

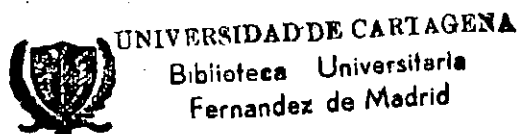
346.2
P295

2

SCIB
1



EL MATRIMONIO EN COLOMBIA



ROBERTO E. PATERNINA REYES

SCIB
00020011

46995

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Cartagena - 1983

EL MATRIMONIO EN COLOMBIA

ROBERTO E. PATERNINA REYES

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

Presidente: Doctor Pedro Vargas Var-
gas.

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
Cartagena - 1983.

EL MATRIMONIO EN COLOMBIA

Rector	Dr. LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL
Decano	Dr. FABIO MORON DIAZ
Secretario Académico	Dr. PEDRO MACIA HERNANDEZ
Jefe del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas	Dr. GUILLERMO BAENA PIANETA
Presidente de Tesis:	Dr. PEDRO VARGAS VARGAS
Examinadores:	Dr. RAFAEL H. DE LA VALLE Dr. ALACIDES MORALES ACACIO.

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
Cartagena - 1983.

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Cartagena.

Los conceptos emitidos en el presente trabajo, no representan necesariamente el criterio oficial de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena.

CONTENIDO

	Pág.
CAPITULO 1 EL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION CIVIL	11
1.1 DEFINICION.....	11
1.2 EVOLUCION DEL MATRIMONIO CIVIL EN CO- LOMBIA.....	11
1.3 CARACTERISTICAS Y FINES.....	29
1.4 REQUISITOS DEL MATRIMONIO	31
1.5 PROCEDIMIENTO.....	37
1.6 EFECTOS DEL MATRIMONIO CIVIL.....	41
1.7 MATRIMONIO DE COLOMBIANOS EN EL EXTRAN- JERO.....	44
1.8 MATRIMONIO EN EL EXTERIOR DE COLOMBIA- NOS CASADOS EN COLOMBIA.....	44
1.9 CAUSAS DE NULIDAD DEL MATRIMONIO.....	45
1.10 INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO.....	52
 CAPITULO 2 EL DIVORCIO	 54
2.1 CONCEPTOS Y ANTECEDENTES HISTORICOS....	56
2.2 CAUSALES DE DIVORCIO Y SU CADUCIDAD....	59
2.3 PROCESO DE DIVORCIO.....	65
2.4 EFECTOS DEL DIVORCIO.....	70
 CAPITULO 3 SEPARACION DE CUERPOS Y DE BIENES....	 72
3.1 SEPARACION DE CUERPOS.....	72
3.1.1 DEFINICION.....	72

3.1.2 CAUSALES DE SEPARACION DE CUERPOS.....	73
3.1.2 ORGANISMOS COMPETENTES.....	74
3.1.4 PROCEDIMIENTO.....	75
3.1.5 EFECTOS DE LA SEPARACION DE CUERPOS...	77
3.2 SEPARACION DE BIENES.....	78
3.2.1 DEFINICION.....	78
3.2.2 CAUSALES PARA PEDIR LA SEPARACION DE BIENES.....	79
3.2.3 DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.....	80
CAPITULO 4 EL MATRIMONIO CANONICO	82
4.1 DEFINICIONES.....	82
4.2 ORIGEN DIVINO.....	83
4.3 CARACTERISTICAS.....	83
4.4 FINES DEL MATRIMONIO.....	94
4.5 EFECTOS DEL MATRIMONIO.....	95
4.6 CUALIDADES DE NULIDAD DEL MATRIMONIO CANONICO.....	96
CONCLUSIONES.....	103
BIBLIOGRAFIA.....	106

INTRODUCCION

La familia, en los tiempos modernos, ha sufrido, quizás como ninguna otra institución, la acometida de las transformaciones amplias, profundas y rápidas de la sociedad y de la cultura. Muchas viven esta situación, permaneciendo fieles a la tradición de sus antepasados. Otras se sienten inciertas y desanimadas de cara a su cometido e incluso en estado de duda o de ignorancia, respecto al significado y a la verdad de la vida conyugal y familiar. Otras, en fin, a causa de diferentes injusticias, se ven impedidas para realizar sus derechos fundamentales.

Conscientes de esto, hemos querido tomar el matrimonio, pilar fundamental de la familia, como tema para nuestra tesis de grado, para optar al título de abogado.

Hemos analizado el matrimonio, en las dos formas válidas existentes en nuestro país: El matrimonio civil y el canónico, para que aquellos jóvenes que deseen casarse, conozcan a ciencia cierta la naturaleza del acto que van a realizar, sus efectos y fines y los derechos y las obligaciones de los contrayentes. Conocedores de ello, los matrimonios serán más estables y por ende, más felices.

9

En el estudio del matrimonio católico, nos hemos basado en el nuevo Derecho Canónico, que entrará en vigencia el próximo 27 de noviembre.

No podemos ignorar el estado y los anhelos y sobre todo la realidad de aquellos matrimonios que ^{por que} no pudieron convivir, se han visto precisados los cónyuges, a separarse el uno del otro y de sus hijos. Debido tal vez, a una equivocada concepción, teórica y práctica, de la independencia de los cónyuges entre sí, las graves ambigüedades acerca de la relación de autoridad entre padre e hijos, las dificultades concretas que con frecuencia experimenta la familia en la transmisión de los valores y principal^{mente} el deseo de cada cónyuge, de recrear, de rehacer al otro a su imagen y complacencia, negándose a aceptar su personalidad, su individualidad, con sus defectos y cualidades.

Ellos buscan una respuesta jurídica a los problemas cotidianos y graves de su vida matrimonial y familiar. Por esto hemos querido estudiar también, las posibles soluciones que tanto el Estado como la Iglesia les ofrecen, analizando el divorcio, las nulidades y las separaciones, para que aquellos matrimonios que vivan en constantes dificultades, sepan que sus problemas tienen soluciones reglamentadas por el Derecho Civil y el Derecho Canónico, siendo quizá más amplia la comprensión de la Iglesia que la del Estado. Desde luego, ambas parten de una primera posible solución, la reconciliación.

Para aquellos amantes del acontecer histórico, hemos dedicado una sección de este opúsculo, a la evolución del matrimonio civil en Colombia, partiendo de la Constitución de 1821 hasta nuestros días.

Nos hubiera gustado hacer un estudio comparativo ~~de las~~ del matrimonio según el nuevo y el antiguo Código Canónico, pero la edición de este último la obtuvimos demasiado tarde y en Colombia aún no se encuentra bibliografía al respecto; la misma edición del Código que pudimos conseguir, no está comentada. Nos valimos de algunas conferencias, en italiano, que un sacerdote estudiante de la Universidad Pontificia Gregoriana nos remitió. Nos queda la satisfacción de presentar este trabajo, totalmente actualizado, aunque no pudiésemos tratar todos los aspectos que inicialmente nos propusimos.

1. DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION CIVIL

1.1. DEFINICION

Nuestro Código Civil contempla en su artículo 113, la definición de matrimonio en la siguiente forma: 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.

Esta definición la encontramos deficiente, por cuanto no contempla la indisolubilidad como una propiedad del matrimonio, ni excluye la posibilidad de someter el matrimonio a modalidades, lo que es común en los actos jurídicos.

1.2 EVOLUCION DEL MATRIMONIO CIVIL EN COLOMBIA

Comienza con la época de la legislación transitoria. Por disposición de la Constitución de la República de Colombia que comenzó a regir en 1821, se declararon "en fuerza y vigor" las leyes que hasta aquella época habían regido en todas las materias y puntos que directa o

indirectamente no se opusieron a ella ni a los Decretos Leyes que expidiese el Congreso. Por su parte el Derecho Español, que le había reconocido su eficacia civil a la legislación eclesiástica y consecuentemente, al matrimonio católico, no toleró el divorcio vincular.

Con la Ley 21 de julio de 1823, se reglamentan 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 párroco.

En la Ley 7 de abril de 1826, el legislador colombiano reconoció efectos derivados del pacto esponsálico, siempre que lo hubiesen celebrado por escritura pública, lo que condujo a la posibilidad de poder intentar la acción de indemnización de perjuicios, para el caso de incumplimiento, exigió a los hombres menores de edad y a las mujeres menores de 18 años obtener permiso de sus padres para contraer matrimonio. El Presidente de la República no podía celebrar matrimonio con extranjera, salvo dispensa del Congreso; se les negó a los criollos la posibilidad de contraer matrimonio con ciudadanos españoles.

Mediante la Ley expedida el 20 de junio de 1833 se consagró el matrimonio civil obligatorio para todos los colombianos, desplazándose el matrimonio católico a un plano secundario. Por consiguiente las causas matrimoniales relacionadas con el vínculo, nulidad y demás pro-

blemas suscritos con causa o con ocasión del matrimonio, pasaron a ser de competencia de los Jueces Civiles.

La reforma más radical introducida por esta Ley, de vigencia efímera, consistió en la institucionalización del divorcio vincular. Por Ley 8 de abril de 1833, se regresó al matrimonio indisoluble; aunque con la modalidad de civil obligatorio. El matrimonio católico readquirió aceptación por parte del Estado, al concederle cierta validez siempre y cuando fuese ratificado por funcionarios judiciales.

La Legislación unitaria sufrió reformas, a partir de 1858, con la adopción de la Constitución de la "Confederación Granadina", con la cual se implantó el sistema federalista por esto cada Estado Federal explidió su legislación particular.

Tenemos en el Estado de Cundinamarca, la consagración del matrimonio civil facultativo. Por consiguiente se le concedieron plenos efectos civiles al matrimonio católico; en uno y otro caso tuvo el carácter de indisoluble. Los litigios entre cónyuges, tales como separación de cuerpos, nulidad de matrimonio, etc. fueron de competencia de la potestad civil o eclesiástica, según el caso, o ante quien se hubiese celebrado el matrimonio.

Esta situación perduró hasta el año 1857, cuando la Legislación del Estado adoptó como Código el de la República de Chile, que luego sería el de los Estados Unidos de Colombia y en última, el de la Repú-

14

blica de Colombia, con esto se puso de manifiesto el establecimiento del matrimonio civil obligatorio, que se acogió en forma definitiva el 30 de agosto de 1864.

Este sistema matrimonial fue la causa de un gran número de litigios, en razón de que la mayoría de los habitantes del Estado continuaron celebrando el matrimonio católico, más tarde fue solucionado en forma parcial por la Ley 28 de 1873.

En el Estado de Antioquia, se rigió en un principio por la ley 27 de noviembre de 1856, cuya vigencia se prolongó hasta el 1° de octubre de 1875, cuando fue adoptado como Código Civil el del Estado de Cundinamarca.

En este Estado, ambos Estatutos concedieron plenos efectos al matrimonio civil y al católico, con la vigencia del Código y por virtud de la Ley que lo adoptó; el matrimonio civil adquirió un carácter accesorio, pues se reservó su celebración sólo a quienes se encontraban imposibilitados para contraerlos bajo la forma religiosa.

Con la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia de Bogotá, se declararon inexecutable varias disposiciones del sistema adoptado hasta entonces, lo que dió como resultado la vigencia integral del Código de Cundinamarca, con su sistema del matrimonio civil obligatorio, situación que perduró hasta la adopción del Código para la unión. En la historia legislativa de este Estado no se conoció la

institución del divorcio vincular.

El Estado soberano del Cauca, tenía dos Estatutos legales para el sistema legislativo matrimonial: Una Ley de 1859 y la Ley primera de julio de 1871; en el primer Estatuto se acogió el Código del Estado de Cundinamarca, siendo reformado en cuanto al matrimonio facultativo civil, ya que se les reconoció plenos efectos civiles a los matrimonios contraídos de conformidad con cualquier rito religioso.

Si los contrayentes adoptan por la forma civil, su celebración debía presenciarse el Magistrado, Gobernador o Alcalde, con la asistencia de dos testigos. En el año de 1871 se le concedió competencia a los Notarios para presenciar los matrimonios civiles conservándose el matrimonio facultativo, siempre que tuviese la publicidad establecida en la misma Ley.

De las causas de nulidad y separación, conocían a prevención los Jueces Civiles o Eclesiásticos, y para la separación, se exigía como requisito indispensable el acuerdo privado de las partes sobre competencia.

En este estado se observó el hecho de que le fue reconocido plena validez jurídica a los matrimonios contraídos por indígenas que ingresasen a la vida civil.

16

Dos Códigos Civiles rigieron en el Estado de Santander: Uno adoptado en el año 1859; el otro, en el año de 1871.

En el primero se consagró como único matrimonio válido, el civil, habiéndose aceptado el divorcio vincular como causal de terminación del matrimonio, el cual podía ser decretado por los Jueces aun por el simple acuerdo de las voluntades de los cónyuges.

El segundo Estatuto o sea el del año de 1871, mantuvo el matrimonio civil, derogó las disposiciones que habían elevado al divorcio como causal de disolución del vínculo.

En el Estado de Bolívar, surgieron dos Códigos como en el Estado anterior, el primero entró a regir el 26 de julio de 1862 y el otro tuvo vigencia efímera. El primero estableció el matrimonio civil obligatorio, el cual debía presenciar el Juez parroquial de la vecindad de la mujer y cuyo vínculo podía ser objeto de divorcio. Ello no se oponía a que el ministro del culto autorizado por los contrayentes celebrase antes o después el acto civil, la ceremonia religiosa.

El segundo Código consagró el matrimonio civil obligatorio pero con la peculiaridad de reconocer como único matrimonio válido los celebrados entre seis de la mañana y seis de la tarde, salvo que mediase peligro de muerte por parte de alguno de los contrayentes.

Fue Panamá el Estado que tuvo la legislación más acorde con la reali-

dad. El Código Civil de 1861, que rigió hasta 1876, consagró el matrimonio civil facultativo, concediéndosele plenos efectos civiles al matrimonio católico. El conocimiento de las causales de nulidad, separación y divorcio correspondió a los Jueces de Estado. Aquí se adoptó el divorcio vincular. Se consagró como causa suficiente para lograrlo el mutuo consentimiento de los esposos.

En el Estado de Boyacá, fue expedida la Ley 5 de septiembre de 1860 como reacción contra la del 53, que consagró el divorcio vincular en toda la Nación concediendo plena validez a los matrimonios que se celebrasen conforme a los ritos de la religión que profesasen los contrayentes y cuyo culto estuviese permitido en la Constitución.

