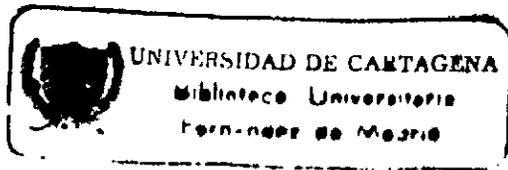


T
346.2
V715

1

SCIB
SCIB

ASPECTO LEGISLATIVO DEL SISTEMA MATRIMONIAL COLOMBIANO



47303

CESAR AUGUSTO VILLAMIL OCHOA
ELOY ALBERTO PEREIRA CASTELLON

SCIB
00018166



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARTAGENA, 1985

ASPECTO LEGISLATIVO DEL SISTEMA MATRIMONIAL COLOMBIANO

CESAR AUGUSTO VILLAMIL OCHOA

ELOY ALBERTO PEREIRA CASTELLON

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

Presidente de Tesis: Dr. RAFAEL
H. DE LA VALLE G.

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARTAGENA, 1985

Rector: Dr. LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL.

Secretario General: Dr. CARLOS MENDIVIL CIODORIO.

Decano: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Secretario Académico: Dr. PEDRO MACIA HERNANDEZ.

Director Centro de Investigaciones Jurídicas: Dr. GUILLERMO BAENA PIANETA.

Presidente de Tesis: Dr. RAFAEL H. DE LA VALLE G.

Primer Examinador: Dr. ALCIDES MORALES A.

Segundo Examinador:

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado.

Jurado.

Jurado.

Cartagena, julio de 1985



" LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LAS OPINIONES EMITIDAS EN ESTA TESIS. TALES OPINIONES SON CONSIDERADAS PROPIAS DE SUS AUTORES " .

A La Memoria de mis Padres

A Mis Hermanos

A La Memoria de ASCANIO y MANUELA VILLAMIL

A Mis Profesores, Amigos y Familiares.

CESAR A. VILLAMIL OCHOA.

A Mis Padres HORACIO y LUCY

A Mi Esposa LUZ MARINA

A Mi Hijo DANIEL ENRIQUE

ELOY A. PEREIRA C.



TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	
LA FAMILIA	
1. ORIGEN DE LA FAMILIA.TESIS RELIGIOSA Y TE SIS MATERIALISTA.....	5
2. PRIMERAS MANIFESTACIONES DE ORGANIZACION.	7
a) Salvajismo	7
b) Barbarie	8
c) Civilización	11
3. FAMILIA LEGITIMA Y FAMILIA NATURAL.....	11
4. LA MONOGAMIA EN EL DERECHO COLOMBIANO...	12
CAPITULO II	
DERECHO DE FAMILIA	
1. NOCION	14
2. UBICACION DEL DERECHO DE FAMILIA	15
3. NATURALEZA JURIDICA DE LA FAMILIA	16
CAPITULO III	
DESARROLLO LEGISLATIVO DEL SISTEMA MATRIMONIAL COLOMBIANO	

	Pág.
1. EL CODIGO CIVIL. ANTECEDENTES	17
2. EL DERECHO DE FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL.	18
a) Ley 57 de 1887	20
b) Ley 153 de 1887	22
c) Ley 30 de 1888	23
d) Ley 35 de 1888 (Concordato de 1887).	26
e) Ley 95 de 1890	30
f) Ley 8a. de 1922	31
g) Ley 54 de 1924 (Ley Concha)	32
h) Ley 67 de 1930	38
i) Ley 70 de 1931	39
j) Ley 28 de 1932	39
k) Ley 45 de 1936	40
l) Ley 91 de 1936	41
ll) Ley 92 de 1938	41
m) Ley 266 de 1938	41
n) Ley 68 de 1946	42
ñ) Ley 83 de 1946	42
o) Ley 75 de 1968	42
p) Decreto 398 de 1969	43
q) Decreto 1260 de 1970	43
r) Ley 20 de 1974 (Concordato de 1973).	43
s) Ley 27 de 1974	48
t) Decreto 2820 de 1974	48

	Pág.
u) Ley 5a. de 1975	49
v) Decreto 206 de 1975	49
w) Decreto 752 de 1975	49
x) Decreto 772 de 1975	49
y) Ley 1a. de 1976	50
z) Ley 27 de 1977	50
 CAPITULO IV	
LOS ESPONSALES	
1. GENERALIDADES	51
2. CONSECUENCIAS	52
3. PROYECTO DE LA COMISION REVISORA DEL DERECHO DE FAMILIA CREADA EN 1975	53
4. LOS ESPONSALES ANTE EL DERECHO CANONICO.	55
a) Formalidades	57
b) Efectos	58
c) Terminación	59
 CAPITULO V	
CAPITULACIONES MATRIMONIALES	
1. GENERALIDADES	61
2. REQUISITOS DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES	62
a) Capacidad	62
b) Consentimiento	63

	Pág.
c) Solemnidades	64
d) Epoca de Celebración	64
3. CLASES DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES.	66
a) Régimen de separación de bienes.....	66
b) Aporte de todos los bienes a la socie dad cónyugal.....	66
 CAPITULO VI	
EL MATRIMONIO	
1. IMPORTANCIA	67
2. DEFINICION Y FINES.....	69
3. ASPECTOS HISTORICOS.....	71
a) En Grecia	71
b) En Roma	71
c) En la Epoca antijustiniana y Justinia na.....	74
d) En la India	75
e) En Persia	76
f) En Colombia	77
1o. Legislación Colonial	77
2o. Legislación Transitoria	78
4. CLASES DE MATRIMONIOS	83
a) Matrimonio Valido	83
b) Matrimonio Nulo	83



	Pág.
c) Matrimonio rato y rato consumado	84
d) Matrimonio Legítimo	84
e) Matrimonio putativo y matrimonio aten tado.....	84
5. SISTEMAS MATRIMONIALES	85
a) Matrimonio Católico obligatorio	85
b) Matrimonio Civil obligatorio	85
c) Matrimonio Facultativo	86

CAPITULO VII

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

1. MATRIMONIO COMO CONTRATO	87
2. MATRIMONIO COMO INSTITUCION	90
3. TEORIA MIXTA	92
4. MATRIMONIO COMO ACTO JURIDICO CONDICION..	93
5. TEORIA ELECTICA	93
6. CONTRATO - SACRAMENTO	94

CAPITULO VIII

REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO

1. REQUISITOS POSITIVOS DE FONDO	97
a) Diferencia de sexo	98
b) Capacidad	99
c) Consentimiento	101
2. REQUISITOS NEGATIVOS DE FONDO	102

	Pág.
a) Inexistencia de vínculo matrimonial entre los cónyuges	102
b) Inexistencia de parentesco entre los contrayentes.....	103
c) El Adulterio	105
d) Homicidio del cónyuge.....	106
e) En el caso de segundas nupcias	107
f) Falta de aprobación de las cuentas de una menor.....	110
3. REQUISITOS DE FORMA	111
a) Los que deben cumplirse antes del matri monio o precedentes	111
b) Coetáneos	115
4. MATRIMONIO "IN EXTREMIS VITAE MOMENTIS" o EN PELIGRO DE MUERTE.....	118
5. DEL REGISTRO DE MATRIMONIOS.....	119

CAPITULO IX

DE LA INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL MATRIMONIO

1. INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO.....	122
a) Matrimonio entre personas de un mismo sexo.....	123
b) Inexistencia del consentimiento.....	124
c) Carencia de solemnidades esenciales...	125

	Pág.
2. NULIDAD DEL MATRIMONIO	125
a) Nulidades Absolutas	126
b) Nulidades Relativas	127
3. EFECTOS DE LA INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO	131
4. EFECTOS DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO...	132
a) Entre los cónyuges	132
b) En cuanto al patrimonio.....	133
c) En cuanto a los hijos	133

CAPITULO X

SOCIEDAD CONYUGAL

1. GENERALIDADES	135
2. NATURALEZA JURIDICA	137
3. SOCIEDAD CONYUGAL PARA EL MATRIMONIO CE LEBRADO EN EL EXTERIOR.....	138
4. ACTIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.....	141
a) Haber Absoluto	141
b) Haber Relativo	143
5. BIENES PROPIOS DE LOS CONYUGES QUE NO SON GANANCIALES.....	144
6. PASIVO SOCIAL Y PASIVO PROPIO DE LOS CON YUGES.....	146
7. ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.	147
8. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.....	148



Pág.

CAPITULO XI

SEPARACION DE BIENES

1. NOCION 151

2. CLASES O FORMAS DE LA SEPARACION DE BIENES..... 152

 a) Convencional 152

 b) Legal 152

 c) Judicial 153

3. CAUSAS DE SEPARACION DE BIENES 153

4. REGIMEN PROBATORIO..... 154

5. EFECTOS DE LA SEPARACION DE BIENES..... 155

 a) Respecto de los hijos 156

 b) Entre los cónyuges 156

6. SOLO EL CONYUGE INOCENTE PUEDE PEDIR LA SEPARACION DE BIENES..... 157

7. PROCEDIMIENTO..... 158

CAPITULO XII

SEPARACION DE CUERPOS

1. CAUSALES DE SEPARACION DE CUERPOS..... 160

2. CLASES DE PROCESOS..... 162

3. JUEZ COMPETENTE..... 162

4. EFECTOS DE LA SEPARACION DE CUERPOS..... 163

 a) Entre los cónyuges..... 164

	Pág.
b) En cuanto al patrimonio	164
c) Respecto de los hijos	164
5. FIN DE LA SEPARACION DE CUERPOS	165

CAPITULO XIII

EL DIVORCIO

1. ASPECTOS GENERALES.....	166
2. LEY 1a. DE 1976	168
a) Antecedentes	168
b) Características	170
3. CAUSALES DE DIVORCIO.....	172
4. TERMINOS DE CADUCIDAD	182

CAPITULO XIV

PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO.

1. DEL PROCEDIMIENTO PARA DECRETAR EL DIVOR CIO.....	185
2. PARTES EN EL PROCESO.....	185
3. QUIEN PUEDE DEMANDAR EL DIVORCIO.....	186
4. MEDIDAS CAUTELARES.....	186
5. NOTIFICACION AL MINISTERIO PUBLICO CUANDO HAY HIJOS MENORES.....	187
6. DEMANDA DE RECONVENCION.....	187
7. EXCEPCIONES.....	188
8. AUDIENCIA DE CONCILIACION.....	189

	Pág.
9. MEDIOS DE PRUEBA	190
10. TERMINACION ANORMAL DEL PROCESO	190
11. INSCRIPCION DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO	191
12. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO....	191
a) Entre los cónyuges	191
b) Eh cuanto al patrimonio	193
c) Respecto de los hijos	194
13. DIVORCIO DE MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO	
EN EL EXTERIOR.....	195
14. DIVORCIO EN EL EXTERIOR DE MATRIMONIO CI	
VIL CELEBRADO EN COLOMBIA.....	196
 CAPITULO XV	
EL CONCUBINATO O UNION LIBRE	
1. APRECIACIONES GENERALES.....	199
2. ELEMENTOS Y CLASIFICACION.....	201
3. EFECTOS.....	202
4. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO COLOMBIANO	203
 CONCLUSIONES	 210
BIBLIOGRAFIA	213



INTRODUCCION

La familia como célula primigenia de la sociedad, ha sido una de las instituciones integrantes del Derecho Civil que ha experimentado una constante evolución, ya que los legisladores y doctrinantes se han preocupado siempre por atemperarla a los permanentes cambios producidos en el orden social.

Como soporte de esta célula primigenia, el hombre ha erigido desde los albores de la humanidad, para conservar las tradiciones, tanto en el campo económico como en el moral e intelectual; la institución del matrimonio. Institución esta, que ha prevalecido en todos los Estados, cualquiera que sea su ideología política, religiosa o social.

De ahí que el legislador colombiano no siendo ajeno a estos cambios, a consagrado a través de su tradición legislativa reformas atinentes al Régimen Matrimonial;

como ha sido la de pasar de una absoluta potestad marital a otra más atenuada mediante la Ley 8a. de 1922. Estableciendo mas adelante, igualdad entre cónyuges con relación a la administración y disposición, tanto de los bienes que les pertenezcan al momento de contraer el matrimonio o que se apartaren durante la vigencia de éste, como en la dirección conjunta del hogar.

Nuestra legislación de familia al igual que la de la mayoría de los estados a emprendido, en sus principales manifestaciones, el tránsito desde la esfera peculiar y para muchos tradicional del Derecho Privado hacia la de Derecho Público.

En nuestro devenir histórico, ha tenido operancia, unas veces el matrimonio católico obligatorio, otras el matrimonio civil obligatorio, otro el matrimonio facultativo; siendo esta última forma la que prevalece en la actualidad, ya que los colombianos pueden optar por un matrimonio civil, cuyas características, efectos, disolución, etc., están reguladas en nuestro Código Civil y demás normas concordantes que lo adicionan y reforman; o por un matrimonio canónico que tiene plenos efectos civiles en virtud del Concordato de 1973, celebrado entre el gobierno colombiano y el de la Santa Se

de.

Hemos elaborado y organizado nuestro trabajo en el orden cronológico, que a nuestro humilde entender, se suceden las diferentes etapas, tanto previas como simultáneas y posteriores del matrimonio. Es así como tratamos primeramente, los orígenes de la familia partiendo del estadio del salvajismo, de la barbarie hasta llegar a la civilización. Luego tratamos la nación y ubicación del Derecho de Familia; posteriormente un estudio somero del desarrollo legislativo del sistema matrimonial colombiano.

Prosiguiendo con las etapas previas a la celebración del matrimonio, como son los Esponsales y la Capitulaciones matrimoniales; el matrimonio, su naturaleza jurídica y requisitos para la validez del mismo, la nulidad e inexistencia; la sociedad conyugal, la separación de bienes, la separación de cuerpos, el divorcio y el procedimiento para obtenerlo, concluyendo nuestro modesto trabajo con el concubinato o unión libre.

La importancia del Derecho de Familia a través de la historia, la gran incidencia de sus diversas instituciones en las relaciones sociales, la gran trascendencia que conlleva la celebración del matrimonio, el cual

repercute tanto en las relaciones patrimoniales como en las sociales y morales, en la sociedad y en la organización misma del Estado; son motivos que nos han inducido a realizar este trabajo para optar el título de Abogados.

Así, hemos creído poder ofrecer al lector que de una u otra manera tenga acceso a este trabajo, un conjunto sencillo, pero sintético y práctico que le de idea, no sólo de la orientación, sino de la perspectiva reguladora de cada institución aquí contemplada.



C A P I T U L O I

LA FAMILIA

1. ORIGEN DE LA FAMILIA. TESIS RELIGIOSA Y TESIS MATERIALISTA.

La familia como institución social tiene su origen según el punto de vista de donde se le analice. Existen en la actualidad dos corrientes que explican, cada una con argumentos sólidos, el origen de la familia. Son ellos: la religiosa y la materialista.

La teoría religiosa dice que el origen de la familia se explica en la creencia que el hombre ha tenido de la existencia de un ser superior, el cual adoraba, llámese luna, sol, fuerzas telúricas, o encárnece en el Dios que tradicionalmente han conocido los hombres como ser Supremo. Los antiguos tenían como tradición religiosa el culto a sus muertos, a los cuales sepultaban con grandes pompas y especiales ritos, pues ellos

consideraban que al morir, su espíritu quedaba vagando y por lo tanto la única manera de obtener la gracia divina era con el culto que sus semejantes les hacían. De allí que vieron la necesidad de tener un grupo especial, que constituyó la familia y que fué en la antigüedad sólidamente edificada en estos conceptos. Cada familia sepultaba a sus muertos y les rendía culto especial y estos continuaban perteneciendo a ella.

Por su parte la Iglesia Católica explica el origen de la familia en la creación de Adán y Eva, de donde surgió el primer núcleo familiar, con la presencia de dos hijos, Caín y Abel. Posteriormente viene la descendencia de Caín, de Enoc, de Set, de Matusalén, de Noé, etc., etc. Es decir que de acuerdo a la tradición bíblica la familia tiene un origen divino y la regula una ley natural.

La Tesis materialista está expuesta por Federico Engels, en su obra " El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado " donde refiere que la humanidad ha pasado por tres etapas, las cuales él ha distinguido como: a) Salvajismo, b) Barbarie y c) Civilización. Cada una de estas tres etapas tiene sus características peculiares sin que sea perfectamente diferenciable el paso de un estadio a otro. Cada una de ellas tiene,

a su vez tres estadios: inferior, medio y superior.

2. PRIMERAS MANIFESTACIONES DE ORGANIZACION.

a) Salvajismo.

Es el momento cuando el hombre apenas está culminando su proceso de evolución como tal. Es decir, aceptando la teoría de la Evolución del mono en ser humano, éste se encontraba en los albores de su existencia. Vivía y permanecía en los bosques tropicales y principalmente en los árboles de los cuales se alimentaba. Unico instrumento de trabajo; las manos. Eran nómadas y vivían sin ninguna organización social, en hordas y bajo el signo de la promiscuidad sexual.

Los hombres comienzan a caminar más o menos erguidos y descubren el pescado como nuevo alimento y consiguen hacer fuego. Los hombres, con el nuevo alimento, desarrollan más su cerebro y fabrican ya instrumentos o armas de piedra sin pulimentar o maza y la lanza que le sirven para cazar. Los hombres se expanden o crecen demográficamente y se riegan por todas partes de la tierra. De éste estadio que muchos antropólogos han llamado Edad de Piedra se han encontrado muchos y convincentes vestigios y en la actualidad, hay grupos

humanos Australianos y Polinesios, que se hayan en este estadio. Surgen las Gens, y posteriormente, los hombres inventan el arco y la flecha y por ello, la caza se convierte en actividad principal. De nómada que era, comienzan a fijar sus residencias en lugares definitivos o permanentes siguen acumulando experiencias, siguen desarrollando la fabricación de elementos de subsistencia como vasijas de madera, tejidos de mano, cestos e instrumentos de piedra ya pulimentada (Neolítico) con el hacha se fabrican el primer medio de transporte humano: la piragua. Se desarrollan los gens.

b) La Barbarie.

Se caracteriza por la introducción de la alfarería, o sea, la utilización de la arcilla en la fabricación de vasijas o recipientes necesarios para cocinar porque eran refractarios al fuego. Hasta ahora se puede decir que el desarrollo de los hombres era parejo o común a todos. Pero lo que caracteriza a la barbarie es la domesticación de los animales, la cría de ellos y el cultivo de las plantas, es cuando se comienza a notar ya ciertas diferencias naturales entre los hombres: En el Continente Oriental o antiguo se poseían casi todos los

animales domesticables (en el Continente Americano, solamente se conocía la llama y el maíz como cereal de cultivo).

En su segunda etapa se domestican animales en el Este y se siembran hortalizas por medio de riegos, se comienzan a construir viviendas de piedras como fortaleza en el Oeste. Aprendieron a labrar metales. En el Este, hubo domesticación de animales de cría para suministro de carne y leche que significaba un progreso en el desarrollo del cerebro del hombre, y ya en su Estadio Superior, " Comienza con la fundición del mineral del hierro y pasa al Estadio de la civilización con el invento de la escritura alfabética y su empleo para la notación literaria ". A este Estadio pertenecen los griegos de la época heroica, las tribus itálicas antes de la fundación de Roma, los germanos de Tácito, los normandos del tiempo de los vikingos. Encontramos, el arado de hierro tirado por animales lo que hace posible la roturación de la tierra en gran escala, la agricultura y se produce un gran aumento de los medios de existencia, excedente en la producción de alimentos, etc.

En la etapa del Salvajismo, había comunidad absoluta de

los bienes, era una etapa de primitivismo comunista o colectiva.

Predominaba el matrimonio por grupos, enteros de hombres y grupos enteros de mujeres se pertenecen recíprocamente.

Del seno de esta forma familiar de promiscuidad sexual surgió la familia consanguínea, que es aquella en que los círculos conyugales son entre abuelos y abuelas; padres y madres; hijos e hijas y exclúe padres con hijos. Este tipo de familia ha desaparecido totalmente. La organización de la familia evolucionó hasta llegar al momento en que se excluyen los hermanos del comercio sexual y surge la familia Punalua (época de la barbarie). En el estadio inferior de la barbarie se desarrolla el clan, forma fundamental de organización social, que definimos como grupos de descendientes de una misma mujer, entre quienes quedó prohibido el matrimonio. Inicialmente existió el clan matrimonial en el cual el matrimonio era la forma predominante de la autoridad. Pero posteriormente, cuando fueron desapareciendo las uniones sexuales por grupos y surgiendo las uniones de un hombre con una mujer, reservándose el primero el privilegio de ser infiel y de practicar muchas

veces la poligamia, y por razones de que el hombre desarrollaba los trabajos más importantes, nació el clan patrilineal o la familia Sindiásmica.

c) Civilización.

Un poco más adelante se desarrolló la familia monogámica con grandes rezagos de la poligamia y con las limitaciones conocidas para la mujer. A partir de esta etapa, en la cual llegan a su punto culminante la Organización tribal y la Confederación de Tribus, y del surgimiento de la esclavitud nace la Institución denominada Estado.

3. FAMILIA LEGITIMA Y FAMILIA NATURAL.

La familia legítima, es la que como su nombre lo indica, se constituye bajo el amparo del matrimonio y por consiguiente de las leyes civiles o canónicas y la forman padres e hijos legítimos.

La familia natural es la que tiene su origen en la sola comunidad de vida afectiva entre padres e hijos, pero que no están legalmente protegidos por el derecho. Una familia natural puede convertirse en legítima por el

matrimonio de los padres y una legítima desaparecer como tal si se decreta la nulidad del matrimonio, aunque los hijos continúan gozando de la protección del derecho.

4. LA MONOGAMIA EN EL DERECHO COLOMBIANO.

En nuestro derecho se presentan dos etapas con relación al matrimonio: la etapa del Código Civil, que como bien se sabe redactó don Andrés Bello y el Sistema de las nuevas leyes.

El sistema del Código era el de la monogamia clásica, donde el sistema de gobierno familiar era el patriarcado y todo giraba en torno a la autoridad del varón. Eran conocidas allí la potestad marital en cabeza únicamente del marido; el esposo era el representante legal de la mujer y le administraba sus bienes; la herencia se establecía por línea paterna y existían disposiciones aberrantes como aquellas que establecían categorías de hijos en naturales, adulterinos, incestuosos o de dañado y punible ayuntamiento, o también disposiciones exóticas como la que autorizaba al padre para imponerles la pena de detención hasta por un mes, a sus hijos.



Después de algún tiempo de vida republicana, la ley reconoció un principio de capacidad civil a la mujer al habilitarla como testigo y al facultarla para poder instaurar la separación de bienes, se establece más tarde, el patrimonio de familia, y con ello se da una noción más acorde con la realidad social de la familia, al considerarla integrada por el esposo, su mujer y los hijos. Luego se establece el divorcio de matrimonio civil y se reconoció la igualdad de derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones, lo que indica que el derecho de familia ha avanzado en este aspecto y la época impone nuevas concepciones jurídicas sobre los problemas de la familia y nuevos métodos en el enfoque de los conflictos que se presentan a diario.

C A P I T U L O I I

DERECHO DE FAMILIA

1. NOCION.

En sentido amplio, es el conjunto de reglas de Derechos, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo o principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia. Comprende normas de orden personal, como son las que regulan las relaciones entre cónyuges y entre padres e hijos, y reglas de orden patrimonial, que versan sobre el régimen económico entre cónyuges y entre padres e hijos, con lo cual le atribuímos un contenido amplio y acorde con las tendencias del Derecho Moderno; mas esto no lo comparte la doctrina francesa, que en cuanto al derecho de familia solo cobija lo referente al estado de las personas, el matrimonio y la filiación. Este ha sido el criterio de la escuela exegética, cuyas orientaciones tienden a limitar el ámbito del derecho de familia exclusivamente a reglas de derecho de orden personal, sin considerar nada

del campo patrimonial.

2. UBICACION DEL DERECHO DE FAMILIA.

Según el tratadista Antonio Cícu, afirma en su obra "La Filiación", la legislación de familia ha emprendido, en principio, manifestaciones de tránsito, desde la esfera peculiar, y para muchos tradicional, del Derecho Privado, hacia la más amplia del Derecho Público.

Pero si esta tendencia es indudable, no lo es menos que el Derecho de Familia en las legislaciones actuales se conserva aún como una parte del Derecho Privado, a pesar de ser un derecho eminentemente social, lo cual explica el carácter de orden público de sus normas.

Las normas del Derecho Familiar suele considerarse como imperativas, cuya observancia se torna imperiosa para aquellos a quienes ellos afectan. La ley exclusiva, y no la voluntad particular, regula la relación, determina en todos sus detalles el contenido y extensión de las potestades, la eficacia de la relación parental, los afectos y el alcance de un estado, sin que al particular le sea dado aportar modificación alguna.

3. NATURALEZA JURIDICA DE LA FAMILIA.

Según el notable civilista, Suarez Franco, la familia no es persona jurídica, porque su ordenación, es puramente individualista: se le reconocen derechos a la persona de sus miembros, mas no a la célula como un todo.

La familia no se da una capacidad jurídica autónoma, por cuanto no adquiere personería distinta de la de sus integrantes. El mal llamado "Patrimonio de familia" no lo es en sentido estricto, ya que su aparente titular carece de personalidad; ante el derecho no existe más que un patrimonio afectado que forma parte de los patrimonios individuales de los cónyuges y sus hijos.



C A P I T U L O I I I
DESARROLLO LEGISLATIVO DEL SISTEMA MATRIMONIAL
COLOMBIANO

1. EL CODIGO CIVIL ANTECEDENTES.

Como consecuencia de la sanción de la Constitución de la nueva granada, en 1853, y luego la de la Confederación Granadina, en 1858, se instauró en Colombia el Régimen Federal; el nuevo sistema político contemplaba, según su ámbito de aplicación territorial, dos especies de ordenamientos legislativos: unos preferidos por el Gobierno Central con vigencia para todo el territorio nacional; y las legislaciones particulares de las provincias, aplicables al respectivo territorio o estado.

