo prescripción médica.

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

7o. Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o prevenir al otro, o a un descendiente, o a una persona que están a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.

8o. La separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure más de dos años.

9o. La condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años, por delito común de uno de los cónyuges, que al juez que conozca del divorcio califique como atroz o infamante.

Las causales anteriores pueden ser invocadas por el cónyuge inocente. Artículo 15, modificado por la Ley 1a. de 1976. Artículo 6o. El divorcio sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ello respecto de las causas 1o. y 7o. o desde cuando se sucedieron, tratándose de las causas 2o., 3o., 4o. y 5o. En todo caso, las causas 1o. y 2o. sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia".

Las causas del divorcio no podrán probarse con la sola confesión de los cónyuges. Si ambos son culpables pueden incoar la acción cualquiera de los cónyuges, por las causales del otro, nunca por las propias con base en los hechos taxativamente señalados.

De acuerdo a la Ley 1a. dd 1976, en su artículo 5o. dice: "El juez sólo decretará el divorcio cuando los hechos constitutivos de la causal probada haya producido un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento de la unidad de vida de los casados.

Sin perjuicio de la separación de cuerpos, solicitada en forma subsidiaria, podrá el juez negar el divorcio, si lo considera moralmente no justificado,

en atención al interés de los hijos menores, a la antigüedad del matrimonio y a la edad de los cónyuges.

Con todo, una vez haya cesado las anteriores circunstancias de no justificación moral de la pretensión de divorcio, establecidas en consideración a los hijos, podrá decretarse el divorcio, aún por los mismos hechos alegados inicialmente.

La acción de divorcio sólo puede ser instaurada por cualquiera de los cónyuges y solamente de ellos, pero si fueren menores de edad, podrán intervenir sus padres (Código Civil, artículo 157, modificado. Ley 1a. de 1976, artículo 7o.). Esto indica que, aún cuando se produzcan causales de divorcio notorias y conocidas del público, si el cónyuge ofendido no formula demanda, nadie puede hacerlo en su reemplazo".

La acción de divorcio es de orden público y no puede renunciarse por anticipdo, esto no obsta para que los cónyuges se abstengan de promoverlo o para que una vez propuesta se desista del juicio.

b. Efectos del divorcio. En cuanto a los efectos tenemos los siguientes:

- Ejecutoriada la sentencia de divorcio, se producen como consecuencia necesaria, la disolución del matrimonio y de la sociedad conyugal. Otros efectos se producen en relación con los hijos y con la obligación alimentaria que el cónyuge culpable debe suministrar al cónyuge inocente que necesitare de ella. La mujer que está embarazada no podrá pasar a otras nupcias antes

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

del parto, o (habiendo señales de preñez) antes de cumplirse los doscientos setenta días (270), subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad (Código Civil, artículo 173).

- Se disuelve la sociedad conyugal y se procederá a su liquidación.

- Con la sentencia de divorcio ejecutoriada, el cónyuge culpable queda obligado a contribuir a la congrua subsistencia del cónyuge inocente, es decir, de quien se ha divorciado sin su culpa (Ley 1a. de 1976). Para ello el Juez fijará la cantidad y forma de la contribución, según la situación económica de ambos cónyuges.

- Los hijos habidos dentro de ese matrimonio, seguirán siendo legítimos y quedarán bajo el cuidado de quien designe el juez, además subsistirán los derechos y deberes de los divorciados respecto de los hijos comunes y, según el caso, los derechos y deberes alimentarios de los cónyuges entre sí, de acuerdo con las reglas establecidas en el título XXI del libro I del Código Civil.

El artículo 11 de la Ley 1a. de 1976 dice: "Sin perjuicio de lo que disponga el juez en la sentencia, respecto de la custodia y ejercicio de la patria potestad, los efectos del divorcio en cuanto a los hijos comunes de los divorciados, se reglarán por las disposiciones contenidas en los títulos XII y XIV del libro 1 del Código Civil.

En los casos de las causales 1a., 2a., 3a., 4a., 5a. y 7a. del artículo 154 de

nuestro Código Civil, el cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que por causa de matrimonio hubiera hecho al cónyuge culpable, sin que éste pueda invocar derechos o concesiones estipulados exclusivamente en su favor en capitulaciones matrimoniales (Artículo 162. Ley 1a. de 1976, artículo 12).

El divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero se regirá por la ley del domicilio conyugal.

Para efectos, entiéndase por domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consumo y, en su defecto, se reputa como tal, el del cónyuge demandado (Artículo 13, Ley 1a. de 1976).

El divorcio decretado en el exterior, respecto del matrimonio civil celebrado en Colombia, se regirá por la ley del domicilio conyugal y producirá los efectos de disolución, sino a condición de que la causal respectiva sea admitida por la ley colombiana y de que el demandado haya sido notificado personalmente o emplazado según la ley de su domicilio. Con todo, cumpliendo los requisitos de notificación y emplazamiento, podrá surtir los efectos de la separación de cuerpos (Ley 1a. de 1976, artículo 14).

5.2 SEPARACION JUDICIAL DE CUERPOS EN EL MATRIMONIO CIVIL Y CATOLICO

La separación de cuerpos tiene lugar en el matrimonio civil como en el católico.

La separación judicial de cuerpos viene a ser el divorcio consagrado por nuestra antigua legislación, y que hoy subsiste para los casados por la religión católica, más no para los casados civilmente en donde existe el verdadero divorcio; Ley 1a. de 1976, artículos 15-16-17 y 18.

Hay lugar a la separación de cuerpos en los siguientes casos: (Artículo 165 Código Civil, modificado Ley 1a. de 1976, artículo 15).

a. En los contemplados en el artículo 154 del Código Civil.
b. Por mutuo consentimiento de los cónyuges, manifestado ante el juez competente.

Los cónyuges para expresar su mutuo consentimiento en la separación indicarán el estado en que queda la sociedad conyugal y si la separación es indefinida o temporal y en este caso la duración de la misma, que no puede exceder de un año. Expirado el término de la separación temporal, se presumirá que ha habido conciliación, pero los casados podrán declarar ante el juez que la tornen definitiva o que amplíen su vigencia.

Para que la separación de cuerpos pueda ser decretada por mutuo consenso de los cónyuges, es necesario que éstos la soliciten por escrito al juez competente, determinando en la demanda la manera como atenderán en adelante el cuidado personal de los hijos comunes, la proporción en que contribuirán a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos y, si fuere el caso, al sostenimiento de cada cónyuge. En cuanto a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes,

responderán solidariamente ante terceros, y entre sí en la forma acordada por ellos. El juez podrá objetar el acuerdo de los cónyuges en interés de los hijos, previo concepto del agente del Ministerio Público (Artículo 166 del Código Civil, modificado por la Ley 1a. de 1976, artículo 16).

Si los contrayentes no consienten mutuamente entonces pueden basarse en las causales señaladas por la ley. Artículos 154 y 165 del Código Civil, modificados por la Ley 1a. de 1976, artículos 4 y 15.

5.2.1 Causales

En vista que las causales de separación de cuerpos son las mismas aplicables al divorcio, merece comentarlas en síntesis, así:

Conforme al artículo 165 del Código Civil, la separación de cuerpos se decretará por las causales que autoriza el divorcio, y poy mutuo consentimiento de los cónyuges manifestado ante el juez competente.

Sin duda, las causales de separación de cuerpos y de divorcio han debido ser diferentes en el sentido de hacer más estrictas y limitativas las del divorcio y más amplias y fáciles las de separación. Por ejemplo, si no de los cónyuges alega incompatibilidad de carácter para hacer vida común, pero el otro se opone, se niega la separación, cuando debiera otorgarse; el simple acuerdo de ambos es causal de separación.

Antiguamente se colocaba en diferente plano la infidelidad de la mujer y

la del marido, pues éste incumplía su obligación de guardarle fe a su mujer sólo cuando establecía relaciones sexuales extramatrimoniales que alcanzaran a constituir amancebamiento (Código Civil, antigua red. del artículo 154); en cambio, la mujer la incumplía cuando establecía cualquier relación extramatrimonial, por ocasional o secreta que fuera. Esta tesis fue lentamente rechazada por las más actuales legislaciones.

En Colombia fue suprimida esta desigualdad por el artículo 4 del Decreto 2820, que establecía que para efectos de los dos primeros ordinales del artículo 154 del Código Civil. "Las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los dos cónyuges será causa de divorcio". Posteriormente, el artículo 154 del Código Civil fue sustituído totalmente por la ley 1a. de 1976, la que siguiendo el derrotero del Decreto 2820, igualó la infidelidad de la mujer a la del marido, pues se tiene en cuenta las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges, sin exigir que las del marido constituyan concubinato o amancebamiento[24].