Las causas de nulidad y separación matrimonial fueron asignadas a los funcionarios civiles del Estado y a los Jueces competentes de la respectiva religión, en que se hubiese celebrado el matrimonio. El conocimiento de los juicios de nulidad o separación podría sustraerse en la competencia del funcionario religioso mediante acuerdo de las partes. En 1864 fue acogido el Código Civil del Estado de Cundinamarca.

El Estado del Magdalena, se rigió por el Código Civil expedido en 1869 que estableció el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular. Se consagró como causas suficientes para lograrlo el mutuo consentimiento de los esposos.

En el Estado del Tolima, se adoptó la Legislación Civil de Cundinamarca a partir de 1859, y se optó por establecer el matrimonio facultativo. Pero en 1877, mediante la ley 12 rigió el matrimonio obligatorio, situación que perduró hasta 1885. En este año, por virtud del Decreto 238 del 12 de diciembre, se regresó a la fórmula del matrimonio facultativo.

Con lo dicho anteriormente, se deduce que el divorcio vincular no tuvo acogida.

El 26 de mayo de 1873, el Gobierno de la Nación adoptó el Código Civil del Estado de Cundinamarca para todos los Estados y territorios de la Nación. Con el transcurso de los años vendría a ser el Código de la República de Colombia que hoy nos rige. Contempla el régimen del matrimonio civil obligatorio pero la indisolubilidad del vínculo.

Con la vigencia de la Constitución de 1886 se organizó la Nación bajo el sistema político de la República Unitaria; para llegar a la centralización se expidieron leyes de carácter transitorio, fueron muchos los Departamentos que mantuvieron las leyes particulares de los Estados frente a la nueva Legislación. Esto sólo duró hasta el 15 de abril de 1887, cuando por disposición de la Ley 57 entró en vigencia el Código Civil de la unión para toda la República de Colombia.

Lo anteriormente visto nos lleva a analizar el patrimonio civil, dentro de la ya conformada República de Colombia.

El Código Civil colombiano reglamenta a partir del Título X del Libro 1º, que trata de las personas; a partir del Título IV reglamenta lo referente al matrimonio sin haberse ocupado de los esponsales o desponsorios, que día a día pierde trascendencia jurídica; comienza por definir el matrimonio, asumiendo una posición contractualista.

El Código Civil, entra a definir el matrimonio, reglamenta los requisitos de fondo y forma del matrimonio, sus efectos, nulidades, terminación y divorcio, obligación de los cónyuges entre sí y de los padres para con los hijos, adopción etc. Adapta el sistema del matrimonio civil obligatorio: acoge la tesis del matrimonio -contrato, con carácter indisoluble. Para el Código, el divorcio implica la simple separación de cuerpos.

El régimen patrimonial difiere del Título XXII del Libro 4º, el cual se intitula DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. El Libro 3º desarrolla el tema de la sucesión por justa causa de muerte, institución íntimamente ligada al tema de la familia.

La concepción del Código sobre los divorcios instituciones que integran el derecho de familia han sido reformadas por diversos ordenamientos legales, cuya vigencia comenzó prácticamente en el mismo año

de la adopción del Código para la República de Colombia.

A continuación citaremos las leyes, que han tenido una mayor incidencia en lo referente al matrimonio y a su descendencia como es la familia.

Ley 57 de 1887, por la cual se adoptó una nueva concepción de hijo legítimo, natural y la creación de nuevas causales sobre impugnación de paternidad, también reformas sobre reconocimientos de hijos naturales.

Nueva reglamentación para los matrimonios civiles contraídos por apoderados. Aceptó como causales de nulidad del matrimonio, el parentesco de afinidad en primer grado en línea recta, la falta de competencia del Juez a la inhabilidad de los testigos para presenciarlo.

Prohibido a los tutores el casarse con sus pupilos sin que previamente rindiesen cuentas de su administración.

Las causales de nulidad del matrimonio que tienen el carácter de absolutas, no pueden sanearse por acuerdo de voluntades, ni por el transcurso del tiempo. Concedió plena validez a los matrimonios católicos aun los celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley, le reconoció competencia a los Jueces Eclesiásticos para dirimir las causales matrimoniales sobre nulidad y separación de cuerpos. También estableció una reglamentación sobre el estado civil de las per-

sonas. En la Ley 153 de 1887, se consagran innovaciones en el derecho matrimonial, como son el procedimiento que se debe seguir para resolver las controversias que se susciten con ocasión del tránsito de una ley antigua a una nueva ley en los casos de legitimación, estado civil, capacidad de la mujer casada y otros aspectos de menor trascendencia del derecho matrimonial.

Le concedió plenos efectos civiles a los matrimonios católicos ya efectuados, siempre y cuando no se violen derechos adquiridos por terceros de buena fé.

Reconoció la competencia de los Jueces Eclesiásticos para abocar el conocimiento de los juicios de nulidad y divorcio del matrimonio católico.

Concedió a la madre el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos, en caso de fallecimiento del padre, también adoptó un nuevo sistema de reconocimiento de hijos naturales.

La Ley 30 de 1888, modificó en tres aspectos fundamentales el sistema vigente, y elevó a la categoría de causal de nulidad de plenos derecho del matrimonio civil, la celebración posterior de un matrimonio católico por parte de uno de los cónyuges.

Reconoció la legitimación de los hijos concebidos en matrimonio civil, anulado por la celebración de un posterior matrimonio católico.

Obligó al varón a contribuir con los alimentos congruos, al sostenimiento de quien fue su esposa en matrimonio civil anterior, disuelto a causa de la celebración de un matrimonio católico.

La Ley 35 de 1888, por medio esta Ley se aprobó el concordato firmado el 31 de diciembre del año anterior por su Santidad el Papa León XIII, representado por su Secretario de Estado, Cardenal Mariano Rampolla del Tindaro y don Rafael Núñez, Presidente de Colombia, representado por don Joaquín Fernando Vélez, Ministro plenipotenciario designado para tal efecto.

Mediante este concordato el Estado colombiano reconoció a la iglesia su plena libertad e independencia, así como autoridad espiritual y su jurisdicción eclesiástica sobre los católicos colombianos y la formación de su gobierno y administración con sus propias leyes. Por el concordato de sanción la independencia de la Legislación Canónica de la civil, la iglesia reconoce al Estado su personería jurídica y la capacidad de gozar, ejercer los derechos que le corresponden.

En cuanto al régimen matrimonial se convino: el matrimonio que debía celebrar todo el que profesa la religión católica producirá efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, sólo cuando era celebrado de acuerdo al Concilio de Trento. Debía ser presenciado por el funcionario que la Ley determine, con el objeto de verificar la inscripción del matrimonio

civil, a no ser que se tratase de matrimonio In articulo mortis, caso en el cual podía prescindirse de esta formalidad, si no fuera fácil cumplirla y reemplazarla por prueba supletoria.

Los matrimonios celebrados de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento y que deben surtir efectos civiles, se admitirán de preferencia con pruebas supletorias de origen eclesiástico.

Las autoridades eclesiásticas tendrán la competencia exclusiva sobre las causas matrimoniales que afectan el vínculo matrimonial y la cohabitación de los cónyuges, como también los que se refieren a la validez de los esponsales. Los efectos civiles se regirán por la Ley Civil.

En la Ley 95 de 1890, encontramos la designación de nuevos funcionarios para verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil.

El Juez del Circuito quedó facultado para que a petición de la esposa, decretara las medidas provisionales tendientes a evitar el menoscabo de sus bienes, o los que le corresponden por gananciales, lo cual se hace extensivo a las causas de divorcio del matrimonio católico.

También le concedió al marido el derecho de impugnar la paternidad del hijo nacido de su esposa, durante el matrimonio, siempre que

pruebe que en la época que pudo llevarse a cabo la concepción no hacía vida conyugal con ella o cuando el nacimiento se produjo después del décimo mes siguiente al día que la mujer abandonó el hogar definitivamente.

Tenemos que la Ley 8 de 1922, le dió una incipiente capacidad a la mujer para administrar directamente ciertos y determinados bienes.

Elevó a la categoría de causales de separación de bienes, los enumerados por el artículo 154 como suficiente para instaurar el juicio de divorcio; reconoció competencia al Juez para decretar plenos medios preventivos para el caso de la separación de bienes.

La Ley 8 de 1922 derogó la norma del Código Civil, según la cual la esposa perdía el derecho a gananciales en caso de adulterio; le concedió al marido la administración de los bienes de su esposa cuando hubiese existido separación durante el matrimonio, excepto sobre aquellos bienes que la mujer administrase separadamente, los que fuese de uso personal o adquiriese después del divorcio.

Se le dió a la mujer divorciada el derecho de usufructo sobre bienes con la obligación de apropiar una cuota racional destinada a la educación de sus hijos, la cual sería determinada por el Juez. Esta Ley fue derogada expresamente por el Decreto 2820 de 1974.

La Ley 54 de 1924, denominada como LEY CONCHA. Ley muy discutida, re-

glamentó el artículo XVII del Concordato de 1887, en cuanto al procedimiento que se debe seguir para celebrar el matrimonio civil de católicos, estableciendo como requisito previo la apostasía ante el Juez. El religioso que hubiese recibido órdenes sagradas, o con votos solemnes, permanecerá sometido a las prescripciones del Derecho Canónico. Esta Ley fue derogada por disposiciones del Concordato de 1973.

La Ley 67 de 1930, hizo extensiva 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. Estableció para la mujer casada y divorciada el poder recobrar su plena capacidad de ejercicio.

La Ley 70 de 1931, autoriza la constitución, a favor de la esposa y los hijos, de un patrimonio no embargable, denominado patrimonio de familia.

La Ley 28 de 1932, se refiere al régimen patrimonial.

Contiene nuevo Estatuto para la administración de los bienes de la sociedad conyugal, le otorga a la mujer plena capacidad y la facultad para que administre sus bienes adquiridos en igualdad de condiciones al marido.

Prohíbe entre los cónyuges la celebración de contratos relativos a inmuebles y las donaciones irrevocables, salvo el mandato general o

especial. También le concede al marido la curaduría de su mujer casada no divorciada en los casos de incapacidad de ésta.

Establece la separación de bienes, para efecto de solucionar los problemas que surjan entre los cónyuges con el cambio de legislación.

Por último, incluye normas que señalan el trámite para dirimir las controversias que se susciten con la vigencia de la Ley.

Con la Ley 45 de 1936, se trata de reorganizar la filiación natural. Modificó sustancialmente el concepto de hijo natural, elimina la distinción que el Código hace respecto de los hijos extramatrimoniales, y hace extensivo el reconocimiento a cualquier clase de hijo.

Reserva al padre el derecho de impugnar la legitimidad de un hijo nacido de su esposa. También enumera taxativamente las causales que dan lugar a declarar judicialmente la paternidad natural; define la patria potestad y fija su contenido, también reestructura los regímenes hereditarios.

Ley 92 de 1938, por medio de ésta se reglamenta lo relacionado con el registro del estado civil de las personas y los funcionarios encargados de llevarlos.

Esta Ley fue derogada por el Decreto 1260 de 1970.

Ley 91 de 1936, contiene disposiciones sobre modificaciones y adiciones a la ley 70 de 1931, orgánica del patrimonio de familia.

Ley 266 de 1938, autoriza a los extranjeros para que puedan contraer matrimonio ante sus respectivos agentes diplomáticos o consulares, y determina los requisitos para tales efectos.

También tuvimos el Decreto 1003 de 1939, reglamentario de la Ley 92 de 1938, sobre estado civil, y que fue derogado por el Decreto 1260 de 1970.

Con la Ley 68 de 1946, se aclaró los alcances de la Ley 28 de 1932 en cuanto a la disolución de aquellas sociedades conyugales existentes al entrar en vigencia.

La Ley 83 de 1946, llamada ORGANICA DE LA DEFENSA DEL NIÑO, la cual contempla aspectos de protección de menores; sanciona a las infracciones sometidas por éstos y el procedimiento que debe seguir tales infracciones, normas sobre patria potestad, guarda y alimentos.

La Ley 75 de 1968, denominada como la ley de la PATERNIDAD RESPONSABLE, consta de tres partes fundamentales: se reformó lo concerniente a la filiación, se introducen reformas al sistema del Código Civil a la Ley 45 de 1936, particularmente en el régimen de investigación de paternidad natural, a la ley 38 de 1946, estas reformas se proyectan de igual manera en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad y de la

adopción; son competentes los jueces de menores para algunos juicios de investigación de la paternidad. También contempla las sanciones que debe aplicarse al incumplimiento de las obligaciones familiares, en la tercera parte sienta las bases organizativas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Decreto 398 de 1969, por el cual se reglamenta la Ley 75 de 1968 sobre Paternidad Responsable.

El Decreto 1260 de 1970, consagra un nuevo estatuto sobre el estado civil de las personas.

Ley 20 de 1974, mediante la cual se aprueba el concordato y el protocolo final entre la República de Colombia y la Santa Sede en Bogotá el 12 de julio de 1973; trata sobre las causas de separación del matrimonio y deroga la Ley Concha.

El Decreto 2820 de 1974, establece igualdad de derechos y obligaciones. Reglamenta el ejercicio de la potestad parental, contiene disposiciones sobre la edad para contraer matrimonio, segundas nupcias, efectos de matrimonio, separación de cuerpos y de bienes; emancipación, suspensión y terminación de la patria potestad, guarda, incapacidad, indignidad en el régimen sucesoral y sobre la sociedad conyugal.

Ley 5 de 1975, contiene un nuevo estatuto sobre la adopción, creando la adopción simple y la adopción plena.

Por el Decreto 206 de 1975, se fija el procedimiento verbal para las ocasiones en que se susciten relaciones familiares.

El Decreto 752 de 1975, reglamenta parcialmente la ley 5 de 1975 sobre la adopción.

Decreto 772 de 1975, por el cual se reforma y se corrigen muchas de las definiciones del Decreto 2820 de 1974.

Después de este caminar entre leyes referentes al matrimonio civil, sus modificaciones, efectos y todo lo relacionado con sus consecuencias jurídicas, llegamos por fin a la ley Primera de 1976, que establece el divorcio vincular para el matrimonio civil y lo reglamenta; reforma diversos aspectos sobre el régimen de separación de cuerpos, separación de bienes y de alimentos, fija las normas para el procedimiento; deroga las excepciones de la legitimación Ipso Jure.

Por último tenemos la Ley 37 del 26 de octubre de 1977, que estableció la mayoría de edad a los 18 años.