En 1858, bajo la Constitución de la Confederación Granadina, se acentuó aún más la autonomía de las provincias, a los cuales, a partir de esta época, se las denominó con el nombre de Estados.

Fue el Estado de Cundinamarca el primero en adoptar en el año de 1859 el Código Civil Chileno, en virtud de haber sido sancionado el proyecto por parte de la Asamblea Legislativa, puesto a su consideración por don Miguel Chiari, dicho Código fue acogido por los legisladores de los Estados del Cauca, Boyacá, y Antioquia.

En virtud de la ley 84 del 26 de mayo de 1873, el Gobierno de la Unión adoptó el Código Civil del Estado de Cundinamarca, para todos los Estados Unidos de Colombia; este cuerpo legal vino a ser, con el transcurso del tiempo por disposición de la ley 57 de 1887, el de la República de Colombia.

El Código de Cundinamarca, siguió textualmente al Chileno, cuyo proyecto fue obra de don Andrés Bello, quien tuvo como fuente primordial al Código de Napoleón, cuyas instituciones se nutrieron del Derecho Romano. Don Andrés Bello acogió en su proyecto orientaciones de los Códigos de Cerdeña, Austria, Lusiana, Prusia, las dos Sicilias, Holanda y Belgica. A pesar de todas estas orientaciones, la influencia del Código Español fue innegable.

Las ideas dominantes que dieron la orientación del Cód

go Civil fueron fruto del pensamiento Europeo de la época, lo cual explica porque no se siguieron las tendencias tradicionales de la legislación Española, cuyos directores sirvieron no obstante de marco prudencial a los redactores del Código Civil Chileno.

Los principios jurídicos que informaron el Código Chileno, y de consiguiente el nuestro, fueron: la omnipotencia de la ley, el tratamiento jurídico igualitario de las personas frente al Estado; Constitución Cristiana de la familia y su protección, el respeto y apoyo a la propiedad privada, y la libertad de contratar como fuente primordial de las obligaciones.

2. EL DERECHO DE FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL.

El Código Civil Colombiano, en su libro primero, trata de las personas; a partir del Título IV reglamenta lo referente al matrimonio, no sin haberse ocupado de los Esponsales o Desposorios, institución que día a día pierde trascendencia jurídica; comienza por definir el matrimonio, asumiendo una posición contractualista.

Reglamenta además los requisitos y condiciones de fondo y de forma del matrimonio, sus efectos, nulidades, termi

nación y divorcio, obligaciones de los cónyuges entre sí y de los padres respecto a los hijos, la adopción etc. adopta el sistema del matrimonio Civil; acoge la tesis del matrimonio-contrato, pero con el carácter de indisoluble. Para el Código, el divorcio implicaba, la simple separación de cuerpos. El régimen patrimonial del matrimonio se defiere para el Título XXII del libro 4o. que habla sobre las CAPITULACIONES MATRIMONIALES y de la SOCIEDAD CONYUGAL. Y en el libro 3o. desarrolla el tema de la SUCESION POR CAUSA DE MUERTE, institución esta ligada íntimamente con el tema de la familia.

Dentro del Código comenzaron a operarse cambios respecto de las instituciones allí consagradas, referentes a la familia, casi que simultáneamente con su adopción, siendo las mas importantes:

- a) Ley 57 de 1887.

En 1886, " En nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad " se reconstituyó la Nación adoptando el sistema político de la República Unitaria, instaurándose un Estado confesional bajo la influencia de la Iglesia Católica.

Para llegar a la centralización se expidieron leyes con



el carácter de transitorios, originándose una dicotomía legislativa, al mantenerse al mismo tiempo las leyes particulares de los extinguidos Estados frente a la nueva legislación. Este régimen de interinidad subsistió hasta el 15 de abril de 1887, cuando por disposición de la ley 57 de este año se puso en vigencia el Código Civil de la Unión para toda la República de Colombia, además dicha ley 57 de 1887 contempló reformas de diversos aspectos del Código tales como:

- 1o. Una nueva definición de hijo legítimo; modificación del concepto de hijo natural; creación de nuevas causales sobre impugnación de la paternidad y reformas al sistema de reconocimiento de hijos naturales.
- 2o. Nuevos requisitos para la celebración de matrimonios por apoderado.
- 3o. Estableció como nuevas causales de nulidad del matrimonio, el parentesco de afinidad en primer grado en línea recta y la falta de competencia del Juez o la inhabilidad de los testigos para presenciarlo.
- 4o. Para los curadores, creó la prohibición de casarse con sus pupilas sin que previamente rendiesen cuenta de su administración.
- 5o. Concretó las causales de nulidad del matrimonio que

tienen el carácter de absolutos, y estableció la imposibilidad de sanearlos por acuerdo de voluntades o por el transcurso del tiempo.

60. Concedió plena validez a los matrimonios católicos, aun los celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley, y reconoció competencia a los jueces eclesiásticos para dirimir las causales matrimoniales sobre nulidad y separación de cuerpos.

b) Ley 153 de 1887.

En el derecho matrimonial, sus innovaciones mas importantes fueron:

10. Determina el procedimiento que se debe seguir para resolver las controversias que se susciten con ocasión del tránsito de una ley antigua a una ley nueva en casos de legitimación, estado civil etc.
20. Reconoce plenos efectos civiles a los matrimonios católicos celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley, siempre y cuando no se violen derechos de terceros adquiridos de buena fé.
30. Reafirmó la competencia de los jueces eclesiásticos para evocar el conocimiento de los juicios de nulidad y divorcio de matrimonios católicos.

4o. Concedió a la madre el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos, para el caso de fallecimiento del padre.

Respecto a estas dos leyes la 57 de 1887 y la 153 del mismo año, el tratadista Arturo Valencia Zea hace los siguientes acataciones " Se ha dicho, con grave desconocimiento del verdadero estado de las leyes civiles sobre el matrimonio entre 1853 y 1887, que las dos normas, la del Art. 12 de la ley 57 de 1887 y la del Art. 50 de la ley 153 de 1887, tuvieron por finalidad dar valor a todos los matrimonios católicos celebrados entre los años mencionados, por su obligatorio unicamente el matrimonio civil. Lo cual es evidentemente falso. Desde el año de 1856 se dió pleno valor al matrimonio católico; posteriormente, los diversos Estados se preocuparon por declarar lo válido dicho matrimonio excepto, según lo que hemos señalado del Estado de Santander. Por lo tanto, las citadas leyes solo tuvieron efecto retroactivo para los matrimonios católicos celebrados en ese Estado " .

c) Ley 30 de 1888.

Reconocidos los efectos civiles al matrimonio católico

y concluidas las negociaciones con la Santa Sede, con la firma del concordato que estaba en espera de ser ratificado, el Estado Colombiano dió una muestra más de sumisión a la Iglesia Católica, al expedir el Consejo Nacional Legislativo la fatídica y absurda ley 30 de 1888 cuyo artículo 34 disponía:

" El Matrimonio contraído conforme a los ritos de la religión católica anula IPSO JURE el matrimonio puramente civil celebrado antes por los contrayentes con otra persona " .

Aunque este precepto habla de anulación, el fenómeno que realmente consagraba es el de la disolución del matrimonio civil por el católico que posteriormente contrayera uno de los cónyuges con otra persona.

No se revoca a duda que esta disposición daba cabida entre nosotros a la aplicación del privilegio en favor de la Fé. El matrimonio católico, celebrado con o sin ese privilegio, disolvía IPSO JURE el civil contraído antes por uno de los consortes con otra persona. Acaso sin proponerselo, la ley abrió esta vía de disolución del matrimonio civil mediante la aplicación de los llamados privilegios Paulino y Petrino.

Champlan y Uribe censuraron el transcrito artículo 34 de la ley 30, porque daba lugar a graves abusos, ya que " permite que una persona, por su propia y exclusiva voluntad, rompa el vínculo cónyugal por contraer nuevas nupcias ".

Don Fernando Vélez consideró inaceptables los principios establecidos por los artículos 34, 35 y 36 de la misma ley 30, " porque relajan los vínculos del matrimonio que es la base de la sociedad ".

Para armonizar este precepto con la ley que sancionaba la bigamia, se estatuyó lo siguiente en el artículo 439 del Código Penal de 1890: " Los que contrajeran nuevo matrimonio sabiendo que subsiste el que antes habían contraído, serán condenados a presidio por cuatro a ocho años. Se exceptúan los casos en los cuales por la celebración de un matrimonio religioso se produce IPSO JURE la disolución del vínculo juramente civil contraído antes ".

Respecto a este artículo en auto de septiembre 4 de 1931, la solo penal del Tribunal Superior de Bogotá transcribe el comentario del doctor José Vicente Concha : " Ninguna reforma más desgraciada se encuentra en el Código



Penal Colombiano de 1890 que la relativa a la bigamia por que el capítulo referente a tal delito viene a ser todo lo contrario de lo que debiera ser, ya que declara de manera expresa que no hay bigamia por parte del que celebra un matrimonio religioso estando ligado por los vínculos de un matrimonio civil anterior. La ley colombiana establece y reconoce el matrimonio civil al lado del matrimonio eclesiástico. Es, pues un absurdo de derecho, a la par que una inmoralidad, decir que el matrimonio eclesiástico anula IPSO JURE el civil, como lo ha hecho el legislador colombiano " .

Para tratar de aminorar los efectos negativos que tendría esta ley sobre la familia se dispuso:

- 1o. Se reconoció la legitimidad de los hijos concebidos en el matrimonio civil anulado.
 - 2o. Se impuso al varon la obligación de contribuir con alimentos congruos al sostenimiento de quien había sido su esposa en matrimonio civil anterior, disuelto por la celebración de un matrimonio católico posterior.
- d) Ley 35 de 1888 (Concordato de 1887) .

Triunfante el régimen de la regeneración y abolida la Constitución de Rio Negro y demás leyes que habían cercenado los privilegios eclesiásticos, el tratado colombiano negoció y firmó un concordato con la Santa Sede, que estuvo vigente entre el cinco de julio de 1888 y el dos de julio de 1975.

Esta ley 35 de 1888 aprobatoria del concordato firmado el 31 de diciembre de 1887, en la ciudad de Roma, entre su Santidad el Papa León XIII, y Rafael Nuñez, Presidente de Colombia, representados por el Cardenal Marfano Rampolla del Tindaro y Joaquín Fernando Vélez respectivamente. Mediante este concordato el Estado Colombiano, reconoció a la Iglesia católica plena libertad e independencia, autoridad espiritual y jurisdicción eclesiástica sobre los católicos colombianos y la formación de Gobierno y administración de acuerdo con sus propias leyes. Se le concedió independencia a la legislación canónica respecto de la civil. En lo referente al régimen matrimonial, se convino específicamente que:

" 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 tiento ". a lo dispuesto por el tenor del Art. 17 del Concordato resulta a contrario Sensu, en principio, que celebrado en forma civil el matrimonio no produce los efectos civiles, ya que la transgresión de la obligación referida esta sancionada con la nulidad del acto. Al ordenarse expresamente que no produce efectos civiles, el legislador en forma explícita consagró la nulidad del matrimonio civil celebrado por quienes profesan la religión católica, pues vale tanto decir que el acto es nulo que expresar que no produce efectos civiles.

Esta nulidad, de consiguiente, es textual, en manera alguna virtual, pues expresamente la consagra la ley. Aun cuando el artículo 16 de la ley 57 de 1887, limita las nulidades de matrimonio civiles al establecer que " fuera de las causas de nulidad de matrimonio civiles enumerados en el artículo 140 de este código y en el 13 de esta ley, no hay otros que invaliden el contrato matrimonial". porque el artículo 17 de la ley 35 de 1888 es posterior aquellos.

No jugando, pues la nulidad de que se habla con lo dispuesto por el artículo 16 de la ley 57 de 1887. Ya que

el legislador puede establecer nuevas causales de nulidad. Cuando a bien lo tenga.

Los anteriores razonamientos, expuestos por el tratadista Pedro Alejo Cañón Ramirez, solo eran aplicables a los matrimonios celebrados en el país, ya que la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de Agosto 11.72 dijo: " Que el precepto del Artículo 17 del concordato solo es aplicable a matrimonios celebrados en el territorio de la República de Colombia, y que por tanto la sanción de nulidad que él consagra no comprende a los realizados en país extranjero ".

En el concordato y sus convenciones adicionales, se adoptaron normas referentes a:

- 1o. La protección del Estado para con la Iglesia Católica, como factor esencial del orden social;
- 2o. Reconocimiento automático de la personería jurídica de la Iglesia y de su capacidad para la adquisición de bienes;
- 3o. Normas sobre administración de cementerios y organización del registro civil;
- 4o. La educación pública se impartirá en armonía con el dogma y la moral cristiana; derecho para inspección

de establecimientos de educación, textos de enseñanza y personal de profesores de religión;

- 5o. Se asignaron a la exclusiva competencia de las autoridades eclesiásticas las causas que afectaran el vínculo matrimonial y la cohabitación de los cónyuges, así como los que se refieran a la validez de los esponsales. Los efectos del matrimonio se definieron a la autoridad civil.

e) Ley 95 de 1890.

Sobre reformas civiles, contempla en el campo del derecho de familia los siguientes:

- 1o. Otorgó a los notarios, y a falta de estos, a los secretarios de los Concejos Municipales, la función de verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil.
- 2o. Facultó al Juez de Circuito para que, a petición de la esposa, decretara las medidas provisionales que estimara convenientes, encaminadas a evitar el menor cabo tanto de los bienes sociales como de los propios de la esposa administrados por el marido, lo cual se hace extensivo a las causas de divorcio del matrimonio católico.



3o. Se concedió exclusivamente al marido el derecho de impugnar la paternidad del hijo nacido de su esposa, durante el matrimonio.

4o. Igualmente, facultó al marido para reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su esposa, cuando el nacimiento se hubiere verificado después del décimo mes siguiente al día en que la mujer abandonó definitivamente el hogar.

f) Ley 8a. de 1922.

Le reconoció a la mujer casada una incipiente capacidad, al concederle la administración directa de los bienes de uso personal e instrumentos propios de su profesión.

Adicionó las causales de separación de bienes con las de divorcio, además de la disipación y el juego habitual por hechos imputables al marido. Reconoció competencia al juez para decretar de plano medidas preventivas a instancia de cualquiera de las personas facultadas por el Código para pedir la separación de bienes sin exigir, prueba alguna aun antes de propuesta la de manda respectiva.

Esta ley 8a. de 1922 derogó la norma del Código Civil según la cual la esposa perdía su derecho a gananciales en caso de adulterio.

g) Ley 54 de 1924 (La ley Concha).

En 1924, previa consulta con la Santa Sede, y para solucionar los conflictos suscitados a raíz de los diferentes interpretaciones dadas a la frase " los que profesan la religión católica " contenida en el artículo 17 del concordato, se expidió la " ley concha ", en la cual se instauró el procedimiento de la " Aportaria " para quienes desearan contraer matrimonio por lo civil.

ANTECEDENTES.

La imposición obligatoria del matrimonio eclesiástico para quienes profesan la religión católica, fue una premisa que se invirtió en sus términos, para tener que todos los colombianos profesaban dicha religión y así, cuando un católico intentara celebrar su matrimonio civil el juez quedaba en un dilema: si no lo casaba denegaba justicia y, si lo estaba, también porque violaba el concordato que a la vez era su propia ley.

Entre las normas de la Iglesia que estatuyen que tiene competencia exclusiva sobre el matrimonio de los bautizados, y que a la jurisdicción civil le corresponde competencia únicamente sobre los no bautizados y la norma concordatoria, que da competencia a la jurisdicción civil para autorizar los matrimonios de quienes no profesan la religión católica, esta notable diferencia entre las normas mencionadas, acerca de quienes son o no católicos para efectos de la validez del matrimonio celebrado según la forma civil, dió origen a dos interpretaciones distintas:

1o. INTERPRETACION ECLESIASTICA.

Esta ha sostenido que para pertenecer a la Iglesia Católica como súbdito o sujeto de las obligaciones eclesiásticas, hasta haber sido bautizado válidamente, desde luego que el bautismo imprime carácter indeleble de cristiano y de súbdito de la Iglesia Católica cuando se recibe dentro de su seno; que para ser miembro de la Iglesia además del bautismo se requiere estar sometido a la autoridad legítima eclesiástica, profesar el dogma en su totalidad, practicar el culto y obedecer a las autoridades constituidas; que esta calidad de miembro de la Iglesia se pierde, entre otras

cosas, por cisma notorio, o sea, cuando pública y sostenidamente se niega la obediencia a las autoridades legítimas eclesiásticas, y que, aún en este caso de separación pública y notoria, la iglesia y solamente ella puede declarar al cismático exento de su jurisdicción.

Según esto sí un católico acude para contraer matrimonio al juez civil, éste no tiene autorización para acceder a la demanda, aunque los contrayentes manifiesten que no profesan la religión católica, ya que esta simple manifestación privada no puede poner fuera de la jurisdicción eclesiástica a los contrayentes y por lo tanto el juez se ve impedido para acceder a la celebración del matrimonio por ser obligatorio el matrimonio católico para los que profesan el catolicismo, según el Art. 17 del concordato, aprobado por la ley 35 de 1888.

INTERPRETACION DE LAS AUTORIDADES CIVILES.

Estas consideran que aún admitiendo el carácter indeleble que imprime el bautismo, según el dogma católico, el bautismo sólo no dá el carácter de profesante de la religión católica en un miembro de la sociedad civil a quien no puede considerarse con esa calidad por el estado, en



una cuestión de fuero interno como lo es profesor una religión sino por la práctica externa objetiva y palpable, por medios de hechos tangibles que demuestren la profesión de la fé católica, sin que sea suficiente el hecho del bautismo católico. De esta suerte, si los contrayentes no profesan o profesan otra religión o no profesan ninguna y así lo manifiestan y comprueban ante el juez, éste debe acceder a la demanda y proceder a la celebración del matrimonio, sin que en tal intervención judicial sea indispensable la intervención de la jurisdicción eclesiástica para declarar exento de ella a los contrayentes.

Esta interpretación dada por las autoridades civiles acerca del sentido del Artículo 17 de la ley 35 de 1888, en sus palabras " todos los que profesan la religión católica ", es a juicio del juzgado, la más ajustada al sistema de nuestra legislación en esta materia, que reconoce tanto al matrimonio eclesiástico como el matrimonio civil con los mismos efectos civiles y políticos y prescribe la ley 153 de 1887 en su artículo 16, " la legislación canónica es independiente de la legislación civil y no forma parte de esta ".

Estas interpretaciones originaron una serie de hechos, que fueron motivos para que el gobierno colombiano sostuviera,

una serie de conversaciones con la Santa Sede a partir de 1923, con el objetivo de resolver la controversia y establecer de manera definitiva la interpretación del Artículo 17 del concordato, a la cual debían acogerse ambas partes. Dándose lugar a un convenio entre el representante de Colombia José Vicente Concha y el Secretario de Estado del Pontífice Pedro Gasparri.

LA NORMA.

Este convenio dió origen a la llamada " Ley Concha ", el tenor de sus Artículos es el siguiente:

ARTICULO PRIMERO: No es aplicable la disposición de la primera parte del Artículo 17 del concordato cuando los dos individuos que pretenden contraer matrimonio declaren que se han separado formalmente de la iglesia y de la religión católica, siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido órdenes sagradas, ni sean religiosos que hayan hecho votos solemnes, los que están en todo caso sometidos a las prescripciones del derecho canónico.

ARTICULO SEGUNDO: La declaración que trata la parte precedente se hará por escrito, por los dos individuos que

pretenden contraer matrimonio, ante el juez municipal respectivo, en la solicitud que presentan para la celebración del contrato, y se expresará en ella la época en que se separan de la iglesia y de la religión católica, tal declaración se insertará en el edicto que se debe publicar conforme a la ley; se comunicará por el juez inmediatamente al ordinario eclesiástico respectivo, y la ratificaran los contrayentes en el acto de la celebración del matrimonio, que no se podrá celebrar si no transcurrido un mes, después del día en que la declaración dicha haya sido, comunicada oficialmente al ordinario dejando constancia de la misma declaración en la diligencia o partida respectiva.

ARTICULO TERCERO: Derógase el Artículo 34 de la ley 30 de 1888.

La importancia de la ley 54 de 1924 o la ley concha es tribó en que en ella se consagró la interpretación que venían haciendo los jueces civiles, frente a la interpretación defendida por las autoridades de la Iglesia. Además porque derogó el referido Artículo 34 de la ley 30 de 1888 o sea que eliminó la absurda causal de nulidad del matrimonio civil que esta ley había consagrado.

La ley concha aunque progresista en sus orígenes, al de limitar la competencia matrimonial entre la Iglesia y el Estado, en favor de este último, se fue convirtiendo con el transcurso de los años, al igual que el concordato que le dio vida, en un pesado lastre en la vida de los colombianos.

Surgida en la época en la cual se proclamaba que: " La Religión Católica es la de la Nación ".... (Art. 38 de la Constitución de 1886), se tornó inconstitucional a partir de la reforma de 1936, pues la libertad de cultos y de conciencia, acogida en esta es incompatible con un régimen matrimonial que exigía la apostasía pública para poder contraer el matrimonio civil.

h) Ley 67 de 1930.

1o. Hizo extensivas a la enajenación de los derechos hereditarios del menor, los artículos del Código Civil que reglamentan la enajenación y gravamen de los bienes raíces del hijo de familia y del pupilo.

2o. Consagró para la mujer casada y divorciada, el poder recobrar su plena capacidad de ejercicio.



i) Ley 70 de 1931.

Esta ley desarrolla el mandato constitucional que defiere a la ley la reglamentación del patrimonio de familia y autoriza su constitución, a favor de la esposa y los hijos, con la característica de no embargable por los acreedores del beneficiario a beneficiarios, ni siquiera en el Juicio de Quiebra, y ninguno de los beneficiarios puede hipotecarlo, ni gravarlos con otras clases de derechos reales, ni con censos ni anticresis, ni venderlo con pacto de retroventa.

Es decir que la ley 70 de 1931 consagró en nuestra legislación, esta institución, que es de origen norteamericano, y que equivale al homestead del derecho anglosajón.

j) Ley 28 de 1932.

Sobre régimen patrimonial en el matrimonio contempla:

- 1) Sustituye el sistema patrimonial de bienes de la comunidad, restringida a muebles y gananciales, acogido por el Código, por el de participación de las gananciales; como consecuencia, le otorga plena capaci

dad a la mujer casada mayor de edad y la facultad para que administre los bienes que adquiere en igualdad de condiciones al marido; lo propio ocurre con el pasivo social.

- 2) Prohíbe entre cónyuges la celebración de contratos relativos a inmuebles y las donaciones irrevocables, salvo el mandato general o especial.
- 3) Confiere al marido la curaduría de su mujer casada no divorciada, en los casos de incapacidad de esta.
- 4) Establece la separación provisional de bienes, para efectos de solucionar los problemas que surjan entre los cónyuges con el cambio de legislación.
- 5) Determina el procedimiento que se debe seguir para dirimir las controversias que se susciten con la vigencia de la ley.

k) Ley 45 de 1936.

Reorganica de la filiación natural. Modifica sustancialmente el concepto de hijo natural, hasta entonces vigente.

- 1) Elimina la distinción que el Código hacía respecto de los hijos extramatrimoniales, y hace extensivo el reconocimiento a cualquier clase de hijo.

- 2) Reserva al padre el derecho de impugnar la legitimidad de un hijo nacido de su esposa.
- 3) Enumerar taxativamente las causales en que haya lugar a declarar judicialmente la paternidad natural; consagra una nueva definición de patria potestad y fija su contenido.
- 4) Reestructura los regímenes hereditarios.

l) Ley 91 de 1936.

En su texto contiene disposiciones sobre modificaciones y adiciones a la ley 70 de 1931, orgánica del patrimonio de familia.

ll) Ley 92 de 1938.

Reglamenta lo relacionado con el registro del Estado Civil de las personas y los funcionarios encargados de llevarlo. Fue derogada por el Decreto 1260 de 1970.

m) Ley 266 de 1938.

Autoriza a los extranjeros para que puedan contraer matrimonio ante sus respectivos agentes diplomáticos o

consulares, y determina los requisitos que deben cumplirse para el efecto.

n) Ley 68 de 1946.

Aclaró los alcances de la ley 28 de 1932 en cuanto a la disolución de aquellas sociedades cónyugales existentes al entrar en vigencia.

ñ) Ley 83 de 1946.

Denominada orgánica de la defensa del niño, contempla aspectos como la protección de menores; las sanciones de infracciones cometidas por estos y el procedimiento que se debe seguir sobre tales infracciones; normas sobre patria potestad, guardas y alimentos.

o) Ley 75 de 1968.

Denominada comunmente como ley de la paternidad responsable, consta de tres partes fundamentales: La primera se refiere a la filiación. Por esta se introducen reformas al sistema del Código Civil, a la ley 45 de 1936, particularmente en el régimen de la investigación de la pater

nidad natural; a la ley 83 de 1946, al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad y de la adopción; fija la competencia de los jueces de menores para ciertos juicios de investigación de la paternidad. La segunda parte contempla las sanciones que deben aplicarse para los casos de incumplimiento de las obligaciones generalmente familiares o de parentesco. La tercera parte sienta las bases organizativas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

p) Decreto 398 de 1969.

Por este decreto se reglamentó la ley 75 de 1968, sobre la paternidad responsable.

q) Decreto 1260 de 1970.

Contiene un nuevo estatuto sobre el estado civil de las personas.

r) Ley 20 de 1974 (El Concordato de 1973).

10. Antecedentes.

En el año de 1938, y teniendo en cuenta que la reforma efectuada dos años antes suprimían las bases constitucionales del concordato y que las condiciones sociales colombianas habían comenzado a cambiar, especialmente a partir del régimen liberal, el presidente Alfonso López Pumarejo encargó a Darío Echandía Embajador del país en Roma, la negociación de un convenio que modificara el concordato. Convenio este que se conoce como MAGLIONI-ECHANDIA.

