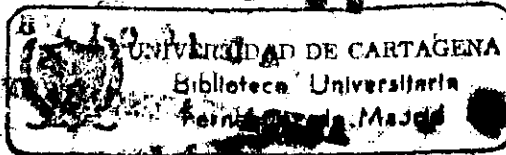


DEPARTAMENTO



U N I V E R S I D A D D E C A R T A G E N A

F A C U L T A D D E D E R E C H O Y

C I E N C I A S P O L I T I C A S

M I R T H A M A N G A R I T A C O G O L L O Z A P A T E I R O

" M A T R I M O N I O Y D I V O R C I O "

T E S I S P A R A O P T A R E L T I T U L O D E :

D O C T O R A E N D E R E C H O Y C I E N C I A S P O L I T I C A S

S C I B
00018759

- C A R T A G E N A -

R E P U B L I C A D E C O L O M B I A

23340

346.2
C64

2

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD: DOCTOR MANUEL NAVARRO PATRON

SECRETARIO: DOCTOR ALVARO BARRIOS ANGULO

DECANO ENCARGADO: DOCTOR ALVARO BARRIOS ANGULO

PRESIDENTE HONORARIO: DR. EDUARDO BOSSA ECHENIQUE

PRESIDENTE DE TESIS: DOCTOR ANIBAL PEREZ CHAIN

EXAMINADORES:
DOCTOR CARLOS TORRES BUSTILLO
DOCTOR GUILLERMO SANCHEZ PERNETT
DOCTOR

SECRETARIO DE LA FACULTAD: DOCTOR MANUEL BENITO REVOLLO

CARTAGENA, ENERO DE 1972.-

"LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA
LAS OPINIONES EMITIDAS EN LAS TESIS;
TALES OPINIONES DEBEN SER CONSIDERA-
DAS COMO PROPIAS DE SU AUTOR".

(ARTICULO 83 DEL REGLAMENTO)

D E D I C A T O R I A

La presente la dedico a mi Madre, hermanos familiares y amigos.

¡Oh Padre que me guiastes por el camino del saber, que pusistes desde niña la fé en mi, hoy dichosa imploro a tu ángel, llevar a tí éste peldaño mas alcanzado por mis esfuerzos y por los de mi querida Madre.!

MIRTHA M. COGOLLO ZAPATEIRO

" I N T E R D U C C I O N "

Con el propósito de cumplir con el requisito de la "Ley de Grado" que exige la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena a quienes terminan satisfactoriamente sus cinco (5) años de estudios, para poder obtener el Título de "Doctor en Derecho y Ciencias Políticas" que confiere la ya nombrada Escuela de Derecho, nos pusimos a divagar sobre los muchos temas que pueden ser materia del trabajo.

Confesar debemos que no resulta nada fácil decidirse. Son tan variados y tan importantes los asuntos que ofrecen las disciplinas jurídicas, que en realidad cualquier aspecto que del Derecho tratemos debe ser necesariamente de singular interés. Mas como quiera que actualmente en nuestro País se debaten temas en el Congreso relativos al Matrimonio Eclesiástico, el Civil, Concordato, Divorcio vincular, etc., esta circunstancia sirvió para motivarnos, y de ahí que nuestro trabajo haya sido titulado "Matrimonio y Divorcio".

Particularmente y perdonémos la inmodestia, consideramos que el tema escogido es magnífico y, y en especial muy oportuno, por la circunstancia ya anotada.

Tratamos en el estudio que es objeto del presente trabajo, aspectos tales, como: Matrimonio Eclesiástico, su carácter sacramental según la Iglesia católica, así como su indisolubilidad por mandato divino. El matrimonio civil a la luz de la legislación colombiana. Deberes que impone la Ley a los Cónyuges, ya unidos en matrimonio eclesiástico o en matrimonio civil.--

Con especial atención abordamos lo referente al divorcio vincular que se trata de implantar hoy en nuestro país, después de que hace ya muchos años naciones Europeas y Americanas lo han adoptado.--

En este aspecto estimamos que nuestra legislación debe dar un paso de avanzada adoptando el divorcio vincular, y como quiera que ya se han experimentado "cabezas ajenas" las consecuencias que este puede acarrear tanto como para los cónyuges, los hijos y la sociedad en general, debemos aprovechar dichas experiencias, a fin de adoptar una posición intermedia que nos permita acoger, si el divorcio vincular, pero con severas restricciones.

C A P I T U L O I

ETIMOLOGIA D LA PALABRA MATRIMONIO. CONCEPTO DEL MATRIMONIO. DEFINICION. SEGUN EL CODIGO CIVIL. DIVORCIO Y TALLAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO. CARACTERES DEL MATRIMONIO. COMO SACRAMENTO.

ETIMOLOGIA DE LA PALABRA MATRIMONIO.

La palabra matrimonio viene del latin MATRIMONIUM, que significa oficio de madre, porque a la mujer le toca la parte mas pesada en él.-

CONCEPTO DEL MATRIMONIO.