1.3. CARACTERISTICAS Y FINES:

1.3.1 ES UN CONTRATO:

Porque existe acuerdo de voluntades de los esposos, legalmente capaces y hábiles, con el objeto de obligarse recíprocamente para lograr

una finalidad jurídica específica.

1.3.2 ES BILATERAL

Ya que las partes se obligan recíprocamente. Es decir que en el matrimonio tanto el hombre como la mujer se obligan mutuamente a cumplir las obligaciones que de él se derivan, no sólo con el otro cónyuge, sino con la prole; estas obligaciones no son otra que la de unirse, vivir juntos, procrear y prestarse auxilio mutuo, como puede verse su objeto se traduce constantemente y se mantiene entre un hacer, un dar y un hacer.

1.3.3 ES SOLEMNE:

Porque está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, sin la cual no puede producir ningún efecto civil.

1.3.4 NO ADMITE MODALIDADES:

Es un acto puro y simple; celebrado el matrimonio surgen los derechos y las obligaciones propias del estado a que da origen, las cuales no pueden someterse a plazo o a condición por tratarse de condiciones relativas al estado civil de las personas; además, los efectos de familia, a diferencia de los eminentes patrimoniales, no admiten modalidad.

1.3.5 El matrimonio debe ser entre un hombre y una mujer, esta característica pertenece a la esencia misma. Si no fuera así, el matrimonio sería inexistente, no nacería a la vida jurídica.

1.3.6 Es contrato de tracto sucesivo, pues las obligaciones nacidas de él se van cumpliendo en tiempo más o menos prolongado y no puede ejecutarse en forma instantánea.

1.3.7 ORIGINA UN NUEVO ESTADO CIVIL:

Los contrayentes adquieren el estado de casados, el cual es irrenunciable pues es un atributo de la personalidad de los cónyuges. Es conveniente anotar que en la actualidad la mujer casada no está obligada a llevar el apellido de su esposo, precedida de la partícula "DE" ya que el Decreto que la contenía, 1003, de 1939, artículo 31 fue derogado por el Decreto 1260 de 1970.

1.3.8 Los fines los determina el derecho y son la vida común de los esposos, procreación de los hijos y ayuda y respeto.

1.4 REQUISITOS DEL MATRIMONIO

Los requisitos se pueden clasificar en requisitos de fondo y de forma. Los primeros pueden ser positivos y negativos, los segundos pueden ser anteriores y coetaneos a la celebración del matrimonio.

1.4.1 REQUISITOS DE FONDOS

Se refieren a las cualidades que deben reunir los contrayentes en sí mismo considerados. Pueden ser positivos o negativos. Aquellos, son cualidades que deben existir en los contrayentes para que pueda surgir a la vida jurídica, al matrimonio; éstos por lo contrario, son circunstancias que no pueden existir pues impiden la celebración válida del matrimonio.

Los requisitos de fondo positivos impiden el matrimonio si no existen, y los negativos de fondo impiden el matrimonio si existen.

1.4.1.1 Diferencia de sexo en los contrayentes y capacidad sexual.

La ley establece que deben ser un varón y una mujer, y así debe ser dada la naturaleza y fines del matrimonio.

La doctrina ha exigido que los cónyuges puedan procrear, de no poder hacerlo no se estaría cumpliendo con un fin primordial del matrimonio. Por ejemplo. Si la cohabitación no es posible en virtud de algún defecto o imperfección de los órganos sexuales de uno de los contrayentes. Por ello es inválido el matrimonio ^{de los} eunucos, el de los varones que han sufrido vasectomía doble, el de las mujeres que carecen de ovarios o de útero o de ambos. La impotencia coeundi debe existir en el momento del matrimonio.

1) Para Pothier la impotencia de engendrar (generandi) es un impedimento dirimente del matrimonio

1.4.1.2 Capacidad mental.

46995

Esta capacidad es diferente a la que se exige para la celebración de los negocios. Pues mientras ésta se otorga al cumplir los 18 años, aquélla se relaciona con la constitución de la comunidad doméstica, con la satisfacción de los apetitos heterosexuales y con los fines de la procreación, es decir con la edad núbil o sea los 14 para el varón y los 12 para la mujer. El hombre y la mujer que hayan alcanzado la edad núbil, pero que sean menores de 18 años, necesitarán de una autorización para contraer matrimonio, esta consiste en un permiso expreso y por escrito que otorgar los padres o en su defecto los ascendientes o curadores. Los padres privados de la patria potestad, o los naturales que no hayan reconocido al hijo contrayente, o las ausentes o incapaces por enfermedad mental, no pueden autorizar el matrimonio del menor.

Cuando los padres nieguen permiso al menor para casarse no están obligados a expresar los motivos de su oposición. En cambio el curador no puede negar la autorización sin expresar los motivos y éstos no pueden ser diferentes a los consagrados en el artículo 122 del Código Civil.

1.4.1.3 Declaración de voluntad de los propios contrayentes.

Estas deben recaer tanto sobre la forma del matrimonio, como sobre

sus contenidos esenciales. En cuanto a la forma deben expresar su voluntad de celebrar un matrimonio ante un juez competente y en lo relativo al contenido, deben saber que el matrimonio se celebra para la ordenada satisfacción de los apetitos heterosexuales dentro de una comunidad doméstica, guardarse fidelidad socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. No existe consentimiento matrimonial cuando ambos cónyuges excluyen el matrimonio (simulación absoluta) o cuando excluyen todos o algunos de los contenidos ya por simulación o inmadurez psicológica.

Las declaraciones de voluntad de los contrayentes deben estar libres de vicios.

1.4.1.4 Inexistencia de vínculo matrimonial en los contrayentes.

Este es negativo, se apoya en la monogamia. Si se celebra un nuevo matrimonio estando vigente otro anterior hay nulidad (art.140 numeral 12 C.C.) y quienes lo contraen incurren en el delito de bigamia (art. 260 C.P.)

1.4.1.5 Inexistencia de parentesco entre los contrayentes

No se pueden casar los parientes,¹⁾ por línea directa o por línea colateral, sean legítimos o ilegítimos. Entre los demás parientes es permitido el matrimonio: tío con sobrinas, primos hermanos con primos

1) *Misma línea de ascendientes o descendientes o hermanos*

hermanos etc.

Se prohíbe el matrimonio entre personas unidas entre sí en el primer grado de línea recta de afinidad legítima. Por esto el viudo no puede contraer matrimonio con la madre legítima de la que fue su mujer, pero sí con la hermana de su difunta esposa.

También se prohíbe entre adoptantes, adoptados y entre la mujer que fue esposa del adoptante y el respectivo hijo.

1.4.1.6 Adulterio de la mujer.

Se prohíbe el matrimonio entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de celebrarse se hubiere declarado judicialmente probado el adulterio.

Según el tratadista Arturo Valencia Zea este requisito negativo fue derogado en virtud del decreto 2820 de 1974 que suprimió todas las desigualdades existentes entre hombres y mujeres. Pero para el doctor Marco Monroy Cabra, la norma no está derogada porque no hubo derogación expresa ni tácita, en virtud de que el Decreto 2820 de 1974 lo expidió el Presidente de la República en uso de las facultades que le otorgó la Ley 24 de 1974, la cual enumeró los artículos que podía modificarse, sin que se haya referido al artículo 140 de C.C. para darle facultades al ejecutivo para reformarlo. Yo opino que la norma sigue vigente pero no tiene razón de existir y debe ser derogada.

1.4.1.7 Homicidio del cónyuge.

El cónyuge homicida no puede casarse con su cómplice. Aun cuando el artículo 140 numeral 8 (C.C.) establece "Cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior" es de suponer que la prohibición no se refiere a contraer matrimonio en su vida, sino con el cómplice.

1.4.1.8 Son meras prohibiciones que no invalidan el matrimonio, las dos siguientes:

La prohibición del tutor o curador de casarse con su pupila menor de dieciocho años, sin que la cuenta de su administración haya sido aprobada por el Juez con las formalidades legales; esta prohibición se extiende a los descendientes del tutor o curador. La prohibición del matrimonio antes del parto, con la viuda que hubiese quedado embarazada de su marido, o antes de los 270 días subsiguientes a la muerte del marido si no diere señales de preñez. Esta misma prohibición se aplica cuando se anula el matrimonio.

1.4.2 REQUISITOS DE FORMA

Se refiere al funcionario encargado de presenciary autorizar el acto, al lugar, a la presencia de los contrayentes y de los testigos, a las declaraciones de voluntad y a la redacción del acta matrimonial.

1.5 PROCEDIMIENTO

1.5.1 EL MATRIMONIO CIVIL ORDINARIO

El matrimonio se realiza ante el Juez Municipal del domicilio de la mujer; si hay varios ante el que escojan los contrayentes en presencia de dos testigos hábiles, a quienes debe juramentarse. El artículo 127 del Código Civil establece quiénes no pueden ser testigos para presenciar y autorizar el matrimonio: los menores de 18 años, los interdictos por demencia, los que se hallen privados de la razón, los ciegos, los sordos, los mudos, los condenados a pena de reclusión por más de 4 años y en general los que por sentencia ejecutoriada estén inhabilitados para ser testigos, los extranjeros no domiciliados en la República, los que no entiendan el idioma de los contrayentes.

Si los novios son púberes pero no han cumplido la mayoría de 18 años, tienen que obtener la autorización de sus padres legítimos o naturales, pero uno solo puede darla si hace falta el otro, porque hubiese muerto, o se hallase impedido. A falta de los padres será necesario el consentimiento de su curador o en su defecto su curador especial. Si el curador niega su consentimiento está obligado a expresar la causa, no así los padres, y esta razón no puede ser otra diferente a las seis señaladas en el artículo 122 del Código Civil.

- Una vez dispuesta la pareja para el matrimonio, acude al Juez competente mediante comunicación escrita o verbal para manifestarle sus nombres, los de sus padres y los de los testigos. Si alguno o ambos novios se encuentran bajo potestad deberán mencionar también la identidad de sus curadores cuando falten sus padres. Luego de interrogar a los testigos y obtener el permiso de que habla el artículo 117 del Código Civil, si este se requiere, el Juez examinará las cualidades de los contrayentes, los amonesta sobre las causales de nulidad y sobre los hechos que a su prudente juicio sean pertinentes.

Se sigue la fijación de un edicto durante quince días en la Secretaría del despacho para que durante ese lapso quienes se crean con derecho a impedir el matrimonio o sepan de impedimentos de los contrayentes concurren a manifestarlo al Juez. Si hay tropiezos para la celebración del contrato se procederá a verificar la consistencia y seriedad de esos tropiezos hasta concluir si los descarta y procede al casamiento o se declara inhibido.

Si los contrayentes son vecinos de distintos distritos parroquiales, o si alguno de ellos no tiene seis meses de residencia en el distrito en que se halla, el Juez de la vecindad de la mujer requerirá al Juez de la vecindad del varón para que fije el edicto de que habla el artículo anterior, y concluido el término se le envíe con nota de haber permanecido fijado quince días seguidos. Sólo con el lleno de este requisito se podrá practicar las diligencias ulteriores.

Si hubiere oposición y la causa de esta fuere capaz de impedir la celebración del matrimonio, el Juez dispondrá que en el término siguiente de ocho días, los interesados presenten las pruebas de la oposición, concluidos los cuales, señalará día para la celebración del juicio y citadas las partes se resolverá la oposición dentro de tres días después de haberse practicado esta diligencia.

Practicadas las diligencias anteriormente mencionadas y si no se hiciera oposición, o si habiéndose se declarase infundado, se procederá a señalar día y hora para la celebración del matrimonio, debe ser dentro de los ocho días siguientes.

El matrimonio se celebrará presentándose los contrayentes ante el Juez, su secretario y dos testigos. El Juez explorará de los esposos, si se unen en matrimonio libremente, les hará conocer la naturaleza del contrato y los deberes recíprocos que van a adquirir, instruyéndolos sobre las disposiciones de los artículos 152, ~~153~~ y 176 y siguientes del Código Civil. Enseguida se extenderá un acta de todo lo ocurrido que firmarán los contrayentes, los testigos, el Juez y su secretario, con lo cual se declara perfeccionado el matrimonio. El acta se protocoliza en una Notaría y se inscribe en el registro civil de las personas. Cabe anotar que no existen fórmulas para recoger el consentimiento matrimonial; es suficiente que en voz clara y perceptible cada uno de ellos manifieste tomar al otro como su cónyuge. Los sordomudos, deben expresar su consentimiento mediante signos o señales que no dejen duda de que quieren contraer matrimonio.

1.5.2 EL MATRIMONIO CIVIL MEDIANTE APODERADO

El varón contrayente puede constituir apoderado especial ante Notario Público. En el poder debe mencionarse el nombre de la mujer con quien ha de verificarse el matrimonio. El poder es revocable, pero la revocación no surtirá efecto si no es notificada a la mujer contrayente antes de celebrarse el matrimonio. Sólo el varón puede constituir apoderado, en razón de que debiéndose celebrar el matrimonio en el lugar del domicilio de la mujer, no hay razón para que lo haga mediante apoderado, sin embargo existe un proyecto de ley, por medio del cual se le permitiría a ella también constituir apoderado.

1.5.3 MATRIMONIO "IN EXTREMIS"

El matrimonio en estado de necesidad es aquél que es preciso celebrar urgentemente, dado el peligro de muerte que amenaza a uno o a ambos de los que desean casarse. Esta clase de matrimonio tendrá especial aplicación cuando se dan estos dos supuestos: estado de concubinato o de mera unión libre entre el hombre y la mujer, y peligro de muerte para uno o ambos concubinos, junto con el deseo mutuo de regularizar su situación mediante el matrimonio. El matrimonio en estado de necesidad se celebra prescindiendo de gran parte de las formalidades antes expuestas, aunque los contrayentes deberán comprobar mediante testigo, que el funcionario interrogará breve y sumariamente, que no están impedidos para casarse por

41

la ausencia de los requisitos positivos de fondo o por la existencia de algunos de los requisitos negativos. Este matrimonio caduca cuando no habiendo ocurrido la muerte esperada, dentro de los cuarenta días siguientes, los contrayentes no lo revalidan observando las formalidades legales.

1.6. EFECTOS DEL MATRIMONIO CIVIL

Por efecto del matrimonio entendemos las consecuencias que se derivan de él, ya sea en forma mediata o inmediata. Con la vigencia de la Ley 28 de 1932, se le dió a la mujer casada, al igual que al marido, la libre disposición y administración de sus bienes y el Decreto 2820 de 1974, establece la igualdad de los esposos, derivados de su calidad de tales; antes de la vigencia de este Decreto por el sólo hecho del matrimonio se ocasionaba la potestad parental.