El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges, de sus deberes de marido o de padre y de esposa o de madre (Artículo 4o., Ley 1a. de 1976).

Debe observarse que la amplitud de esta causal va hasta el extremo de que las demás causales debida a culpa (1a., 3a., 4a. y 7a.) no son sino especializaciones de ella, pero que el legislador, en virtud de su gravedad,

---

[24]VALENCIA ZEA, Arturo. Op cit., p. 174.

estimó oportuno enunciarlas específicamente.

Los deberes de cada cónyuge existen, en primer lugar, frente al otro, y en segundo lugar, frente a los hijos. Causal ésta común para ambos cónyuges siempre y cuando el incumplimiento sea grave o injustificado, con lo cual se quiere significar que el abandono debe ser definitivo o total y sin causa de justificación. Basta con el solo incumplimiento de cualquier obligación nacida del matrimonio. Ejemplo: el rechazo constante de uno de los cónyuges a las relaciones sexuales, la abstención a la procreación mediante el uso de métodos anticonceptivos, la negativa a la formación de un hogar, o sea, querer vivir bajo un mismo techo.

Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ello se pone en peligro la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendientes, o se hace imposible la paz y el sosiego doméstico (Artículo 154, Código Civil; artículo 4o. de la Ley 1a. de 1976).

Como vemos, la ley no tiene en cuenta el tiempo que haya durado el matrimonio, ni la edad de los cónyuges, sólo tiene presente el factor agresión, ésta que puede ser material o moral, frecuente, pero un sólo acto de violencia puede ser suficiente, siempre y cuando el juez, a su juicio, califique de grave; el juzgador goza de libertad para definir la gravedad de ella y resolver, si es suficiente para producir el divorcio o la separación de cuerpos.

Las causales 4a., 5a. y 7a. Embriaguez, uso de sustancias alucinógenas, conducta tendiente a corromper al otro cónyuge (Artículo 4o. Ley 1a. de

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

1976).

Se refieren las causales 4a. y 5a. del artículo 154 del Código Civil (en su nueva red) a la embriaguez habitual y al uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes de uno de los cónyuges, salvo prescripción médica. El juez tendrá en cuenta la habitualidad y, específicamente, el resultado, o sea la destrucción del hogar o desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial (Artículo 155, artículo 5o. de la Ley 1a. de 1976). El artículo 154 en la causal 7a. considera como causal de divorcio 'toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente, o a personas que están a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.

La expresión corromper o pervertir es demasiada genérica y de ahí que los jueces deberán atenerse a las buenas costumbres vigentes en la sociedad. La incitación que un cónyuge hace al otro para cometer cualquier delito (robar, hurtar, estafar, herir, matar, etc.) es conducta que facult al incitado para pedir el divorcio o separación de cuerpos. La motivación que el marido haga a la mujer para que viole su obligación de fidelidad a fin de obtener para sí sumas de dinero o favores especiales del hombre con quien ha de cometer adulterio, es causal de divorcio que puede impetrar la mujer, etc.

Enfermedades anormales psíquicas o físicas. la causal 6a. del artículo 154 del Código Civil nos dice: "Es causal de divorcio toda enfermedad o anormalidad grave o incurable, física o psíquica de uno de los cónyuges que imposibilite los fines de la comunidad matrimonial".

La enfermedad mental grave de uno de los cónyuges autoriza el divorcio, debe revestir una gravedad tal que excluya la libre determinación de la voluntad que justifique el proceso de interdicción por demencia. Los transtornos mentales pasajeros no autorizan el divorcio, pues se requiere que sea imposible el restablecimiento de la comunidad doméstica. Las anomalías graves de orden psíquico autorizan el divorcio, aunque no alcancen a constituir una enfermedad mental, si producen un trastorno de la vida conyugal, en razón de tener origen patológico.

Penas privativas de la libertad: La causal 9a. del artículo 154 establece que es causal de divorcio "la condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años por delito común de uno de los cónyuges, que el juez que conozca del divorcio califique como atroz o infamante".

Esta causal se inspiró en el artículo 231 del Código Civil francés, el cual preceptúa que es causa de divorcio "la condena de uno de los cónyuges a una pena aflictiva e infamante".