El concepto del matrimonio puede establecerse en dos sentidos: el técnico y el vulgar. En el técnico significa un acto jurídico bilateral o sea el acuerdo de voluntades, sin el cual no puede haber matrimonio, ya que el consentimiento es un elemento indispensable para que él se realice.-

En sentido vulgar significa una institución que origina una situación jurídica permanente o sea dos individuos de distinto sexo que convienen en vivir juntos para formar un hogar, y llegar a tener hijos para la multiplicación de la especie humana.

DEFINICION DEL MATRIMONIO.

El matrimonio en nuestra legislación colombiana está reglamentado en el Código Civil, en su artículo 113 que dice así: "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."- En virtud de esta definición, el matrimonio implica siempre el acuerdo de voluntades de un hombre y una mujer; sin este acuerdo no hay matrimonio, esto es lo que da a entender la palabra contrato empleada en el Artículo, aunque es discutible la conveniencia de usarla.-

Para la mayoría de los tratadistas de Derecho Civil el matrimonio es un contrato, pero hay otros que niegan ese carácter.-

El tratadista Valencia Zea, estima que es muy discutible el empleo de la palabra "Contrato", hubiera sido preferible -- que se empleara el término "Acuerdo de voluntades" y que este acuerdo debe ser solemne, y si se omiten estas solemnidades no hay matrimonio.

CARACTERES DEL MATRIMONIO.

Segun el Código Civil, las características del matrimonio son:

- a) Es un contrato. Porque requiere siempre el acuerdo de dos voluntades que concurren a su celebración, pero es un contrato "natural" porque está enca-

9

minado a un fin exigido por la naturaleza humana.-

b) Es un contrato sui-generis, que se diferencia esencialmente de los otros contratos, pues se celebra nada mas entre dos personas y de distinto sexo.- En general los contratos versan sobre cosas exteriores y materiales y sobre todo en el campo economico y están sujetos al libre arbitrio de los contratantes, en cambio el contrato matrimonial es especial, ya que tiene todo determinado de antemano.-

Es de anotarse que entre los demas contratos y el matrimonio como tal hay la gran diferencia de que en los primeros la voluntad puede ser suplida por alguna persona, cosa que no ocurre en el matrimonio. Aquí se necesita que la voluntad sea manifestada en forma personal. Aun en el caso del matrimonio por poder, se requiere que el poder sea especial y que se otorgue por escritura pública, para que se presuma su autenticidad.-

c) Es solemne. Es decir, que está sujeto a formalidades especiales para su celebración, en virtud a la trascendencia que tiene su validez en la constitución de la sociedad y porque de él surgen derechos de terceras personas.

d) Entre un hombre y una mujer. En los otros contratos las partes pueden ser o no ser del mismo sexo. En el matrimonio se requiere que sea entre dos personas de distinto sexo.-

Es importante esta condición porque uno de los fines primordiales del matrimonio es la cohabitación para poder procrear y llegar a la multiplicación de la especie humana, misión que está obligado a cumplir el hombre por el solo hecho de venir al mundo.-

e) La unión es actual. Circunstancia por la cual queda eliminada toda modalidad suspensiva en el matrimonio.

f) Es indisoluble. Lo que quiere decir que el vínculo que surge, solo se destruye o disuelve con la muerte de uno de los contrayentes, ya que se basa en las palabras de nuestro Señor "que lo que Dios une el hombre no pueda disolver". De ahí que si puede haber separación de cuerpo pero nunca ruptura del vínculo matrimonial.

g) Con el fin de vivir juntos de procrear y auxiliarse mutuamente. De todas estas finalidades la más importante es sin duda la procreación, para la conservación de la especie humana.

TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

Algunos tratadistas han señalado varios aspectos sobre la naturaleza jurídica del matrimonio, como veremos a continuación:

- 1o) Como Institución.
- 2o) Como acto Jurídico mixto.

- 3o) Como contrato ordinario
- 4o) Como estado jurídico
- 5o) Como acto de poder estatal

COMO INSTITUCION.

El matrimonio es una institución jurídica porque está consagrada en los Códigos. Es un conjunto de normas de igual naturaleza y que al establecer sus elementos y fijar los derechos y obligaciones de los contratantes, persiguen las mismas finalidades al crear un estado permanente de vida que será la fuente de una gran variedad de relaciones jurídicas.

COMO ACTO JURIDICO MIXTO.

Los partidarios de esta teoría, ven en el matrimonio, la concurrencia de un acto privado con uno público. El acto privado en el consentimiento de las partes y el público en la intervención que en él tiene el funcionario público que representa al estado.

Segun Blaniol y Ripper en el matrimonio hay en realidad, como en la adopción una voluntad creadora de efecto jurídico y está sometida de una manera general a las condiciones que el código civil ha impuesto para la eficacia de la voluntad contractual.-

Pero el matrimonio lo mismo que la adopción, es una Institución Jurídica. Si el acuerdo de voluntades es necesario para que tenga lugar la aplicación de las normas legales es importante para condicionar los efectos y duración del compromiso. La función de la vo-

lujtad estará limitada a una sumisión a las reglas legales. Para los sostenedores de esta teoría el matrimonio es un contrato y a la vez una institución .-

COMO CONTRATO ORDINARIO.