Esta iniciativa tuvo numerosos tropiezos debido a la negativa de la Iglesia a devolver cualquiera de las concesiones obtenidas del Estado en 1887; estas dificultades motivaron a nuestro Embajador, a enviar al Presidente una carta, que en uno de sus apartes dice " 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 renuncie a alguno 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 halaque sus intereses ".

Esta política de compensaciones, al parecer, desempeñó papel real y efectivo en las negociaciones, ya que cuando le correspondió al presidente Eduardo Santos frenar los impulsos de la " Revolución en Marcha " truncándole sus objetivos, este ordenó en 1940 la reducción de los puntos en negociación a solo tres tópicos.

Fue así como se abandonaron los puntos referentes a:

- 1 - La personería de la Iglesia y sus organizaciones internas dentro del país.
- 2 - El control ejercido por la Iglesia en la educación.
- 3 - El régimen de las misiones pastorales y eclesiásticas.
- 4 - El régimen de los bienes de la Iglesia.
- 5 - Los fueros eclesiásticos.

Para tratar únicamente a lo referente:

- 1 - El régimen del matrimonio.
- 2 - El régimen de comentarios.
- 3 - El estado civil de las personas.
- 4 - Designación de Obispos.



En lo que hace referencia al régimen matrimonial, el Estado Colombiano, propuso la implantación del matrimonio facultativo con el pleno reconocimiento de los efectos civiles a ambas formas matrimoniales.

Alegando que: No podía seguir obligando a los católicos a contraer por la forma canónica y, mucho menos, seguir exigiendo la declaración de apostosía a quienes quisiesen contraer por lo civil.

Al aceptarse la propuesta del matrimonio facultativo, por parte de la Santa Sede, el embajador colombiano enfatizó que el acuerdo dejaba en libertad al estado para reglamentar el matrimonio civil, como lo considerase conveniente, y, aun, para implantar el divorcio vincular para él.

Este convenio, en muchos aspectos similar al concordato vigente, fue acordado y firmado en 1942; pero nunca rigió, la parecer, no hubo interés en ratificarlo.

2o. El Concordato en sí.

En vista de, que el convenio MAGLIONI-ECHANDIA no fué ratificado y continuaba vigente el Concordato de 1887,

con todos sus inconvenientes, el Presidente Carlos Lleras Restrepo inició, nuevamente, las negociaciones con el Vaticano para la firma de un nuevo concordato.

Después de algunos años de conversaciones el convenio fue firmado el 12 de julio de 1973, aprobado mediante la ley 20 de 1974 y ratificado el 2 de julio de 1975.

Este concordato que constituye la norma que regulará en lo sucesivo, sobre bases de recíproca diferencia y mutuo respeto, las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica, es tomado en su conjunto, como una simple modernización del 1887, solo fue con diferentes palabras se estatuyó lo mismo que se había criticado en el concordato anterior, exceptuando parte del régimen matrimonial. En lo referente al matrimonio, lo mantuvo en lo sustancial, modificándolo en los siguientes aspectos:

- 1- Derogó la ley concha. Los católicos pueden optar por el matrimonio eclesiástico, o someterse al régimen del matrimonio civil, sin previa apostasia de su religión. En uno y otro caso se producen plenos efectos civiles.
- 2 -Las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de matrimonios canónicos, incluyendo las

que se refieren al matrimonio roto y no consumado, son de competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos. Mas para que las sentencias y decisiones eclesiásticas produzcan efectos civiles, los tribunales civiles tendrán que decretar su ejecutoria.

- 3- Las causas de separación de cuerpos de matrimonios católicos para ser competencia de los tribunales superiores de Distrito, y en segunda instancia de la Honorable Corte Suprema de Justicia.
- 4- La partida eclesiástica deja de ser prueba supletoria.

El matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico solo produjeron los efectos civiles señalados en la ley, con la respectiva inscripción en el Registro Civil.

s) Ley 27 de 1974.

Sobre creación y sostenimiento de centros de atención integral preescolar.

t) Decreto 2820 de 1974.

Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones

a las mujeres y a los varones. Reglamenta la igualdad en cuanto al ejercicio de la patria potestad y de autoridad paterna; contiene disposiciones sobre edad para celebrar matrimonio, segundas nupcias, efectos del matrimonio, separación de cuerpos y bienes; emancipación, suspensión y terminación de la patria potestad, guardar, incapacidad, indignidad en el régimen sucesoral y sobre sociedad conyugal.

u) Ley 5a. de 1975.

Contiene un nuevo estatuto sobre adopción. Creando dos especies: La simple y la plena.

v) Decreto 206 de 1975.

Fija el procedimiento verbal para las causales que se susciten con ocasión de las relaciones familiares.

w) Decreto 752 de 1975.

Se reglamenta parcialmente la ley 5a. de 1975, sobre la adopción.

x) Decreto 772 de 1975.

Se reforma y se corrigen muchas de las definiciones del Decreto 2820 de 1974.

y) Ley 1a. de 1976.

Establece el divorcio vincular para matrimonios civiles y lo reglamenta. Reforma diversos aspectos del régimen de separación de cuerpos, de separación de bienes y de alimentos, y fija normas sobre procedimiento; deroga las excepciones de la legitimación Ipso Jure.

z) Ley 27 de 1977.

Estableció la mayoría de edad a los 18 años.

C A P I T U L O I V

LOS ESPONSALES

1. GENERALIDADES.

Ninguna legislación reconoce actualmente acción válida, derivada de los esponsales, que obligue a contraer el matrimonio prometido, el Código de Napoleón no mencionó para nada los esponsales, ni del incumplimiento de éstos se derivó en Francia acción de ninguna clase; ni siquiera de tipo patrimonial.

Por la ley expedida el 7 de abril de 1826, el legislador colombiano reconoció efectos derivados del pacto de esponsales, siempre y cuando se hubiere celebrado por escritura pública.

El Código Español, de 1889, llegó a permitir que de la falta de cumplimiento de los esponsales, naciese una simple acción de resarcimiento de gastos en determinadas circunstancias. Según el Artículo 110 de nuestro C.C.,

los esponsales o desposorios, " o sea la promesa de matrimonio enteramente aceptada, es un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil ".

Como se ve, en la definición de los esponsales se les quitó el valor legal que antes les reconocían las leyes españolas y los efectos que les reconocía la ley del 7 de abril de 1826, antes mencionada.

2. CONSECUENCIAS.

No produciendo obligación alguna ante la ley civil, se deducen las siguientes consecuencias:

- a) Que no se pueden alegar los esponsales " ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios (Art. 110 C.C.).
- b) Que tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiese estipulado a favor del otro para el caso de no cumplirse lo prometido. Pero si se hubiese pagado la multa, no podrá pedirse su devolución (Art. 111 C.C.).

Así es que si los esponsales no producen acción, si



producen excepción.

c) " Que lo dicho no se opone a que se demanda la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado ".

d) No obstante lo expuesto, la promesa de celebrar matrimonio tiene significación para presumir la paternidad natural, debido a que la ley 75 de 1968 en su Art. 6o. Ord-2o. dice: " Se presume la paternidad natural y hay lugar a declararla judicialmente: 2o. En caso de seducción realizada mediante promesa de matrimonio ".

Esta promesa de acuerdo con la interpretación jurisprudencial debe ser formal, es decir, en presencia de personas que puedan testimoniar acerca de haberse incumplido el hecho de la promesa.

e) La ley penal considera como una agravante para determinar la sanción de quien obtenga acceso carnal sobre una mujer mayor de catorce años, el hecho de seducirla bajo promesa de celebrar matrimonio. Art. 301 y 302 del nuevo Código Penal.

3. PROYECTO DE LA COMISION REVISORA DEL DERECHO DE FAMILIA CREADA EN 1975.

La comisión revisora del derecho de familia, en el acta

68, Num. 1, ha propuesto los siguientes textos que siguen las orientaciones modernas en esta materia.

" ARTICULO 110 - Los esponsales o desposorios, o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, son un hecho privado que en cuanto a su cumplimiento se somete enteramente al honor y conciencia del individuo. No se puede alegar esta promesa para pedir que se lleve a efecto el matrimonio. La estipulación de cláusula penal para asegurar el cumplimiento de los esponsales no valdrá ".

" ARTICULO 111 - El incumplimiento injustificado de los desposorios formales o que se hayan hecho públicos da derecho a la indemnización de perjuicios, incluso los correspondientes al daño de los bienes de la personalidad y al daño moral. También habrá lugar a indemnización contra quien prometió a sabiendas de su impedimento para cumplir ".

" ARTICULO 112 - En todo caso, podrá demandarse la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado ".

En cuanto a este proyecto, nuestro ilustre profesor Rafael H. de la Valle en sus " Conferencias de Derecho de

Familia " expresa: " Como es de todos sabido, las normas sobre esponsales son practicamente obsoletas en la actual época. Muchas las ignoran y con mayor razón los desconocedores de la ciencia del derecho por su ninguna divulgación y además, por la libertad y derechos que se le han conferido a la mujer, quienes hoy en todos los campos actua aparejada con el hombre. Esta es una institución de protección paternalista y hoy se ha considerado el celebrar el contrato de matrimonio, tan subjetivo que en la mayoría de los casos no se consulta para nada a los padres de los contrayentes y de ahí que no considere siquiera la posibilidad de darle al noviazgo las formalidades de la promesa de matrimonio. Si esto es asi ahora que los esponsales no producen obligación alguna ante la ley civil; menos se celebrarán cuando las personas sepan que una simple promesa de celebrar matrimonio les podrá acarrear problemas de índole económico " .

4. LOS ESPONSALES ANTE EL DERECHO CANONICO.

Para el legislador eclesiástico el pacto esponsalicio es una institución prematrimonial que reviste especial trascendencia.

" La trascendencia de la obligación que se impone sostiene

ne Sabater March en cita de Suárez Franco - y la circunstancia del acto que la acompañan, como también la reciprocidad de obligaciones ordenadas a la consecución de un solo fin, pregonan evidentemente que esa promesa atañe a la justicia comuntativa ".

" La capacidad natural - agrega - que se requiere para que los interesados puedan emitir promesa de matrimonio, consiste en que ellos tengan, a lo menos, el mínimo grado de discreción que se exige para contraer matrimonio, cual es el conocimiento de que el matrimonio es una sociedad permanente entre varón y mujer para engendrar prole. A partir de la pubertad se presume en el fuero externo ese conocimiento, porque es manifiesto que no permite concebirse la obligación de los esponsales, cuyo complemento y perfección necesariamente radica en la celebración del matrimonio, sin conocer la esencia y alcance de ese termino prefijado ".

" Carecen de capacidad natural para prometerse quienes no poseen la de contraer matrimonio, como, por ejemplo, los impotentes perpetuos y obsoletos, los consanguíneos ascendentes y descendentes y en primer grado colateral ",

" En cuanto a la capacidad canónica, esta se obtiene de

la inmunidad de todo impedimento dirimente matrimonial. Nula sería la pretendida obligación de ligarse con lo prohibido ".

a) Formalidades.

Las formalidades a que deben ajustarse los esponsales en el derecho canónico para que surtan efecto se reducen a que consten por escrito; por lo cual deben aparecer firmadas por las partes y, a lo menos, por dos testigos, o por el párroco o el ordinario del lugar.

Para la validez del acto no es necesario que esas cuatro o tres personas estampen su firma dentro de una misma unidad de acto y, por consiguiente que todos esten presentes a un mismo tiempo, aunque esto sea lo normal y lo recomendable.

Estriba ello en que siendo la prescripción canónica de la forma jurídica de los esponsales una ley estrictamente irritante, debe interpretarse en sentido restringido, y en este caso las cláusulas de la nulidad del acto es tán sujetas a estricta interpretación, ya que derogan la libertad natural que tienen las partes de obligarse a



contraer matrimonio.

Para la validez de los esponsales o emisión de promesa matrimonial, no se requiere intervención de los padres de las partes. Pero todos los hijos, sean mayores o menores de edad, están obligados bajo pecado grave, a pedir consejo a sus padres, sin necesidad de seguirlo, pues si los hijos, como enseñan canonistas y moralistas, tienen obligación de pedir consejos a sus padres, pero no seguirlo, para contraer matrimonio, vienen también obligados a solicitar consejo paterno con los esponsales, que conducen necesariamente de suyo al estado conyugal.

b) Efectos.

Como deber primordial de los esponsales se anota en el C.D.C. el de imponer a las partes la obligación de contraer entre sí matrimonio en el tiempo convenido o lo antes posible, y conferir a ellos el correlativo derecho a celebrar el contrato matrimonial, ya que es razón de toda promesa crear necesariamente una obligación que se determine por el objeto en que aquella versa. Sin obligación, es del todo imposible que exista verdades y exacta promesa de justicia. De ahí que la promesa esponsalicia no puede ser la de que verja una obligación cual

quiera, sino la de contraer matrimonio, efectuados, por consiguiente, los esponsales según la forma canónica, producen ellos esa obligación ineludible tanto para el fuero interno como para el externo.

c) Terminación.

El disenso vestancial mantenido por las partes determinan el incumplimiento de los esponsales. Las consecuencias que esto pueda acarrear son de fuero mixto y, por lo tanto, son acciones judiciales correspondientes que pueden promoverse en el fuero eclesiástico. Son estas la de indemnización, reparación moral y restitución de los regalos. No son consecuencias necesarias, pero si suelen seguirse en muchos casos del incumplimiento de los esponsales.

El Código de Derecho Canónico tan solo enumera la separación de daños, no porque deje de admitir las otras dos, sino porque, en atención a que esas consecuencias son de género mixto, ni todos los códigos civiles admiten la reparación moral por compensación pecuniaria, ni al contrario, dejan de regular la devolución de regalos al no efectuarse el matrimonio.

Las acciones para exigir esa indemnización, reparación moral y restitución de donaciones, deben proponerse, si se acude a la jurisdicción eclesiástica, ante el tribunal de la diócesis en donde el damnificante tiene domicilio o cuasidomicilio, o en donde concertó el contrato sponsalicio o también en la que radican los regalos que se deben devolver.

En caso de falta de domicilio o cuasidomicilio, es competente el tribunal del lugar donde de hecho se encuentre el que va a ser demandado, pero será menester que en ese lugar reciba la citación judicial; no obstante, consideramos que, en virtud de la vigencia del concordato y habiéndose diferido a la justicia civil todo el régimen canónico del matrimonio, esta acción no cabe en nuestro país.



C A P I T U L O V

CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1. GENERALIDADES.

Por el hecho de la celebración del matrimonio da lugar al nacimiento en forma simultánea a la sociedad conyugal, de gananciales, pero los contrayentes en convención previa a las nupcias, pueden regular por su propia voluntad la situación jurídica de los bienes que tengan antes del matrimonio, así como los bienes que adquieran durante él, también lo concerniente a su distribución durante el matrimonio o una vez disuelto éste; convención ésta que se conoce con la denominación jurídica de Capitulaciones Matrimoniales, o Pacto Matrimonial de bienes.

Nuestro C.C. en el Art. 1771, los define así: " Se conocen con el nombre de Capitulaciones Matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el

uno al otro, de presente o futuro " .

2. REQUISITOS DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Los requisitos de las capitulaciones matrimoniales se refieren al consentimiento o declaración de voluntad, a la capacidad, a las solemnidades, y a la época en que deben celebrarse.

a) Capacidad.

Toda persona que esta en condiciones, según la ley, de poder contraer matrimonio, puede celebrar capitulaciones matrimoniales, es decir, los mayores de 18 años, que pueden libremente casarse; así mismo pueden celebrar capitulaciones matrimoniales; los menores de esa edad que para casarse necesitan del consentimiento de sus representantes legales o guardadores, necesitan también su consentimiento para celebrar las capitulaciones matrimoniales.

Los sordomudos, dilapidadores y todos aquellos que a pesar de estar en interdicción puedan casarse, pueden así mismo celebrar capitulaciones matrimoniales previa la autorización de su curador.

El decreto 2820 de 1974 en el Art. 61 que subrogó el Art. 1775 del C.C. dispuso: " Cualquiera de los cónyuges, siempre que sea capaz, podrá renunciar a las gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros ".

El C.C. en su art. 198 subrogó por el art. 19 de la ley la. de 1976 dispone: " Ninguno de los cónyuges podrá renunciar en las capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas la facultad de pedir la separación de bienes, o que le dan derecho las leyes " y el Art. 20 de la misma dispone: " Para que el cónyuge incapaz pueda pedir la separación de bienes deberá designarsele un curador especial ".

Además, el C.C. en su Art. 1777 dispone que el menor hábil para contraer matrimonio, si desea en las capitulaciones matrimoniales renunciar las gananciales o enajenar bienes raíces, o gravales con hipoteca o servidumbre será siempre necesario que la justicia autorice al menor.

b) Consentimiento.

Se hace necesario que la convención celebrada entre los

esposos no esté afectada por ninguno de los vicios del consentimiento, ya que las capitulaciones matrimoniales, para su perfeccionamiento están sujetas a las reglas del derecho común, como toda convención o contrato.

Las declaraciones de voluntad pueden emitirse mediante mandatario, y tanto la mujer como el marido pueden constituir apoderado según el derecho común, con la condición de que el poder sea especial y autentico.

c) Solemnidades.

Según el Art. 1772 del C.C., " Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública; pero cuando no asciendan a mas de mil pesos los bienes aportados al matrimonio por ambos esposos juntamente, y en las capitulaciones matrimoniales no se constituyen derechos sobre bienes raices, bastará que consten en escritura privada, firmada por las partes y por tres testigos domiciliados en el territorio.

De otra manera no valdrán ".

d) Epoca de celebración.



Las capitulaciones matrimoniales sólo pueden celebrarse, corregirse y adicionarse antes de contraerse matrimonio, ya que si se celebran posteriormente se reputan inexistentes, y las que adolezcan de vicios pueden afectarse de nulidad. De modo que las capitulaciones matrimoniales son inmutables después de celebrado el matrimonio.

Para que las adiciones o alteraciones tengan valor, se requiere, en primer lugar, que se hagan en la misma forma que las capitulaciones, es decir, mediante escritura pública, y, en segundo lugar; que se ponga un extracto o minuta de las alteraciones al margen del protocolo de la primera escritura, si se quiere que no solo produzcan efectos entre las partes sino también respecto de terceros. Si no se coloca este extracto, las alteraciones solamente obligarán a las partes. Por extracto o minuta se entiende la transcripción de aquellas cláusulas de la nueva escritura que modifican el pacto inicial.

Si se celebra capitulaciones matrimoniales y no se celebra matrimonio al que accede, quedarán sin valor, al igual que si los contratantes celebran matrimonios con otras personas o que si al contraerlo entre sí, las circunstancias que las motivaron han desaparecido.

3. CLASES DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Se pueden pactar diversas clases de capitulaciones matrimoniales, pero las principales son:

- a) Régimen de separación de bienes,
- b) Aporte de todos los bienes a la sociedad conyugal, incluyendo los de propiedad exclusiva de uno de los conyuges.

En cuanto al literal a), los bienes aportados al matrimonio, por cualquier causa son de propiedad exclusiva de cada uno de los conyuges y al disolverse el matrimonio por muerte real o presunta o en virtud del divorcio, o por nulidad, los conyuges no tendrán derecho alguno sobre los bienes, del otro ni a la porción conyugal, según el caso, pero subsisten las obligaciones en vida relativas a la ayuda mutua.

En cuanto al literal b) todos los bienes se dividirán por partes iguales al momento de darse por terminada la sociedad conyugal.

C A P I T U L O V I

EL MATRIMONIO



1. IMPORTANCIA.

El matrimonio es la base esencial de la familia. No existe, en realidad, ninguna legislación que no lo reconozca así.

Con el matrimonio nacen ante todo vínculos efectivos entre las personas que se unen, las cuales son de carácter ético, porque tienden al mejoramiento del individuo y el bienestar social.

Prosiguiendo con la importancia del matrimonio, es bueno recordar, lo expuesto por el Dr. Rafael H. de la Valle en sus conferencias de derecho de familia; " Los dirigentes estatales de cualquier orden se han convencido que es indispensable velar porque la familia guarde bases educativas con el fin de resguardar los principios morales, estructurar el ordenamiento disciplinario y refrenar los sentimientos de egoísmo, ya que según lo mani

festado por el presidente del Estado Vaticano Pío XI,
" El Estado es lo que de él hacen las familia y los
hombres de los cuales se forma, como el cuerpo se forma
de sus miembros ". El mejor medio para lograr la gran
deza del Estado es conseguir que la familia se forme so
metida a su reglamentación jurídica, iniciándose por
la unión que el considera debe ser mejor, o sea, ayuntán
dose por medio del matrimonio " .

Mas sin embargo no es posible, dado el estado actual de
la ciencia del derecho y los avances en que se inspiran
las más importantes y progresivas legislaciones, negar
a las uniones extramatrimoniales determinados afectos
jurídicos, entre los que las mantienen o las han mante
nido ni el reconocimiento de ciertos derechos respecto
de los hijos nacidos de dichas uniones, aunque limita
dos naturalmente aquellos, por los que con preferencia
corresponden a la familia matrimonial, caso de coexis
tencia de una y otra; pero por razones de ética, de sen
tido orgánico de nuestra sociedad, de tradición, de
orientación, y aun de público interés, es indispensa
ble considerar el matrimonio como la base normal y le
gal de la familia, y estudiarlo cuidadosamente, tenien
do en cuenta su grave función y su trascendencia so
cial, de la que ni las doctrinas más revolucionarias,

contraerlo, porque en otro caso, no habría verdadero matrimonio, ya que ni lo son ni pueden serlo las uniones condicionales, ni las que se hallan sujetas a plazo.

Según la Enciclopedia jurídica Omeba, etimológicamente la voz matrimonio, proviene del latín Matris et muniun (oficio de madre) que significa carga o gravámen para la madre, expresandose de ese modo, que es la mujer quien lleva el peso mayor, tanto antes como después del parto. No tienen en cambio la misma raíz etimológica los sinónimos de matrimonio en idiomas como el francés, el inglés y el italiano, por ejemplo, en los cuales se habla de Mariage, Marriage y Maritagio, respectivamente, palabras todas referentes al marido.

Según nuestro Código Civil en su artículo 113; " El matrimonio es un contrato solmne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente ".

El matrimonio se dirige a estos tres fines sustanciales: primero, procreación y perfección de la especie; segundo, mutuo auxilio; y tercero, mejor cumplimiento de los fines de la vida.

ni las conmociones históricas más profundas han podido despojarle.

2. DEFINICION Y FINES.

La definición más sencilla de matrimonio, es la acogida por la Real Academia de la Lengua, la cual dice: "Es la unión conforme a derecho, del hombre y la mujer ". A la palabra matrimonio suele tomársele en dos sentidos, como sinónimo de acto, rito o solemnidad, y como el estado permanentemente resultante de este acto.

Y siguiendo el concepto del tratadista mejicano Luis Fernandez Clerigo es: " La unión perpetua de un solo varón y una sola mujer, para la procreación y perfección de la especie; el mutuo auxilio y el mejor y más adecuado cumplimiento de los fines de la vida humana ". De aquí se deducen las características esenciales del matrimonio, a saber:

- a) Diversidad de sexo
- b) Unión exclusiva de un solo varón y una sola mujer, o sea el principio monogámico, opuesto a la poligamia y a la poliandria.
- c) Perpetuidad, es decir, propósito de perpetuidad al

Adviértase que no es necesaria la concurrencia de estos tres fines, y que basta la existencia de cualquiera de ellas para legitimar el matrimonio, lo cual justifica el que pueda contraerse por personas que no tienen ya edad para procrear y que nisiquiera se proponen auxiliarse, pero que, mediante el matrimonio, desean cumplir otros fines de la vida, como por ejemplo, legitimar los hijos que hayan tenido.

3. ASPECTOS HISTORICOS.

a) En Grecia.

En las primeras épocas de la civilización Griega, a estar a los dichos de Homero en sus épicos poemas, parece ser que se encontraban difundidos la poligamia y el derecho de repudiar a la conyuge, aunque no se habría incurrido en excesos al respecto. Lo que si resulta innegable es el hecho de encontrarse la mujer en un plano muy inferior al marido tanto, que como dice Morgan, " Subsiste siempre el enigma de que una raza dotada de potencias tan magnas..... permaneciera tan esencialmente bárbara en el apogeo de la civilización, en lo que se refiere al modo de considerar al sexo femenino ".



En Esparta, la edad para contraer matrimonio era de treinta años para el varón y de veinte para la mujer. Permanecer célibe después de esas edades constituía una deshonra. No se permitía la poligamia pero si el repudio sin forma alguna de juicio por causa de esterilidad o por menor desvío.

En Atenas, la edad matrimonial se adquiría al llegar el hombre a los treinta y cinco años y la mujer a los veinticinco y existieron leyes que decretaron la pública infamia contra el celibato. En el mismo día de la boda, la mujer debía entregar al esposo la dote, la que un comienzo fue limitada, sobre todo por Solón quien no quiso que en el matrimonio se buscara la acumulación de dos fortunas. Posteriormente la dote fue creciendo en importancia y se declaró que debía ser respetada por los acreedores del marido, no teniendo este más facultad que la de administrador, debiendo restituirla en caso de separación o de muerte sin hijos.

b) En Roma.

Sobre cuyo derecho y costumbre tanto se ha podido investigar y escribir por la pródiga documentación que se posee, permitiendo de esta manera una mejor visión acer

ca de la historia matrimonial.

Para poder contraer enlace era menester que los conyuges gozaran del IUS CONNUBII y que tuviera la mujer doce años y el hombre catorce, dándose fundamental importancia a la intención de ser marido y mujer, intención que los Romanos designaban con la locución affectio maritalis.