La condena debe haberse verificado durante el matrimonio, pues la causal 9a. expresa que debe tratarse de delito común "de uno de los cónyuges", o sea cuando ya tenía esa calidad. No se tiene en cuenta los delitos cometidos por uno de los cónyuges antes del matrimonio, aunque la condena se produzca él. Sin embargo, un grave delito cometido antes del matrimonio que no tuvo manera de conocer el otro cónyuge pueda constituir ultrajes o injuria que haga imposible la paz doméstica, caso en el cual puede pedirse el divorcio con fundamento en la causal 3a. del artículo 154.

5.2.2 Antecedentes legislativos de la Ley 1a. de 1976

Ley de Junio 20 de 1853 que reglamenta por primera vez el matrimonio civil para la Nueva Granada.

Consta de 55 artículos y en ella se establece el divorcio vincular por mutuo consentimiento de los cónyuges, excepto los varones menores de 25 años y las mujeres menores de 21 años, o cuando el matrimonio lleve más de 20 años de celebrado, o si la mujer ha cumpliedo 40 años, o cuando los padres de los cónyuges se opusieron (artículo 39), en esta época el Parlamento colombiano había sido reacio a la reglamentación del divorcio (vincular), con la excepción hecha mediante la Ley del 20 de junio de 1853, que no alcanzó a tener tres años de vigencia, debido a la influencia católica.

El artículo 152 y 153 del Código Civil había establecido: "El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges.

"El divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados".

> Hoy en día el artículo 4o. de la Ley 1a. de 1976, establece en forma taxativa nuevas causales de divorcio que, al mismo tiempo, son causales para la separación de cuerpos, pero teniendo en cuenta que el divorcio sólo puede aplicarse a los matrimonios civiles, no a los matrimonios celebrados por el Código de Derecho Canónico. Lo que nos indica que en Colombia, a partir de la vigencia de la nueva Ley, existirán dos clases de matrimonios: los civiles y que son disolubles mediante el divorcio y los indisolubles por divorcio, o sea, los matrimonios eclesíástico.
>
> Dicha ley da nombres claros al divorcio y a la separación de cuerpos. El primero, es el que antiguamente era necesario caracterizar con

> la expresión de divorcio vincular; la separación de cuerpos se denominará en el futuro con ese nombre y reemplaza la palabra divorcio, que antes empleaba el Código Civil[25].

El juez en primera instancia, ni el Tribunal en segunda, tienen por qué conceptuar si la causal aprobada justifique o no el divorcio, ni tienen por qué dejarlos unidos por el vínculo matrimonial si realmente entre ellos no existe paz ni tranquilidad, es pues una trampa legalizada para burlar en la práctica la institución del divorcio, ya que en la actualidad hay muchos jueces y magistrados retrógrados influenciados por la religión católica.

Otro aspecto negativo de la Ley 1a. de 1976, es la dejar al criterio del juez decidir si no se puede o no decretar el divorcio por la antigüedad del matrimonio o por la avanzada edad de los cónyuges, puesto que la ruptura del vínculo debe estar sujetada a esta modalidad ya que si se comete un hecho de los señalados por la ley, pues debe se suficiente para otorgar el divorcio, sus consecuencias son iguales, sea un matrimonio joven o un matrimonio antiguo, en cónyuges de edad joven o de edad avanzada.

Ahora el artículo 27 de la mencionada ley 1a. de 1976 en su inciso 3o. dice: "Contestada la demanda de divorcio y la de reconvención en su caso, excepciones, ordenará el juez la citación de ambos cónyuges para que concurran personalmente a una audiencia de conciliación.

Si alguno de los cónyuges no concurriera o fracasare la conciliación, el juez

---

[25] Ibid., p. 172.

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 audiencia fracasate, el juez ordenará continuar el proceso".

Considero que es una dilación del proceso y un absurdo jurídico ya que si no fue posible la conciliación por las causales aludidas, grave por cierto, como el adultario, por ejemplo, el juez se atreve a negar el divorcio, contrariando la voluntad del cónyuge inocente.

El doctor Valencia Zea nos dice: "La audiencia de conciliación tiene como fundamento examinar cuidadosamente en presencia y bajo la dirección del juez, la causa o causas de divorcio, valorar sus consecuencias frente a cada cónyuge y frente a los hijos legítimos comunes"[26].