Es esta la teoría que los Estados moder nos han aceptado desde que se separó el matrimonio civil del religioso: Se trata de una teoría meramente civilista.-

La idea de que el matrimonio es un contrato, es rechazada por algunos autores debido a influencias de orden religioso, por que en la doctrina canónica la institución del sacramento ma trimonial ha absorbido al contrato.

COMO ESTADO JURIDICO.

El estado de una persona es el conjunto de elementos que determinan su situación en la familia. Es el llamado estado civil o su condición frente a la sociedad o el Estado; entonces tenemos el "estado policia". Los estados ju rídicos son aquellos que producen concenuencias jurídicas per manentes. Como el matrimonio constituye ese estado jurídico - entre los contratantes, ellos adquieren derechos y contraen - obligaciones a las que no pueden renunciar por ser de orden p público. Si llegaren a pactar renunciandolas, se tendrán como no hechas.-

EL MATRIMONIO COMO ACTO DE PODER ESTATAL.

El Italiano Antonio Cicu sostiene que el matrimonio es un "acto de poder estatal", ya que parte de la base de la especial importancia que tiene el hecho de declarar los esposos su voluntad ante el oficial como representante del Estado y que toda otra declaración o contrato realizado entre los esposos no tiene ninguna validez.-

EL MATRIMONIO INSTITUCION SACRAMENTAL.

La Iglesia Católica - considera el matrimonio como un sacramento instituido por - nuestro Sr. Jesucristo, y por tener esa calidad de sacramento, se le considera como un dogma de fé hasta el extremo de castigar con la excomuni3n a quienes duden de ellos.-
Por ser esta uni3n un sacramento instituido por nuestro se1or Jesucristo no hay potestad terrenal que pueda romperlo, sino la muerte de uno de los conyugues.-
Fué en el Concilio de Trento donde se proclamó que el matrimonio es una instituci3n sacramental, a pesar que muchos dicen que en la Iglesia Apostolica primitiva jamás se conoció el matrimonio sacramento.
El fin primordial del Concilio de Trento fue el de restablecer la unidad de la fé y devolverla a la Iglesia la influencia sobre sus adherentes, aumentar sus definiciones dogmáticas entre las cuales se señaló al matrimonio como sacramento,

declarando en el canon 11 de la septima sesión del Concilio que quien negara que el matrimonio es uno de los siete sacramentos quedará excomulgado para siempre de la Iglesia católica.-

Con la Institución del matrimonio sacramento la Iglesia católica ha sometido a sus feligreses y declarado la indisolubilidad de ese acto porque fue instituido por Cristo y como dogma de fé asi debe creerse, sino se quiere ser anatema, ya que lo que Dios ha unido el hombre no puede destruir.-

En la legislación Colombiana, está el matrimonio instituido como Sacramento de acuerdo con lo establecido en el Art. 50 de la Ley 153 de 1.887, es indisoluble el matrimonio por haberse celebrado de acuerdo con lo establecido en el Concilio de Trento cuyo postulado tiene vigencia en nuestro pais porque asi lo establece la Ley 54 de 1924, y la Ley 35 de 1888. Este matrimonio no es sino un medio que ha empleado la Iglesia católica para influenciar sobre sus feligreses, porque el matrimonio es un contrato consensual que como tal debe disolverse por el consentimiento de las partes, mediante sentencia judicial.-

La teoria del matrimonio como sacramento se encuentra en el canon 1012 del Código de Derecho Canónico cuyo tenor dice: "Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el matrimonio entre bautizados". Por consiguiente entre bautizados no puede haber otro matrimonio válido sino el sacramental.

C A P I T U L O I I

REQUISITOS DEL MATRIMONIO.

Los requisitos para la validez del matrimonio pueden clasificarse en requisitos de fondo y requisitos de forma.

Los requisitos de fondo se refieren a las cualidades que deben reunir los contrayentes, y los segundos o sean los de forma, atañen al modo como deben celebrarse el acto matrimonial.

Entre los requisitos de fondo, hay uno positivos y otros negativos. Son positivos: la diferencia de sexo entre los contrayentes, su capacidad, y el consentimiento o manifestación de voluntad. Los negativos son: la existencia de un matrimonio anterior en alguno de los contrayentes el parentesco entre ellos, y el plazo de la viudez en la mujer etc.

Los requisitos de fondo positivos impiden el matrimonio en caso de que no existan, y los negativos de fondo impiden el matrimonio en caso de que existan.

En cuanto a los requisitos de forma hay que tener en cuenta los que se refieren al tiempo anterior del matrimonio y los que son coetáneos a su celebración.

REQUISITOS POSITIVOS DE FONDO.

DIFERENCIA DE SEXO ENTRE LOS CONTRAYENTES

Este es uno de los requisitos más importantes en el matrimonio, ya que la ley expresamente dice que quienes contraen matrimonio deben ser un varón y una mujer, y aún cuando no hubiere dicho el Código, tal cualidad tendría que exigirse, dado la naturaleza y fines del matrimonio.