En los tiempos primitivos se rodeó al matrimonio de ciertas formalidades en cuanto a su celebración. Se conoció así la Confarreatio que consistía en la división por parte de los esposos de una torta de farro como símbolo de la iniciación de la vida en común, ceremonia que se cumplía ante la presencia de diez testigos. Se practicó también la coemptio que era una venta realizada por quien ejercía potestad sobre la mujer o por la mujer misma, al marido o a quien ejercía potestad sobre este, y el USUS que equivalía al matrimonio cuando la mujer había sido poseída por el marido por el término de un año sin tener interrupción, pudiendo ella evitarlo dejando la casa conyugal por tres noches consecutivas.

Todas estas formas de matrimonio tenían la consecuencia

de quedar la mujer bajo la potestad del marido, de ahí que se les denominara matrimonios CUM MANU.

Pero todas estas solemnidades fueron con el tiempo abandonadas y comenzó a practicarse el matrimonio no solemne o por simple consentimiento (Sine manu) que a pesar de lo que su nombre parece indicar, necesitaba además del consentimiento de los conyuges, que la mujer fuera conducida a la casa conyugal, operandose de ese modo una especie de tradición.

c) En la Epoca Antijustiniana y Justiniana.

En la época antijustiniana, para la formación del matrimonio bastaba el consentimiento de los cónyuges, sin ser necesarias formalidades alguna, para vivir juntos como marido y mujer; y en cuanto desaparecieran la maritalis affectio; por voluntad común de los cónyuges o de uno de ellos, sobrevenia la terminación o divorcio.

En razón de la prohibición de las nupcias entre senadores y libertas o mujeres de teatro y de la relación sexual con mujeres de condición social honorable (estu



pro), proliferó el concubinato en el que predominaba la unión estable del hombre con la mujer, pero en ausencia de la maritalis affectio.

En la época justiniana desapareció la clasificación o diferencia entre las mujeres que podían ser esposas y las que debían ser concubinas, buscando asimilar el concubinato con el matrimonio, concebido allí como " La unión del hombre con la mujer para formar un consorcio de toda la vida ", según Modestino - o " La unión del hombre con la mujer para formar una indisoluble costumbre de vida", - según las instituciones de Justiniano, - apareciendo más adelante la forma del matrimonio solemne por confarreatio, coemptio o por uso, y menos solemne.

d) En la India.

Es posible conocer buena parte de las costumbres hindúes merced a la subsistencia del MANAVA-DHARMA-SASTRA o Código de Leyes de Manú, cuya fecha exacta de origen se desconoce, habiendo serias controversias al respecto, de todos modos, parece más aceptable la tesis que remonta la antigüedad de este código a varios siglos antes de Cristo. Del mismo surge que la mujer gozaba de una posición poco alagada - llegando hasta el extre

mo de ser considerada un ser impuro.

Según el Código la mujer debía reverencia a su marido como a un dios. El matrimonio tenía por finalidad esencial la procreación de un hijo varón y se llegó a autorizar que en caso de fallecimiento del marido sin dejar hijos, un hermano suyo asegurará la descendencia, permitiéndose incluso que aun viviendo el marido, la mujer infecunda procurará descendencia con un pariente de su esposo.

Bastará lo dicho para comprender al punto que el matrimonio en las leyes indúes se encontraba basado en el predominio absoluto del marido y que conservaba ciertas características propias de los pueblos bárbaros, acercándose bastante a la promiscuidad.

e) En Persia.

Entre los persas, el predominio absoluto del hombre fue el rasgo característico de la familia. Consecuencia de esos principios es que fue admitida la poligamia (aunque en forma muy restringida) y el derecho a repudiar a la cónyuge, llegando incluso a permitirse al marido el derecho de vida y muerte sobre la mujer y sus hijos.

En la legislación de Zoroastro se fomenta el matrimonio y se ordena a todos los que conozcan a un hombre célibe que traten de hacerle abandonar ese estado.

Lo que llama la atención es la costumbre persa- admitida por la legislación civil- del matrimonio a plazo, es decir por tiempo determinado, vencido el cual los cónyuges pueden renovarlo o no.

f) En Colombia.

10. Legislación Colonial.

Se caracteriza porque toda la estructura de nuestro país descansa sobre las leyes españolas de origen Romano; comienza con el descubrimiento y conquista del territorio patrio y se extiende hasta 1821 cuando fue expedida la constitución de la República de Colombia.

Entre las leyes españolas que rigieron en las entonces colonias, sobresalen las siguientes:

a. Leyes especiales de menor importancia, como el código de Tolosa, el Espéculo, el Fuero Real, las Ordenanzas de las Tafurerías, las Leyes de Estilo y las Leyes de Toro.

b. Leyes generales de indudable importancia y de gran trascendencia: Las siete partidas. La nueva recopilación, la Novísima recopilación y la Recopilación de las leyes de Indias.

Es innegable que tradicionalmente el Derecho Español es cogio en su casi totalidad las instituciones canónicas, en especial el derecho matrimonial, hasta el punto de que muchas de sus disposiciones, son textualmente idénticas a los respectivos ordenamientos de la Iglesia; ello explica por qué el derecho español acogió el matrimonio canónico obligatorio y la indisolubilidad del vínculo, el cual, como es natural, vino a regir en sus respectivas colonias.

2o. Legislación Transitoria.

Denomínase así, la época durante el cual se permitió que continuaran vigentes numerosas normas coloniales españolas, mientras el Congreso de la República expediera leyes propias; esto se hizo mediante disposición expresa de la Constitución de Cúcuta de 1821, en ella se declararon " con fuerza y vigor las leyes que hasta aquella época habían regido en todas las materias que directa o indirectamente no se opusieron a ella ni a

los decretos leyes expedidas por el Congreso ".

Más tarde, mediante la ley del 13 de mayo de 1825, se estableció la jerarquía en que debían aplicarse las diferentes leyes vigentes en la época; disponiéndose el siguiente orden, Jerarquico:

1. Las decretadas o que en lo sucesivo decretase el poder legislativo.
2. Las pragmáticas, cédulas, ordenes, decretos y ordenanzas del gobierno español, sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban bajo observancia del mismo gobierno español en el territorio que forma la República.
3. Las leyes de la Recopilación de Indias.
4. Las de la Nueva Recopilación de Castilla.
5. Las de las siete partidas.



Pero se les negó fuerza legal en la República a las mismas leyes, decretos, cédulas y órdenes de todo lo que directa o indirectamente se opusieran a la Constitución, leyes y decretos que hubiese dado o diere el poder ejecutivo.

El Estado Colombiano comenzó a reglamentar el matri

monio de sus nacionales a partir del 1823. Antes, mediante la ley de Inmigración del 22 de agosto de 1811, se prohibió el matrimonio de los inmigrantes con colombianos, con base en el impedimento de Disparidad de cultos; esta ley fue severamente criticada porque elevaba a impedimento Legal del Matrimonio, el hecho que un extranjero no fuere católico, lo cual argumentaban- evitaría que, al conocer la norma, muchos extranjeros inmigraran al país, por la intolerancia e injusticia manifiestas en la ley.

En virtud de la ley del 21 de junio de 1823, y sin quitar efectos al matrimonio eclesiástico, se prohibió a los religiosos cobrar derecho arancelarios; así mismo, se reglamentaron las dispensas matrimoniales y la investigación de la soltería de los futuros contrayentes; se le concedió mérito suficiente como prueba de la soltería, al certificado expedido por el cura párroco.

Por ley expedida el 7 de abril de 1826, el legislador colombiano prohibió a los curas párrocos celebrar el matrimonio de varones menores de 21 años o mujeres menores de 18 años, sin el debido permiso de sus padres y se señalaban sanciones para los párrocos que violaran

esta ley. Además en dicha ley, reconoció efectos derivados del Pacto de Españoles, siempre y cuando se hubiere celebrado por escritura pública; se les negó, también, a los criollos la posibilidad de celebrar matrimonio con ciudadanos españoles.

Ambas leyes, la del 21 de junio de 1823 y la del 7 de abril de 1826, fueron consideradas por la iglesia como violatorias de su jurisdicción exclusiva sobre el matrimonio.

A mediados del siglo, los gobernantes colombianos, reconociendo el fracaso de las negociaciones con el Estado Vaticano, para que éste les concediera los privilegios que había disfrutado la Corona (Patronato) y siguiendo las teorías en boga, en ese momento, en Europa, se prepararon para implantar la separación completa entre el Estado y la Iglesia, sufriendo todas las intervenciones en los asuntos eclesiásticos que continuaban desde la Colonia.

Por la ley del 15 de junio de 1853 se suprimió toda intervención de la autoridad civil en los negocios relativos al culto. En primer término por el artículo 10. se declara que las autoridades civiles no intervendrán

"En la elección y presentación de cualesquiera persona para la provisión de negocios eclesiásticos, y en todos y cualesquiera arreglos y negocios relativos al ejercicio del culto católico, o de cualquiera otro que se profese por los habitantes de la Nueva Granada"

en segundo lugar, se prohíben las contribuciones forzosas para el sostenimiento del culto o de sus ministros (art.2.) y finalmente se decreta que " Los prelados eclesiásticos y ministros o funcionarios de cualquier culto religioso, sean de la clase y condición que fueren, quedan sometidos a las leyes de la República, tanto en los asuntos civiles como en los criminales. .. (art.3.) Estas medidas tropezaron con la abierta oposición de la Iglesia, sus miembros combatieron las normas de todas las maneras posibles, especialmente desde los púlpitos esto agravó las contradicciones, finalmente los liberales radican llevando a extremos la reacción, expulsaron al representante del Papa, decretaron la vigilancia de los cultos por parte del Estado y expropiaron todos los bienes inmuebles de la iglesia y de sus comunidades,

El constitucionalista Luis Carlos Sáchira al comentar lo sucedido se expresa de la siguiente forma:

" Hasta cuando al mediar el siglo XIX una romantica

concepción de la vida declaró la separación entre las dos potestades, plagiando doctrinas Europeas expuestas con objeto distinto y para situaciones políticas diferentes a la Colombiana y luego, tras la expulsión del más alto jerarca católico, decretó la tuición o control de los cultos ejercida por el gobierno, dictó medidas discriminatorias contra el clero de esa Iglesia, en cuanto al acceso al servicio público, se espropiaron los inmuebles de aquella y las congregaciones a más de impedir la percepción de rentas gustosamente sufragadas hasta entonces por los fieles de esa creencia " .

4. CLASES DE MATRIMONIOS.

Dentro del campo de la legislación canónica se conocen las siguientes clases de matrimonio, cánón 1015:

- a) Se llama válido el matrimonio que ha sido contraído de acuerdo con las leyes divinas y eclesiásticas, cuando se trata de bautizados; y de acuerdo con las leyes naturales y civiles, cuando se trata de infieles.
- b) Se llama nulo, por contraposición a válido, el matrimonio que no haya sido celebrado de acuerdo con las leyes que lo rigen (divina, natural y positiva y

eclesiástica para los bautizados; y natural y civil cuando se trata de no bautizados).

- c) Se denomina rato el matrimonio válido entre cristianos, cuando aún no ha sido consumado por la cópula conyugal, la cual se presume (con presunción iuris tantum, la cual admite prueba en contrario) cuando los cónyuges han cohabitado, es decir cuando han vivido bajo un mismo techo, después de la celebración del matrimonio y, se llama rato y consumado cuando se ha verificado la cópula conyugal.
- d) Se denomina legítimo el matrimonio válido entre dos infieles.
- e) El matrimonio nulo o inválido se llama putativo, si por lo menos uno de los cónyuges ha procedido de buena fé, es decir, ignorando que el matrimonio era inválido; por contraposición al contraído de mala fé por ambos cónyuges, que se llama atentado.

En el campo del derecho civil conocemos el solemne, que es el que se celebra conforme al Art. 113 del código civil; el consensual (negocio jurídico), que hace algún tiempo se celebraba en Rusia; en algunas legislaciones como la Ecuatoriana y la Boliviana, está el matrimonio por equiparación y el matrimonio por comportamiento, que consiste en darle el mismo trato jurídi

co matrimonial a concubinos que después de algún tiempo de vivir juntos pueden casarse libremente y no lo han hecho.

5. SISTEMAS MATRIMONIALES.

En los casi 400 años transcurridos desde el descubrimiento y la conquista de nuestro suelo, por parte de los españoles, hasta 1888, año en cual comienza a regir el concordato con la Santa Sede, tuvieron aplicación en Colombia, los siguientes sistemas matrimoniales:

a) Matrimonio Católico obligatorio.

Vigente durante la colonia y parte de la República hasta el año de 1853, ya que en Colombia regieron las normas de la legislación española, la cual a su vez reconocía para estos asuntos el derecho canónico.

b) Matrimonio Civil obligatorio.

En el año de 1853, con la ley 20 de junio 15, se estableció en Colombia el matrimonio civil obligatorio. Es decir, a partir de esa fecha el único matrimonio válido era el civil; de ahí que los católicos debían casarse civilmente para que su unión por los ritos de dicha religión, pudieran tener efectos civiles; imperando este sistema matrimonial hasta el año de 1856.

c) Matrimonio Facultativo.

Sistema que comenzó a regir desde 1856 (ley del 8 de abril), año en que se dispuso que los matrimonios por los ritos canónicos tendrían efectos civiles siempre que se presentaran los contrayentes y dos testigos ante un matrimonio o juez de la vecindad de la mujer y pusieran de presente que se habían manifestado el consentimiento en forma mutua y libre.

Este sistema fue desapareciendo durante la federación de las diferentes legislaciones de Estados soberanos, permaneciendo únicamente en el Estado de Boyacá; fue restablecida por ley 57 de 1887, que trató sobre adopción de códigos de la legislación Nacional.



C A P I T U L O V I I

NATURALEZA JURIDICA DEL MATRI

MONIO

Las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia no son unánimes en la asignación de la naturaleza del matrimonio; al contrario, existe diversidad de criterios sobre el particular, resaltando sobre el mismo los siguientes:

1. Matrimonio como Contrato.

Tiene sus máximos exponentes en los civilistas franceses de los siglos XIX y XX, entre otros Pothier, Demolombe, Colin y Capitaud y Josserand. Los redactores del Código Civil Francés consideraron al matrimonio como un contrato; precisaron que no obstante que el matrimonio difiere del común de los contratos, es siempre un contrato. Según los tratadistas Colin y Capitaud respecto de esta teoría manifiestan: " En efecto el matrimonio, de una parte, es el resultado de una concordia de voluntades; por otra, produce obligaciones. ¿ No es precisamente la concepción clásica de contrato ? Sin embargo, se ha negado la no

ción tradicional de matrimonio-contrato, afirmando que el matrimonio constituye un estado reglamentado por la ley. Si se quiere decir con este que el matrimonio no es un contrato como los demás, porque la voluntad autónoma de las partes no pueden regular libremente sus efectos, ni decir la disolución, o introducir en él, modalidades, como pueden hacerlo en los contratos referentes al patrimonio, no tenemos inconvenientes en suscribir estas afirmaciones de evidencia absoluta; no puede negarse que el matrimonio presente una importancia infinitamente mayor que la de los contratos corrientes de la vida jurídica, como, un arrendamiento, una sociedad, etc. Pero en ello no hay nada distinto de la idea de contrato, en toda operación jurídica, la actuación de la voluntad humana tiene por límite el interés general, el orden público. Las partes no pueden hacer que se produzcan los efectos que ellas quieren. La libertad a este respecto esta sometida a restricciones aún en ciertos contratos de orden exclusivamente patrimonial, como los relativos a la propiedad inmueble. Con más razón debe estarlo un contrato como el matrimonio, que interesa a las personas más que a los bienes, y cuyo alcance excede de los intereses de los esposos y se extiende a toda la sociedad, la cual, ha podido decirse, es siempre parte en todos los matrimonios, aunque se celebren por simples

particulares. El matrimonio presenta la particularidad de que crea un estado, si bien no es el único que produce tal efecto. La adopción constituye un nuevo estado. Se discutirá el carácter contractual que presenta en nuestro derecho; por consiguiente, hay que seguir considerando el matrimonio como un contrato ".

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

Y por otra parte, en su Art. 115; dice : " El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en este código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contraviniere a tales formas, solemnidades y requisitos".

Como puede observarse en los artículos anteriores transcritos, nuestro legislador acogió la teoría contractual proveniente del derecho francés.

No obstante se estableció una notoria diferencia entre el tratamiento asignado al matrimonio-contrato del resto de los contratos, se le consideró como un contrato de carácter solemne.

2. Matrimonio como Institución.

Los primeros sistematizadores de esta doctrina son Georges Renard y Maurice Housi6; quienes desarrollan su teoría partiendo de la base de que el matrimonio puede ser considerado como contrato, solamente en su forma, en su apariencia, entendiéndolo como un contrato-condición, como el cresentimiento bilateral del hombre y la mujer que los coloca bajo la situación jurídica de casados. Pero el estatuto legal que norma el sistema matrimonial está por encima de la voluntad de los cónyuges; es un postulado de orden jurídico, impuesto por la ley, valiéndose de reglas de carácter imperativo. Su forma externa e inicial puede ser contractual, pero el acuerdo o convenación matrimonial, implica una situación mas trascendental: es una institución jurídica.

Entendiéndose por institución jurídica, según concepto del tratadista Roberto Suarez Franco : " una integración ideal con permanencia jurídica dentro de un me



dio social que tiene como características la de ser un poder organizados, cuyos miembros poseen un común destino " .

Dentro de este concepto encuadra perfectamente la noción de matrimonio, por cuanto tiene esa integración ideal cuya realización perdura durante la vida de cualquiera de los cónyuges; idea o finalidad que debe considerarse integrante en la voluntad de los cónyuges y en el espíritu de la norma legal que de modo imperativo y permanente regulan el matrimonio y en ambos sentidos se resalta la permanencia jurídica y la estabilidad necesaria, pues lo ordinario es que el matrimonio dé origen a la familia.

Esta teoría, la institucional, es la que se ajusta a la realidad jurídica del matrimonio, pues, con toda razón, la doctrina moderna concluye que si por su fuente es acuerdo de voluntades, por sus efectos es estado, en virtud de su carácter institucional. Una institución es algo muy superior a un acuerdo de voluntades, tanto por sus efectos como por su duración; en efecto, la institución del matrimonio es una realidad jurídica, esencialmente objetiva que existe y perdura independientemente de las personas que aceptan y ponen en movimiento

todo ese conjunto estático de normas legales; porque sus efectos no dependen de la voluntad de los contrayentes, quienes pueden ignorarlos en el momento de la celebración y, más aún, estos efectos se perpetúan en la familia legítima originada en el matrimonio, aún cuando este se haya extinguido.

3. Teoría Mixta.

Siguiendo las palabras de sus principales expositores, Planiol y Ripert, tenemos que el matrimonio participa de la naturaleza del contrato, pero a la vez, es una institución jurídica; en él, hay una voluntad creadora de efecto jurídico, que está sometida a las condiciones impuestas por el Código Civil para la eficacia de la voluntad contractual; pero es una institución, porque el acuerdo de voluntades es importante para condicionar los efectos y la duración del compromiso. Así es que, el matrimonio no deja de ser un contrato al mismo tiempo que una institución; que si la doctrina moderna ha logrado poner en claro su carácter de institución, no hay por eso que olvidar su carácter contractual.

La concepción mixta, adolece del defecto de desintegrar

la noción de la naturaleza jurídica del matrimonio, en dos elementos diferentes y simultáneos, al ver en ellos los caracteres del contrato, cuando lo analiza desde un punto de vista y reconocerle, también, los rasgos de la institución desde un ángulo diferente de estudio, sin conseguir precisar una definición integral de la naturaleza del matrimonio.

4. Matrimonio como Acto Jurídico .- Condición.

Esta teoría es sostenida por el tratadista francés León Duguitt, quien para el caso manifiesta que; " El matrimonio es una convención que es la condición para el nacimiento de una situación legal objetiva; la situación legal de los casados, el estado de casados; situación permanente que tiene consecuencias generales y que se impone no solo a los esposos, sino a todos y que está determinada por la ley en sus efectos y en su extensión".

5. Teoría Ecléctica.

Esta concepción es expuesta por Julian Bonuecase. " Con el término matrimonio se envuelven conceptos muy distintos, entre otros: La institución del matrimonio, o sea el conjunto de reglas que regulan o presiden el en dere

cho positivo la organización social de la unión de los sexos; el acto jurídico de naturaleza especial que expresa la adhesión de los futuros esposos a la institución del matrimonio; lo que también puede conllevar al contrato solemne por el que los futuros esposos determinan anticipadamente la condición jurídica de sus bienes, mientras dure el matrimonio o para el caso en que se ofrezca su disolución " .

La tesis expuesta por Bonuecase no se ajusta a la lógica porque la noción de matrimonio no puede dividirse en forma tal que se pueda definir de diversas maneras según el aspecto que se analice, pues da como resultado unos conceptos deficientes.

6. Contrato - Sacramento.

Para la Iglesia católica, el matrimonio es contrato y es sacramento; pero no se trata de dos elementos independientes, sino que es el mismo acuerdo de voluntades (contrato) el que tiene carácter de sacramento entre bautizados (Cánon 1012).

Los canonistas explican; que sacramento y contrato son dos formalidades o aspectos de la misma cosa, que el ma

rimonio es, en su acto de celebración, un contrato ya que se perfecciona por " el acuerdo de voluntad por el cual ambas partes dan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo en orden a los actos de suyo aptos para engendrar prole " (Cánon 1981 Par. 2o.). Pero precisamente el mutuo consentimiento que constituye el contrato, es la materia y forma del sacramento como signo natural sensible elevado por Cristo a la dignidad del sacramento.

" El mismo consentimiento mutuo es a la vez: CONTRATO, en cuanto produce derechos y obligaciones de justicia en ambos cónyuges; y SACRAMENTO, en cuanto confiere gracia, como instrumento de Cristo ".



Ambos elementos son intrínsecos y esenciales del matrimonio entre cristianos, no se puede separar el sacramento del contrato, ni éste de aquel, si no hay contrato válido no hay tampoco sacramento y si no hay sacramento válidamente administrado, el contrato es igualmente nulo, inexistente y si alguno al celebrarlo excluyera positivamente la intención de recibir el sacramento, tampoco celebraría contrato válido.

Para la Iglesia Católica es DOGMA de FE que el matrimonio

es uno de los siete sacramentos instituidos por Nuestro Señor Jesucristo durante su vida mortal (Evangelio según San Mateo) (Cap.XIX,Vers.4a6). Esto hace que el matrimonio-sacramento quede bajo la exclusiva jurisdicción de la Iglesia; y para cuantos profesaban el cristianismo y hoy profesan el catolicismo, no puede contraerse otro matrimonio que el que la misma iglesia regula. Al respecto manifiesta el R.P.Arboleda Valencia lo siguiente:

" Sobre el matrimonio de los bautizados: Es de competencia exclusiva de la Iglesia cuanto atañe al matrimonio en su sustancia y efectos inseparables, porque se trata de un sacramento cuya administración compete exclusivamente a la Iglesia, y porque el sacramento es el mismo contrato natural".

Esta concepción religiosa del matrimonio ha ejercido gran influencia en los regímenes jurídicos de los pueblos cristianos, especialmente en los países que proclaman como religión oficial o semi oficial, la de la Iglesia Católica.

En nuestro país produce plenos efectos civiles el matrimonio celebrado conforme al Código de Derecho Canónico (Art.7o. del Concordato de 1973, Ley 20/74).

C A P I T U L O V I I I

REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DEL MATRI
MONIO

El matrimonio, como manifestación recíproca de voluntades de los contrayentes, debe reunir los requisitos generales propios de todo acto jurídico. Pero debido a su misma naturaleza exige el cumplimiento a ciertas condiciones específicas distintas al común de los contratos. El matrimonio, como contrato solemne, tiene que someterse a la observancia de precisas y determinadas solemnidades, sin las cuales no llega a reputarse perfecto ante el Derecho.

El civilista colombiano Arturo Valencia Zea, clasifica estos requisitos en dos clases : 1) Requisitos positivos y negativos de fondo y 2) Requisitos de Forma.

1. REQUISITOS POSITIVOS DE FONDO.

Se entienden por tales aquellos que deben cumplirse pa

ra su celebración y sin los cuales el matrimonio no se reputa perfecto; algunos de ellos dan lugar a que se considere la inexistencia del matrimonio de acuerdo con la doctrina colombiana. Estos son:

a) Diferencia de sexo.

Según precepto del Art. 113 del C.C. el matrimonio es un contrato solemne entre " un hombre y una mujer ". Esta condición, tan natural y obvia, pertenece a la esencia misma del matrimonio. El acto que se intentare con omisión de este principio no llegaría a nacer ante el Derecho; sería inexistente. Esta tesis es sostenida por el civilista Valencia Zea, quien considera que es necesario que exista la posibilidad de cohabitar, o sea la capacidad sexual.

En la doctrina colombiana es inexistente el matrimonio cuando no es posible la cópula o ayuntamiento carnal en forma que pueda satisfacer normalmente los deseos heterosexuales. La falta de procreación en el derecho moderno no constituye causal de nulidad, ni mucho menos de inexistencia del matrimonio. Si bien es cierto, que el tener hijos es uno de los fines del matrimonio, esta deficiencia no es insubsanable ya que si lo que se .

persiguiera como fin único en el matrimonio fuera tener hijos esta incapacidad se puede suplir por medio de la adopción.

b) Capacidad.

Este requisito positivo de fondo, referente a la capacidad mental de los contrayentes, difiere de la general que se reconoce en los seres mayores de 18 años, a quienes se considera con voluntad reflexiva.

La capacidad mental que se exige como requisito de fondo se refiere a la constitución de la comunidad doméstica, a la satisfacción ordenada de los apetitos heterosexuales de los seres humanos y con los altos fines de la procreación.