La doctrina francesa tiene entendido sin motivos muy justificados que los apoderados sobran y tienen que comparecer los cónyuges solos a las audiencias.

Al guardar silencio sobre este particular la ley colombiana, debe aplicar las reglas generales, lo que indica que cada cónyuge pueda comparecer asistido por su abogado. Pero si uno de los cónyuges exige el retiro de los apoderados en virtud de las razones íntimas que deben exponer o por otros motivos, el juez debe acceder a su solicitud.

Este asunto de la audiencia de conciliación lo ha tomado la ley colombiana del Derecho Francés y Alemán.

---

[26] Ibid., p. 195.

5.2.3 Efectos de la separación de cuerpos

Una vez ejecutoriada la sentencia que decreta la separación de cuerpos, se producen los siguientes efectos:

a. Se disuelve la sociedad conyugal.

b. Quedan separados de bienes en algunos casos.

c. Quedan unidos por el vínculo matrimonial, ya que no lo disuelve (Código Civil, artículo 167, red. Ley 1a. de 1976), pero todas las obligaciones relativas a la comunidad doméstica y la cohabitación se extinguen. Cada cónyuge forma hogar separado y ninguno está obligado a permitirle al otro relaciones sexuales. Una corriente importante sostiene que dicha obligación es emanación directa de la existencia del vínculo matrimonial; como éste no se extingue, subsiste, como consecuencia, la de la fidelidad. Hecho que considero atentatorio contra las mismas leyes de la naturaleza, porque siendo un hecho natural, si cualquiera de esas personas (cónyuges) realizare relaciones sexuales con otro, después de la separación de cuerpos no debe incidir en nada, en cuanto a la vida conyugal que existió.

La separación de cuerpos del matrimonio canónico es contenciosa, se tramita mediante el proceso abreviado (C.P.C., artículo 414, ordinal 2o., modificado por el artículo 26 de la Ley 1a. de 1976), pero si la separación es de común acuerdo, se tramitará mediante proceso verbal (C. de P.C., artículo 442, ordinal 16, modificado por el artículo 28 de la Ley 1a. de 1976).

Competencia. Si se trata de matrimonio católico de conformidad con el artículo 9o. del Concordato de 1973, la separación de cuerpos se tramita en primera instancia ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, respectivo y en segunda instancia ante la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Si se trata de un proceso de separación de cuerpos de matrimonio civil, se tramitará ante el Juez Civil del Circuito del domicilio conyugal, y es aplicable el numeral 4o. del artículo 23 del C.P.C.

5.3 NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS

5.3.1 Nulidad del matrimonio

La nulidad del matrimonio tiene lugar en lo civil como en lo religioso, no opera de oficio sino que requiere como es natural, ser declarado en sentencia judicial. Ejecutoriada esta sentencia los cónyuges recobran su calidad de solteros, por lo tanto, pueden volver a casarse.

Las nulidades matrimoniales son de interpretación restrictiva. Sólo existen como tales las expresamente mencionadas por el artículo 140 del Código Civil y el artículo 13 de la Ley 57 de 1887.

Conforme a estos textos legales son nulos:

1) Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos;

2) Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años y una mujer

menor de doce, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad.

3) Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos a quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Pero los sordomudos si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio.

d. Derogado Ley 57 de 1887, artículo 45.

e. Cuando se ha contraído por fuerza o miedo que sean suficientes para obligar a alguno a obrar sin libertad; bien sea que la fuerza se cause por el que quiere contraer matrimonio o por otra persona. La fuerza o miedo no será causa de nulidad del matrimonio, si después de disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas, o por la sola cohabitación de los consortes.

f. Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por haber sido ésta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor.

g. Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio probado el adulterio.

h. Cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior.

i. Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes, o son hermanos.

j. Derogado por la Ley 57 de 1887, artículo 45.

k. Cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante.

l. Cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior.

m y n. Derogados Ley 57 de 1887, artículo 45.

Según la Ley 57 de 1887 en su artículo 15 y 16 dicen así:

Fuera de las causales de nulidad de matrimonios civiles enumeradas en el artículo 140 del Código Civil y en el 13 de esta ley, nó hay otras que invaliden el contrato matrimonial. Las demás faltas que en su celebración se cometan, someterán a los culpables a las penas que el Código Penal establezca.