Antiguamente este requisito era mas estricto, ya que no solo se requería la diferencia de sexo, sino que existiera la posibilidad de procrear, ya que el matrimonio fuera de ser una unión estable de dos seres tenía también la finalidad de procrear.

Pero el derecho civil moderno solamente exige la diferencia de sexo como elemento primordial, y la posibilidad de cohabitar, aunque no sean apto para procrear. La diferencia de sexo es condición necesaria para la existencia del matrimonio, y por ello no habrá matrimonio si el sexo de uno de los cónyuges no es distinto al otro.

En el mismo sentido se ha expresado la jurisprudencia francesa a partir de una sentencia de la corte de Casación, según la cual todo matrimonio se subordina a la doble condición de que el sexo de cada uno de los cónyuges sea reconocido y que difiera del otro.

Tambien es necesario la posibilidad de cohabitar y de ahí que no haya matrimonio si la cohabitación no es posible por algun defecto o imperfección de los órganos sexuales de uno de los contrayentes.

La jurisprudencia Belga, dice que en relación con la nulidad del matrimonio por tener la esposa o alguno de los cónyuge defectos en sus órganos genitales que haga imposible las relaciones sexuales debe tener como causa de diferencia de sexo.-

CAPACIDAD.

La capacidad es otro de los requisitos importantes para que haya matrimonio; pero esta capacidad es diferente a la que se requiere para la celebración de los contratos, porque para estos la edad es la de los 21 años, ya que según la ley a esa edad es cuando tienen una voluntad reflexiva; mientras que la otra se refiere a la constitución de la comunidad doméstica, con la satisfacción del apetito heterosexual de los seres humanos y con los altos fines de la procreación.

La ciencia biológica enseñan que las personas son aptas para procrear antes de cumplir los 21 años, es decir - cuando alcanzan el perbdo de la pubertad, esto es a los 14 años para el varón y los 12 para la mujer.-

Requisitos negativos de fondo.

Ciertos factores ético social son también considerados como impedimentos para la celebración del matrimonio.

Entre estos requisitos están:

a) **EXISTENCIA DEL VINCULO MATRIMONIAL ENTRE LOS CONYUGES.**

Este requisito se refiere al régimen familiar adoptado por los Estados modernos, es decir la monogamia. No puede una persona estar ligada a un mismo tiempo por dos vinculos matrimoniales, ya que ello implica que una mujer tuviera dos maridos o que un hombre tuviera dos mujeres o más.

Este requisito existe hasta cuando el matrimonio subsista. Por lo tanto es nulo el matrimonio que celebra una persona ligada a otro con un vinculo matrimonial actualmente válido y si lo contrae comete delito de bigamia, que es sancionado por el Código de Derecho Penal, en su artículo 358.-

b) **INEXISTENCIA DE PARENTESCO ENTRE LOS CONTRAYENTES.**

La familia da origen al parentesco, y este lo forman los vinculos o lazos existentes entre los miembros de ella. Así son parientes los padres y los hijos, los hermanos entre sí, los tios y sobrinos.

El parentesco puede ser de consanguinidad o de afinidad.-

El parentesco de consanguinidad o parentesco natural ^{del} -
causa en los vinculos de la sangre, como el que existe entre
padres e hijos. El parentesco de afinidad, llamado tambien -
legal es el que existe entre una persona que ha conocido car-
nalmente con otra y los consanguineos de este.

El parentesco es impedimento dirimente. En virtud de
las disposiciones del Código Civil, prohíbe el matrimonio en
forma absoluta entre los parientes legítimos o ilegítimos por
línea directa.

c) ADULTERIO DE LA MUJER.

Segun el numeral 7 del Art.14 de CC, está prohibido el matri-
monio de la adúltera y su cómplice, siempre que antes de la -
celebración se hubiere declarado judicialmente probado el adul-
terio.

En el antiguo derecho eclesiastico, la mujer adúltera y su-
cómplice quedaban sujetos a penitenciaría, lo cual les impedia-
contrar matrimonio.

En derecho Colombiano el impedimento existe únicamente para
la mujer adúltera, y para que tenga eficacia debe haber sido -
aprobado el adulterio en juicio antes del nuevo matrimonio:

d) HOMICIDIO DEL CONYUGE.

Tambien se prohíbe el matrimonio del cónyuge que "ha matado o hecho matar el cónyuge con quien estaba unido en matrimonio anterior (cc Art.140 numeral 8o). Sobre este impedimento, el cánón 1075 del C.de Co, establece: "No puede contraer matrimonio, los que de común acuerdo, cooperando física o moralmente, dieron muerte al otro cónyuge". Así es como debe entenderse el Art.140, por que según está redactado el artículo se entiende es que el cónyuge nunca puede contraer matrimonio.

e) PLAZO DE VIUDEZ EN LA MUJER.

Este impedimento lo establece la Ley cuando prohíbe el matrimonio antes del parto a la viuda que hubiese quedado embarazada de su anterior marido, o antes de los 270 días subsiguientes a la muerte del marido, si no diere señales de preñez.-

REQUISITOS DE FORMA ANTERIORES AL MATRIMONIO.