La experiencia y la ciencia biológica enseñan que los seres humanos pueden procrear antes de los 18 años, o sea cuando llegan a la pubertad, el hombre a los 14 años y la mujer a los 12. Sin embargo la libertad para contraer matrimonio en estas edades y hasta los 18 años, queda sujeta a la autorización de otra persona, ya sea de sus padres legítimos, naturales o adoptivos, y a falta de éstos o incapacidad de dar autorización, de



los ascendientes legítimos, del curador general o especial. (C.C. Art. 117).

De las personas, quienes según el C.C. debe pedirse permiso para contraer matrimonio, solo el curador que niega su consentimiento está obligado a expresar la causa, los padres no están obligados a expresar el motivo que tengan porque son titulares de un derecho absoluto e incausado, lo que va contra las normas generales que hacen relativos los derechos por estar impregnados de fines que los motivan y justifican. Ya que es posible que los padres nieguen su consentimiento o autorización por puro capricho. En cambio el curador no puede negar la autorización sin expresar las razones que justifiquen su disenso.

Las causas que justifican el disenso del curador son:

- 1) Existencia de cualquier impedimento legal; 2) El no haberse practicado alguna de las diligencias prescritas en el TITULO VIII del C.C. que trata " De las segundas nupcias ", en su caso; 3) Grave peligro para la salud del menor, a quien se niega la licencia, o de la prole; 4) vida licenciosa, pasión inmadurada al jugo, embriaguez habitual de la persona con quien el menor desea casarse; 5) Estar sufriendo esa persona la pena de reclusión; 6)

No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio.

De conformidad con el Art. 140 C.C., los dementes cuando han sido declarados en interdicción no pueden contraer matrimonio, ni tampoco los locos furiosos, aunque no se encuentren en interdicción. Los disipadores a quienes se ha colocado en interdicción tienen capacidad matrimonial, aunque no tengan capacidad general de obrar. Los sordomudos que pueden expresar con claridad su voluntad de casarse por signos manifiestos, pueden contraer nupcias.

c) Consentimiento.

El contrato matrimonial se perfecciona por " el libre y nuestro consentimiento de los contrayentes " C.C. Art. 115.

La carencia del consentimiento conduce a que el contrato no nazca a la vida jurídica; su prestación viciada implica su invalidez.

En cuanto a la declaración de la voluntad se exige que

los contrayentes al ser interrogados por el funcionario encargado de presenciar el matrimonio deben manifestar su voluntad de contraerlo y las declaraciones deben ser concordantes, y libres; no obstante lo anterior el varón esta facultado legalmente para manifestar su voluntad por medio de apoderado, no estándolo la mujer, por ser en su domicilio el lugar de celebración del matrimonio.

2. REQUISITOS NEGATIVOS DE FONDO.

- a) Inexistencia del vínculo matrimonial entre los contrayentes.

El C.C. prohibió la celebración de un matrimonio, subsistiendo un vinculo anterior. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer ..."
El Ord. 12 del Art. 140 del C.C. : " El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes: cuando respecto del hombre o de la mujer o de ambos estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior ".

Esto debido a que en nuestra legislación de igual que en muchas otras se contempla la monogamia. De modo que no es posible que un hombre se case con varias mujeres o una mujer con dos o más hombres.



En caso de suceder lo comentado el segundo matrimonio está afectado de nulidad, incurriendo además, en el delito de bigamia, contemplado en nuestro estatuto de las penas.

b) Inexistencia de parentesco entre los contrayentes.

Según los notables civilistas Planiol y Ripert, son dos los motivos que fundamentan este impedimento: 1) Una razón fisiológica. Se ha comprobado que las uniones entre parientes próximos dan frecuentemente nacimiento a niños que viven o adolecen de graves defectos fisiológicos, tales como la sordera, la epilepsia y hasta la locura; muchos médicos son contrarios a las uniones aun entre primos carnales, autorizadas no obstante por el Código; 2) Una razón moral. Las personas que viven cerca una de las otras y con frecuencia bajo el mismo techo, no deben pensar en el matrimonio; de otro modo, la perspectiva de matrimonio posible podría ser determinante de graves desordenes. Esta segunda razón es la única aplicable a los afines y parientes por adopción.

Esto explica también que en los períodos turbulentos en que las familias vivían muy agrupadas, la Iglesia haya creído deber extender la prohibición y que haya sido

después menos severa.

Trae el Código Civil este impedimento tanto en el parentesco de consanguinidad, como en el de afinidad y en el civil, como veremos mas adelante.

Entre consanguíneos. El impedimento se extiende a todos los parientes que se hallen en línea recta, pero a solo los hermanos en la colateral, y se refiere tanto al parentesco legítimo como al ilegítimo, pues la ley no distingue y las razones son las mismas en uno y otro caso.

Otras legislaciones, como la Alemana, extienden el impedimento en línea colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad.

Entre afines. Existe la prohibición de contraer matrimonio entre los que se hallan en el primer grado de línea recta de afinidad legítima, esto es, entre el suegro y la nuera, el yerno y la suegra, o el padrastro o madrastra y el entenado o la entenada.

El Código de Derecho Canónico en este aspecto es mas drástico al establecer que " la afinidad en línea rec

ta dirime el matrimonio en cualquier grado; en línea colateral lo dirime hasta el segundo grado inclusive."

En el parentesco civil. Se prohíbe el matrimonio entre el padre adoptante y la hija adoptiva; o entre el adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante.

Falto al Código, ayudándose de la misma lógica, prohibir el matrimonio entre la hija adoptiva y el que fue marido de la adoptante.

c) El adulterio.

Por adulterio ha de entenderse la realización del acto conyugal por uno de los esposos con persona distinta del otro. Por consiguiente, relaciones sexuales que no lleguen a la cópula normal no pueden considerarse como adulterio.

La ley prohíbe el matrimonio entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado probado en juicio el adulterio.

El motivo de esta prohibición se remonta a los tiempos

de Augusto, con la ley " julia adulteris concendis ".
 Con ella no se persiguió otra cosa que reprimir el adulterio, negandole a los adúlteros un matrimonio posterior; prohibición mal entendida, pues se defiende mejor la moralidad pública permitiendo a los adúlteros el matrimonio, que forzándolos a continuarlo.

La ley Francesa del 15 de diciembre de 1904 derogó este impedimento, establecido también por el Código napoleónico.

d) Homicidio del cónyuge.

Prohibese igualmente el matrimonio con cualquier persona, al individuo que dio muerte o hizo matar al cónyuge con quien estaba unido en matrimonio anterior.

Desde luego, la prohibición se refiere, al que posiblemente ha dado muerte a su cónyuge, pues si esta ha sido accidental, no hay razón alguna para ella. Es obvio, de otra parte, que el impedimento no tiene existencia mientras no se pronuncie la sentencia que declare el delito.



e) En el caso de segundas nupcias.

Para el viudo o viuda que pretende contraer nuevas nupcias existe también un impedimento, inspirado en razones muy diferentes en uno y otro caso.

En las segundas nupcias del varón. Con el objeto de proteger los intereses de los hijos dispone el Art.169 del C.C. que; el varón viudo, que teniendo hijos del precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curaduría, quisiere volver a casarse, deberá proceder el inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan como herederos de su mujer difunta o con cualquier otro título " y que para la confección de este inventario se nombre a dichos hijos un curador especial. Agrega el Art. 170 que, aunque los hijos no tengan bienes propios administrados por su padre, de todas maneras habrá lugar al nombramiento de un curador especial con el objeto de que testifique la verdad de tal hecho. Pero aun en el caso de que no haya habido hijos ni bienes, para contraer nuevo matrimonio el viudo tendrá que meditar esos hechos necesariamente para poder contraer el nuevo matrimonio.

Por ser solemne el inventario, deberá otorgarse por es

crito ante notario, que bien podrá consistir en una escritura pública o en un documento privado, y en ambos casos con intervención del curador, pues el Art. 169 no distingue entre los dos. En caso de que no se presente el certificado del nombramiento del curador, podrá impedirse el matrimonio del viudo.

En las segundas nupcias de la mujer. " La mujer viuda que teniendo hijos del precedente matrimonio que se hallan bajo su tutela o curaduría, tratase de volver a casarse, deberá denunciarlo al juez a fin de que se nombre a sus hijos un curador que la reemplase ".(C.C. Art. 599). Esto con el fin de proteger los intereses del menor.

El incumplimiento de esta obligación da lugar a que tanto la esposa como el marido respondan solidariamente de la administración de los bienes de los hijos de la viuda, extendiéndose la responsabilidad del marido hasta los actos ejecutados por la mujer antes del matrimonio; según el Art. 172 del C.C.

Continúa el C.C. en el Art. 173 reglamentando que cuando un matrimonio haya sido disuelto o declarado nulo, la mujer que está embarazada no podrá pasar a otras

nupcias antes del parto, o (no habiendo señales de preñez), antes de cumplirse los doscientos sesenta días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad.

" Pero se podrán rebajar de este plazo todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha disolución o declaración, y en las cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer". Todo esto porque, según el C.C. en su Art. 92; el embarazo de la mujer tiene un plazo mínimo de ciento ochenta días y un máximo de trescientos. Consecuentes con esta regla los Art. 214 y 220 del mismo, presumen como legítimos, y que tienen por padre al marido de la mujer, a los hijos que nacen después de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y antes de los trescientos contados desde su disolución.

Para obligar a observar lo que estatuyen los Arts. anteriores, dispone el Art. 174 que " la autoridad civil no permitirá el matrimonio de la mujer sin que por esto se justifique no estar comprendida en el impedimento del Art. precedente ". Mas adelante se establece la sanción para el caso de violación de la citada prohibición; " serán obligados solidariamente a la in

demnización de todos los perjuicios y costos ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias y su nuevo marido ", lo que naturalmente no tendrá lugar contra este último sino cuando haya procedido de mala fé. Porque si la mujer lo engañó, no se ve el motivo para que se le haga personalmente responsable de una falta que no tuvo como evitar.

f) Falta de aprobación de las cuentas de una menor. Mientras que una mujer no hubiere cumplido diez y ocho años, no le será lícito al tutor o curador que haya administrado o administre sus bienes, casarse con ella sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez, con las formalidades legales.

Igual prohibición habrá para los matrimonios entre los descendientes del tutor o curador y el pupilo o la pupila.

En consecuencia los jueces no autorizaran los matrimonios en que se contravenga lo dispuesto anteriormente.



La violación de esta prohibición, sancionada antes con la nulidad del matrimonio, solo acarrea, aparte de la responsabilidad en que incurra el juez, la pérdida para el guardador de la remuneración por la guarda, debiendo restituir lo que ya hubiere recibido por tal concepto.

3. REQUISITOS DE FORMA.

La eficacia del consentimiento matrimonial está condicionada al cumplimiento de las solemnidades establecidas por el legislador; la innegable trascendencia que se le concede legislativamente al matrimonio ha ocasionado su reglamentación minuciosa, con la finalidad de evitar la celebración de matrimonios viciados, los que en último término van a perjudicar al cónyuge inocente.

Los requisitos de forma o solemnidades exigidas por el legislador para celebrar el matrimonio civil pueden agruparse en dos categorías:

- a) Las que deben cumplirse antes del matrimonio o procedentes.

Las solemnidades anteriores a la celebración del matri

monio son: 1) Pedimento o petición; 2) Justificación de las calidades necesarias; 3) Obtención del permiso de ciertas personas; 4) Publicidad y; 5) Señalamiento de día y hora.

El pedimento o petición, es la manifestación del propósito de casarse hecha ante el juez competente por los interesados en contraer el matrimonio.

Esta manifestación puede hacerse verbalmente o por escrito. En el acto de solicitud del matrimonio o en el memorial respectivo los interesados expresarán el nombre de sus padres o curadores, según el caso, y los de los testigos que deben declarar sobre las calidades necesarias en los contrayentes para poderse unir en matrimonio, debiendo, en todo caso, dar a conocer el lugar de la vecindad de todas aquellas personas. El juez interrogará a los testigos, con las formalidades legales y los examinará sobre las calidades requeridas en los contrayentes, a cuyo efecto leerá el Art. 140 del C.C. y los examinará sobre los demás hechos que crea necesarios para ilustrar su juicio y determinar la ausencia de impedimentos en los contrayentes.

La justificación de las cualidades necesarias es acreditar en los contrayentes la libertad de vínculo anterior, el permiso legalmente concedido por los representantes de los menores, si fuere el caso, determinación de si existen o no incapacidades absolutas, etc, etc.

En cuanto a la obtención del permiso de ciertas personas el Art. 129 de. C.C. en concordancia con el 117 del mismo, impone al juez la obligación, aun de oficio, de practicar las diligencias necesarias para obtener el permiso de los padres de los contrayentes, siempre y cuando fueren púberes menores de 18 años.

La publicidad tiene por objeto poner al corriente a la sociedad de la realización del futuro matrimonio, para que quienes conozcan impedimentos los manifiesten ante el juez.

Para dar cumplimiento al ordenamiento legal que contempla esta solemnidad, el juez ordenará fijar un edicto en la secretaría de su despacho, en el cual se especificará el nombre y los apellidos de los contrayentes y el lugar de nacimiento, si son mayores o menores de edad. Este edicto deberá permanecer fijado 15 días.



Si los contrayentes son vecinos de distintos municipios o si alguno de ellos no tiene seis meses de residencia en el distrito en que se halla, deberá el juez que conoce del matrimonio librar un exhorto al de la vecindad del marido con el fin de que fije el edicto emplazatorio. El comisionado deberá, una vez cumplido el término legal de los 15 días, devolver el exhorto debidamente diligenciado.

La oposición al matrimonio consiste en el acto por el cual una persona legalmente hábil objeta la unión proyectada entre dos personas que desean contraerlo con el fin de impedir que el juez autorice.

Esta oposición pueden hacerla ante todo; los parientes allegados de los contrayentes, así como cualquier persona que presente fundamentos para hacerlo. Puede formularse verbalmente o por escrito, ya que el código no lo dice; pero en el caso de ocurrir lo primero, deberá dejarse constancia escrita en la secretaría del juzgado.

El juez que va a conocer del matrimonio es el competente para tramitar la causa de oposición y para calificarla. No podrá suspender su celebración sino por aquellos

hechos que atenten contra ser válidez o licitud.

El señalamiento del día y la hora para la ceremonia, se fijará para los ocho días siguientes a la fecha del auto que la señale. Por eso dice el Art. 134 del C.C.: "Practicadas las diligencias indicadas en el Art. 130, y si no se hiciere oposición o si haciéndose se declarare infundada, se procederá a señalar día y hora para la celebración del matrimonio, que será dentro de los ocho días siguientes; esta resolución se hará saber inmediatamente a los interesados".

b) Coetáneos.

Son los requisitos que atienden a la forma misma del acto solemne o rito matrimonial y se refiere: 1) al funcionario competente, 2) manifestación del consentimiento y, 3) la habilidad de los testigos.

De acuerdo al Art. 126 C.C. es competente el juez civil municipal del distrito de la vecindad de la mujer. Algunos autores piensan que también es competente el juez civil del Circuito, puesto que el matrimonio es una diligencia referente al estado civil y no un proceso.

Según el Art. 135 C.C. el matrimonio se celebrará presentándose los contrayentes en el despacho del juez, ante éste, su secretario y dos testigos. El juez explorará de los esposos si de su libre y espontánea voluntad se unen en matrimonio, les hará conocer la naturaleza del contrato y los deberes recíprocos que van a contraer instruyéndolos al efecto en las disposiciones de los Arts. 152, 153, y 176, modificando los primeros por la ley 1a. de 1976 y el último por el decreto 2820 de 1974.

En seguida se extenderá un acta de todo lo ocurrido, que firmaran los contrayentes, los testigos, el juez y su secretario; con lo que se declarará perfeccionado el matrimonio.

El consentimiento matrimonial deberá darse con voz perceptible, en forma libre y espontánea, sin equivocación y por las mismas partes, o manifestarse por señales que no dejen duda en los funcionarios y testigos que presencian el acto matrimonial. El juez los instruirá al respecto manifestándoles que el matrimonio sólo se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges; o por el divorcio judicialmente decretado, y que los contrayentes están obligados a guardarse fé, a

socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida, que ambos tienen conjuntamente la dirección del hogar; que deberán escoger de común acuerdo su residencia y que por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes o sociedad conyugal (Dcto. 2820 de 1974. Arts. 9,10,11,12 y 13.).

En cuanto a la habilidad de los testigos el Art. 127 del C.C. dice: "No podrán ser testigos para presenciar y autorizar un matrimonio:

1. Los menores de 18 años.
2. Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia.
3. Todos los que actualmente se hallen privados de la razón.
4. Los ciegos.
5. Los sordos.
6. Los mudos.
7. Los condenados a la pena de reclusión por más de 4 años y, en general, los que por sentencia ejecutoria estuvieren inhabilitados para ser testigos.
8. Los extranjeros no domiciliados en la república.
9. Las personas que no entienden el idioma de los contrayentes.



4. MATRIMONIO "IN EXTREMIS VITAE MOMENTIS" O EN PELIGRO DE MUERTE.

Cuando alguno de los contrayentes o ambos estuvieren en inminente peligro de muerte, el código autoriza la celebración del matrimonio, con prescindencia del edicto emplazatorio de que trata el Art. 130, pero los contrayentes tendrán que justificar que " no se hallan en ninguno de los casos del Art. 140"; las demás solemnidades, tales como el permiso de los padres, la citación al funcionario del registro, etc, deberán cumplirse cabalmente y en su integridad.

Los autores nacionales critican por absurda la última parte del Art. 136 del C.C. que dice: que si pasados 40 días no hubiera acontecido la muerte que se temía, el matrimonio surtirá efectos, si no se revalida observándose las formalidades legales, lo cual equivale a la aceptación en nuestra legislación de un matrimonio condicional, lo cual es " jurídicamente absurdo ".

(Suarez Franco, Valencia Zea, Baquero Gonzalez), pues nadie puede ser hijo bajo condición o casado bajo condición, porque lo referente al estado civil de las personas no admite condición alguna.

5. DEL REGISTRO DE MATRIMONIOS.

De conformidad con el Art. 67 del Dcto. 1260 de 1970, " Los matrimonios que se celebran dentro del país se inscribirán en la oficina correspondiente al lugar de su celebración, dentro de los 30 días siguientes a esta.

Los matrimonios celebrados en el extranjero, entre dos colombianos por nacimiento, entre un colombiano por nacimiento y un extranjero, entre un colombiano por adopción y un extranjero, entre dos colombianos por adopción, o entre un colombiano por nacimiento y uno por adopción, se inscribirán en la primera oficina en cargada del registro del estado civil en la capital de la república".

Art. 68 Dcto. 1260 de 1970: " El matrimonio podrá inscribirse a solicitud de cualquiera persona. En todo caso no se procederá al registro sino con vista en copia fidedigna de la respectiva acta de la partida parroquial, en cuanto a los matrimonios católicos, o de la escritura de protocolización de las diligencias judiciales o administrativas correspondientes, en el caso de matrimonio civil.

Tales copias se archivarán y legajarán en orden sucesivo, numérico y cronológico, con anotación del folio de registro de matrimonio que respaldan".



C A P I T U L O I X

DE LA INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL MATRIMONIO

Al celebrar el matrimonio se pueden presentar situaciones anormales que lo afecten de diversa manera, al efecto la posición legal es distinta en cada situación: si falta un elemento esencial, el matrimonio es inexistente; como aquel que se intenta entre personas del mismo sexo; si se omite el cumplimiento de un requisito o condición establecido por normas de carácter imperativo, es decir, de orden público, el matrimonio es nulo, de nulidad insubsanable, cual sería el caso del matrimonio entre hermanos; por último, hay casos en que a la celebración del matrimonio se omite cumplir ciertos requisitos de menor trascendencia, lo cual ocasiona actos ilícitos pero a veces válidos, o que solo generan sanciones que no llegan a afectar la estabilidad misma del vínculo, ya que son meras prohibiciones, y solo produciendo éstas, los efectos contemplados en los Arts. 124, en concordancia con el 1266, Ord. 4o. y el 125 del C.C. que hablan del desheredamiento y de la re

vocación de donaciones respectivamente.

Como hecho curioso el legislador no estipula sanción alguna para el caso de omisión por parte del juez de fijar el edicto por 15 días anunciando la solicitud de matrimonio a que se refiere los Art. 130 y 131 del C.C.

1. INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO.

Se ha dicho que el matrimonio es inexistente cuando carece de requisitos o condiciones esenciales, y que aun en su apariencia repugna de tal modo a la conciencia social, que no se le puede conceder efecto alguno. La falta de un elemento esencial conduce a la inexistencia, ésta no está contemplada explícitamente en nuestra ley civil: es fruto de la doctrina y la jurisprudencia.

En general, la doctrina ha contemplado tres casos de matrimonio inexistente: a) el matrimonio contraído por personas del mismo sexo; b) el matrimonio en que no ha existido el consentimiento; y c) el matrimonio en que se han omitido solemnidades que le son esenciales.

a) Matrimonio entre personas de un mismo sexo.

Era un caso de rara ocurrencia, pero en los tiempos que corren se está presentando con relativa frecuencia.

Todo matrimonio celebrado entre personas de un mismo sexo es inexistente, por incumplimiento de un requisito esencial, que es la diferencia de sexos; el matrimonio es un contrato " entre un hombre y una mujer ", lo cual quiere decir que la diferencia de sexos pertenece a la esencia misma del matrimonio. El acto inexistente no requiere pronunciamiento del juez para verificar es inexistencia; cualquier funcionario puede descartarlo, en caso que ante él se quiera hacer valer como contrato sancionado por la ley.

Mientras que los cónyuges firmen en la vida civil, y en el respectivo registro civil, con un sexo distinto, no cabría jurídicamente la inexistencia, ya que en el momento de celebrarse el matrimonio su sexo estaría definido y así figuraría en la partida de nacimiento; cabría entonces la declaratoria de inexistencia por parte del juez, luego de definir por peritos su sexo. En caso de que, según el registro, el sexo parezca coincidente, la prueba se toma más sencilla, aunque convendría complementarla con otra para determinar la

identidad de sexos.

b) En cuanto a la inexistencia del consentimiento.

El Art. 115 del C.C. prescribe que los contrayentes deben manifestar en forma mutua y libre su consentimiento, aceptandose como esposos de modo que si uno de los contrayentes al interrogarse si acepta al otro como esposo y dice sí y al preguntarse al otro, éste contesta que no o se calla, se considera que en este caso no hay matrimonio, no se ha celebrado el matrimonio, no existe el matrimonio.

Dijimos que los sordomudos se pueden casar cuando pueden hacerse entender y si al contraer matrimonio las señales indican que quiere hacer una manifestación distinta tampoco se celebrará el matrimonio, se considera este como inexistente.

Cosa distinta es cuando se manifiesta la voluntad influenciado por un error o forzados por actos de violencia o cuando fueron formulados las manifestaciones por un demente o incapaz, en este caso el matrimonio tiene existencia jurídica y deberá ser anulado.

c) Carencia de solemnidades esenciales.

El matrimonio en su propia definición, es un contrato solemne; la omisión de solemnidades es causa de su inexistencia cuando se trate de aquellas que le son esenciales. Se considera esencial la presencia del juez en la celebración del acto; el incumplimiento de esta solemnidad conduce a la inexistencia; por lo tanto, el acto intentado ante funcionario distinto, como el gobernador, el alcalde o un notario, no es considerado como matrimonio; la simple incompetencia del juez es causal de nulidad del contrato, mas no de inexistencia.

2. NULIDAD DEL MATRIMONIO.

La nulidad de todo acto jurídico presupone la existencia de un vicio o un defecto coetáneo a su celebración.

La teoría general de las nulidades de los actos jurídicos es aplicable al caso concreto del matrimonio, aunque no de la misma manera que para el común de los contratos; debido a la naturaleza particular del matrimonio, nuestro legislador le ha dado una reglamentación específica.

La jurisprudencia y las legislaciones han aceptado el



principio de que, en materia de matrimonio, no hay nulidad sin texto legal. Por tanto, son dirimentes aquellos cuya inobservancia se sanciona expresamente con la nulidad en los textos legales; los demás son simplemente prohibitivos.

Las nulidades se dividen en:

Saneables o relativas y Absolutas o insubsanables.

a) Nulidades Absolutas.

Son nulidades absolutas unicamente las seis siguientes:

Según el Art. 15 de la ley 57 de 1887: 1) La del matrimonio de la mujer adúltera con su complice; 2) La del cónyuge que ha matado al otro cónyuge, con su complice; 3) La del matrimonio de parientes consanguíneos en línea recta o de parientes consanguíneos colaterales en 2o. grado; 4) La del matrimonio de los bigamos y; 5) La del matrimonio de personas unidas en parentesco de afinidad en línea recta.

Estas nulidades se caracterizan porque: Pueden declararse de oficio por el juez, pueden convalidarse si desaparece el vicio o impedimento, y, en todo caso por el transcurso de veinte años. En verdad que el Art. 15

de la ley 57 de 1887 dice que las mencionadas nulidades no son subsanables; pero con la expedición de la ley 50 de 1936, en forma clara se dijo en el Art. 2o. que la nulidad absoluta, " Cuando no es generada por objeto o causa ilícitas, puede sanearse por ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria ". Debe advertirse que la citada ley 50 de 1936 se refirió a toda clase de nulidades absolutas, comprendiendo, por lo tanto, las matrimoniales.

b) Nulidades relativas.

Nulidades relativas, son las que pueden subsanarse por renuncia de los que tienen derecho a pedir las, o por el transcurso del tiempo, y el juez no puede declarar las de oficio. El derecho a pedir que se declare esta nulidad solo lo tienen determinadas personas.

Las nulidades relativas o subsanables tienen su fuente en los vicios del consentimiento (error y violencia), en la incapacidad de los contrayentes, y en la incompetencia del funcionario que autoriza el matrimonio.

En cuanto a los vicios de las declaraciones de voluntad en el matrimonio, la ley tiene unicamente en cuen

ta el error y la fuerza, y excluye el dolo, siguiendo con ello la misma regla del Código de Napoléon, quien se inspiró en la doctrina enseñada por Loisel, para quien " en el matrimonio engaña quien puede ".