Las nulidades a que se contraen los numerales 7o., 8o., 9o., 11o. y 12o. del artículo 140 del Código Civil y el numeral 2o. del artículo 13 de esta ley,

no son subsanables, y el juez deberá aclarar, aun de oficio, nulos los matrimonios que se hayan celebrado en contravención a aquellas disposiciones prohibitivas.

5.3.2 Teoría sobre el efecto de la sentencia que decreta la nulidad del matrimonio

Teoría de la retroactividad. Este tema ha sido ampliamente debativo y tuvo su origen en el Derecho Romano, así se discutía aquella sentencia de nulidad producía efectos retroactivos o extun.

La teoría de la retroactividad del Derecho Romado se funda en los siguientes principios:

a. Lo que desde el principio fue nulo no produce ningún efecto.

b. El Código de Napoleón acogió este principio que pasó a los demás Códigos Civiles europeos y americanos que se inspiraron en él.

Teoría de la irretroactividad. En Europa y el Cödigo Suizo y Alemán son exponentes de la irretroactividad. El Derecho Canónico al formular la teoría del matrimonio putativo acogió el principio de la retroactividad de la nulidad a la época de la celebración.

Teoría del matrimonio putativo. La regla general enunciada se refería con respecto al matrimonio putativo. Cuando existía buena fe en los cónyuges

o en uno de ellos en el momento del matrimonio, la declaración de nulidad no producía efectos retroactivos: los hijos procreados se tenían por legítimos en relación con ambos cónyuges, aunque uno de ellos hubiese obrado de mala fe.

El Código de Derecho Canónico tmbién conoce el matrimonio putativo. Según el canon 1015, parr. 4o. "Si por lo menos uno de los cónyuges ha procedido de buena fe al celebrar matrimonio inválido, éste se llama putativo hasta que ambos conozcan la nulidad".

La concepción canónica ejerció influjo en el Código de Napoleón, cuyo artículo 201 advierte que "el matrimonio que ha sido declarado nulo produce, no obstante, efectos civiles, tanto respecto de los cónyuges como en relación con los hijos, cuando ha sido contraído de buena fe".

Del Código Francés tomó la institución don Andrés Bello, y ese es el motivo de su vigencia en Chile, conforme lo señalamos. Rige igualmente en Argentina y, aunque desvirtuada, en España.

"En resumen el matrimonio putativo se opone a la regla de la retroactividad de la declaración de nulidad matrimonial. Por ese motivo, los hijos legítimos y la nulidad sólo producen efectos para el futuro. La única circunstancia en que la nulidad tiene efecto retroactivo es cuando ambos cónyuges, en el momento del matrimonio procedían de mala fe. Sólo en este caso, los hijos procreados son apenas extramatrimoniales"[27].

[27] Ibid., pp. 137-138

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

La doctrina del Código Civil colombiano, que rechaza el efecto retroactivo de la declaración judicial de nulidad del matrimonio, no constituye un sistema aislado, sino que interpreta en forma sabia una sólida tendencia del derecho civil actual.

5.3.3 Nulidad por vicios de consentimiento

En cuanto a los vicios de las declaraciones de voluntad en el matrimonio, la ley tiene en cuenta únicamente el error y la violencia o fuerza. Se excluye el dolo, siguiendo en ello la misma regla del Código de Napoleón.

Error en el matrimonio. Tres clases de errores se distinguen. En primer lugar, el error que recae sobre los contenidos esenciales del matrimonio o error sobre el significado del acto; en segundo lugar, el error sobre la persona; en tercer lugar, el que recae sobre las cualidades personales de uno de los contrayentes. El error sobre el significado o contenidos esenciales da lugar a la inexistencia del matrimonio y sobre él ya hemos dicho lo necesario.

La violencia en el matrimonio. La violencia, o sea la fuerza o miedo "que sean suficientes para obligar a alguno a obrar sin libertad", es causal de nulidad del matrimonio, según manifestación expresa del artículo 140 del Código Civil en su ordinal 5o. No importa de quién provenga la violencia pues la puede haber ejercido uno de los cónyuges o terceros.

6. CONCLUSIONES

No obstante que una familia puede tener origen en uniones libres o de hecho, clásico amancebamiento, en el presente estudio solamente nos hemos referido a aquellas familias que proceden de una reglamentación legal. Por eso hemos analizado el matrimonio tanto del orden civil como del eclesiástico, originados en la "institución matrimonio".