Por el hecho del matrimonio los esposos contraerán las siguientes obligaciones mutuas:

1.6.1 LA COHABITACION

Es la convivencia de los cónyuges, el mismo lecho y la misma mesa, todo esto indispensable para lograr la armonía conyugal, a fin de alcanzar los fines del matrimonio.

En razón de esto los cónyuges deben escoger una residencia común,

en un determinado lugar, suministrando todo lo necesario para su convivencia de acuerdo con sus capacidades sociales y económicas.

El cónyuge que resulte lesionado en sus derechos, puede hacer valer sus derechos de acuerdo al matrimonio contraído; en lo civil podrá instaurar acción de divorcio, con fundamento en el causal 2° del artículo 4° de la Ley Ia. de 1976 ante un Juez del Circuito; pero si se trata de matrimonio católico, sólo puede pedir la separación de cuerpos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley anteriormente citada.

1.6.2 LA FIDELIDAD

Dice el artículo 176 del Código Civil, los cónyuges están obligados a guardarse fé, lo que consiste en el deber de la fidelidad. Hoy en día la fidelidad tiene igualdad de circunstancias tanto para el marido como para la esposa. La más moderna doctrina de los civilistas distingue al lado de la fidelidad material, una fidelidad moral o social, que consiste en que cada cónyuge debe compenetrarse con el otro no sólo desde el punto de vista sexual sino también espiritual y socialmente.

1.6.3 LA COMUNIDAD DOMESTICA

Los artículos 113 y 178 del Código Civil exigen que los cónyuges deben vivir juntos o sea bajo el mismo techo.

1.6.4 EL SOCORRO

Es una obligación de dar. Consiste en que los cónyuges se deben mutuamente alimentos. Si ambos cónyuges tienen rentas de capital o ambos trabajan, la obligación recae sobre cada uno en proporción a sus facultades, si sólo uno de ellos dispone de rentas, sobre él recae la totalidad de la obligación.

El cónyuge que pudiéndolo hacer, incumple la obligación de socorro y ayuda mutua, incurrirá en alguna de las siguientes sanciones: Da lugar al divorcio o a la separación de cuerpos; puede ser demandado ante el Juez para que regule la cuantía de lo que se le debe dar al cónyuge necesitado; puede ser denunciado penalmente; lo hace indigno de sucederlo. Por lo tanto hay sanciones en el campo civil traducidas en el embargo de sueldos y bienes, y en el campo penal, denuncia por inasistencia alimentaria con pena privativa de la libertad y con la sanción que el artículo 265 del Código Penal señale.

1.6.5 LA AYUDA

De conformidad con el artículo 9 del Decreto 2820 de 1974, los cónyuges están obligados a guardarse fé, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. Esto implica los cuidados, la asistencia, el apoyo moral que se deben los cónyuges, especialmente en los casos de vejez.

La ayuda tiene carácter de obligación de hacer, en tanto que el socorro implica una obligación de dar. De conformidad con el artículo 40 de la Ley 75 de 1968, quien se sustraiga de la obligación de la asistencia moral debida a su otro cónyuge, estará sujeto a la pena de 6 meses a 2 años de arresto y multa de mil a cincuenta mil pesos.

1.6.6 REGIMEN DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

1.6.7 LEGITIMACION DE LA PROLE

1.6.8 ESTADO CIVIL DEL CASADO

1.7 MATRIMONIO DE COLOMBIANOS EN EL EXTRANJERO

El matrimonio celebrado por colombianos solteros en el exterior, tiene validez en Colombia, si se celebró conforme a la legislación vigente del país de la celebración (Locus regit actum). Desde luego que este matrimonio, está sujeto a la ley colombiana en virtud del precepto consagrado en el artículo 19 del Código Civil. Si el matrimonio efectuado en el exterior se realizó por lo católico, queda igualmente sujeto a la ley colombiana, debiendo inscribirse dicho matrimonio en el consulado de Colombia en el país donde se contraiga.

1.8 MATRIMONIO EN EL EXTERIOR DE COLOMBIANOS CASADOS EN COLOMBIA.

Este matrimonio es nulo en virtud del artículo 140 numeral 12 del Código Civil. No puede decirse que es inexistente porque no se da ninguno de los supuestos de inexistencia: identidad de sexo, falta de consentimiento o ausencia del Juez. Pero, desde luego, esta nulidad debe ser judicialmente declarada, mientras esto no suceda, el segundo matrimonio tiene apariencia de validez, los hijos de este matrimonio nulo son legítimos (artículo 149 del Código Civil) y no existe sociedad conyugal (artículo 1820 numeral 4 del Código Civil). Los contrayentes cometen el delito de bigamia.

1.9 CAUSAS DE NULIDAD DEL MATRIMONIO

La nulidad en todo acto jurídico presupone la existencia de un vicio o de un defecto coetáneo a su celebración. Para no dejar duda sobre esta definición la jurisprudencia ha formulado el principio de que en materia de matrimonios no hay nulidad sin texto. Solamente las causales contempladas en el artículo 140 del Código Civil Ley 57 de 1887, pueden invalidar el contrato matrimonial.

Tenemos que todo acto jurídico celebrado según principio general de derecho, es válido mientras no se pruebe lo contrario.

Con respecto al matrimonio putativo, la doctrina ha entendido que es el matrimonio nulo celebrado de buena fé por uno o ambos cónyuges.

Las nulidades matrimoniales se clasifican en absolutas, denominadas

46

también insubsanables, y las nulidades relativas, o subsanables. Según el artículo 149 del Código Civil, los hijos nacidos del matrimonio nulo, se les considera legítimos.

1.9.1 NULIDADES ABSOLUTAS

Se encuentran contempladas taxativamente en el artículo 15 de la Ley 57 de 1887. Su contenido obedece a razones de orden público, motivo por el cual el Juez puede declararla aún de oficio, declaratoria que produce efectos erga omnes; no admite saneamiento ni por acuerdo entre las partes ni por el transcurso del tiempo.

1.9.1.1 Adulterio

Teniendo en cuenta el numeral 7 del artículo 140 del Código Civil, el matrimonio es nulo cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre y cuando que antes de efectuarse el matrimonio, se hubiese declarado en juicio, probado el adulterio. Esta causal no incluye como nulidad el adulterio contraído por el hombre y su cómplice, lo que no está de acuerdo con la justicia, la moral y la equidad, pues la falta es igual cuando la comete el hombre o la mujer; pero con esto el legislador quiso evitar que la mujer tenga la esperanza de regularizar esta unión criminal con un segundo matrimonio.

Esta nulidad adquiere particular importancia al entrar en vigencia

el divorcio vincular; ya que la mujer adúltera que resulte divorciada, al comprobársele el adulterio en juicio, no podrá luego contraer matrimonio con su cómplice.

1.9.1.2 Conyugicidio

El matrimonio es igualmente nulo cuando uno de los cónyuges ha matado o ha hecho matar al otro cónyuge, con quien estaba unido en matrimonio. Esta sanción civil independiente de la penal, tiene por objeto impedir los atentados de un esposo contra el otro, con la esperanza de un nuevo matrimonio.

La disposición eleva a causal de nulidad todo homicidio cometido en la persona del otro cónyuge, sin distinguir si se trata de un homicidio doloso, culposo o simplemente involuntario.

Esta causal sólo se configura con la existencia de la sentencia judicial previa al matrimonio, en la cual se señala la participación como autor intelectual del hecho.

1.9.1.3 Parentesco

De conformidad con lo establecido en los numerales 9 y 11 del artículo 140 del Código Civil y el numeral 2° del artículo 13 de la Ley 57 de 1887, el matrimonio es nulo dentro de ciertos grados de parentesco, y se da en los siguientes casos: El matrimonio es nulo entre los

consanguíneos en la línea recta, comprende a los consanguíneos legítimos y naturales; en línea colateral, es nulo entre hermanos; afines en línea recta; entre adoptantes y la adoptiva o entre el adoptante y el adoptado o la mujer que fue esposa del adoptante.

1.9.1.4 Vínculo anterior

Hace nula la unión matrimonial si con anterioridad a la celebración no se ha disuelto, si es civil mediante el divorcio ya que el canónico es indisoluble; si se celebra el matrimonio habiendo vínculo anterior se estará cometiendo bigamia. Esta nulidad establecida por razones de orden público para defensa de la unidad del matrimonio, tiene ciertas dificultades para su aplicación.

1.9.1.5 Incompetencia del Juez

El artículo 13 de la Ley 57 de 1887 y el artículo 126 del Código Civil, fijan el Juez competente de carácter privativo en el domicilio de la mujer, que no tiene excepción ni en caso de peligro de muerte, por lo tanto el matrimonio celebrado por funcionario distinto del Juez Municipal, es nulo.

1.9.2 NULIDADES RELATIVAS

Fueron establecidas por el legislador en beneficio de los contrayentes, porque son susceptibles de saneamiento. La ley menciona co-

49

mo nulidades relativas, la falta de consentimiento y los vicios del mismo, con exclusión del dolo y la impubertad.

Vician al consentimiento matrimonial el error y la fuerza; ya que el dolo no constituye causa de nulidad.

1.9.2.1 El Error

De acuerdo con el numeral 1° del artículo 140 del Código Civil, el matrimonio es nulo cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de uno de ellos.

En nuestro Derecho el error de calidades de las personas no vician el consentimiento, la causal de nulidad, comprende a las personas mismas de los contrayentes, más no a las calidades de éstos.

Según el artículo 142 del Código Civil, la nulidad ocasionada por el error en la persona no puede elegirla sino por la persona misma del contrayente que lo ha padecido.

Según el inciso 2° del artículo 143 del Código Civil, no habrá lugar a nulidad por error, si el que lo ha padecido hubiere continuado en la cohabitación después que lo haya conocido, en el saneamiento no se tiene en cuenta el factor tiempo, sólo basta probar el hecho para que se tenga el saneamiento tácito.

1.9.2.2 La Fuerza

En lo referente a la fuerza, nuestro legislador incurre en la impropiedad de identificar la fuerza con el miedo, cuando vemos que tiene un criterio diferente, la fuerza es aquella presión física o moral ejercida sobre la víctima, mientras que el miedo implica una situación de temor en que se encuentra la víctima en razón de la fuerza.

Para que la fuerza, constituya vicio del consentimiento, es necesario que se convierta en una circunstancia determinante de la voluntad.

Según el artículo 1513 y 140 del Código Civil, no es necesario que la fuerza recaiga sobre la misma persona, también puede dirigirse sobre ascendientes y descendientes. La fuerza debe ser actual, es decir, que haya genido como finalidad obligar al contrayente que la sufre a prestar su consentimiento, además debe ser injusta, es decir por fuerza de las causas legales.

Conforme al inciso primero del artículo 145 del Código Civil sólo podrá pedir la acción de nulidad, la persona víctima de la fuerza o quien haya padecido el miedo o su legítimo representante legal.

Existe secuestro cuando mediante la seducción o la fuerza, se obliga a otra persona a abandonar el hogar paterno para casarse con ella o con fines deshonestos.

1.10 INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO

Hay requisitos que son constitutivos del matrimonio, cuya ausencia engendra un matrimonio inexistente, otros no son constitutivos y su falta da lugar a un matrimonio anómalo (nulo).

1.10.1 CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRAYENTES

El matrimonio no se constituye sin las mutuas y concordantes declaraciones de voluntad de los contrayentes. No existen las declaraciones, cuando no se hacen, cuando se ignora el contenido u objeto del matrimonio, o cuando son ficticios o simulados. No se hacen, cuando en el momento de la ceremonia nupcial guarda silencio uno de ellos o ambos o cuando las señales hechas por el sordomudo o el mudo no son indicativas de la voluntad de contraer. Se ignora el contenido u objeto del matrimonio, si se pronuncian las palabras pero se ignora el significado y alcance de ellas. Los artículos 113, 176 y 178 precisan los contenidos del matrimonio; cohabitar, vivir juntos, guardarse fe y fidelidad y socorrerse y ayudarse. Si uno de los contrayentes expresa su voluntad de casarse pero ignora alguno de los contenidos no ha expresado su consentimiento y da lugar a la existencia del matrimonio. Hay simulación cuando se celebra un matrimonio aparente sea con relación al matrimonio mismo (total) o con un elemento esencial (parcial).

1.10.2 PRESENCIA DEL FUNCIONARIO

El artículo 126 del Código Civil establece que el matrimonio debe realizarse ante el juez del domicilio de la mujer, si falta esta solemnidad no hay matrimonio.

1.10.3 DIFERENCIA DE SEXOS Y CAPACIDAD SEXUAL

El artículo 113 dice que el matrimonio es un contrato entre un hombre y una mujer, es clara la exigencia de la diferencia de sexos. También da lugar a la inexistencia del matrimonio, la mala conformación de los órganos sexuales que impiden el normal desarrollo de las relaciones sexuales. Si el efecto principal e inmediato de todo matrimonio está constituido por relaciones sexuales, es fácil deducir la necesidad de que los contrayentes dispongan de capacidad sexual.

2. EL DIVORCIO

2.1 Como el eje de la familia, el matrimonio debería ser indisoluble, pero la naturaleza humana y las imperfecciones propias de ellas han impuesto que haya canales de salida a embarazosas uniones de existencia formal, en donde el amor y el respeto dejaron de ser elementos consubstanciales a ellos.

La ley no puede condenar por vida, a la persona que se equivocó, al elegir a su cónyuge. Vivir sin amor, sin comprensión, sin tranquilidad, durante el resto de su vida, sería una tortura tan cruel, que los inquisidores más furibundos, nunca hubiesen intentado aplicarlo.

Surge entonces el divorcio como solución a este estado de vida en el que el matrimonio ha dejado de ser la unión de un hombre y una mujer o ya no pueda ser en lo futuro, y en el que no se pueda de un modo adecuado, ejercer los derechos, cumplir las obligaciones y lograrse los fines.

El divorcio pone seriedad al régimen patrimonial, evita futuras re-

clamaciones sobre división de bienes y gananciales en la sociedad conyugal. De él se desprende una plena seguridad para las personas divorciadas, en cuanto a su patrimonio.

El divorcio les ofrece absolutas libertades a los cónyuges para organizar su vida personal, sin tener que caer en el ilícito social de la unión de hecho, ni en la forma punitiva de la bigamia.