Sin embargo, los tratadistas modernos han criticado se veramente la exclusión del dolo como vicio del consentimiento, y argumentan que es chocante ver que una institución como el matrimonio venga a ser, con la complicidad del legislador, campo propicio para la intriga y el fraude. De ahí que las modernas legislaciones admitan el dolo, como lo hace el Código Alemán.

No obstante, el silencio de nuestro Código ha sido mitigado por las razones aducidas por la doctrina contemporánea, según las cuales todo engaño grave en el matrimonio dirigido a obtener su celebración, es susceptible de engendrar un error grave.

Según el Art. 140 del C.C., el matrimonio es anulable " cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos ". Pero el error acerca de las personas puede ser sobre su identidad física, sobre su estado civil o jurídico, o también sobre sus cualidades esenciales.

El error sobre la identidad física es el mas grave que puede cometerse al celebrarse un matrimonio, y a decir verdad, es muy raro que ocurra, pues solo se presentaría en el caso de un contrayente que, pretendiendo casarse con determinada persona, celebrara matrimonio con otra.

El error sobre la identidad civil o jurídica también es muy raro, y, se presenta cuando hay error sobre la identidad civil de la persona, mas no sobre la identidad física.

Sobre las cualidades esenciales de las personas de los contrayentes. Si la palabra "persona" la entendemos en un sentido material, tendremos que afirmar que solo se tiene en cuenta el error que recae sobre la efectiva identidad física o sobre la identidad civil o jurídica; como lo entendía la antigua doctrina jurisprudencial colombiana, inspirada en antiguas doctrinas francesas.

Pero la persona humana está lejos de ser solo agregado material de cualidades físicas, como la conformación orgánica, la figura, etc. ya que en ella representan un papel muy importante y decisivo otros elementos



como son ciertas cualidades y valores humanos, culturales, morales, sociales, etc.

El derecho moderno siempre tiene en mira esa personalidad más real y auténtica, más humana y valiosa que la simple presencia física o civil, y por eso considera que la personalidad está constituida por valores internos-externos.

Pero el error acerca de la persona debe reunir ciertas características, que son las siguientes:

1) Debe tratarse de errores inherentes a la personalidad de alguno de los contrayentes, es decir, sobre cualidades que constituyen bienes internos, ya que no se tienen en cuenta los bienes externos. Son cualidades internas las características corporales como la raza, la edad, la virginidad, la fecundidad, la salud, y las cualidades morales, como la bondad, la honorabilidad, el dominio de si mismo, así como las espirituales o intelectuales.

2) Ha de tratarse de un error grave o determinante, de suerte que si se hubiera conocido la situación exacta, el otro cónyuge se habría abstenido del matrimonio.

3) Ha de tratarse finalmente, de la ausencia de calidades no conocidas por el otro cónyuge, solo así es posible decir que se incidió en error.

La violencia o fuerza 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 Art. 140, en su num.5o. sin importar de quién provenga la violencia, pues la puede haber ejercido un cónyuge contra el otro, o también la pueden haber empleado terceras personas.

La ley presume violencia contra la mujer " por haber sido raptada violentamente ", a menos que consienta en el matrimonio estando fuera de las manos del raptor (C.C.Art.140,num.6o.). Debe tratarse de rapto violento, ya que no se tiene en cuenta el rapto consentido por la mujer.

3. EFECTOS DE LA INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO.

El matrimonio inexistente no produce efectos en ningún momento no así el matrimonio nulo, que los produce has

ta que lo destruya una sentencia judicial.

La sentencia judicial que comprueba la inexistencia del matrimonio, tiene caracter retroactivo.

4. EFECTOS DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO.

El Código Civil Colombiano no distingue entre matrimonio nulo y matrimonio putativo ni discrimina las consecuencias de la nulidad absoluta y relativa, sino que determina, como efecto de la declaratoria de nulidad del matrimonio, los siguientes:

a) Entre los cónyuges.

Las obligaciones y derechos recíprocos, cesan desde el mismo día de la anulación del matrimonio. Y debe entenderse anulado el día en que quede en firme la respectiva sentencia que la declare.

Pero si hubo mala fé en uno de los contrayentes, nace para él la obligación de indemnizar, al contrayente inocente, de todos los perjuicios que le haya ocasionado, quedando habilitado el beneficiario para tomarlos o estimarlos bajo juramento.



b) En cuanto al patrimonio.

La sociedad conyugal se disuelve y en consecuencia debe procederse a su liquidación, salvo que la nulidad haya sido declarada por bigamia o por la subsistencia de un vínculo anterior, caso éste en el cual la ley determina que no se forma sociedad conyugal alguna, respecto del matrimonio anulado. Se podrán revocar las donaciones hechas por terceros o por el contrayente inocente, a favor del contrayente que contrajo de mala fé y siempre que exista constancia en escritura pública tanto de la donación como de su causa, lo cual se presume aunque no se exprese en la escritura realizada por el contrayente que haya donado, subsisten validas las donaciones o promesas a favor del cónyuge inocente; y se restituirán a los contrayentes, los bienes propios que hayan traído al matrimonio.

c) En cuanto a los hijos.

Son legítimos, respecto de ambos padres, los procreados antes, aunque nazcan después de la declaratoria de nulidad del matrimonio.

Quedan los hijos bajo la patria potestad de los padres a cuyas expensas serán alimentados y educados, para lo

que contribuirán en la proporción que ellos mismos pueden convenir o el juez determine.

Los gastos que demandan los alimentos y educación de los hijos serán sólo a cargo del cónyuge culpable, si lo hay y si tiene medios, en caso de que no los tenga, dichos gastos serán a cargo del que los tenga.



C A P I T U L O X
S O C I E D A D C O N Y U G A L

1. G E N E R A L I D A D E S .

La ley civil colombiana permite a quienes van a contraer matrimonio, la previa celebración de convenciones relativas a los bienes que aportan a él y a las donaciones y concesiones que uno de los esposos quiera hacer al otro, de presente o futuro, pero si los esposos guardan silencio en este punto, una vez perfeccionado el contrato matrimonial y por el sólo ministerio de la ley quedan sometidos al sistema de sociedad conyugal. Todo lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el Art. 1774 del C.C. que a la letra dice: " A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraído la sociedad conyugal".

A la libre voluntad de los esposos queda, pues, pactar el régimen de bienes durante el matrimonio. Ellos tienen la opción de otorgar capitulaciones matrimoniales

o de someterse, en caso contrario, al régimen legal de sociedad conyugal. Entre uno y otro camino, son los futuros cónyuges quienes pueden hacer la elección. Las reglas que gobiernan a la sociedad conyugal pueden obedecer al carácter de orden privado, o al carácter de orden público. De orden privado porque los contrayentes pueden antes del matrimonio regular por su propia voluntad la situación jurídica de los bienes, que tengan antes de celebrar el matrimonio, así como de los bienes que por cualquier causa adquieran durante él; también pueden decidir sobre su distribución después de disuelto el matrimonio.

En cuanto al carácter de orden público, si antes de perfeccionarse la unión nupcial, los esposos no otorgan capitulaciones matrimoniales, entonces, se repite, por el ministerio de la ley y por el sólo hecho del matrimonio, se forma entre ellos la sociedad conyugal que la ley civil reglamenta. En tal evento, es la voluntad del legislador la que impone este régimen, para cuyo establecimiento no se exige el querer de los desposados. Por ello se ha sostenido, con propiedad, que esta sociedad de bienes se forma aún sin consentimiento de los consortes y aún contra su expresa voluntad, pues a

falta de capitulaciones válidas y aunque los cónyuges no lo quieran así, por el hecho del matrimonio se forma entre ellos esa sociedad conyugal, según expresamente lo disponen los Art. 180 y 1774 del C.C. No sobra advertir que en el caso de bigamia, en el segundo matrimonio, no da lugar al nacimiento de sociedad conyugal.

Otro aspecto fundamental de la sociedad conyugal es la de tener un carácter sui géneris, esto es, que tiene características que le son enteramente peculiares. Cualquier régimen de sociedad conyugal se caracteriza especialmente por la existencia de una masa común de bienes que pertenecen pro indiviso a los cónyuges y que está destinada a distribuirse entre ellos cuando la sociedad se disuelva.

Dicha sociedad se forma únicamente entre marido y mujer y se extingue invariablemente cuando se disuelve el matrimonio. Mas debe tenerse en cuenta otras causas de disolución de la sociedad conyugal que no implican disolución del matrimonio.

2. NATURALEZA JURIDICA.

La sociedad conyugal no es persona jurídica, sino una

especie de comunidad universal de bienes.

Para que la sociedad conyugal fuera persona jurídica a semejanza de las sociedades civiles o comerciales, se necesitaría que los bienes que forman el activo social pertenecieran a un sujeto de derechos esencialmente distinto de los cónyuges entre quienes se forma; cosa que no sucede en la sociedad conyugal, pues, tanto los bienes de propiedad de los cónyuges como los que tienen el carácter de gananciales, se encuentran confundidos, y los acreedores de los cónyuges pueden perseguir indistintamente los bienes de su deudor, sin tener en cuenta si esos bienes son o no de la exclusiva propiedad, sociales o no. La sociedad conyugal es comunidad universal de bienes.

Un conjunto de derechos puede pertenecer pro indiviso a varios, como sucede con los derechos de los herederos sobre la herencia antes de la partición. La comunidad o sociedad conyugal es una indivisión o comunidad que tienen los cónyuges sobre los bienes que participan, del concepto de gananciales.

3. SOCIEDAD CONYUGAL PARA EL MATRIMONIO CELEBRADO EN EL EXTERIOR.

Dispone el Art. 180 del C.C. en su inciso 1o. que "por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges". E. Art. 1774 ibídem repite este mismo principio. De manera que el hombre y la mujer, colombianos o extranjeros que entre sí contraen matrimonio en Colombia por la vía civil o por los ritos católicos, quedan por ese sólo hecho ligados en sociedad de bienes, llamada sociedad conyugal.

El inciso 2o. del mismo artículo 180 del C.C., prescribe: "Los que se hayan casado en país extranjero y se domiciliaren en Colombia, se presumirán separados de bienes, a menos que de conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron se hallen sometidos a un régimen patrimonial diferente".

En materia de matrimonio el derecho comparado busca resolver los conflictos de leyes en el espacio sobre la base del principio de la unidad y de la universalidad del estatuto regulador del mismo matrimonio. Con el principio de la unidad se persigue que el matrimonio quede regido por una sola y misma ley, en forma de evitar que su régimen sufra alteraciones que redunden en menoscabo de los intereses de los propios cónyuges y de sus acreedores. Con el principio de la uni



versalidad se pretende que el régimen del matrimonio, establecido por una determinada ley, sea respetado y acatado en el lugar en que los cónyuges fijen su domicilio, sea o no el de la celebración. Se busca con esto que el régimen del matrimonio, sea uno y universal, especialmente en lo que concierne a las relaciones patrimoniales de los cónyuges. En punto del régimen patrimonial en el matrimonio, el transcrito inciso 2o. del Art. 180 del C.C. recoge y consagra, el sistema de la ley del lugar de la celebración (lex loci contractus), o sea que aquel régimen está sujeto a la norma legales del país en donde se contrajo el matrimonio.

Naturalmente que para llegar a estos resultados se requiere demostrar en Colombia la ley extranjera para saber cuál es el régimen previsto por ella respecto de las relaciones patrimoniales de los conyuges.

En casación de 26 de marzo de 1953, reafirmada en sentencia 6/66, expresó la H. Corte: " Y como el matrimonio se celebró en Italia, entre nacionales de ese país, es claro que por mandato del transcrito texto legal los contrayentes tenían el derecho de que las consecuencias jurídicas que el matrimonio estaba llamados

a producir por el aspecto matrimonial cuestionado, se examinaran ante todo a la luz de los preceptos de la legislación italiana, ya que la ley colombiana se remite a ésta para saber si a los cónyuges ligó o no sociedad de bienes ".

4. ACTIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Dentro del activo de la sociedad conyugal, existe lo que se llama el Haber Absoluto y el Haber Relativo de la sociedad conyugal.

a) Haber Absoluto.

Según el Ord. 1o. del Art. 1781 del C.C. está integrado por " los salarios y emolumentos de todo género de empleados y oficios devengados durante el matrimonio".

Aunque la norma dice " durante el matrimonio ", debe entenderse durante la vigencia de la sociedad conyugal. En este haber no entran los sueldos ganados antes del matrimonio, así se paguen después; pero si fueron devengados durante la vigencia de la sociedad y pagados después de su disolución, pertenecen a la masa

divisible.

En los salarios y emolumentos entra todo lo que se lo gre por medio del trabajo, sin distingue su clase y cualquiera que sea la forma de retribución. Esto quiere decir, que se puede pedir como medida cautelar, el embargo de los sueldos devengados por cualquiera de los cónyuges, por cuanto forman parte del activo de la sociedad conyugal.

De igual manera, " todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio", hacen parte del haber absoluto de la sociedad de gananciales. Según lo dispone el Ord. 2o. del Art. en comentario.

En este ordinal se comprende todo lo que produzcan tanto los bienes comunes como los propios de los conyuges. Los frutos naturales son " los que da la naturaleza, ayudada o no por la industria humana". Si al celebrarse el matrimonio hay frutos pendientes, pertenecen a la sociedad, trátese de bienes comunes o de propios.



Al disolverse el matrimonio, pertenecen a la masa social, si se trata de bienes comunes, o al dueño de la especie, en caso de propios.

Los frutos civiles, según el Art. 717, son " los precios, pensionados o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido ". Todos los frutos civiles que se causen durante la sociedad, sea que se hubieren pagado antes de celebrarse, o que solo se paguen después de disuelta, pertenecen a ella.

También forman parte del haber absoluto, según el Ord. 5o. del Art. en mención, "todos los bienes muebles e inmuebles que cualquiera de los cónyuges adquiriera a título oneroso durante la sociedad conyugal".

b) Haber Relativo.

Los bienes que forman el haber relativo de la sociedad conyugal, estan relacionados en los ordinales 3o. 4o. y 6o. del Art. 1781 del C.C. así: "El dinero que cualquiera de los conyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiere, obligandose la sociedad a la res

titución de igual suma".

"De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición".

"De los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciado para que la sociedad le restituya su valor en dinero".

5. BIENES PROPIOS DE LOS CONYUGES QUE NO SON GANANCIALES.

Durante la sociedad cada conyuge puede ser titular de dos clases de bienes: unos que tienen la calidad de gananciales y otros que no la tienen.

No tienen calidad de gananciales las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges, a título de donación, herencia o legado; que solo se agregarán a los bienes del cónyuge donatorio, heredero o legatario; y las adquisiciones hechas por ambos cónyuges simultáneamente, a cualquiera de estos títulos, que no aumentarán

el haber social sino el de cada cónyuge (Art. 1782 C. C.).

No entran al activo de la sociedad conyugal los bienes que los cónyuges tengan al momento de casarse.

Las especies adquiridas durante la sociedad no pertenecen a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella.

Según el Art. 1827 del C.C., " las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos ciertos deberá sufrirlos el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resorcirlos.

Por el aumento que provenga de causas naturales e independientes de la industria humana, nada se deberá a la sociedad ".

Son también propios de los cónyuges " el inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges; las cosas compradas con valores propios de uno de los conyuges, destinadas a ello en las



capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio; todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por alusión, edificación, plantación, etc " .

6. PASIVO SOCIAL Y PASIVO PROPIO DE LOS CONYUGES.

De la misma manera que existen bienes que integran el haber de la sociedad ganancial y bienes que no integran ese haber por ser de la exclusiva propiedad de cada cónyuge, así mismo existen deudas a cargo de la sociedad, y deudas a cargo exclusivo de los bienes de cada cónyuge.

Según el Art. 2o. de la ley 28 de 1932, "cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraigan, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades, domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de las cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil".

A lo dispuesto por el tenor de esta norma se colige que

cada cónyuge tiene un pasivo propio, o sea, cada con-
sorte paga sus deudas propias y sus acreedores pueden
persiguir los bienes que le pertenecen, ya sean propias
o sociales que administre. Pero hay ciertas deudas
que, aún cuando las contraiga cualquiera de los cónyu-
ges, corren a cargo de ambos y deben pagarlas en for-
ma solidaria; es el pasivo social, que está formando
por actos encaminados a satisfacer las ordinarias nece-
sidades domésticas de los cónyuges, o la crianza, edu-
cación y establecimiento de los hijos comunes.

También son deudas sociales las contenidas en los Arts.
1796 y 1800 del C.C.

7. ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Con el Art. 10. de la ley 28 de 1932 se abolió el sis-
tema de administración ordinaria y extraordinaria esta-
blecida por el Código Civil.

Hoy, la sociedad conyugal, tiene dos administradores
con facultades legales independientes: el marido admi-
nistra sus bienes propios y los sociales que él adque-
ra, y lo mismo ocurre con la mujer.

Al respecto la Honorable Corte Suprema dijo en el año de 1937: "De esta manera, la sociedad tiene, desde 1933, dos administradores, en vez de uno: pero dos administradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles e inmuebles aportados al matrimonio o adquirido durante la unión, ya por el marido, o por la mujer".

8. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

La disolución de la sociedad conyugal se realiza por las causales previstas en el Art. 1820 del C.C. modificado por el Art. 25 de la ley 10. de 1976, el cual es tatuye: "La sociedad conyugal se disuelve:

- 1) Por la disolución del matrimonio.

El matrimonio civil según el Art. 152 del C.C. se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado.

El matrimonio católico se disuelve por la sentencia que declara la nulidad.

El matrimonio sacramento no consumado se disuelve en virtud de la profesión religiosa solemne o por dispensa de matrimonio roto.



Disuelto el matrimonio, la sociedad de bienes no puede existir, esta sociedad tiene vida subordinada; sólo puede existir donde existe un matrimonio, no tiene vida propia ni independiente; siempre esta sometida a la existencia de un vínculo matrimonial. Por ello, puede tener duración menor que la del matrimonio o igual a la de éste, pero en ningún evento puede perdurar más allá del momento en que el matrimonio quede disuelto.

2) Por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla.

Se requiere sentencia, sea la separación de cuerpos contencioso o por mutuo acuerdo. La separación de hecho no disuelve la sociedad conyugal.

3) Por la sentencia de separación de bienes.

4) Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del Art. 140 del C.C. En este evento no se forma sociedad conyugal.

Se funda la anterior salvedad en el hecho de que antes de la vigencia de la ley 1a. de 1976 el matrimonio de

clarado nulo daba nacimiento a sociedad conyugal, dando origen a la coexistencia de dos sociedades conyugales, sin que la ley, la jurisprudencia, ni la doctrina indicaran la forma de liquidarlas.

5) Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación.

No obstante los cónyuges responderán solidariamente ante los acreedores con título anterior al registro de la escritura de disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

para ser oponible a terceros, la escritura en mención deberá registrarse conforme a la ley.

Lo dispuesto en este ordinal es aplicable a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por divorcio o separación de cuerpos judicialmente decretados".

C A P I T U L O X I
SEPARACION DE BIENES

1. NOCION.

La separación de bienes es una institución jurídica de orden público establecida inicialmente en nuestro derecho civil en beneficio de la mujer, siendo ésta quien sólo podía demandarla, pero tal sistema vino a ser implícitamente modificado en virtud de la ley 28 de 1932, a partir de cuya vigencia ha prevalecido la tesis de que puede ser pedida por cualquiera de los cónyuges. Luego con la vigencia del nuevo Código de procedimiento civil, en su artículo 442, advirtió claramente: "Cualquiera de los cónyuges podrá pedir la separación de bienes ". Lo mismo dispuso el Artículo 21 de la ley 1a. de 1976, que modificó el Artículo 200 del C.C. "El Artículo 200 dice así: ART. 200 - Cualquiera de los cónyuges podrá demandar la separación de bienes en los siguientes casos ".

El C.C. en su artículo 197 la define así: "Simple separación de bienes es la que se efectúa sin divorcio, en virtud de decreto judicial o por disposición de la ley".

2. CLASES O FORMAS DE LA SEPARACION.

Según abarquen todos o parte de los bienes de los conyuges, la separación puede ser total o parcial; según la naturaleza u origen, puede ser:

a) Convencional, o sea la separación de bienes pactados por los esposos en las capitulaciones matrimoniales, contrato conforme al cual determinan los esposos los bienes que aportan al matrimonio y pertenecen a los dos, las donaciones y concesiones del uno al otro, de presente o de futuro, cuáles tienen administración independiente, separación de bienes que puede ser total o parcial. No obstante es bueno advertir que por mandato del Art. 19 de la ley 1a. de 1976, no es renunciable por los conyuges la acción de pedir la separación de bienes.

b) Legal. Es la que impone la ley, como por ejemplo, a los que contraen matrimonio en el exterior y se domiciliaren en Colombia, a menos que conforme a la ley

del lugar de celebración, establezca un régimen patrimonial diferente, tales cónyuges se presumen separados de bienes por la ley (Art. 13 decreto 2820 de 1974).

c) Judicial. Cuando la separación de bienes la decreta el juez mediante la demanda de cualquiera de los cónyuges y la existencia de una de las causas legales. Esta clase de separación debe ser total.

3. CAUSAS DE SEPARACION DE BIENES.

a) Las mismas que autorizan la separación de cuerpos y por ende el divorcio, a excepción para este último del mutuo consentimiento de los cónyuges.

b) La presencia y prueba en debida forma, de una de las siguientes circunstancias en que haya incurrido el otro cónyuge.

1o. La cesación de pagos o falta de cumplimiento, por parte del deudor al vencimiento de su deuda.

2o. La quiebra o situación legal del comerciante que ha cesado en sus pagos (C.de Co. Art. 1937 y 55).

3o. La oferta de cesión de bienes o abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores (C.C. Art. 1672).



- 4o. La insolvencia o concurso de acreedores. Estipulado en el Art. 569 C.P.C., solo para acreedores no comerciantes.
- 5o. La disipación o juego habitual.
- 6o. La administración fraudulenta o notoriamente descuidada de su patrimonio en forma que menos cabe gravemente los intereses del demandante en la sociedad cónyugal.
- 7o. En cuanto a la capacidad para pedir la separación de bienes el Art. 20 de la ley 1o. de 1976 estipula: "para que el cónyuge incapaz pueda pedir la separación de bienes deberá designarsele un curador especial".

4. REGIMEN PROBATORIO.

En cuanto a la causal segunda del Art. 154 del C.C., referentes al divorcio y por ende aplicables tanto a la separación de cuerpos como a la separación de bienes, en lo concerniente a su régimen probatorio, no obstante haber sido modificado el referido Art. 154 del C.C., por el Art. 4o. de la ley 1a. de 1976, no por eso pierde vigencia lo planteado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en cosación de enero 13 de 1971 en la cual se dijo:

" en efecto, las primeras están constituidas por hechos concretos, externos y graves, respecto de los cuales rige el principio general de orden probatorio que establece el Art. 593 del Código Judicial (onus probandi incumbitactori). En cambio, las últimas, aunque el texto del numeral 4o. esté redactado en forma positiva al referirse al absoluto abandono en el cumplimiento de los deberes cónyugales y paternos o maternos de la parte demandada, a no dudarlo constituyen una negación que participa de la naturaleza de los llamados hechos indefinidos disciplinado por una norma probatoria diferente: La del Art. 595 ibídem, (hoy Art. 177 C.P.C.) según la cual " las negaciones no se demuestran a menos que se apoyen en hechos positivos cuya existencia pueda demostrarse ".

Así pues, el no cumplimiento de los deberes que la ley le impone al cónyuge demandado, constituye una negación de carácter indefinido y el demandante que la invoca como causal de separación de bienes está exonerado de la carga probatoria respectiva, puesto que tal negación no se apoya en la afirmación de hechos positivos cuya existencia puede comprobarse".

5. EFECTOS DE LA SEPARACION DE BIENES.

a) Respecto de los Hijos.

Las obligaciones y derechos de los padres para con los hijos, ni el estado civil de éstos, sufren alteración alguna.

b) Entre los Cónyuges.

1) El vínculo del matrimonio continúa tal como existía antes de la separación, sin que sufra alteración, cambie o suspenda ninguna obligación de las emanadas de aquel.

2) La sociedad conyugal se disuelve solo en cuanto sea decretada la separación total de bienes (C.C. Art. 1820 Num.3o.), cuando la separación es convencional o legal, aquella se mantiene vigente.

3) Los cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común en proporción o acorde con sus facilidades económicas. Sin embargo el juez puede regular esta contribución en caso necesario (C.C. Art. 205).

4) Los acreedores legítimos de la mujer-separados de bienes, sólo tendrán acción - o podrán perseguir - sobre los bienes de ésta. El marido sólo responde cuando ha accedido a tales obligaciones como fiador o de modo similar o en cuanto hubiese recibido beneficio para si o para la familia común, pero solo a prorrotar de tal beneficio, sin que la simple autorización en di



chas obligaciones lo constituyan responsable. (C.C.Art. 206).

5) El marido se obliga con la mujer separada de bienes, como simple mandatorio, si ella le ha confiado la administración de parte de sus bienes (C.C. Art.207).

6) A la mujer separada de bienes, se le nombrará curador para la administración de sus bienes cuando se encuentre en circunstancias tales que si fuera soltera necesitara curador para administrarlos.

7) Ejecutoriada la sentencia que decreta la separación de bienes, ninguno de los cónyuges tendrá desde entonces parte alguna en las gananciales que resulten de la administración del otro (C.C.Art.203).

6. SOLO EL CONYUGE INOCENTE PUEDE DEMANDAR LA SEPARACION DE BIENES.

Que trasladada a la separación de bienes por el Art.2o. de la ley 8a. de 1922 las causales de divorcio contemplados en el Art. 154 del C.C., estas en lo tocante con la separación de bienes han de tener el mismo sentido y régimen que si se tratase del divorcio o separación de cuerpos; ahora bien en relación con lo anterior, el

artículo 156 del Código Civil, en cuanto dispone que "el divorcio solo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan", es aplicable a la acción de separación de bienes, con el mismo significado que la propia disposición tiene respecto del divorcio.