Entre los requisitos de forma anteriores al matrimonio son:

AVISO AL JUEZ Y PUBLICACIONES.

Cuando el hombre y la mujer decidan casarse deben ir a donde el juez, competente y manifes-

tarle su deseo.

Esta decisión deben manifestarla verbalmente o por escrito y en el mismo memorial expresarán su nombre, el de sus padres, o curadores y los testigos que deben declarar sobre las cualidades de ellos.

El Juez, una vez recibido el memorial empezará a practicar todas las diligencias necesarias para obtener el permiso de los padres, o de las personas que deben dar la autorización.

El Juez también interrogará a los testigos, sobre las cualidades de los contrayentes.

Obtenido el permiso y recibidas las declaraciones, el Juez procederá a hacer publicaciones del proyecto de matrimonio, pues la Ley manda que este sea un acto público.

Dichas publicaciones se realizan mediante la fijación de un Edicto durante 15 días en la puerta de la secretaría del Juez, Edicto en el cual se anunciarán la solicitud hecha, los nombres y apellidos de los futuros contrayentes, y el lugar de su nacimiento.

Si los contrayentes son de diferentes municipios, el Juez del domicilio de la mujer le enviará al Juez del domicilio del hombre el Edicto para que los exhiba durante 15 días, y pasados los 15, se devolverá al Juez respectivo.

La finalidad principal de las publicaciones es darle oportunidad a las personas que por cualquier motivo puedan oponerse a la celebración del matrimonio.-

REQUISITOS DE FORMA COETANEOS A LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.

Estos requisitos se refieren al funcionario encargado de presenciar y autorizar el acta, al lugar donde debe celebrarse a la presencia de los contrayentes y de los testigos.

EL FUNCIONARIO.

Los funcionarios competentes para la celebración del matrimonio son los Jueces Municipales, del lugar del domicilio de la mujer. Art.126 del CC.

EL LUGAR.

En relación con el lugar la Ley ordena que debe ser el del domicilio de la mujer.

CONTRAYENTES Y TESTIGOS.

Es requisito importante que los contrayentes expresen su voluntad ante el Juez, y en presencia de dos (2) testigos.

Los contrayentes deben comparecer personalmente ante el Juez, para que expresen su voluntad de casarse entre sí.-

COMO DEBEN EXPRESAR SU CONSENTIMIENTO.

Presentes los contrayentes y los dos testigos y el Secretario, el Juez preguntará a los contrayentes si es de su voluntad unirse en matrimonio y les hará saber que el matrimonio no se disuelve sino por la muerte de alguno de los cónyuges.

ACTA DE MATRIMONIO.

Expresando los contrayentes su consentimiento se levantará un acta de lo ocurrido, y lo firman el Juez, el Secretario, los contrayentes y los dos testigos.-

C A P I T U L O I I I

OBLIGACIONES Y DEBERES ENTRE LOS CONYUGES. EFECTOS DEL MATRIMONIO SEGUN LA LEGISLACION COLOMBIANA. POTESTAD MARITAL.-

OBLIGACIONES Y DERECHOS ENTRE LOS CONYUGES.

Todos los derechos y obligaciones de orden personal entre los conyuges, forman parte del orden público de la Nación, de suerte que los conyuges no pueden renunciar a ellos ni antes ni durante el matrimonio; tampoco pueden modificarlos.-

De dichos deberes unos son comunes a los conyuges como la fidelidad, la ayuda mutua, la asistencia, el socorro y la cohabitación. Otros son exclusivos de cada conyuge, como la obligación que tiene la mujer de serle obediente a su marido y la protección por parte del marido, y al paso que es para él una obligación también es un derecho que integra la potestad marital.-

Como es obvio fuera de los deberes legales examinaremos enseguida, el matrimonio engendra también deberes morales entre los conyuges como el amor, que aunque muchos han pedido se transforme en deber legal no ha sido posible por la dificultad práctica de asegurar su sanción, lo que haría nulatoria la norma legal, pues sabemos que el derecho es esencialmente violable en cuanto se dirige a la voluntad libre del hombre y por definición —

exige una sanción que asegure su cumplimiento o que, en caso de incumplimiento permita la debida indemnización o reparación del daño causado.-

Asi la estipulación en virtud de la cual el varón exonera a su mujer de seguir al domicilio o en la que se estipula que el marido fija determinado sitio como residencia sin poderla cambiar, con cláusulas que no producen ningun efecto porque modifican una obligación de orden público.-

Los compromisos que al momento de contraerse el matrimonio se hagan de que el marido va a dejar a la mujer en el domicilio de sus padres, aunque sea en consideración a ellos que consintió en casarse, no solo no produce efecto alguno, sino que niquiera alcanza a afectar la validez del matrimonio, ni su violación constituye fundamento para pedir divorcio o separación de cuerpo, como tampoco es fuente de indemnización de perjuicio.-

OBLIGACIONES Y DERECHOS RECIPROCOS ENTRE LOS CONYUGES.