El mayor obstáculo que se ha presentado contra el divorcio, son los hijos. Si bien es cierto que estos sufren las consecuencias del divorcio, también lo es que se benefician con ellas. Ni sicólogos, ni sociólogos, ni la iglesia, se preocupan por los innumerables hijos que viven con un solo padre, porque el otro ha muerto o trabaja muy distante del hogar; simulan preocupación por los hijos de padres divorciados. Muy poco es lo que estos profesionales han dicho sobre los hijos de los padres que trabajan lejos del hogar, en Venezuela, por ejemplo, y no conozco ningún pronunciamiento de la iglesia colombiana al respecto y el número de estos hijos es infinitamente superior, al de los hijos de padres divorciados, aquí en Colombia, por supuesto. Intereses religiosos impiden analizar la realidad de estos hijos. El divorcio es un factor de distanciamiento entre los hijos y un padre, que en parte se puede obviar, si así como se ha legislado sobre alimentos, se legisla abierta y rigurosamente sobre el deber y el derecho que tiene el padre divorciado de visitar a sus hijos, estableciendo drásticas sanciones a quien no cumpla con este deber y quien impida el ejercicio de este derecho.

2.1 CONCEPTO Y ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO

La palabra divorcio proviene del latín divertere que indica separarse o apartarse, aplicada a la institución matrimonial, se refiere a la ruptura del vínculo jurídico por motivos que se encuentran taxativamente señalados en la ley.

El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y permite que los cónyuges contraigan nuevo matrimonio.

Existen legislaciones que admiten el divorcio, otras lo aceptan en parte y otras lo rechazan totalmente.

La aceptación del divorcio, como también su repudiación, han existido desde los pueblos más antiguos, así tenemos que el libro de evangelios según San Mateo 5,31 dice: cualquiera que repudiara a su mujer darle carta de divorcio, esto nos señala que el divorcio ya existía como institución y era practicada por muchas naciones.

Lo anterior nos demuestra que el divorcio no es algo nuevo ni extraño sino por el contrario data desde muchos años atrás.

Podemos decir que en Roma hubo muchas legislaciones que lo aceptaron y otras que la prohibieron, de tal manera que a fin de la República fue concedida a la mujer la posibilidad de divorciarse del marido, obligándolo a declararla libre.

Tradicionalmente, la iglesia católica ha repudiado el divorcio vincular como causal de terminación del matrimonio. La reforma protestante, en el siglo XVI, rehusó considerar el matrimonio como un sacramento y admitió el divorcio.

En Francia en el año 789, se aceptó el divorcio, luego fue suprimido por Carlos Magno y luego desaparece la indisolubilidad con la neutralización del matrimonio.

El 10 de enero de 1884, entró en vigencia la ley sobre matrimonio civil en Chile, la cual distingue entre divorcio perpetuo y temporal, cuya duración no debe exceder de los cinco años.

En Rusia el matrimonio es, por naturaleza, la unión entre el hombre y la mujer para toda la vida, pero en casos excepcionales, este puede ser disuelto a petición de los cónyuges o de uno de ellos. En la actualidad no se consagran causales específicas del divorcio, los jueces que integran el tribunal son los que establecen si la vida en común de los cónyuges es incompatible.

Antiguamente el Derecho Alemán conocía el divorcio por contrato o declaración unilateral, sin intervención de juez o sacerdote, pero en la actualidad está establecido el divorcio.

En el Derecho Español tenemos como única causa típica de disolución del matrimonio la muerte de uno de los cónyuges, el divorcio vincu-

lar no ha sido reconocido por el Derecho Español, salvo en la época de la República cuando en virtud de la Ley 2 de marzo de 1932 se consagró para el caso de mutuo disenso, la cual fue derogada en 1939. La Legislación Española ha acogido el Derecho Canónico como la Legislación básica que rige la casi totalidad de los matrimonios españoles. Actualmente hay un fuerte movimiento en favor del divorcio.

A partir de 1821, se mantuvo el principio de la indisolubilidad del matrimonio como uno de los pilares del Derecho Matrimonial.

Desde el año de 1853 a 1856, se acogió el divorcio vincular en toda la nación mediante la Ley 20 de junio; contempla dos fuentes de divorcio: el delito y el consentimiento mutuo. El divorcio vincular desapareció como institución de orden nacional en 1856. El 27 de julio de 1937, los representantes Alfonso Romero A., Juan Turbay, Jesús Cardona y Arturo Peralta, presentaron un proyecto que constaba de dos artículos, en que se contempla el divorcio y que la indisolubilidad matrimonial no era de orden público en Colombia. En 1964, se presenta un nuevo proyecto sobre divorcio vincular.

Bajo el gobierno del Presidente Alfonso López Michelsen se inició el proceso tendiente al establecimiento del divorcio vincular en Colombia, y es así como el doctor Alberto Santofimio Botero, presentó un proyecto de divorcio para matrimonio civil, reservándose la indisolubilidad para los matrimonios católicos. El doctor Samuel Hoyos Arango presentó un proyecto de divorcio con varias modificaciones y

reformas introducidas por la Cámara y que luego se convirtió en la Ley Ia. de 1976. Esta Ley quedó con algunas incorrecciones que se tratan de corregir y modificar. Pero en términos generales podemos decir que la ley está bien concebida y nos ubica entre los países más avanzados en el Derecho de Familia. Ha servido para resolver los problemas que se presentan en matrimonio católico, que recurren a los tribunales civiles para la separación de cuerpos.

Desafortunadamente en virtud del artículo VIII del concordato, no se pudo y no se puede terminar los efectos civiles de matrimonios católicos.

2.2. CAUSALES DE DIVORCIO Y SU CADUCIDAD

La Ley Ia. de 1976 en su artículo 1º establece: el artículo 152 del Código Civil quedará así: El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado.

La Academia de Jurisprudencia, ha considerado inadecuada la palabra última del artículo anterior "Declarado" y ha propuesto se le sustituya por la palabra "Decretado".

Las causales de divorcio vincular se encuentran exhaustivamente señaladas, en el artículo 4 de la Ley Ia. de 1976. Son causa de divorcio las siguientes:

2.2.1 LAS RELACIONES SEXUALES EXTRAMATRIMONIALES DE UNO DE LOS CONYUGES, SALVO QUE EL DEMANDANTE LOS HAYA CONSENTIDO, FACILITADO O PERDONADO.

Se presumen las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que fuera su forma y eficacia. Esta causal contempla, como motivo principal las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges, con ella se acaba la discriminación, que hacía el artículo 154 del Código Civil el cual consideraba como causal de divorcio el adulterio de las mujeres y el amancebamiento del marido. La mujer con un solo acto de adulterio incurría en la causal mientras que el marido debía organizarse con una mujer en concubinato para incurrir en la causal.

Con respecto a la segunda parte podemos decir, que mientras la Ley civil habla de facilitar, consentir, perdonar, en el campo del Derecho Canónico se habla de que no hay lugar a la separación perpetua, si el otro cónyuge ha consentido, ha dado lugar expresa o tácitamente, o el mismo ha cometido el adulterio:

Dentro del término de relaciones sexuales extramatrimoniales, cabe el homosexualismo, el bestialismo, el lesbianismo, también podemos enunciar la inseminación artificial sin autorización del marido.

2.2.2 EL GRAVE E INJUSTIFICADO INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE ALGUNO DE LOS CONYUGES DE SUS DEBERES DE MARIDO O DE PADRE Y DE ESPOSA O DE MADRE.

Por el hecho del matrimonio se contraen obligaciones entre esposos y entre padres e hijos, por lo tanto la violación grave e injustificada de estos deberes es la causal del divorcio, siempre que se acredite que es grave e injustificado, porque si sólo se da grave pero no justificado, no hay causal de divorcio.

Anteriormente se habla de abandono absoluto, mientras que ahora se habla de grave e injustificado.

2.2.3. "Los ultrajes, el trato cruel y los maltratos de obra, si con ello pelagra la salud, la inteligencia personal, o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendientes, o se hace imposible la paz y el sosiego doméstico".

Con el concepto de ultraje podemos incluir la injuria grave, es decir la forma de manifestarse debe ser grave sin llegar a extremos irracionales. Se puede ultrajar cruelmente al cónyuge con amenazas y violencia verbal, o de hecho, contagiándolo con enfermedades venéreas; con prácticas contra -natura, con actos de homesexualismo, falta de débito conyugal, maltratamiento de palabra o de obra contra los parientes o personas vinculadas al cónyuge.

La norma no exige que el maltrato y los ultrajes sean continuos; porque sería una norma injusta e inhumana.

2.2.4 LA EMBRIAGUEZ HABITUAL DE UNO DE LOS CONYUGES

Esta causal es la misma que existía en la causal 3a. del artículo 154 del Código Civil. La habitualidad de la embriaguez, debe ser tal que afecte la unidad del hogar y que haga imposible la paz y el sosiego doméstico. No toda embriaguez es causal de divorcio.

La embriaguez habitual está considerada por algunos tratadistas como un estado de alienación mental; de esta forma considerada, requiere medios y tratamientos especiales, podría además entrar a establecerse como una de las enfermedades psíquicas más graves, de las que habla la causal 6a.

2.2.5 EL USO HABITUAL Y COMPULSIVO DE SUSTANCIAS ALUCINOGENAS O ESTUPEFACIENTES, SALVO PRESCRIPCION MEDICA

Esta causal se semeja a la anterior y bien podría haberse hecho una sola. Esta causal ha tenido muchos críticos por el uso de sus términos, la palabra uso debió ser reemplazada por la palabra "Consumo" y debió eliminarse la palabra compulsivo, para una mayor claridad en el texto, así lo ha expuesto el doctor Devis Echandía.

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

Debe revestir una gravedad que excluya la libre determinación de la voluntad, que justifique el proceso de interdicción por demanda. Los trastornos mentales pasajeros no autorizan el divorcio, pues se requiere que sea imposible el restablecimiento de la comunidad doméstica.

Esta causal muy discutida en las deliberaciones del Congreso, conduce en su aplicación a desconocer la obligación de la ayuda mutua que se deben los cónyuges en todas las circunstancias de la vida, sobre todo en los momentos de quebrantamiento de salud; ya que sería falta de solidaridad, que después de una enfermedad se le agregue una acción de divorcio por parte del otro cónyuge.

2.2.7 "Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a ^{corromper} ~~contrap-~~ber o pervertir al otro, o a un descendiente o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo!"

Por medio de esta causal se quiere impedir que el cónyuge trate de corromper al otro, o a todas aquellas personas que se encuentran bajo su cuidado, incitándolo a la prostitución, a la delincuencia, al juego, al consumo de drogas alucinógenas, al alcohol etc.

64

El concepto de corrupción es bastante amplio, no es la simple invitación, sino la transformación de la conducta de una persona por actividad o incitación de la otra.

2.2.8 "La separación de cuerpos decretada^{al} judicialmente que perdure más de dos años"

Según algunos, esta causal podría equivaler al divorcio por mutuo consentimiento, dado que los contrayentes pueden solicitar al Juez, la separación de cuerpos, y al cabo de dos años, contados desde el día en que se profiera la sentencia de separación puede solicitarse el divorcio.

Si en el transcurrir de dos años los contrayentes no se ponen de acuerdo, no hay razón para mantenerlos unidos, este proceder indica el deseo sincero de romper el vínculo.

2.2.9 "La condena privativa de la libertad personal, superior a 4 años, por delito común, de uno de los cónyuges, que el Juez que conozca del divorcio, califique como atroz o infamante"

2.2.10 "Caducidad de la pretensión de derecho. La Ley Ia. de 1976, en su artículo 6° dispone: El artículo 156 del Código Civil quedará así: El divorcio sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivaron y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento en ellos respecto de las

causales 2.2.1 y 2.2.7 o desde cuando se sucedieron, en tratándose de las causales 2.2.2, 3, 4 y 5. En todo caso, las causales 2.2.1 y 2.2.7 sólo podrán alegarse dentro de los años siguientes a su ocurrencia. Las causales del divorcio no podrán probarse con la sola confesión de los cónyuges.

De acuerdo con esta norma, podemos establecer que la demanda de divorcio sólo podrá pedirla el cónyuge inocente.

Que las causales de divorcio no podrán probarse por una sola confesión de las partes.

La caducidad, según lo anota el artículo anterior, sólo dará después de un año de conocidos los motivos, o desde cuando se sucedieron, refiriéndose a las causales 2.2.1 y 2.2.7 sólo se alegarán después de dos años de conocidos los motivos. Para las causales 6, 8, 9 no hay término de caducidad.

2.3 PROCESO DE DIVORCIO

En lo relativo al proceso de divorcio el Código de Procedimiento Civil establece en forma clara que se tramitará por el Juez Civil del Circuito, mediante un proceso abreviado, ya sea del domicilio conyugal o del demandante. A este procedimiento se somete tanto los matrimonios anteriores a la vigencia de la Ley Ia, de 1976 con los posteriores a ella y aun los celebrados en el exterior que desean

obtener el divorcio en Colombia.

De acuerdo con la Ley Ia. de 1976 en su artículo 6°, serán siempre partes en el proceso, los cónyuges y los hijos nacidos del matrimonio y si son representados por sus padres o representante legal

Como demandante sólo podrá actuar el cónyuge inocente que no ha dado lugar a los hechos que lo motivan a instaurar la acción de divorcio.

Una vez admitida la demanda el Juez tomará las siguientes medidas: Autorizar la residencia separada de los cónyuges, tendrá especial cuidado en lo referente a la custodia de los hijos, si son menores de siete años y las mujeres especialmente, permanecerán en poder de la madre, si la causal alegada no es el adulterio y el abandono de sus deberes de esposa y madre, siendo esta la causal alegada los hijos serán entregados al padre para su custodia; así mismo sucederá si la causal alegada es contra el padre, por haber abandonado sus deberes de esposo y padre.

De acuerdo al artículo 16 de la misma Ley, corresponde al Juez determinar la cantidad con que los cónyuges, de acuerdo a su situación económica, deben contribuir para su sostenimiento, así como para los hijos que quedan bajo su custodia y para las expensas de la litis.

Decretar medidas tendientes a evitar, la implantación del parto, en

caso que la mujer está embarazada y que el marido lo haya solicitado.

Con relación al embarazo y secuestro de los bienes, el Juez a solicitud de parte, puede decretar el embargo y secuestro de los bienes — que se soliciten siempre y cuando se ofrezcan caución suficiente para preveer posibles perjuicios. Actualmente con la vigencia de la ley 28 de 1932 sólo son embargables para efectos del juicio de divorcio los bienes sociales, y no los propios de los cónyuges.