7. PROCEDIMIENTO.

La separación judicial de bienes se tramita como proceso abreviado, en virtud del Artículo 414 numeral 1o. C.P.C.

C A P I T U L O X I I

SEPARACION DE CUERPOS

Esta es una figura introducida por la ley 1a. de 1976 en la legislación colombiana.

Mientras el divorcio implica la ruptura o disolución del matrimonio en vida de los casados, la separación de cuerpos constituye un paliativo a la indisolubilidad del mismo, por ello se le conoce como el "Divorcio de los católicos".

La obligación de fidelidad que tiene su raíz en la unión matrimonial misma y nace y muere con ésta, no puede suspenderse por el decreto de separación, como otras obligaciones que nacen de la vida en común, tales como las de cohabitación, socorro y auxilio. La separación de cuerpos como lo declara el Art. 17 de la ley 1a. de 1976, deja intacto el vínculo matrimonial, pues su alcance sólo va hasta suspender la vida en común de los casados, quienes desde entonces no

están obligados a vivir juntos. En tales circunstancias, la obligación de cohabitar queda suspendida para los consortes; la de fidelidad, en cambio, sigue vigente, intacta, pues ella tiene operancia, mientras el matrimonio perdure.

El separado de cuerpos que, infringiendo el deber de fidelidad que le obliga aún en el estado de separación, realiza relaciones sexuales extramatrimoniales, con su proceder al tenor de lo dispuesto en el Art. 4o. de la ley anteriormente citada, da causa para que el conyugado fiel pueda demandar el divorcio.

1. CAUSALES DE SEPARACION DE CUERPOS.

De conformidad con el Art. 165 del C.C., hay lugar a la separación de cuerpos en los siguientes casos:

- a) En los contemplados en el Art. 154 del C.C., y,
- b) Por mutuo consentimiento de los conyugados manifestado ante juez competente.

De donde resulta que las causales establecidas para la separación de cuerpos son las mismas que para el divorcio, y además, se agrega el mutuo consentimiento de

los cónyuges.

El juez cuando se le pide, la separación de cuerpos no podrá negarla como en el caso del divorcio, haciendo uso de las consideraciones anotadas en el Art.155 del C.C.; vale decir: probada la causal respectiva debe decretar la separación sin entrar la consideraciones sobre si se ha producido o no un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial, o si considera moralmente o no justificada la separación, en atención al interés de los hijos menores, antigüedad del matrimonio o edad de los cónyuges.

Lo que se traduce en afirmar que las mismas causales de divorcio aplicadas a la separación de cuerpos son siempre perentorias, en ningún caso facultativas.

El Art. 166 del C.C. no exige tampoco que en el proceso de separación de cuerpos se demuestre la situación económica de los cónyuges; basta que éstos determinen en la demanda la manera como van a proveer a su propia subsistencia y a los gastos de los hijos, incluyendo en éstos los de crianza, establecimiento y educación. La ley admite en ese sentido la manifestación acorde de los cónyuges, salvo que ésta sea desfavorable para

los hijos, en cuyo caso, en interés de los mismos, el juez puede objetarla previo concepto de Ministerio Público, a petición de parte o de oficio.

2. CLASES DE PROCESOS.

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

Las separaciones de cuerpos donde se alega alguna de las causales del Art. 154 del C.C., se tramitarán por el proceso abreviado que reglamentan los Arts. 414 a 421 del C.P.C.

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

Si la separación de cuerpos se funda en el mutuo consentimiento, se tramitará por el proceso verbal (C.P.C. Art.442, Num.16).

3. JUEZ COMPETENTE.

Este juez varía, según se trate de separación de cuerpos de cónyuges que se han casado por lo civil, o según se trate de matrimonio católico.

Los jueces civiles de circuito de la República conocen en primera instancia de las separaciones de cuerpos de matrimonios civiles; la segunda instancia corre a cargo de los respectivos tribunales superiores.

En cuanto a la separación de cuerpos de matrimonios celebrados por las normas del Código de Derecho Canónico, es necesario tener en cuenta lo que dispone el Art. IX del Concordato de 1974 (Art.9o. de la ley 20 de 1974) "Las altas partes contratantes convienen en que las causas de separación de cuerpos de matrimonios canónicos sean tramitadas por los jueces del Estado en primera instancia ante el tribunal superior respectivo y en segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia".

4. EFECTOS DE LA SEPARACION DE CUERPOS.

Por mandato del Artículo 18 de la ley 1a./76 hace extensivas a la separación de cuerpos las normas previstas para el divorcio en cuanto no resulten incompatibles, todos y cada uno de los efectos se surtirán a

partir de la ejecutoria de la sentencia, siendo ellos:

a) Entre los Cónyuges.

El vínculo del matrimonio no se disuelve, queda vigente.

Solo se suspenden algunas de las obligaciones emanadas del vínculo matrimonial como son la de, cohabitación, pues ya no estan obligados a vivir juntos, desapareciendo por ello; la de asistencia o ayuda; desapareciendo también la de fijación del domicilio conyugal, ya que cada uno de los conyuges seguirá en su domicilio.

b) En Cuanto al Patrimonio.

La sociedad conyugal se disuelve, a menos que los cónyuges en mutuo acuerdo, siendo la separación temporal, manifiesten su voluntad de mantenerla vigente (Art. 17 Ley 1a. de 1976).

Los derechos hereditarios y expectativos sucesorales se pierden o extinguen para los cónyuges (Ley 1a. de 1976 Art.12, Parágrafo).

c) Respecto a los Hijos.

Su estado civil no se afecta en manera alguna, y en cuanto hace relación con la patria potestad y los demás derechos y obligaciones, al igual que en el divorcio subsisten en forma integra, a menos que en la sen

tencia el juez disponga alguna variación en cuanto a la guarda y cuidado de los hijos menores.

5. FIN DE LA SEPARACION DE CUERPOS.

Subsistiendo el matrimonio, dentro del estado de separación de cuerpos, lo que impide nueva unión, pues si esta última acontece se origina la bigamia, coexistiendo además ciertas obligaciones tales como la fidelidad, puede ponersele fin al estado de separación por una cualquiera de las siguientes eventualidades.

- a) El fallecimiento de uno de los cónyuges, ya que como es natural, por la muerte se disuelve el vínculo matrimonial.
- b) La reconciliación, que no requiere de formalidad ni prueba alguna, pues la ley no lo exige y a los cónyuges les basta obtener su registro con el fin de impedir los efectos legales de la inscripción de la separación de cuerpos.
- c) La conversión de la separación de cuerpos en divorcio, demandado solo por el cónyuge inocente respecto a la separación, luego de dos años contados a partir de la ejecutoria de la sentencia que la decretó.



CA P I T U L O X I I I

EL DIVORCIO

1. ASPECTOS GENERALES.

La palabra divorcio remonta sus orígenes a la voz latina divortieun, que quiere decir separación, así como también a divertere, que equivale a irse cada uno por su lado.

En su sentido más amplio, la palabra divorcio significa la terminación de la vida en común de los casados. En sentido estricto, la ruptura del vínculo conyugal decretada por los jueces, en vida de los esposos, a petición de uno de ellos.

Teniendo en cuenta la historia del Derecho y las diversas legislaciones del pasado y del presente, puede fácilmente deducirse que existen dos clases de controversias sobre este problema:

la de si un matrimonio es disoluble mediante el divorcio, o si debe sostenerse la tesis de su absoluta indisolubilidad; y dentro de la concepción de la disolubilidad, que tipo de divorcio debe aceptarse: El divorcio-sanción, el divorcio-remedio, el divorcio por mutuo consentimiento, etc.

La doctrina de la absoluta indisolubilidad del matrimonio por hechos posteriores a su celebración es sostenida por la Iglesia Católica. Los actuales países del mundo (España, Irlanda, Argentina y algunos otros de América Latina) que rechazan el divorcio, lo hacen justamente por el notable predominio de las doctrinas católicas. No existe doctrina diferente que defienda la absoluta indisolubilidad.

De la Biblia no puede deducirse en forma unánime la prohibición del divorcio, pues, si en el Deuteronomio (24-1) se admite el divorcio por repudiación que de la mujer podía hacer el marido, en cambio, en el Evangelio de San Marcos (10-11 y 12) se prohíbe, lo mismo que San Lucas. Sin embargo en el Evangelio de San Mateo se acepta en el caso de fornicación.

Paralela a la tesis de la indisolubilidad, se han for

mado otras favorables al divorcio.

La Reforma protestante abrió la primera brecha seria a la indisolubilidad, al afirmar que el matrimonio no es sacramento y que podría disolverse por adulterio de cualquiera de los cónyuges.

También los grandes filósofos del siglo XVIII se opusieron a la indisolubilidad. Juan Jacobo Rousseau afirmó que el matrimonio debía ser una unión libre, la cual se formaba y disolvía por el mutuo consentimiento de los cónyuges. Voltaire enseñó que el divorcio era una necesidad natural.

2. LEY 1a. DE 1976.

a) Antecedentes.

En Colombia, la Iglesia Católica estuvo en poder absoluto de la jurisdicción matrimonial, y sólo en el año de 1823 el Estado Colombiano, mediante la ley del 21 de junio, pretendió controlar algunos aspectos del matrimonio católico, pues en ella se prohibió a los eclesiásticos cobrar derechos arrancelarios; con estos mismos propósitos, en 1826 (Ley del 7 de Abril) se prohíbe a los párrocos celebrar matrimonios de va



rones menores de 21 años o mujeres de 18 años, y se fijan sanciones para los párrocos que violaran esta ley. Leyes éstas, que muchos consideraron como violatorias del derecho matrimonial de la Iglesia. En 1853, con la ley del 20 de junio, se reglamenta por primera vez el matrimonio civil para los habitantes de la Nueva Granada, estableciendo el divorcio vincular por mutuo consentimiento con algunas excepciones referentes a la edad de los cónyuges, y el tiempo de duración del matrimonio.

La ley del 8 de abril de 1856, otorgó validez y efectos civiles al matrimonio "celebrado conforme al rito religioso de los contrayentes".

En cuanto al divorcio vincular se suprimió, al estatuirse en el Art. 4o. que "el matrimonio solo puede disolverse por la muerte de uno de los cónyuges; todo pacto en contrario es nulo".

En el Código Civil de 1873, reglamentó el matrimonio civil y en el Art. 153 se estatuyó que "el divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida en común de los casados". De acuerdo con el lenguaje de éste y otros artículos, la palabra divorcio tuvo

dos sentidos: En primer término, para indicar la simple separación de cuerpos y un segundo término, para indicar el rompimiento del círculo matrimonial. Este último se ha venido conociendo como divorcio vincular.

En el año de 1936 se presentó a las Camaras Legislativas un proyecto de ley sobre divorcio vincular; lo cual se repitió en los años de 1964, 1974, y 1975 sin que fuera aprobado, ya que el Parlamento Colombiano había sido reacio a la reglamentación del divorcio debido a la gran influencia de la Iglesia Católica.

Por último en 1976 mediante la ley 1a. se aprobó el divorcio vincular, ley ésta que empezó a regir el 18 de febrero de 1976 al ser publicada en el Diario Oficial #34.492.

b) Características

Esta ley rompe una sólida tradición favorable a la indisolubilidad del matrimonio, lo cual se justifica ampliamente, pues la tesis de la indisolubilidad matrimonial traía, como consecuencia natural, el excesivo aumento de las cosas de concubinato en el país.

La expedición de esta ley fué posible en virtud del

nuevo concordato de 1973, aprobado mediante la ley 20 de 1974, pues en el, se establece como derecho común el matrimonio civil, dando no obstante, efectos civiles al matrimonio celebrado según el Código de Derecho Canónico.

La nueva Ley representa un término medio entre los distintos concepciones del divorcio, por una parte, no es el divorcio un "negocio fácil", pues no se contempla como causal la repudiación de la mujer por parte del marido, ni la declaración unilateral de uno de los cónyuges o el mutuo consentimiento de ambos, y porque el Art. 155 del C.C. modificado por el 5o. de ésta ley, estatuye "el juez solo decretará el divorcio cuando los hechos constitutivos de la causal probada hayan 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-".

Solo puede aplicarse a los matrimonios civiles, no a los matrimonios celebrados por el Código de Derecho Canónico.

Dicha ley da nombres claros al divorcio y a la separa



ción de cuerpos. El primero, es el que antiguamente era necesario caracterizar con la expresión de divorcio vincular; la separación de cuerpos se denominará con este nombre y reemplaza la palabra divorcio, que antes empleaba el C.C.

En materia de divorcio, esta ley introdujo como innovación importa la institución jurídica de la caducidad.

3. CAUSALES DE DIVORCIO.

Existen dos grupos de causales de divorcio: Las debida manifiestamente a la falta o culpa de uno de los cónyuges contra la institución familiar; tales como: la infidelidad, el abandono por parte de los cónyuges de sus obligaciones familiares, los ultrajes o injurias de un cónyuge contra el otro, la embriaguez habitual, el uso de sustancias alucinógenas o estupefacientes, y cualquier conducta de uno de los cónyuges tendientes a romper o pervertir al otro o a un descendiente; y las no debidas a culpa de los cónyuges o comisión de ilícito familiar, las cuales son: las relativas a enfermedades que imposibilitan la vida del hogar, la que se refiere a la incompatibilidad de caracteres, y la que hace

alución a la pena privativa de la libertad superior a 4 años por delito calificado de atroz o difamante. Correspondiendo al primer grupo las causales primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y séptima; y al segundo grupo las sexta, octava y novena.

a) Primera Causal. Las relaciones sexuales extramatrimoniales.

Se fundamenta esta causal en que siendo el matrimonio la unión de dos personas de sexo distinto para todos los fines de la existencia, incluyendo la entrega y el don de sus cuerpos en forma exclusiva, en aras de la sexualidad y de la procreación, es lógico y se justifica que el incumplimiento de la naturaleza y finalidad propios del matrimonio se constituye y eleve como causal de disolución del mismo; consistiendo esta causal en la unión sexual de uno de los casados con persona distinta de su propio cónyuge, sin distinguir el sexo de la persona con quien se ha practicado, ni el número de relaciones sexuales efectuadas; pero estas relaciones deben haberse verificado o consumado en forma total, y, además, de modo intencional o consciente.

A diferencia de la legislación anterior, en que los ac

tos de infidelidad recibían un trato diverso, por cuanto un solo acto de la mujer originaba el divorcio o la separación y, respecto del marido se requería del amancebamiento, el nuevo estatuto consagra como causal del divorcio, de separación de cuerpos y separación de bienes "las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges", refiriéndose indistintamente a las de cualquiera de los cónyuges y por ese motivo emplea el prural; en manera alguna se está exigiendo que el demandante tenga que probar más de una relación sexual del demandado.

Esta causal no admite la confesión como medio único de prueba, en consecuencia, si existe confesión, debe estar completada y debidamente demostrada por otros medios ordinarios de prueba.

Otro aspecto relevante que presenta esta causal es la de la presunción de las relaciones sexuales extramatrimoniales en el particular caso, de la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma y eficacia.

b) Segunda Causal. El grave e injustificado incumplimiento



192

miento de los deberes cónyugales por parte de alguno de los cónyuges.

Teniendo como tales deberes, todos y cada una de las obligaciones que para los cónyuges nacen del matrimonio, a excepción de la fidelidad, que genera la causal primera; entre ellas se cuentan la de ayuda, socorro y fé recíproca entre los cónyuges y todas las inherentes de los padres para con los hijos.

Esta causal tiene sus principales aplicaciones en la negativa constante de uno de los cónyuges al comercio sexual; la negativa a la formación del hogar, o sea el no querer vivir bajo un mismo techo; el abandono de la obligación de suministrar alimentos al otro cónyuge o a los hijos; el abandono de los hijos y en el abandono del hogar.

El abandono del hogar puede provenir del hecho de que uno de los cónyuges es lo haga sin causa justificada, o porque despide al otro o se niega a recibirlo en el hogar. Hoy día no se tiene en cuenta la negativa del marido o de la mujer a la procreación, especialmente cuando se han procreado varios hijos.

Pero el incumplimiento de las citadas obligaciones debe

ser grave e injusto, es decir, que revista peligro inminente para los beneficiarios y no tenga razón alguna que lo motive.

c) Tercera Causal. Los ultrajes, el trato cruel y el maltratamiento de obra, etc.

Si la reciproca estimación entre marido y mujer languidecen hasta el extremo de extinguir la lumbre del hogar, al propio tiempo que se arruina por completo el afecto en que descansa la existencia jurídica de la institución matrimonial; y por ende la paz y el sosiego domestico, ha de operar esta causal erigida por el legislador como medio de poner fin o estos hechos irreversibles; y solo es posible alegar como medio exceptivo para desvirtuar esta causal, hechos consistentes en demostrar el renacimiento de la paz y el sosiego en el hogar.

Por tratarse de que estos hechos pueden ser continuados, el punto de partida para fijar el termino en este caso, ha de ser el del último acto de maltrato y el del primero porque de lo contrario podría resultar irrita la causal, toda vez que una anormal conducta inicial no seria suficiente para fundamentarla; seria prudente, por lo menos, esperar la repetición de ella hasta el

punto de provocar tan grave resolución como es la de solicitar el decreto de divorcio, con todas sus consecuencias sobre la vida y el patrimonio de los cónyuges.

d) Cuarta Causal. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.

Como causal de divorcio, no fue reconocida ni por el derecho Romano, ni por el Francés, ni por el Español, Sin embargo, su creación obedece a razones de justicia porque tiene por objeto librar a un conyuge del fastidio que le cause el otro por este vicio. Se requiere que ella sea habitual, periódica y continúa, pues un acto o actos esporádicos de embriaguez no son suficientes para intentar la acción del divorcio con base en esta causal.

La embriaguez corresponde al conjunto de las alteraciones psicosomáticas que sobrevienen a la persona, como consecuencia de la ingestión abundante o periódica de bebidas alcoholicas y en razón de la toxicidad de aquella sustancia.

La embriaguez puede ser: voluntaria, si la ingestión de alcohol obedece al propósito de embriaguez. Culposa, cuando la persona ingiere tales bebidas desconociendo

do sus efectos o creyendo poder resistirlos. Fortuita, cuando se llega a la embriaguez sin la intención o voluntad de la persona.

Cuando la embriaguez es crónica o habitual, o sistemática el consumo de bebidas alcohólicas, se llega al alcoholismo dentro del que, paulatinamente se debilitan las funciones psíquicas, la memoria, la voluntad, la afectividad, y aparecen variaciones somáticas, tales como, temblores en las manos y en la lengua, enrojecimiento de la nariz, afecciones epáticas, y a su alrededor sobrevienen el delirium tremens, el delirio alucinatorio, el síndrome de korsakoff, el delirio de celos, la demencia pseudo paralítica y las crisis epilépticas.

Todo el cuadro anterior incide, indiscutiblemente, en la estabilidad económica, social y personal, tanto del otro cónyuge como de los hijos quienes, a su vez, pueden correr grave riesgo en su integridad y vida misma en los momentos de crisis o explosión del alcohólico.

e) Causal Quinta. El uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes.

Bajo el nombre genérico de estupefaciente se conocen

todas aquellas sustancias o elementos que aplicados o ingeridos por la persona le producen alteraciones psicósomáticas y originan dependencia psíquica, o sea el hábito compulsivo para usarla sin que su suspensión produzca alteración o cambio alguno, o dependencia física o sea la adaptación del organismo a la droga, en tal forma que la suspensión de su uso produce alteraciones fisiológicas o psicológicas.

Deja de ser y pierde la calidad, como causal de divorcio, si el uso o aplicación de la droga o estupefaciente sobreviene o se mantiene por prescripción médica.

f) Sexta Causal. Las enfermedades o anormalidades psíquicas o físicas, graves e incurables, de uno de los cónyuges.

Se refiere que la enfermedad o anormalidad padecida por alguno de los cónyuges, conlleve los requisitos o condiciones de ser grave e incurable y al mismo tiempo, ponga en peligro la salud del otro cónyuges, a la vez que imposibilite la comunidad matrimonial.

Hasta el momento no ha trascendido enfermedad que se reputa incurable, por lo menos en forma absoluta, ya que el grado de grave e incurable depende de las cir



cunstancias de cada uno de los pacientes y que no puede distinguir y tener como tal ni la misma ciencia, o que ponga en peligro la salud del otro cónyuge más, si se tiene en cuenta que las enfermedades en otra categoría, aunque conserven hoy tal característica lo serán en forma relativa, pues la ciencia ha encontrado la manera de superar sus efectos aun para los allegados e inmediatos.

Esta causal contempla lo que en la doctrina se conoce como el divorcio-remedio.

g) Septima Causal. La conducta del cónyuge que tiene de a corromper o pervertir al otro cónyuge, a un descendiente o a persona bajo su cuidado o convivencia.

La expresión corromper o pervertir es demasiado genérica, y de ahí que los jueces deberán atenerse a las buenas costumbres vigentes en la sociedad.

Se habla de conducta tendiente, lo que indica que la simple tentativa es suficiente; a fortiori, lo es el hecho ya consumado de corrupción o perversión.

h) Octava Causal. La separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure mas de dos años.

Requisitos indispensables para que opere esta causal son:

- 1) La existencia de sentencia judicial, mediante la cual se decreta la separación definitiva de cuerpos.
- 2) Que la separación de cuerpos haya perdurado por un término mínimo de dos años continuos a partir de la ejecutoria de la sentencia que lo declara.

Si la separación de cuerpos es de hecho o la sentencia, en virtud del mutuo consentimiento de los cónyuges, la declara en forma temporal, no se remirán los anteriores requisitos y en tales circunstancias no será viable esta causal, pues en la separación de hecho no existe declaración judicial y los cónyuges de mutuo acuerdo sólo pueden determinar la separación transitoria, con duración no superior a un año, aunque expirado dicho término, los separados pueden tomarla definitiva o ampliar su vigencia y ello debe ser acogido por el juez. En cuanto guarden silencio, a la expiración del mismo término se presume que hubo reconciliación.

Esta causal puede ser invocada por cualquiera de los cónyuges, en tanto la sentencia que hubiere declarado la separación de cuerpos se funde en el mutuo consen

timiento y sólo el cónyuge inocente cuando aquella se hubiere decretado por causal diferente.

- i) Novena Causal. 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 Art. 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". El Código Penal Colombiano no califica los delitos o las penas en atroces o infamantes; en cambio, el Código Penal francés en su Art. 7o. enumera las siguientes penas como infamantes: la pena de muerte, los trabajos forzados a perpetuidad, la deportación, etc. Es consecuencia, en Colombia quien debe calificar un delito como infamante es el juez que conozca del divorcio. Y además, debe tratarse de un delito común y que como consecuencia de tal delito el cónyuge haya recibido condena a pena privativa de la libertad con duración superior a cuatro años, y que esta haya sido impuesta con posterioridad a la celebración del matrimonio.

4. TERMINOS DE CADUCIDAD.

Según el C.C. en su Art. 156. " El divorcio sólo podrá ser demandado por el conyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos, respecto de las causas primeras, y septima o desde cuando se sucedieron, en tratandose de las causas 2a., 3a., 4a., y 5a., En todo caso, las causas primera y septima solo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia.

Las causas de divorcio no podrán probarse con la sola confesión de los cónyuges.



El ilustre civilista Arturo Valencia Zea, respecto de la causal 1a. divide las relaciones sexuales extramatrimoniales en dos clases: a) Las realizadas por uno de los cónyuges sin la celebración de un segundo matrimonio; b) Las realizadas dentro de un segundo matrimonio, ya por la comisión del delito de bigamia, ya por la sentencia de divorcio en el exterior y nuevo matrimonio del divorciado sin haberse obtenido el exequátur de la sentencia de divorcio. El plazo de un año o el máximo de dos, se aplica únicamente a la primera clase de relaciones, en ningún caso a la segunda clase; lo que indica que en cualquier tiempo puede pedirse el di

vorcio cuando se alegan relaciones sexuales dentro de un segundo matrimonio.

Opuesto, este criterio, a la claridad del legislador cuando en la parte final del inciso 1o. del Art. 156 dice:

" En todo caso, las causas 1a. y 7a. sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia". Y la Honorable Corte Suprema de Justicia, al mismo respecto, en sentencia de mayo 7/79. " Cuando el legislador, luego de sentar el término de la caducidad, agrega, que " en todo caso", las causales 1a. y 7a. no podrán alegarse pasado dos años de su ocurrencia, en un lenguaje claro y tajante a dicho que, en último término, y sin excepción, transcurridos dos años después de ocurridos los hechos constitutivos de las causales en mención, no pueden invocarse para fundar la acción de divorcio, por encontrarse indiscutible caducada".

C A P I T U L O X I V

PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO

1. DEL PROCEDIMIENTO PARA DECRETAR EL DIVORCIO.

Según el Art. 23 num.4. del C.P.C. toda demanda de divorcio debe presentarse ante el juez civil del circuito del domicilio conyugal, y si este no existe, del último que haya tenido.

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

2. PARTES EN EL PROCESO.

Según el Art. 157 del C.C. " En el juicio de divorcio son partes unicamente los cónyuges, pero si estos fueren menores de edad, podrán también intervenir sus padres.

El ministerio público será oído siempre en interés de los hijos".

3. QUIEN PUEDE DEMANDAR EL DIVORCIO.

Según el Art. 156 del C.C. modificado por la ley 1a.76 Art.6o. "El divorcio solo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan" siempre que la acción no haya caducado.

4. MEDIDAS CAUTELARES.

Simultáneamente con la admisión de la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, podrá el juez decretar las siguientes medidas referentes a la seguridad y protección de los cónyuges y de los hijos.