Los derechos y obligaciones de los conyuges segun el Código Civil son:

- a) La obligación de cohabitar .
- b) La obligación de fidelidad.
- c) La obligación de ayuda y socorro mutuos

LA OBLIGACION DE COHABITAR.

Esta obligación surge de la finalidad del matrimonio: como es la procreación y la satisfacción ordenada de las relaciones sexuales.

Este deber se funda en el derecho que tiene el marido de obligar a la mujer a vivir con él, y la relativa obligación de ésta de seguirlo adonde quiera trasladar su residencia y en el derecho que tiene de ser recibida en la casa de aquel.-

El incumplimiento de este deber, dicen los autores no puede ser sancionado ni puede exigirse coercitivamente, porque este deber comprende un elemento material del matrimonio y un elemento moral; repugna a este último el empleo de la fuerza pública. Sin embargo, la jurisprudencia francesa ha admitido tres clases de sanciones coercitivas: el embargo por el marido de las rentas de la mujer, el apremio contra el conyuge que contraviene el deber de cohabitación, y el empleo de la fuerza pública con el objeto de hacer volver a la mujer al domicilio conyugal, o de obligar al marido a recibirla.-

En nuestro derecho es aceptable que, como sanción al incumplimiento del deber de cohabitación, se recurra a la negativa por parte del otro conyuge a suministrarle los alimentos que le deba, e incluso

a pedir el divorcio con fundamento en cualquiera de las causas 4a. y 5a. del Artículo 154 del Código Civil, pues la negativa a cohabitar constituye un incumplimiento de los deberes conyugales y un gran ultraje, que impide al conyuge - procurar el nacimiento de los hijos.-

Esta obligación de cohabitar se cumple con la satisfacción del debito conyugal, es decir por medio de una cópula en si apta para la generación de la prole. De tal suerte que no se incumple, cuando se rehusa practicas sexuales contra natura o anticonceptivas.-

Esta obligación cesa por declaración de nulidad, por divorcio o separación de cuerpo, por demencia, enfermedad contagiosa o por cualquiera otra desgracia semejante en alguno de los conyuges (Código Civil Arts. 153 y 155) .-

POTESTAD MARITAL.

Segun el articulo 175 inciso 2o. del Código Civil "El marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido?.-

Se ha considerado desde mucho tiempo atrás, al hombre como mas fuerte y mejor dotado de calidades para la lucha por la vida, para el desarrollo de los negocios.-

Basandose en esta Ley le ha impuesto a este la obligación de proteger a la mujer en todas las vicisitudes de la vida.-

Pero esto no debe entenderse de una manera absoluta, pues en no pocos casos es la mujer la que orienta el hogar y quien protege al marido.-

La mujer a su turno le debe obediencia al marido, porque en principio es este el jefe de la familia, a quien se reservan las decisiones definitivas como lo exige la unidad misma del matrimonio y el orden que debe reinar en las relaciones y actividades familiares. Este deber tampoco es absoluto porque la mujer es esposa y no esclava, la protección y la obediencia se debe subordinar a la equidad.-

El Código Civil en su artículo 177 define lo que se entiende por potestad marital: "La potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer".-

Noción que ha sido modificada, en cuanto se refiere a los bienes, pues en virtud del artículo 5o. de la Ley 28 de 1.932, la mujer adquirió su plena capacidad civil, es decir, se le sacó de la lista de los incapaces.-

Dicha Ley recortó notablemente los derechos del marido sobre los bienes de la mujer; podemos decir que la potestad marital hoy día solo hace relación-

a la persona de la mujer y no a sus bienes, a la elección del domicilio y en cierta dirección del hogar.-

La ley 23 de 1.932 trajo una innovación respecto a la capacidad civil de la mujer casada.-

Anteriormente el artículo establecía: "son representantes legales de una persona, el padre o marido cuya potestad vive, su curador o tutor" por supuesto el artículo 2504 del mismo Código Civil preceptuaba en su inciso 3o. "son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad, los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo, la mujer casada y las personas jurídicas"-.

Igualmente el artículo 1.805 concedía al marido la jefatura única de la sociedad conyugal y podía administrar libremente los bienes sociales y los que la mujer tuviera al momento de contraer matrimonio.-

Pero esto fue modificado por la Ley 28 de 1.932, que estableció que cada cónyuge administre libremente sus bienes.-

Otra innovación importante es la consagrada en el Art.5o. de dicha Ley que dispone: "la mujer casada, como tal, puede comparecer libremente al juicio como demandante o demandada; y para la administración de sus bienes no necesita autorización del marido, ni licencia del Juez,

como tampoco el marido será su representante legal". Así según lo preceptuado por la Ley 28 de 1932 la mujer adquirió plena libertad para administrar todos sus bienes.

DEBER DE FIDELIDAD.