Contestada la demanda de divorcio, el Juez ordenará la citación de ambos cónyuges para que concurren personalmente a una audiencia de conciliación. Si alguno de los cónyuges no concurre o fracasa la conciliación, el Juez estará para una segunda audiencia, la cual tendrá lugar no antes de dos meses ni después de tres meses de la fecha señalada para la primera; y si no se lograra la reconciliación el Juez ordenará continuar el proceso.

El proceso de divorcio puede terminar por cualquiera de los siguientes casos:

Por reconciliación durante las audiencias decretadas por el Juez.

Por reconciliación posterior, es decir, cuando el proceso continúa, habiendo fracasado inicialmente las audiencias de conciliación.

Por desistimiento de una de las partes o de ambas, si no ha habido reconvención.

- Por abandono o perención del proceso.
- Por muerte de uno de los cónyuges.
- Por caducidad.

Según el artículo 27 numeral 4° de la Ley Ia. de 1976, para que el Juez pueda decretar terminado el proceso por reconciliación es necesario la solicitud expresa y por escrito de ambos cónyuges, personalmente presentada ante el Juez.

De conformidad con el artículo 5° de la Ley Ia de 1976, se le da al Juez la discrecionalidad para decretar el divorcio y sólo lo decretará cuando los hechos que dan motivo a la causal probada hayan producido un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial de tal magnitud que no sea posible esperar restablecimiento de la unidad de la vida de los casados.

El Juez podrá negar el divorcio, si lo considera moralmente no justificado, en interés de los hijos menores, a la antigüedad del matrimonio y a la edad de los cónyuges.

En esta sentencia debe quedar claro cuál de los cónyuges es inocente y cuál no.

Contra toda sentencia de divorcio puede interponerse el recurso de:

El artículo 72 del Decreto 1260 de 1970, establece copia de la sen-

tencia en firme que decreta el divorcio, se enviará al funcionario del estado civil para su inscripción en el folio del matrimonio y en el nacimiento de cada uno de los cónyuges.

Si la inscripción, carece de validez la sentencia de divorcio y ésta se puede realizar aun habiendo muerto uno de los cónyuges con posterioridad a la sentencia. El divorcio no se prueba con la copia de la sentencia del juzgado del circuito donde cursó el proceso, sino con la copia del acta que son base de aquella sentencia, se asienta en el libro respectivo de registro civil.

2.4 EFECTOS DEL DIVORCIO

Siendo el divorcio un proceso, como es obvio termina con una providencia que decreta una situación jurídica. Ejecutoriada la sentencia que se dictó, queda disuelto el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, pero subsisten los derechos y deberes de los divorciados respecto de los hijos comunes, así lo establece el título XXI del libro primero del código civil.

Las consecuencias jurídicas que produce la declaratoria de divorcio son las siguientes:

2.4.1 Disuelve el vínculo matrimonial, dejando a los cónyuges en libertad para contraer un nuevo matrimonio válido. Esto ocasiona la terminación de las obligaciones recíprocas de los cónyuges.

2.4.2 Disuelve la sociedad conyugal de conformidad con el artículo 25 de la misma ley, la liquidación de la sociedad conyugal, debe optarse por la vía de común acuerdo ante notario, valiéndose de escritura pública, o por conducto judicial ante el mismo juez que conoció del divorcio.

Se pueden revocar las donaciones, en los casos de las causales 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 7°, de conformidad con el artículo 12 de la misma ley.

2.4.3 Decretado el divorcio, los cónyuges dejan de ser tales, lo cual trae como consecuencia la pérdida de toda vocación hereditaria y no podrán reclamar porción conyugal.

2.4.4 La sentencia de divorcio no tiene efectos retroactivos.

3. SEPARACION DE CUERPOS Y DE BIENES

3.1 SEPARACION DE CUERPOS

3.1.1. DEFINICION

La separación de cuerpos indica, separar, es decir, apartar, retirar a una persona o cosa del contacto o proximidad de otra.

Hablando jurídicamente es la suspensión de la vida en común de los casados, es decir, se autoriza al marido y a la mujer para vivir separados, sin romper el vínculo matrimonial. Con anterioridad a la ley la. de 1976, la separación de cuerpos existía en nuestro Código Civil con el nombre de divorcio, ya que el artículo 153 de la obra anteriormente citada establecía:

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

Se dirige a suspender la unión de los cónyuges en cuanto a techo y mesa se refiere, cuando uno de los cónyuges incurre en alguna causal consagrada para tal efecto, o cuando ellos de muto acuerdo deciden se-

pararse, según lo previene el artículo 15 de la ley anteriormente citada.

La separación de cuerpos es apenas una suspensión temporal o definitiva de la vida de los casados, sin disolución del vínculo y sin posibilidad alguna de contraer nuevas nupcias, ya que si esto ocurre se comete el delito de bigamia.

La iglesia, ha sostenido siempre la unidad y la indisolubilidad en las relaciones del vínculo matrimonial, con un derecho de origen divino, pero también ha concedido la separación de tálamo y de habitación de los cónyuges mal avenidos, cuando ellos han violado la fe jurada de la fidelidad conyugal.

3.1.2 CAUSALES DE SEPARACION DE CUERPOS

Conforme al artículo 165 del Código Civil son causales de la separación de cuerpos: las mismas del divorcio. Además de las causales contempladas en la ley 1a. de 1976, el mutuo consentimiento de los cónyuges manifestado ante el juez competente.

El legislador al consagrar la causal de mutuo consentimiento de los cónyuges, no quiso quitarle seriedad a la institución, sino por el contrario con esta causal se quiso dar oportunidad a los cónyuges malavenidos para de común acuerdo poder pedir la separación de cuerpos, ante el juez que tiene competencia para ello.

El legislador quiso darle una solución parcial, haciéndola más accesible, más rápida y más humana, que estuviera de acuerdo con la administración de la justicia, y reconociendo que en la unidad familiar está en juego, no sólo los intereses individuales, sino también los intereses de la sociedad, ya que la familia es un grupo étnico intermedio entre el individuo y el Estado.

3.1.3 ORGANISMOS COMPETENTES

Con anterioridad a la ley 1a. de 1976, las causales de separación de cuerpos, basándose en matrimonios católicos, eran de la potestad eclesiástica, y se regían y tramitaban de acuerdo con lo contemplada en el Derecho Canónico. La competencia estaba colocada en la jurisdicción especial del derecho canónico de acuerdo con el Concordato de 1887.

La ley 20 de 1974 protocolizó el concordato de 1973, que institucionalizó el matrimonio facultativo, es decir, consagra la libertad de los católicos para escoger, su unión ya sea por lo civil, ya por lo católico sin tener que renunciar a su fe.

Consagró el concordato anteriormente citado, que las causales de separación de cuerpos serán tratados por la jurisdicción civil, ya que es la única competente para conocerla y tramitarla, esto se refiere tanto a los matrimonios civiles como católicos. Tenemos que el artículo IX del nuevo concordato consagra lo dicho, así:

74

"Las altas partes contratantes convienen en que las causas de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos, sea tramitada por los jueces de Estado, en primera instancia ante el Tribunal Superior respectivo, y en segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia.

La determinación que hace este artículo de que las causas de separación de cuerpos el matrimonio canónico, serán dirigidas ante el Tribunal Superior y la Corte Suprema de Justicia, no impedirá que en el futuro, se pueda establecer una instancia especial para examinar y juzgar las causas relativas al derecho de familia.

Las causas de separación de cuerpos de matrimonios civiles corresponden a los jueces civiles del circuito del domicilio del demandado o del domicilio común mientras el demandante lo conserva, de acuerdo con los artículos 16 ordinal 3° y el 23 ordinales 1° y 4° del Código de Procedimiento Civil.

3.1.4 PROCEDIMIENTO

El procedimiento a seguir en la separación de cuerpos es el siguiente: Proceso contencioso, abreviado, cuando la demanda es instaurada por un cónyuge contra el otro, Artículos 414 á 421. P.C. si la demanda se instaura por mutuo consentimiento de los cónyuges, el trámite será el verbal, de acuerdo con los artículos 26 y 28 de la ley 1a. de 1976 y C. de P.C. artículo 442 numeral 16.

La separación de cuerpos mediante el proceso abreviado sólo puede demandarla el cónyuge que no ha dado lugar a ella y dentro del término de un año, en el mismo proceso, en el mismo auto admisorio de la demanda el juez podrá tomar las medidas cautelares, con relación a los cónyuges, a los hijos y los bienes.

Siguiendo el trámite del proceso verbal, que es el de mutuo acuerdo, los cónyuges podrán ser representados en el juicio por un solo apoderado, o por dos, designados por cada uno de ellos; en la demanda deberá constar el mutuo acuerdo de separarse, y deberá basarse en los siguientes aspectos:

El mutuo consentimiento de separarse, manifestado en forma expresa.

El estado en que queda la sociedad conyugal, y si la separación es indefinida o temporal, en este caso, la duración de la misma no puede exceder de un año. Expirado el término de la separación temporal se presumirá que ha habido reconciliación, pero los casados podrán declarar ante el juez que la tornan definitiva o que amplían su vigencia.

La custodia de los hijos, es decir, a cuál de los cónyuges les corresponde y cuál sería el régimen de vista para el cónyuge que la pierde.

La proporción en que contribuirán a los gastos de crianza, educación

76

y establecimiento de los hijos y si fuera el caso, el sostenimiento de cada cónyuge. En cuanto a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes responderán solidariamente ante terceros y entre sí en forma acordada por ellos. El juez podrá obtener el acuerdo de los cónyuges en los intereses de los hijos, previo el concepto del ministerio público artículo 16 de la ley 1a. de 1976.

Aceptada la demanda por el Tribunal, se dará traslado a las partes y al fiscal; en el mismo auto admisorio podrá autorizarse la cesación de la cohabitación, la custodia temporal o provisional de los hijos, fijación de alimentos provisionales y demás aspectos que el juez considere prudente. El Tribunal fijará la hora y fecha de conciliación, en la cual el juez instará a los cónyuges para que no se separen y les hace conocer las consecuencias de la separación, que de no acordarse, en la misma audiencia o con posterioridad el juez decretará la separación.

La sentencia de separación de cuerpos contendrá: el decreto de la separación de cuerpos, la responsabilidad o custodia de los cónyuges o padres que le corresponde, la proporción en que deben contribuir los cónyuges para su propio sostenimiento y el de sus hijos.

3.1.5 EFECTOS DE LA SEPARACION DE CUERPOS

Decretada la separación de cuerpos ya sea por juicio o por el mutuo acuerdo, se suspende la vida en común de los casados, siendo éste el efecto más importante.

77

El cónyuge que salga favorecido en la custodia de los hijos goza del derecho de llevarlos a vivir a su casa.

La separación de cuerpos no disuelve el matrimonio por lo tanto quedan vigentes las demás obligaciones, subsistiendo la fidelidad entre los cónyuges.

El cónyuge condenado a pagar alimento debe cumplir las obligaciones en la forma y término señalados en la sentencia.

Decretada la sentencia, se disuelve la sociedad conyugal y debe procederse a su liquidación; cuando se trate de matrimonios civiles, el juez que conozca de la separación es competente para conocer de la liquidación de la sociedad conyugal; tratándose de separación de cuerpos de matrimonio católicos, que son decretadas por el Tribunal Superior, sólo serán competentes para conocer de la liquidación de la sociedad conyugal los jueces civiles del circuito.

La sentencia de separación de cuerpos debe inscribirse en el competente registro civil, de acuerdo con los artículos 5°, 6° y 7° del decreto 1220 de 1970 por virtud de orden judicial.

3.2 SEPARACION DE BIENES

3.2.1 DEFINICION

Simple separación de bienes es la que se efectúa sin divorcio, en vir-

tud de decreto judicial o por disposición de la ley (art. 197 del Código Civil).

El matrimonio, una vez celebrado, produce dos consecuencias:

Se forma una sociedad de personas y una sociedad de bienes, si no se ha pactado el régimen de separación de bienes.

La separación de bienes es el procedimiento empleado para regular los bienes de la sociedad conyugal, una vez disuelta ésta por decreto judicial o por disposición de la ley.

Esta separación de bienes, presume la subsistencia del vínculo matrimonial, por lo tanto no suspende las obligaciones y derechos que son inherentes al matrimonio. La separación sólo mira las relaciones patrimoniales de los cónyuges.

3.2.2 CAUSALES PARA PEDIR LA SEPARACION DE BIENES

El artículo 198 del Código Civil establece que ninguno de los cónyuges podrá renunciar en las capitulaciones matrimoniales o fuera de ella, la facultad de pedir la separación de bienes o que le dan derecho las leyes. Cualquiera de ellos podrá demandar la separación de bienes en los siguientes casos:

Por las mismas causales de la separación de cuerpos.

Por disipación y juego habitual.

Por administración fraudulenta o notoriamente descuidada de su patrimonio, en forma que menoscabe gravemente los intereses del otro en la sociedad conyugal.

3.2.3 DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

El artículo 1820 del Código Civil estatuye. La sociedad conyugal se disuelve:

- 1° Por la disolución del matrimonio.
- 2° Por la separación judicial de cuerpos salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifestasen su voluntad de mantenerla.
- 3° Por 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 artículo 140 del Código Civil.
En este evento no se forma sociedad conyugal.
- 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.

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

De acuerdo con lo anterior, existen dos posibilidades de liquidar la sociedad conyugal: según lo dispuesto en los artículos 625 y 626 Código de Procedimiento Civil y liquidarla mediante escritura pública.

4. EL MATRIMONIO CANONICO

4.1 DEFINICIONES

Según el Nuevo Código Canónico: Matrimoniale foedus, quo vir et mulier inter totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum, a Christo Domino ad Sacramenti dignitatem inter baptizatos euectum est. (canon 1055)

La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.

Ludevig Ott lo define así: El matrimonio cristiano es aquel sacramento por el cual dos personas de distinto sexo, hábiles para casarse, se unen por mutuo consentimiento en indisoluble comunidad de vida, con

1) Todas las referencias sobre cánones que se hagan en el presente capítulo corresponden al Código de Derecho Canónico, edición bilingüe, 5a. ed. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1983.

el fin de engendrar y educar a la prole, y recibir gracia, para cumplir los deberes especiales de su estado.