- a) Autorizar la residencia separada de los cónyuges, y si estos fueren menores de edad, disponer el depósito en casa de sus padres o de sus parientes mas próximos o en la de un tercero cuando el juez lo considere conveniente.
- b) Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de uno y otro, o de un tercer, según lo crea mas conveniente para su protección.
- c) Señalar la cantidad conque cada cónyuge debe contribuir, según sus facultades, para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos co

munes, y para la educación de éstos.

- d) Decretar, en caso de que la mujer este embarazada, las medidas previstas por el Art. 226 del C.C. en su nueva redacción del Dcto. 2820 de 1974, para evitar su posición de parto, si el marido lo solicitare.
- e) Decretar, a petición de parte, las medidas cautelares autorizadas en el Ordinal 1o. del Art.691 C.P.C., sobre los bienes sociales y también sobre bienes propios con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge tuviere derecho si fuere el caso.

Y, según el Art.158 C.C. "en cualquier momento, a partir de la presentación de la demanda, podrá el juez a petición de cualquiera de las partes, decretar las medidas cautelares, autorizadas por la ley sobre bienes que puedan ser objeto de gananciales y que se encuentren en cabeza del otro cónyuge".

5. NOTIFICACION AL MINISTERIO PUBLICO CUANDO HAY HIJOS MENORES.

La demanda debe notificarse al agente del Ministerio Público siempre en interés de los hijos.

6. DEMANDA DE RECONVENCION.

En el proceso de divorcio es procedente la demanda de reconvencción tanto de divorcio como de separación de cuerpos, dentro del término de traslado de la demanda (10 días).

El demandado se propone acreditar que si él resulta culpable, también el demandante incurrió en culpa, y así obtener que los efectos de la sentencia de divorcio no recaigan sobre él solo.

7. EXCEPCIONES.

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

- a) La de perdón, el que debe acreditarse mediante los medios corrientes de prueba.
- b) Extinción del plazo para proponer demanda de divorcio.
- c) La de anterior desistimiento de la acción, en caso de que la nueva demanda pretenda fundarse exactamente en los mismos hechos que dieron origen a la demanda inicial,
- d) La reconciliación de los cónyuges.



8. AUDIENCIA DE CONCILIACION.

Según el C.P.C. en su Art.423, Ord.3o. contestada la demanda de divorcio o la de reconvención en su caso, y una vez falladas las excepciones propuestas, ordenará el juez la citación de ambos cónyuges para que concurran personalmente a una audiencia de conciliación.

Si uno de los cónyuges no concurre o fracasere la conciliación, el juez citará para segunda audiencia, la cual tendrá lugar no antes de dos meses ni después de tres de la fecha señalada para la primera. Si también esta segunda audiencia fracasare, el juez ordenará continuar el proceso.

Tiene como fundamento esta audiencia, examinar cuidadosamente en presencia y bajo la dirección del juez la causa o causas del divorcio, valorar sus consecuencias frente a cada cónyuge y frente a los hijos legítimos comunes; y ante todo, mediante una sabia ponderación de la conducta de cada cónyuge y la posibilidad de su mejora en el futuro y tratar de mediar a ver si es posible, ya sea la obtención o renuncia al divorcio.

Los cónyuges deben comparecer personalmente. No obstan

te lo anterior, puede aplicarse las reglas generales sobre representación, lo que indica que cada cónyuge puede comparecer asistido por su abogado. Pero si uno de los cónyuges exige el retiro de los apoderados en virtud de las razones íntimas que quiere exponer o por otros motivos, el juez debe acceder a su solicitud.

9. MEDIOS DE PRUEBA.

Según el Art. 6o. de la ley 1a. de 1976 en su inc.2o. "Las causas de divorcio no podrán probarse con la sola confesión de los cónyuges". En consecuencia, si existe confesión, debe estar complementada y debidamente demostrada por otros medios ordinarios de prueba.

10. TERMINACION ANORMAL DEL PROCESO DE DIVORCIO.

Además de las causales de terminación anormal del proceso, previstas por el estatuto procesal, tales como de transacción, desistimiento; trabada la litis e iniciado el proceso de divorcio, proceso contencioso que se tramita como abreviado, éste puede terminar en forma anormal por la muerte de uno de los cónyuges o por la reconciliación de los casados. Sin embargo, podrá demandarse e iniciarse nuevo proceso por causa que sobre

venga a la reconciliación (Art.9o. Ley 1a.76).

11. INSCRIPCION DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO.

Por mandato del Art. 27 numeral 6o. de la Ley 1a. de 1976, que modificó al Art. 423 del C.P.C. "copia de la sentencia que decreta el divorcio se enviará al respectivo funcionario del estado para su inscripción en el folio de matrimonio y en el de nacimiento de cada uno de los cónyuges". La inscripción puede hacerse aunque uno de los cónyuges haya muerto después de haberse ejecutado la sentencia.



12. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE DIVORCIO.

Una vez ejecutoriada la sentencia que declara el divorcio, sobrevienen como consecuencias o efectos, los siguientes:

a) Entre los Cónyuges.

- El vínculo matrimonial queda disuelto y en consecuencia, las obligaciones y derechos de él emanadas tales como fidelidad, socorro, ayuda mutua y fé reciproca, vivir juntos, se entienden extinguidos o cesantes.

= Surge para él cónyuge culpable la obligación de vivir

de servir alimentos a favor del cónyuge inocente, en la cuantía y forma que el juez fije, según las circunstancias económicas y sociales de ambos, la cual persiste mientras los mismos no alteren o sufran modificación sustancial.

- Si la mujer se cree encinta surge para ella la obligación de denunciarlo al marido; si no puede hacerlo al marido esta denuncia, puede hacerlo a cualquiera de sus consanguíneos dentro del 4o, grado, mayores de 18 años, con preferencia a los ascendientes legítimos; pero si tales consanguíneos no existen, debe hacer el denuncia del juez de familia o al civil municipal del lugar de donde se tramitó y decretó el divorcio, denuncia que debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a la sentencia y actual separación y si durante el proceso no estuvieron separados; al contrario, si durante el proceso de divorcio estuvieron separados, dicha obligación no sobreviene como consecuencia del divorcio, pero tal denuncia debe hacerla la mujer dentro de los treinta (30) días subsiguientes al momento de separación de hecho, de su marido, o sea antes del divorcio.

Este denuncia puede hacerlo la mujer en forma extemporánea, pero antes del parto, caso en el que solo es válido si el juez que conoció en primera instancia del divorcio

cio, en forma motivada, con conocimiento de causa, justificada o disculpa el retardo o duración.

- El marido podrá a consecuencia de la denuncia de preñez o embarazo, o aun sin ella, exigir, por conducto del juez, la practica de las siguientes medidas o precauciones necesarias:

Examen Competente e idóneo del médico para constatar el estado de embarazo. Al respecto merece traer a colocación lo expuesto por la H. Corte en sentencia de junio 20 de 1975, quien dijo: "El estado de embarazo no puede demostrarse con la confesión de la mujer simplemente o con prueba de testigos, pues tratándose de hechos que requieren demostración científica, la probanza idónea, para demostrar tal suceso es la prueba pericial, cuando aun no se ha producido el nacimiento, ya que habiendo ocurrido éste el estado de gravidez puede demostrarse plenamente por medio de la presunción de derecho con sagrada en el Art.92 C.C."

b) En cuanto al Patrimonio.

La sociedad conyugal se disuelve y debe procederse a su liquidación conforme a las normas sobre la materia, pues esta en ningún caso puede tener existencia al margen del matrimonio.

- La donación que el cónyuge inocente haya hecho al cónyuge culpable por causa del matrimonio pueden ser revocadas, sin que el cónyuge culpable pueda invocar o hacer valer derechos o estipulaciones exclusivas a su favor contenidas en capitulaciones matrimoniales, siempre y cuando la causal de divorcio hubiere sido relaciones sexuales extramatrimoniales, el incumplimiento de los deberes conyugales, los ultrajes o trato cruel, la embriaguez, el uso de estupefacientes o la conducta corrupta del culpable.

La calidad para heredar y el derecho para reclamar porción conyugal desaparece con el divorcio; cuando uno de los cónyuges fallezca el sobreviviente no tiene derecho alguno de sucesión (ley 1a. de 1976) Par.Art.12.

c) Respecto a los hijos.

Su estado civil no sufre ninguna ni alteración alguna; los hijos comunes siguen siendo legítimos.

La patria potestad y en general las obligaciones y derechos entre los padres y los hijos, regulados en los títulos XII y XIV del libro 1o. del C.C. respecto de los hijos comunes, subsiste y son exigibles conforme a las pertinentes disposiciones.

El hijo concebido por la mujer durante el divorcio o la separación legal de los cónyuges no se reputará hijo del marido, a menos que el marido lo haya reconocido como suyo y así se pruebe, o que una vez decretado el divorcio hubo reconciliación privada entre los cónyuges.

13. DIVORCIO DE MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO EN EL EXTERIOR.

Para el matrimonio civil celebrado en el exterior se tendrá en cuenta que lo rige la ley del domicilio conyugal, es decir, la ley del lugar en donde los cónyuges viven de común acuerdo y si no hay acuerdo entre los cónyuges en cuanto al domicilio, se reputará como tal el del conyuge demandado (Ley 1a.1976.Art.13), en consecuencia:

Si el matrimonio es civil celebrado en el exterior y el domicilio conyugal también está radicado en el exterior, aunque uno o los dos cónyuges lo demande, no puede decretarse el divorcio de tal matrimonio, conforme a la ley colombiana. En cambio, si los cónyuges de común acuerdo han fijado el domicilio conyugal en territorio colombiano o sin tal acuerdo uno de los dos tiene fijado su domicilio en territorio del estado, o petición de



cualquiera de los dos cónyuges, en el primer caso y del no domicilio en Colombia en el segundo, puede decretarse el divorcio conforme a la ley colombiana, para el matrimonio celebrado en el exterior.

14. DIVORCIO EN EL EXTERIOR DEL MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO EN COLOMBIA.

El divorcio en el exterior para el matrimonio civil celebrado en Colombia, se rige, igualmente, por la ley del domicilio conyugal, pero solo produce los efectos de disolver el matrimonio si la causal invocada allí es una de las causales consagradas o admitidas por la ley colombiana o por lo menos es similar, y además se requiere que el demandado haya sido notificado, dentro del proceso de divorcio, personalmente o emplazado, según la ley del domicilio.

Si la causal que fue invocada en el exterior no es admitida como tal por la ley colombiana, habiéndose surtido la notificación personal y el emplazamiento, frente a la legislación colombiana, tal divorcio sólo tiene los efectos de la separación de cuerpos.

Por tratarse de una sentencia profesada en el exterior

y a la que pretende hacerse producir efectos en Colombia, se requiere el exequátur (C.P.C. Art.693 y S.).

El exequátur de la sentencia de divorcio debe solicitar se a la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, la que examinará previamente: a) si se encuentra debidamente ejecutoriada conforme a la ley del país de origen; b) que se presente copia debidamente autenticada y legalizadas; c) que se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado (C.P.C. Art.194).

Admitida la demanda de exequátur la Corte ordena dar traslado al otro divorciado, salvo que la petición haya sido hecha por ambos, y el procurador delegado en lo civil, por cinco días. Vencido el traslado, se dará un nuevo traslado común a los divorciados, por cinco días, para que presenten sus alegaciones; pero este último término puede renunciarse.

Vencido este último traslado, la Corte concede o niega el exequátur. Si lo concede, ordenará que la sentencia de divorcio se inscriba en el registro del estado civil de las personas, con lo cual la disolución del ma

rimonio queda definitivamente en firme.

En cuanto al matrimonio católico, y conforme al actual Concordato, los casados católicamente en Colombia no pueden obtener el divorcio ante los jueces nacionales, pues la nueva ley del divorcio solo se aplica a quienes se casen por lo civil. Sin embargo, como este Concordato solo obliga a los jueces colombianos, no a los del exterior; por este motivo, es posible que el juez de México, Venezuela, Ecuador o Panamá decrete el divorcio de un matrimonio católico.

La cuestión a resolver sería saber si la Corte Suprema, solo de casación civil, otorga o niega el exequátur a tales sentencias de divorcio. El ilustre civilista colombiano, Arturo Valencia Zae, conceptua al respecto: "A nuestro parecer, debe conceder el exequátur con fundamento en el recíproco respecto que los Estados deben a las sentencias preferidas en cualquiera de ellos y porque Colombia le ha garantizado a las autoridades eclesiásticas no disolver matrimonios canónicos celebrados en el país, pero no les ha garantizado impedir u oponerse que el juez de otro país desconozca normas concordatorias que no conocen, o si conocen, no tienen por qué cumplir".

C A P I T U L O X V
EL CONCUBINATO O UNION LIBRE



1. APRECIACIONES GENERALES.

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

La legislación no ha podido ignorar el concubinato, aunque haya sido apreciado diversamente desde el punto de vista jurídico. Aparece en la ley " Julia de adulte rios" y con las disposiciones de esta ley y la "papia popea", se incrusta en la legislación de Justiniano, donde se insertaron los títulos de "concubinis", que le dieron minuciosa reglamentación, y de allí pasa a las legislaciones posteriores con tratamientos diversos.

En épocas pasadas, las naciones de concubinato y amancebamiento obedecían a contenidos distintos: por concubinato se entendía la unión sexual entre un hombre y una mujer púberes, y hábiles legalmente para contraer matrimonio; el amancebamiento implicaba las relaciones sexuales estables y notorias entre un hombre y una mujer púberes, que no podían celebrar matrimonio por existir entre ellos un impedimento de carácter dirimente.

Hoy día, los vocablos concubinato y amancebamiento se emplean indistintamente en el lenguaje jurídico, como sinónimos de relaciones sexuales estable extramatrimoniales.

En Roma, el concubinato o unión libre de hecho tenía categoría más baja que el matrimonio, lo cual se explicaba por el plano de inferioridad en que se mantenía a la mujer. Augusto facilitó la legitimación de las uniones entre concubinos a los hijos nacidos de la concubinos, a los hijos nacidos de la concubina se les llamó "naturales", a diferencia de los "bastardos", provenientes del adulterio, prostitución o incesto.

El matrimonio anulable en ningún caso da origen a concubinato, el cual solo nacerá desde el momento en que

los contrayentes continuen la vida marital luego de haberse decretado la nulidad por el juez y que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada. En fin, el concubinato se diferencia del matrimonio, por ausencia de celebración oficial o acto solemne.

Fuera del aspecto puramente sexual, el concubinato implica la noción de un comercio permanente ostensible, o, mejor, la comunidad de vida, de condición, social, de bienes, de obligaciones morales que se observan normalmente en el matrimonio.

2. ELEMENTOS Y CLASIFICACION.

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

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

gundo grado de consanguinidad.

3. EFECTOS.

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

La Corte expresa que: la vida en concubinato contradice la organización de la familia legítima como base de orden público primario para los fines del Estado. Y así como los amancebados menos preciar la ley que solemniza la unión matrimonial y voluntariamente desdeñan sus mandatos, para el régimen jurídico esa unión irregular carece de efectos entre el concubinario y la manceba, quienes consintieron en la unión libre con todas sus consecuencias extrajurídicas. Por consiguiente, el concubinato no prueba ningún género de relaciones de derecho entre las amancebadas, ni el transcurso del tiempo para transformar y darle eficacia a tal situación contraria al ordenamiento". (Corte Suprema de Justicia C. del 12 de Dic. de 1955. G.J., t LXXX, p.731).

Pero estas uniones ilegítimas crean situaciones y producen efectos que no pueden ser ignorados por el dere



cho.

Los hijos nacidos de tales uniones y los bienes logrados con el trabajo de los concubenarios son efectos que saltan a la vista. Los hijos nacidos de concubinato son ilegítimos y su reconocimiento implica la calidad de hijo extramatrimonial. El concubinato público y notorio es causal para declarar judicialmente la paternidad.

Los actos o contratos entre concubinos son válidos y no les es aplicable a ellos lo dispuesto por los Arts. 1852 del C.C. y 3o. de la ley 28 de 1932.

En el Derecho Canónico el concubinato es repudiado, por ser contrario a la moral de la Iglesia. En esto reside el impedimento de pública honestidad.

4. EL CONCUBINATO EN DERECHO COLOMBIANO.

El concubinato en Colombia, como tal prácticamente no tiene efectos jurídicos, excepto en relación con el reconocimiento de los hijos naturales, como se dijo anteriormente.

Los tratadistas colombianos dividen la legislación al

efecto así: a) legislación anterior a 1936; b) legislación posterior, hasta 1968; c) legislación de 1968 a nuestros días.

Legislación anterior a 1936.

Los Arts. 328 y 329 del C.C. de 1873, hacían referencia a los hijos de la concubina para establecer una presunción legal de paternidad, excepto si se comprobare que el concubino estuvo en imposibilidad para tener acceso a la mujer y el último (Art. 329) define a la concubina como "la mujer que vive públicamente con él, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos".

La ley 153 de 1887, en el Art. 65 derogó el título 16 y sustituyó los Arts. mencionados, sin incluir en las nuevas disposiciones algo semejante a lo ya dicho.

El C.C. de 1873, traía estas definiciones referentes a los hijos:

Art. 51. "Se llaman hijos legítimos los concebidos o putativo de sus padres, que produzca efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción.

Este Art. fue posteriormente derogado por el 45 de la ley 57 de 1887 y sustituido por el Art. 6o. de la misma ley que decia:

"Se llaman hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que produzca efectos civiles, y los legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción.

Todos los demás son ilegítimos".

Art. 52. Los hijos ilegítimos son naturales, o de dañado y posible ayuntamiento, o simplemente ilegítimos.

Se llaman naturales los hijos habidos fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre si al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o ambos, otorgado por escritura pública o en testamento".

Este inciso fue derogado por el Art. 45 de la ley 57 de 1887, y sustituido por el Art. 7o. de la misma ley, que era del siguiente tenor:

"Se llaman naturales los hijos habidos fuera del matri

monio, de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre, madre o ambos, otorgado por escritura pública, o por acto testamentario, o de conformidad con el Art. 368 del mismo Código.

No obstante lo dispuesto en elaparte que precede, se reputarán hijos naturales, respecto de la madre, y para todos los efectos civiles, los habidos por una mujer que podía casarse libremente al tiempo de la concepción".

El mismo Código de 1873, continuaba definiendo en su Art. 52 las diferentes clases de hijos:

"SE llaman de dañado y punible ayuntamiento los adúlteros y los incertuosos".

"El adúlterino es el concebido en adulterio; esto es, entre dos personas de las cuales una, a lo menos, estaba casada al tiempo de la concepción con otra; salvo que dichas personas hayan contraído matrimonio putativo que respecto de ellas produzca efectos civiles".

"Es incertuoso para dichos efectos, el hijo habido entre dos personas que no pueden casarse por las relaciones de parentesco natural o civil, y por las cuales se



ría nulo el matrimonio".

Legislación de 1936.

La ley 45 de 1936, se ocupa del concubinato, por cuanto modifica el hecho de la legislación anterior que establecía que los concubinos, para ser tales, fuesen solteros o viudos (Art. 329 C. de 1873). En su Art. 1o. solamente habla de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, y en el Ord. 4o. del Art. 4o. tampoco se menciona la exigencia de que los padres al tiempo de la concepción pudieran libremente contraer matrimonio. En otras palabras, si nos atenemos al sentido exacto y jurídico del vocablo concubinato, la ley 45 de 1936 fue mas amplia, toda vez que no lo exige en sentido extricto para la declaratoria de paternidad, si no que solamente exige que haya habido relaciones sexuales estables y de materia notoria entre los padres, y aunque no haya habido comunidad de habitación y siempre y cuando el hijo haya sido concebido de los términos que exige el Código.

Legislación posterior a 1936.

En nuestro medio la evolución del derecho de familia ha sido lenta.

Así vemos, cómo una ley tan importante como la 45 de 1936, que era susceptible de modificarse para complementarla y mejorarla, solamente hasta 1968 se vino a adicionar y modificar con la expedición de la ley 75 de 1968, la cual en su Art. 6o. Ord.4o. modificó el Art.4o. de la ley 45, al establecer la presunción de paternidad natural en el caso de que entre el presunto padre y madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el Art.92 del C.C. pudo tener lugar la concepción. Ya no se exige propiamente el concubinato, sino que con la sola demostración de las relaciones sexuales en la época de la concepción se presume la paternidad.

Por lo tanto no se exigen las relaciones sexuales estables y notorias entre los padres y menos la comunidad de habitación. Es decir, que demostrado el concubinato se da mas que suficiente la causal de presunción de paternidad.

La ley 90 de 1946 estableció el seguro social obligatorio y creó el Instituto Colombiano del Seguro Social. En cuanto al concubinato reconoció efectos jurídicos, por cuanto, en caso de muerte producida por accidente o enfermedad profesional, dispuso en el Art. 55 que a

falta de viuda se tenga por tal a "la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con lo que ha ya tenido hijos, siempre que ambos hubieren permanecido solteros durante el concubinato y su vida marital hubiese durado 3 años antes de su muerte".

El Art. 20 de Dcto. 2623 de 1950 exigió que la mujer concubina hubiese sido inscrita como compañera en el Instituto.

Sin embargo, nada se ha dicho en la legislación posterior, Dcto. 2820 de 1974 y ley 1a. de 1976 sobre los derechos y efectos que el concubinato pueda generar. La concubina está desamparada por la ley; ésta la ignora y conociéndose la multitud de injusticias, nada se hace por parte de los gobiernos para corregir las inhumanas discriminaciones para estas personas, que hoy son ignoradas por nuestro legislador, siendo la proporción de uniones de hecho, casi igual o mayores a las de matrimonio válido.

CONCLUSIONES

Sabido como estamos, de la gran influencia que ha ejercido y aun ejerce la Iglesia Católica en la vida y costumbres de nuestro país, y acentuada mas que todo en la institución matrimonial, en la familia y en la educación, etc. No por eso el Estado Colombiano debe renunciar al derecho soberano de reformar el Concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede, que nos permita la modernización del derecho de familia por medio de la reversión al Estado del régimen matrimonial, que se ha entregado contra expresa disposición constitucional, al derecho canónico y al Estado Vaticano.

Reforma ésta, que debe ser planteada por el gobierno, los miembros de la comisión Asesora de Relaciones Exteriores, con la colaboración de la Corte Suprema de Justicia y los ilustres especialistas en la materia; en el debate que en este mes de junio, del año en curso, se abre como consecuencia del vencimiento del actual Concordato.



Teniendo en cuenta las anteriores anotaciones y los de más sucesos comentados a lo largo de esta modesta exposición, podemos concluir:

1. Que el único matrimonio que produzca efectos civiles, sea el matrimonio civil. Los que posteriormente a éste, quieran celebrarlo conforme a los ritos de su religión, como reafirmación de su fé, bien pueden celebrarlo.
2. Los matrimonios celebrados conforme a los ritos de sus creencias, sin previo matrimonio civil, se le de en todo caso el caracter de esponsales.
3. Los que hayan celebrado matrimonio conforme a los ritos de la religión católica, y actualmente se encuentren en proceso de nulidad o separación de cuerpos puedan pedir el divorcio vincular con base en las causales establecidas para el divorcio del matrimonio civil, una vez haya entrado en vigencia el nuevo Concordato o en su defecto una ley que así lo disponga.
4. Con fundamento en el principio de la economía procesal, debe establecer la causal de divorcio por mutuo consentimiento, para de esta manera evitar que se ponga a trabajar al aparato judicial dos veces sobre ese mismo punto. Ya que son muchos los casos, en

que la pareja acude a la separación por mutuo consentimiento y luego de dos años de la sentencia de esta, implantan la demanda de divorcio.

5. En cuanto a la suma máxima establecida para bien objeto de constitución de patrimonio de familia, esta debe ser elevada en una cuantía que consulte las necesidades de la época, ya que en la actualidad resulta irrisoria. Siempre que no vaya en perjuicio de terceros.

BIBLIOGRAFIA

- ARBOLEDA, VALENCIA, Hernán. Derecho Matrimonial Eclesiástico. Bogotá, Editorial Tenús.1970.
- CAÑON, RAMIREZ, Pedro Alejo. Derecho Civil I. Personas y Familia. Legislación - Jurisprudencia - Doctrina. 1900.1980. Bogotá, Editorial A.B.C.1982.
- CODIGO DE DERECHO CANONICO. Comentado por Adriano Cauce, y Miguel de Arquer. Barcelona, España., Editorial Liturgica Española. S.A.1934.
- DE LA VALLE G., Rafael. Conferencias de Derecho de Familia. Cartagena, Universidad de Cartagena.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XIX. Buenos Aires, Argentina. Editorial Bibliográfica Omeba.1964.
- ENGELS, D. Federico. El Origen de la Familia, la propiedad privada y el Estado. En relación con las investigaciones de L.H. Morgan. Bogotá, Editorial Colombia Nueva.1976.
- FERNANDEZ, CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación comparada. México, Unión Tipográfica, Editorial Hispano-América.1947.
- GOMEZ, PIEDRAHITA, Hernán. Introducción al Derecho de Familia. Bogotá, Editorial Librería del Profesional. 1982.

- MONROY, CABRA, Marco Gerardo. Matrimonio Civil y Divorcio en la Legislación Colombiana. Bogotá, Editorial Tenús. 1977.
- ORTEGA, TORRES, Jorge. Código Civil. Novena Edición. Bogotá, Editorial Tenús. 1983.
- SACHICA, APONTE, Luis Carlos. Constitucionalismo Colombiano. Cuarta Edición. Bogotá, Editorial Tenús. 1974.
- SUAREZ, Franco, Roberto. Derecho de Familia. Tomo I, Del Régimen de las Personas. Tercera Edición. Bogotá Editorial Tenús. 1981.
- VALENCIA, ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Familia. Cuarta Edición, Bogotá. Editorial Tenús. 1978.
- VELEZ, Fernando. Estudios sobre el Derecho Civil Colombiano. Tomo I. Volumen II. Bogotá. Ediciones Lex Ltda. 1981.
- VELEZ, PAREJA, Ricardo. Conferencias de Derecho Constitucional. Cartagena, Universidad de Cartagena.