La Ley exige que los conyuges sean fieles entre si y considera tan grave la infidelidad de la mujer como la del marido. El código tambien erige la fidelidad en una obligación civil en cuanto establece que "Los conyuges están obligados a guardarse fé", pese a lo cual considera mas grave la infidelidad de la mujer por estimar que ofende el honor del marido y porque dá la posibilidad de atribuirle la paternidad de unos hijos que no son suyos, al introducir personas extrañas al círculo familiar, lo que no ocurra ciertamente tratandose de la infidelidad del marido. Como dice Somarriva, el deber de fidelidad "consiste en que los cónyuges deban cohabitar entre si y no con una tercera persona, entendida la palabra cohabitar en cuanto implica el acto conyugal, pues en el sentido de vida común constituye propiamente una esencial característica del matrimonio que por definición misma es la unión de un hombre y una mujer con el fin de "vivir juntos" es decir, con el fin de hacer vida común de cohabitar.

INFIDELIDAD DE LA MUJER.

El simple adulterio de la mujer o sea la relación sexual con un hombre diferente al marido, por secreta y ocasional que sea, supone el incumplimiento de la obligación de fidelidad.

Siempre que se habla de adulterio en la mujer suele hacerse referencia al caso normal y más frecuente de relaciones sexuales con hombre distinto del marido; pero la doctrina universal ha aceptado que no solo las relaciones sexuales con un hombre distinto a su marido constituyen adulterio, sino también a otros casos en que no hay relaciones sexuales propiamente dichas.

Entre los primeros tenemos que es adulterio toda relación sexual de la mujer casada con un hombre diferente al marido, o con animales, casos de bestialidad son considerados como adulterio en la doctrina Alemana. Entre los segundos tenemos las relaciones sexuales en que no hay propiamente actos sexuales, como en el caso de lesbianismo y también cuando se ha practicado la inseminación artificial acto que no supone ciertamente relaciones sexuales en el sentido corriente de expresión, y para algunos tratadistas FRANCESES, constituye una atroz injuria al marido.-

INFIDELIDAD DEL MARIDO.

El Código civil, en armonía con la antigua norma que subsiste en algunas legislaciones, considera que las relaciones sexuales del marido, secretas y ocasionales, contra mujer no implican infidelidad y sólo la constituyen aquellas relaciones sexuales públicas y notorias. Esta tesis se encuentra respaldada por la misma constitución biológica del hombre.

No obstante el derecho moderno trata de equiparar las faltas de la mujer a las del marido.-

Desde este punto de vista, las relaciones sexuales del marido, secretas ocasionales con animales, con hombres, con cosas o solitario, no son adulterio, pero esos mismos actos continuos y reiterados si lo constituyen, porque imposibilitan el cumplimiento normal de las obligaciones. De modo, pues, que el adulterio, sea cometido por el hombre o por la mujer debe ser un acto voluntario y no consentido por el otro cónyuge.-

De tal suerte que no comete adulterio la mujer que es sometida violentamente o en estado de inconciencia, a realizar actos sexuales y lo mismo ocurre cuando el conyuge consciente el acto de adulterio o se hace participe en él. No puede pedir el divorcio.

DEBERES DE SOCORRO Y AYUDA MUTUOS.

Consiste esta obligación en que cada uno de los cónyuges debe suministrar o proveer al otro de lo indispensable para subsistir. Esta obligación pesa primeramente sobre el marido, como Jefe del hogar, y cuando no tiene bienes también le corresponde a su mujer, y se traduce en la obligación de auxilio pecuniario, principalmente alimento y sustento en general.-

En efecto el artículo 179 del Código Civil dice: "razón por la cual el marido debe suministrar a la mujer lo necesario, según sus facultades y la mujer tendrá igual obligación respecto del marido; si este careciere de bienes" con lo cual se está indicando que se trata de una obligación recíproca; también, que por otra parte está prevista expresamente en el Art. 411 inciso 1º del Código Civil al hablar de los alimentos que por la Ley se deben a ciertas personas, entre ellas el conyuge, marido, o mujer, alimentos que son congruos, es decir, los correspondientes a la posición social del alimentado.-

Desde luego que la obligación alimentaria adquiere modalidades especiales según se trate del estado normal del matrimonio; del anormal, en caso de divorcio o separación de bienes. En el régimen del Código, en el estado normal del --

matrimonio la sociedad conyugal es obligada al pago de los gastos que demanden el mantenimiento de los conyuges (art. 179 del Código Civil). Si la sociedad carece de bienes, se aplica la misma regla del Art. dicho, en cuanto al cónyuge que tenga bienes debe suministrar al otro lo necesario para vivir .-

En capitulaciones matrimoniales podía pactarse un régimen distinto con el fin de que la mujer disfrutara de pensión periodica (Artículo 1.776 inciso 2o.). En el nuevo régimen de bienes en el matrimonio, establecido por la ley 28 de 1.932, cada cónyuge administra y dispone libremente de sus bienes, tanto de los anteriores al matrimonio, como los adquiridos en el y respecto de las deudas destinadas a satisfacer las ordinarias necesidades domesticas, los cónyuges responden entre si. Pero aún dentro de este régimen tiene perfecta aplicación el Art. 179 del Código Civil.-