4.2 ORIGEN DIVINO

Fue constituido por Dios. Como institución natural es de origen divino. Dios creó a los hombres, varón y hembra (Gen. I, 27) y depositó en la misma naturaleza humana el instinto de procreación. Dios bendijo a la primera pareja humana, y por medio de una revelación especial, les manifestó su mandato de que se multiplicasen: "Procread y multiplicaos y henchid la tierra" Gen I 28).

Los términos "foedus y consortium" que usa el derecho canónico no son jurídicos, no nos da una noción exacta de la naturaleza del acto. Es una lástima que el nuevo código canónico no los haya cambiado por otros más precisables en la ciencia jurídica. La definición de Ott, es más cristiana, más del ámbito de la Iglesia que del Derecho-

4.3 CARACTERISTICAS

Las características son tres: como sacramento, como contrato, y como institución jurídica.

4.3.1 EL MATRIMONIO COMO SACRAMENTO

Por dogma el matrimonio es verdadero sacramento instituido por Cristo.

Cristo restauró el matrimonio instituido y bendecido por Dios, haciendo que recobrase su primitivo ideal e indisolubilidad (Mt. 19, 3 y 55) y elevándolo a la dignidad de sacramento.

La voz "sacramentum" significa etimológicamente, algo que se santifica o que es santo (res sacra). En la literatura latina profana se llama "sacramentum" a la jura de bandera y a cualquier juramento en general. En el lenguaje jurídico de los romanos "sacramentum" significa la fianza depositada en el templo por las partes litigantes. En la Vulgata la palabra "sacramentum" sirve para traducir el término griego que significa algo oculto y misterioso. En el campo religioso se aplica a los misterios de Dios y, sobre todo, al misterio de la redención por Jesucristos. Tiene además, la significación de señal, símbolo. El matrimonio es símbolo de la unión mística de Cristo con la Iglesia.

Las Sagradas Escrituras confirman el carácter sacramental del matrimonio: San Pablo resalta el carácter religioso del matrimonio, exigiendo que se contraiga "en el Señor" (I Cor, 7, 39) y enunciando su indisolubilidad como precepto del Señor (I Cor, 7, 10). La elevada dignidad y santidad del matrimonio cristiano se funda según San Pablo, en que el matrimonio es símbolo de la unión de Cristo con su Iglesia "Gran misterio es éste, mas lo digo con respecto a Cristo y su Iglesia (Eph 5, 32).

Como la unión de Cristo con la Iglesia es fuente de abundantes gracias

para los miembros de ésta, el matrimonio, si es imagen perfecta de la unión santificadora de Cristo con la Iglesia, es por lo tanto un símbolo eficiente de gracia. Ahora bien este efecto de comunicar la gracia no podrá tenerlo el matrimonio sino por la institución de Cristo.

La tradición reafirma la sacramentalidad del matrimonio.

San Ignacio de Antioquía exige que la Iglesia coopere en la contradicción del matrimonio "Conviene que el novio y la novia contraigan matrimonio con anuencia del obispo, a fin de que el matrimonio sea conforme al Señor y no conforme a la concupiscencia (Pol. 5,2).

Tertuliano da testimonio de que el matrimonio ha de contraerse ante la Iglesia "Cómo podríamos describir la dicha de un matrimonio contraído ante la Iglesia, confirmado por la obligación, sellado por la bendición, proclamados por los ángeles y calificado por el Padre Celestial" (Ad uxorem II, 9).

San Agustín analiza tres fines del matrimonio: prole (la descendencia) fides (fidelidad) sacramentum (unión indisoluble de Cristo con su Iglesia).

Los padres de la Iglesia consideran la asistencia de Jesús a las Bodas de Caná, como un reconocimiento y santificación del matrimonio cristiano por parte del Señor, de manera análoga a como en el Jordán, por su bautismo, santificó Jesús el agua para la administración del sacramento del bautismo (De bono coniugali 3,3).

Sólo con la escolástica se llegó a adquirir un conocimiento claro y científico del matrimonio cristiano, como sacramento.

Así analizado el matrimonio cabe preguntarnos que la Iglesia lo haga: Puede ser signo eclesiástico del amor de Cristo a la Iglesia, un matrimonio cuyos contrayentes ignoran absolutamente a Cristo y su Iglesia o creen muy poco en ella? Puede ser esto sacramento? Cómo se podría hallar el mínimo de intención necesaria para el poder administrar y recibir el sacramento del matrimonio? Transcribamos lo que dice al respecto, el principal tratadista canónico, Urbanus Navarrete S.J. "In riferimento al rispetto dovuto alla coscienza si domando se sea giusto chei ballezzati che non vogliono avere nessun rapporto con la fede cristiana si trovino nella pituazione di non poter contrarre un matrimonio naturale valido senza che esso sia pso facto sacramento. E' pen sabile che Cristo abbia Stabilito un ordine tale di provvidenzo nel quale necessariamente al di de la della volontà dei nubendi é dei poteri della Chiesa, il matrimonio del battezzati non possa esistere como realtà naturale se non esiste a sua volta come realtà sopranutarale? Non é un controsenso giudirico privare del deritto ad una realtà terrestre cosi fondamentale quale é il matrimonio coloro fra i ballezzati che non accettano, nepure implicitamente, guellé altra realtà soprannaturale che il sacramento?"

Puó essere vera una dottrina che sembra contenere tali contrasensi?

(1)

1. Urbanus Navarrete. Quoedam Problemata Actualia de Marimonio, 3a. ed. Romae, Pontificia Universitas Gregoriana, 1980 pag.83.

4.3.2 EL MATRIMONIO COMO CONTRATO

En todo tiempo se ha considerado el matrimonio como contrato: Pothier dice: El matrimonio es el más excelente y antiguo de los contratos. Aun considerándolo únicamente en el orden civil, es el más excelente porque la sociedad civil está más interesada en él. Es el más antiguo, porque fue el primer contrato que celebraron los hombres. Inmediatamente que Dios hubo formado a Eva y que la hubo presentado a Adán, nuestros dos primeros padres celebraron contrato de matrimonio."

Inmemorial también ha sido el influjo notable de la religión, sobre el régimen jurídico familiar, Con el surgimiento del cristianismo y su gran radio de influencia crea e impone para sus fieles un ordenamiento jurídico especial del matrimonio. Afirma que el matrimonio católico no es un negocio mundano, o sea un acto meramente civil gobernado por las leyes del Estado, sino un asunto religioso que debe gobernarse por normas eclesiásticas.

Entre los siglos X y XVI la iglesia impone su reglamentación a las diversas potestades civiles, en toda Europa. Todo cristiano debía contraer matrimonio según la forma eclesiástica; la forma civil se consideró como subsidiaria y al alcance de los infieles.

Pero en la Edad media se rompe este predominio y muchos estados recobran potestad absoluta para reglamentar el matrimonio, debido a ello, a la reforma luterana y a la doctrina de los teólogos franceses del

siglo XVI que consideran como independientes, el aspecto sacramental y el contractual del matrimonio. Como reacción el Concilio de Trento (1542 - 1563) afirmó: "Contrato y sacramento son dos elementos inseparables, indisolubles; y esta inseparabilidad es la única que puede explicar y justificar el poder que a la Iglesia se ha reconocido siempre, de anular el contrato al comprobarse la nulidad del sacramento."

La Revolución Francesa, en uno de sus postulados considera el matrimonio, únicamente, como contrato civil; así quedó consagrado en la Constitución de Francia de 1791. Este pensamiento y doctrina francesa tuvieron gran acogida en toda Europa, especialmente al consolidarse las nuevas nacionalidades y al redactarse los nuevos Códigos Civiles del siglo XVI.

En Colombia, según la Ley 20 de 1974 que aprobó el nuevo Concordato, el Estado colombiano asume el ejercicio de la función jurisdiccional matrimonial. Toda persona en Colombia es libre de celebrar matrimonio conforme a las normas civiles. El Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del Derecho Canónico. Las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo matrimonial de los matrimonios canónicos son de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos. Los procesos de separación de cuerpos de los matrimonios católicos son de competencia exclusiva de los Tribunales Superiores de Justicia del Estado, en primera instancia y de la Corte Suprema de Justicia.

El matrimonio como contrato se encuentra regulado por la Ley, con esto se quiere decir que no es un contrato como los demás, que la voluntad de las partes no puede regular libremente sus efectos, ni decidir la disolución o introducir modalidades, como se hace en los otros contratos.

El matrimonio tiene una importancia mayor que los otros contratos, además presenta la particularidad de que crea un estado, si bien no es el único acto que produce tal efecto.

Los críticos de la tesis contractualistas, sostienen que el matrimonio no es propiamente un contrato, al considerarlo como tal se está entendiendo el contrato en una concepción más general.

Para el perfeccionamiento de todo contrato, el consentimiento debe ser libre, es decir exento de vicios, error, fuerza y dolo; pero en el caso del matrimonio sufre modificaciones, ya que el error vicia el consentimiento cuando recae sobre la persona física o civil, del cónyuge, más no en cuanto a las cualidades de la persona.

El objeto de los contratos es de carácter económico, ya que las obligaciones de todo contrato consisten en dar, hacer o no hacer una cosa que debe estar en el comercio. En el matrimonio las obligaciones son de carácter eminentemente personal.

Tanto la voluntad como los efectos del contrato son de libre volun-

tad contractual, teniendo en cuenta el orden público y las buenas costumbres. En el matrimonio no tiene validez, ya que la voluntad contractual debe presentarse dentro del marco fijado por la Ley.

Cualquier contrato puede disolverse mediante el acuerdo entre quienes lo pactaron. La disolución del matrimonio no puede someterse al libre juego de la voluntad contractual.

Existen otros aspectos que hacen del matrimonio un acto de naturaleza distinta a los demás contratos; como son las solemnidades especiales para su celebración.

4.3.3 EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION JURIDICA

Los primeros sistematizadores de esta teoría fueron GEROGES RENARD y HAUROU, quienes se preguntaron, el matrimonio es un contrato? teniendo en cuenta su forma, su apariencia y como se entiende, es un contrato condición, ya que el consentimiento que da el hombre y la mujer se somete al estatuto legal de los casados, que está por encima de los esposos; es de orden jurídico o interpretado por la ley, su forma puede ser contractual; pero en el fondo, el matrimonio es un acto de institución.

Las instituciones jurídicas, son el conjunto de normas jurídicas comprensivas de una serie de relaciones sociales dirigidas a los mismos fines.

El matrimonio como institución conlleva dos aspectos: el primero o sea el personal o subjetivo, el matrimonio no es sino el perfeccionamiento y ayuda mutua; en el segundo o sea el objetivo y social, la propagación de la especie, la armonía de la sociedad por medio de la armonía familiar. Y en ambos aspectos resalta la permanencia jurídica, la estabilidad necesaria, ya que el matrimonio da movimiento a la familia que es "el tipo de una continuidad que no era simplemente sentimental, espiritual y mística, sino jurídica y patrimonial"

Los sostenedores de esta teoría señalan que la institución es un perdurable para lograr sus fines. Esta comunidad tiene un doble aspecto: el económico con el cual se busca el sostenimiento de la familia y la educación de los hijos.

Para PLATIOL el matrimonio era necesariamente una comunidad destinada a durar varios años y por lo tanto acarrea intereses pecuniarios y morales donde todo debe ser comprensión, reciprocidad, ayuda mutua y participación equitativa.

PORTALIS pudo definir el matrimonio como la "sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de un destino común". Esta teoría se ajusta más a la realidad jurídica, a la situación de los casados y al estatuto legal que regula todas las relaciones, porque el matrimonio es una realidad jurídica esencialmente objetiva y extracontractual que existe y perdura independientemente de las personas

91

que en contrato y en un momento determinado aceptan y ponen en movimiento todo un conjunto de normas legales. Estas normas reúnen todas las características anotadas anteriormente; tiene idea directriz, una finalidad propia y permanente, una jerarquía organizada; y produce comunidad de vida estable tanto en el tiempo como en el espacio.

4.3.4 LA UNIDAD

El cánon 1056 dice: "Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad, que en el matrimonio cristiano alcanzan una particular firmeza por razón del sacramento".

Dios instituyó el matrimonio como unión monógama (Gen. I, 28; 24) Pero la humanidad se apartó bien pronto de aquel primitivo ideal. Aún en el Antiguo Testamento dominó ampliamente la poligamia, que estaba reconocida por la ley (Gen 21, 15 s.s.) como una dispensa explícita por parte de Dios. Cristo volvió a restaurar el matrimonio en toda su pureza primitiva, "De manera que ya no son dos, sino una sola carne. Por tanto, lo que Dios unió no lo separe el hombre" (Mt. 19, 6). El casarse de nuevo, después de haber repudiado a la mujer lo considera Jesucristo como adulterio (Mt. 19, 9). Conforme a la doctrina de San Pablo, el matrimonio tiene un carácter estrictamente monogámico (Rom. 7, 3; Esh 5, 32).

4.3.5 LA INDISOLUBILIDAD

El Concilio de Trento declaró que el vínculo conyugal no se puede romper por la herejía, o por dificultades en la convivencia o por la ausencia malévolamente de un cónyuge, y que la Iglesia no yerra cuando ha enseñado y enseña que el vínculo conyugal conforme a la doctrina evangélica y apostólica no se puede romper en caso de adulterio de uno de los cónyuges.

Preguntado Jesús por los fariseos, si era lícito al hombre repudiar a su mujer por cualquiera causa, les respondió el Señor "Por tanto, lo que Dios unió no lo separe el hombre" (Mt. 19,6) Ellos objetaron que Moisés "Había ordenado" dar libelo de divorcio y repudiar a la mujer" (Dent. 24,1). Entonces replicó Jesús: "Por la dureza de vuestro corazón os permitió Moisés repudiar a vuestras mujeres, pero al principio no fue así" (Mt. 19,8).

San Pablo propone a los casados, como precepto del Señor, que la mujer no se separe del marido, ni el marido repudie a la mujer. Y si una de las partes se separa de la otra, no se puede volver a casar (I Cor.7, 10 S). Es adúltera la mujer que, en vida de su marido, se casa con otra persona (Rom. 7,3); sólo la muerte del marido deja libre a la mujer para contraer nuevas nupcias (Rom. 7, 2; 1 Cor 7,39).

Mientras que el matrimonio cristiano, una vez consumado (matrimoniun ratum at consummatun) es imagen perfecta de la unión indisoluble de

Cristo con su iglesia que se estableció por la encarnación del Verbo, no puede ser disuelto en cuanto al vínculo por ninguna autoridad humana; el matrimonio cristiano no consumado (ratum, non consumatum) puede ser disuelto en cuanto al vínculo por la profesión solemne de uno de los cónyuges o por dispensa.