Sin poder escapar a la apubullante 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 hace 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 escape y solución a aquellos convulsionados mundos familiares, era menester que el Estado colombiano celebrara con la iglesia un "Nuevo Concordato", como efectivamente lo hizo, por medio de la Ley 20 de 1974, más dúctil a los procesos cambiantes del mundo actual, permitiendo a nuestro país legislar con más autonomía en materias tan delicadas dejando el camino abierto para lanzar al ámbito jurídico la Ley 1a. de 1976.

Nuestro legislador civil colombiano, conocedor de la existencia de una forma de "matrimonio civil" en la que de acuerdo con el Código Civil francés, trasunto del colombiano y con el alto influjo de la religión católica, prescribiera la misma norma de la "indisolubilidad", quizo introducir "un criterio nuevo", más acorde con la realidad nacional, en una palabra más científico, cual es la "disolubilidad" matrimonial que nace de la misma naturaleza del "contrato", en razón de su objeto y fines propios; "el matrimonio civil es esencialmente disoluble", llegando a significar que este negocio jurídico no es "perpetuo", sino "permanente", garantizando tal vez en forma más sólida, la consecución de los fines propuestos.

Introduciendo, además, una institución nueva en nuestra norma civil, el divorcio, sus causales, su trámite, sus efectos su caducidad, etc... imprimiendo idéntico tratamiento al "régimen de separación de cuerpos", regulada por las mismas causales (Artículo 154 del Código Civil, modificado por el artículo 4o. Ley 1a. de 1976), el mismo término de caducidad (artículo 6o., ley 1a. de 1976); diferenciándose únicamente en sus "efectos", así: "El divorcio es una separación con rotura del vínculo matrimonial, y facultad de celebración del nuevo matrimonio", mientras que la "separación es apenas una suspensión temporal o definitiva de la vida de los casados, sin disolución del vínculo y sin posibilidad alguna de contraer nuevas nupcias, puesto que si esto ocurriera se incurriría en el delito de bigamia".

Así llegamos a la conclusión de este estudio, después de largos meses de análisis, queremos dejar flotando en el ambiente una inquietud que asalta nuestra razón cual es la necesidad urgente que el divorcio se extienda también

para aquellas parejas que contrajeron matrimonio canónico, pero sin olvidar que "el sello sacramental" del cual está investido dicho negocio, lo coloca en el campo teológico, vedado para los particulares y en el cual no hay lugar a discusiones, hemos dado orientaciones a demostrar, así sea en forma breve, las desventajas del régimen de separación de cuerpos, consagrada por nuestra legislación civil, tanto para el matrimonio canónico como para el matrimonio civil, las similitudes y diferencias con el divorcio, sus ventajas; terminamos con el enjuiciamiento al régimen de separación de cuerpos, objeto de nuestro estudio.

BIBLIOGRAFIA

ACUÑA, María Luisa. El divorcio ante la razón, la historia y la estadística. Valparaíso, Chas, 1979.

BURBANO DE GARCIA, Stella. Matrimonio, divorcio y separación de cuerpos. Bogotá, Librería Jurídica, 1979.

CASTRO, José Félix. Ley 75 de 1968. Bogotá, Librería Publicitaria.

DUQUE GIL, Alfonso y GOMEZ CASTAÑEDA, J. Separación canónica de cuerpos, por la jurisdicción civil.

GOMEZ RANGEL, Amado. Derecho de Familia. Conferencias. Universidad Simón Bolívar, Barranquilla.

LOPEZ Y LLERAS, Rudecindo. Derecho Canónico. Bogotá, Temis, 1981.

RAMIREZ, Grenda. Diccionario Jurídico. Buenos Aires, Roque de Palma,1981.

REVISTA UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA. Matrimonio Civil y Divorcio Vincular en Colombia. Bogotá.

ROCHA, Antonio. Matrimonio, Educación y actualidad concordataria. Revista Colombiana Ltda. Bogotá, 1975.

RESTREPO URIBE, Liborio. Matrimonio, divorcio y concordato. Bogotá, Temis, 1972.

TORRES, Jorge. Código Civil Colombiano. Bogotá, Temis, 1984.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho de Familia. Bogotá, Temis, 1985.