El cánón 1697 establece: "Sólo los cónyuges, o uno de ellos, aunque el otro se oponga, tiene derecho a pedir la gracia de la dispensa del matrimonio rato y no consumado". Y el canon 1698". Únicamente la Santa Sede Apostólica juzga sobre el hecho de la inconsumación del matrimonio y la existencia de justa causa para conceder la dispensa.
2 La dispensa es concedida sólo por el Romano Pontífice.

Por razón del privilegio paulino (I Cor. 7, 12) un matrimonio contraído por personas no bautizadas, y consumado ya, puede ser disuelto en cuanto al vínculo, cuando una de las partes ha recibido el bautismo y la otra rehusa proseguir pacíficamente la vida matrimonial.

4.4. FINES DEL MATRIMONIO

Algunos tratadistas distinguen entre fines primarios y secundarios: "El fin primario del matrimonio es la procreación y educación de la prole. El fin secundario es la ayuda mutua y la satisfacción moralmente ordenado del apetito sexual" El Santo Oficio en declaración del 1 de abril de 1944 así lo confirma. El Concilio Vaticano II no distingue entre un fin primario y uno secundario, sino que entre los

94

fines del matrimonio pone en primer lugar la procreación y la educación de la prole (De Ecclesia in mundo huius temporis N2 48)

Fin Primario: "Procread y multiplicaos y henchid la tierra" (G. 1, 28).

Fin Secundario: "Voy a hacerle una ayuda semejante a él" (Gen. 2, 18). "A causa fornicación, tenga cada uno su mujer y cada una tenga su marido" (I Cor. 7, 2).

4.5. EFECTOS DEL MATRIMONIO

Los efectos del sacramento del matrimonio son: el vínculo conyugal y la gracia matrimonial.

4.5.1 EL VINCULO MATRIMONIAL

Del contrato matrimonial, que es sacramento, se origina del vínculo conyugal que une a los esposos durante toda su vida.

San Agustín compara el vínculo conyugal " al que no es capaz de romper ni la separación ni la unión con otra persona", con el carácter bautismal imborrable. Sin embargo, el matrimonio no es absolutamente no reinterable, sino tan sólo de manera relativa, es decir, mientras vivan los cónyuges. Después de la muerte de uno de ellos, es lícito al que ha enviudado contraer nuevas nupcias, como lo enseña San Pablo (Rom. 7, 2).

4.5.2 LA GRACIA MATRIMONIAL

El Sacramento del Matrimonio confiere per se, gracia santificante a los contrayentes. Así lo declaró el Concilio de Trento. Esta gracia sirve para santificar a los esposos y darles el vigor sobrenatural necesario para cumplir con los deberes del estado.

4.5.3 EFECTOS CIVILES

El matrimonio canónico tiene todos los efectos civiles del matrimonio civil.

4.6 CUALIDADES DE NULIDAD DEL MATRIMONIO CANONICO

Todo matrimonio ha de presumirse válido, salvo prueba en contrario.

Las causales de nulidad del matrimonio canónico, a diferencia del civil, no están taxativamente enunciadas en el Código. Ellas nacen de una serie de circunstancias y condiciones, motivo por el cual, ha habido una continua evolución en su apreciación, no porque el concepto de nulidad haya cambiado sino porque los avances de la Psicología y de la Siquiatría permiten darle nuevos enfoques.

Las causas de nulidad del matrimonio canónico se pueden agrupar en tres categorías:

La existencia de un impedimento dirimente anterior al matrimonio, sin dispensa previa.

La falta o vicio del consentimiento matrimonial.

La falta de la forma canónica.

4.6.1 IMPEDIMENTOS DIRIMENTES

Estos impedimentos inhabilitan a la persona para contraer matrimonio no válidamente. Ellos son:

4.6.1.2 No puede contraer matrimonio válido el varón antes de los 16 años cumplidos, ni la mujer antes de los 14, cumplidos. Puede la Conferencia Episcopal establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonio (Cánon 1083) ~~lo que~~ en Colombia la Conferencia ha señalado... 18 años

para realizar el acto conyugal, tanto por parte del hombre como de la mujer, ya absoluta, ya relativa, hace nulo el matrimonio por su misma naturaleza. La esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio. (Con 1084)

4.6.1.3 La existencia de un vínculo anterior, aunque no haya sido consumado (Con. 1085).

4.6.1.4 Es inválido el matrimonio entre dos personas una de las

cuales es bautizada en la Iglesia Católica y la otra no (Con. 1086).

4.6.1.5 La recepción previa de órdenes sagradas y/o la existencia de voto público perpetuo de castidad.

4.6.1.6 No puede haber matrimonio entre un hombre y una mujer raptada o al menos retenida con miras a contraer matrimonio con ella, a no ser que después la mujer, separada del raptor y hallándose en lugar seguro y libre elija voluntariamente el matrimonio (Con. 1089).

4.6.1.7 Tampoco es válido el matrimonio del que con el fin de casarse con una determinada persona cause la muerte del cónyuge de ésta o de su propio cónyuge.

4.6.1.8 El parentesco en línea recta de consanguinidad ascendente y descendente.

En línea colateral hasta el 4º grado inclusive

La afinidad en línea recta.

El parentesco por adopción en línea recta o en segundo grado de línea colateral (Cánon 1091)

4.6.2 VICIOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

El Legislador Eclesiástico considera como vicios del consentimiento

matrimonial: la ignorancia, la fuerza, el error y dolo.

4.6.2.1 Ignorancia.

Existe consentimiento matrimonial cuando los contrayentes no ignoran que el matrimonio es una sociedad estable, sin tener en cuenta las circunstancias que lo rodean, como son la indisolubilidad; y que esa sociedad ha sido instituida para procrear. La ignorancia de uno de ellos, conducirá a la invalidez del vínculo. Después de la edad de la pubertad, no es presumible, por ser desvirtuable esta presunción, hoy en día es difícil probarla.

4.6.2.2 Fuerza.

De acuerdo a lo expuesto en el Cánón 1103, es inválido el matrimonio celebrado por fuerza o miedo influido por causa externa, para librarse del cual, se ponga el contrayente en la previsión de elegir matrimonio. Según el mismo cánón aunque él sea la causa del contrato, lleva consigo la nulidad del matrimonio, esto refiriéndose a otra clase de miedo.

En el Derecho Canónico a diferencia del Civil, el miedo justo vicia el consentimiento, siempre que reúna estos requisitos: La amenaza de un mal, que debe probarse pues no se presume.

Que provenga ese mal voluntariamente, o sea, de causa externa libre

y de manera manifestada.

Que la causa del miedo mueva directa o indirectamente a contraer matrimonio, de tal suerte que coincidan causa y miedo con el acto de la celebración del mismo.

Que el miedo sea absolutamente grave, e injusto.

Que el matrimonio sea considerado como el único camino para evitar el mal que produce el miedo.

A diferencia del Derecho Civil, en el Canónico el miedo o temor reverencial vicia el consentimiento matrimonial; para que se dé, tendrán que reunirse los requisitos exigidos por el miedo injusto.

La demencia implica el trastorno de las facultades mentales, que inhibe a quien la padece para actuar totalmente en forma consciente. La demencia es causa de nulidad del matrimonio canónico, y es tal vez uno de los aspectos en que más ha evolucionado el Derecho Canónico, facilitando la nulidad, no porque se haya cambiado la posición tradicional de la iglesia, sino porque diariamente surgen progresos en la psicología y en la psiquiatría que facilitan el establecimiento de la prueba.

También se da la amnesia, que es una anomalía síquica o mental que sin ser propiamente locura, si es causante de trastornos de tal

manera vician el consentimiento.



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
Biblioteca Universitaria
Fernandez de Medin

Las anomalías de frecuente ocurrencia y que vician el consentimiento matrimonial son la esquizofrenia y la paranoica; son muchos los matrimonios católicos que se han anulado, por causa de la esquizofrenia.

4.6.2.3 En el error ocurre algo semejante, tanto en el civil como en el canónico ya que como vicio del consentimiento, el legislador eclesiástico lo circunscribe al error de hecho, ya que el error de derecho no constituye propiamente el vicio. El simple error acerca de la unidad, la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, reza en el Canon 1099 no vicial del consentimiento matrimonial, con tal que no determine a la voluntad.

El error acerca de las personas del contrayente hacen inválido el matrimonio. Esta nulidad no es más que la aplicación de la teoría del error en la sustancia al caso del matrimonio. Pero el error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato, no dirime el matrimonio, a no ser que se pretenda esta cualidad directa y principalmente (Canon 1097).

4.6.2.4 . El Dolo

El engaño provocado para obtener el consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal invalida del matrimonio(Con 1098)

4.6.3 LA FORMA CANONICA

Solamente son válidos aquellos matrimonios que se contraen ante el Ordinario del lugar o el Párroco, o un Sacerdote o Diácono, delegado por uno de ellos para que asistan, y ante dos testigos (Con. 1108). El Ordinario y el Párroco personales, en razón de su oficio, sólo asisten válidamente al matrimonio de aquéllos de los que uno al menos, es súbdito suyo, dentro de los límites de su jurisdicción (Con. 1110).

Donde no hay Sacerdotes ni Diáconos, el Obispo diocesano, previo voto favorable de la Conferencia Episcopal, y obtenida licencia de la Santa Sede, puede delegar a laicos para que asistan a los matrimonios (Can. 1112).

Los matrimonios deben celebrarse en la parroquia donde uno de los contrayentes tenga su domicilio o cuasidomicilio, o haya residido durante un mes (Can 1115).

Los ritos, son los prescritos en los libros litúrgicos aprobados por la iglesia o introducidos por costumbres legítimas.

CONCLUSIONES

Para el Estado Colombiano, en nuestro país existen dos matrimonios igualmente válidos: el matrimonio civil y el matrimonio católico.

Para la iglesia colombiana, sólo existe un matrimonio válido, el suyo, el canónico.

Como el Estado debe regular el sistema matrimonial, éste decidió, inspirado en las tesis liberales y democráticas, que como alternativa al matrimonio civil existiese el matrimonio católico, entre los cuales pudiesen libremente elegir los contrayentes, sin perjuicio ni con respecto al Estado ni con respecto a la Iglesia. Aunque no era así, antes de la reforma concordataria de 1976.

La validez del matrimonio católico para el Estado, es pues, producto de una generosidad de éste, que decidió reconocerle efectos civiles a través de algunas normas y de un Concordato con la Santa Sede.

Considero que tanto para el Estado colombiano, como para la Iglesia

católica, es conveniente (e indispensable) la separación de los efectos civiles del matrimonio canónico. Así el Estado recuperaría la totalidad de sus atribuciones en cuanto al estado civil de las personas, y ~~en~~ el gran número de colombianos, que aumenta día a día con la disminución de los costos de los trámites, que se acoge, ilegalmente es cierto, pero por ello más grave, a las legislaciones extranjeras, en procura de un divorcio formal y de un matrimonio anulable, disminuiría en grado sumo. Cabe aquí observar que nuestra actual sociedad, ya no sólo no rechaza, sino que mira como legal estas uniones en el extranjero, dándole así carta de ciudadanía en Colombia al divorcio del matrimonio católico, por encima de la Ley.

Para la Iglesia, creo, debe ser más importante el matrimonio como sacramento que como contrato. Pero actualmente es lo contrario, la inmensa mayoría de los contrayentes católicos, le dan toda la importancia al contrato y ninguna al sacramento recibido, porque de él tienen una crasa ignorancia.

Para ambas partes sería mejor que el Estado atienda lo relativo al contrato y la iglesia prepare a los cónyuges para recibir el sacramento del matrimonio.

Bien podría ser, que así como después de registrar al niño, hijo de padres católicos, se lleva a la iglesia para que reciba el sacramento del bautismo, de igual manera, después de celebrado el matrimonio civil, los católicos que lo deseen pueden acudir a la iglesia para

recibir el sacramento del matrimonio. Por todo ello estimo necesaria la separación total de poderes entre Iglesia y Estado sin perjuicio de la mutua colaboración.

Por último podemos concluir que el Nuevo Derecho Canónico, se ajusta más a la realidad de nuestra sociedad, que nuestro Código Civil. El dolo es introducido como vicio del consentimiento matrimonial, las causales de nulidad no son taxativas, sino que están abiertas a las investigaciones y adelantos científicos; ~~por~~ el hecho de establecer la Conferencia Episcopal Colombiana la edad mínima de 18 años para contraer matrimonio, seguramente va a tener serios problemas, la juventud y la sociedad actual.

BIBLIOGRAFIA

- BONILLA ECHEVERRI, Oscar. Código de Procedimiento Civil Colombiano: Suplemento en cuatro Tomos, Bogotá, Editorial Temis, 1976.
- CASTRO, José Félix. Nuevo Código de Procedimiento Civil. 9a. edición Bogotá Biblioteca de Actualidad Jurídica, 1982.
- CODIGO DE DERECHO CANONICO, 5a. Edición, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1983.
- CHELODI, Juan. El Derecho Matrimonial conforme al Derecho Canónico. Barcelona, Editorial Bosch, 1959.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. "Errores de la Ley de Divorcio", Lex, N° 24, junio de 1976. pág. 14.
- GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, Introducción al Derecho de Familia, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1982.
- HINESTROSA FORERO, Fernando. Concordato, Matrimonio y Divorcio. Bogotá, Editorial Tercer Mundo, 1974.
- HUNTER, T. El Matrimonio Moderno y la Sexualidad, Buenos Aires, Paidós, 1976.
- LOPEZ ALARCON, Mariano. "Garantías Jurídicas del Matrimonio", Familia y Sociedad, Vol. 6 N° 11, abril de 1981, pág. 26.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Matrimonio Civil y Divorcio en la Legislación Colombiana, 2a. edición Bogotá, Editorial Temis, 1979.
- NAVARRETE, Urbanus. Quodam Problemata Actualia de Matrimonia, 3a. Ed. Roma, Pontificia Universitas Gregoriana 1980.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil Bogotá Editorial Temis 1976.

REPUBLICA SOCIALISTA DE CUBA. CODIGO DE FAMILIA. Bucaramanga, Ediciones Laher, 1975.

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

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia, Editorial Nascimento, Santiago de Chile.

SOTO GOMEZ, Jaime. "Defectos de Nuestra Legislación de Familia" Arco, N° 247, agosto 1981, pág. 26.

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

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil: Derecho de Familia, XXX 4a. edición, Bogotá Editorial Temis, 1978.