Cuando hay separación de bienes subsiste el deber de socorro.-

Cuando ocurre la separación, ambos cónyuges deben proveer a las necesidades de la familia común en proporción a sus facultades, y el Juez puede reglamentar la contribución en

caso necesario (Art.205) En caso de divorcio el marido culpable del divorcio debe contribuir a la cóngrua y decente sustentación de su mujer, la cual pierde su derecho a alimento cuando por su culpa se ha decretado el divorcio.(Art. 411 inciso 4o. del Código Civil).-

Quando el cónyuge tiene bienes o rentas y no cumple con la obligación de socorro que le corresponde, el otro cónyuge tiene tres caminos a seguir : El primero, - en demandar el divorcio por abandono en el otro de los deberes de esposo o esposa.(Art.154 del Código Civil). El segundo, en la posibilidad de acudir a la justicia en juicio de alimento.(Art.411 del Código Civil y 414 y siguientes del nuevo código de procedimiento civil.(Proceso abreviado), y el tercero puede demandar penalmente, pues conforme a lo que dispone el Art.40 de la Ley 75 de 1.968 el Conyuge que incumpla la obligación "está sujeto a la pena de seis (6) meses a dos (2) años de arresto y en multa de Mil pesos (\$1.000.00 a Cincuenta mil. (\$50.000.00) pesos, pero en cualquier estado del proceso penal se suspenderá la acción penal si lo pide el cónyuge denunciante y si el cónyuge procesado garantiza bajo-caución el cumplimiento de sus obligaciones (Art.42 de la Ley 75 de 1.968.-"

Tambien podrá suspenderse la ejecución de la condena si el cónyuge procesado garantiza bajo caución la prestación de la obligación cuya violación dio origen a que se cometiera el delito o se violara la ley. (Art.43 de la misma ley).-

C A P I T U L O I V

REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL. LA SOCIEDAD CONYUGAL. NATURALEZA Y CARACTERISTICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. CAPITULACIONES MATRIMONIALES. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

REGIMEN ECONOMICO DEL MATRIMONIO.

El matrimonio crea entre los cónyuges dos sociedades; una de bienes y otra de personas.

La sociedad de bienes que es la que vamos a estudiar en este capítulo se conoce con el nombre de Régimen Económico matrimonial o Régimen de bienes en el matrimonio.-

La sociedad de personas, tiende a ser de orden público, por no poderse derogar mediante la voluntad de los contrayentes, mientras la que rige la sociedad de bienes son de orden privado, pues los cónyuges pueden antes del matrimonio, regular por su propia voluntad la situación jurídica de los bienes que tengan antes de celebrar las nupcias, así como de los bienes que por cualquier causa adquieran durante él, también pueden decir acerca de su distribución, una vez disuelto el matrimonio.

Pero la Ley, teniendo en cuenta la costumbre y el modo de pensar de la familia Colombiana, ha establecido un régimen de bienes en el matrimonio por el cual se regirán los cónyuges, que de manera expresa se quieran someter y los que no han pactado régimen alguno.— Este estatuto es de derecho común o régimen legal, los contrayentes que quieran someterse a él no necesitan pactarlo.—

El régimen que los cónyuges acuerdan antes del matrimonio, en relación con sus bienes que aportan, como los que adquieran durante el matrimonio su distribución, como las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro de presente o futuro, reciben el nombre de "capitulaciones matrimoniales o pactos matrimoniales".—

SOCIEDAD CONYUGAL.

(La sociedad conyugal, es la comunidad de bienes que surge en virtud del matrimonio).—

Esta sociedad se forma únicamente entre los cónyuges. Se caracteriza esencialmente por la existencia de una masa común que pertenece pro-indiviso a los conyuges y que está destinada a distribuirse entre ellos cuando la sociedad se disuelva por alguna causa.—

Lo esencial para que exista un régimen de sociedad conyugal es la masa común de bienes, y nada más. No es de la esencia de una sociedad conyugal que sea el marido el jefe o administrador de la masa común, o que la masa no se reparta entre los cónyuges en partes iguales, o que los bienes provengan de uno solo de los cónyuges o de ambos etc.

Entre los tipos de sociedad conyugal que pueden pactar los esposos están:

- a) Sociedad universal de bienes gerenciada por el marido.-
- b) Sociedad universal de bienes gerenciada por el marido y la mujer.-
- c) Sociedad de gananciales con administración particular de cada cónyuge.
- d) Sociedad de muebles y gananciales.-

Pero estos tipos de sociedades no son exclusivos, porque ellas pueden conbinarse con otras.-

En este régimen de sociedad conyugal, se refiere es a la sociedad de gananciales con administración particular de cada cónyuge, por ser este el régimen que impuso en Colombia la Ley 28 de 1.932.-

En este régimen de sociedades, se distinguen tres patrimonios: Los bienes propios del marido, los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales o sociales que son los que se van a repartir una vez disuelta la sociedad conyugal.-

SOCIEDAD UNIVERSAL DE BIENES GERENCIADA POR EL MARIDO.

Muchos autores consideran este tipo de sociedad como "símbolo perfecto del matrimonio", Gierke, entre otros, la considera como la mejor síntesis de la indisolubilidad que crea el matrimonio entre los cónyuges: Un cuerpo, un alma un patrimonio.-

Todos los bienes que cada uno de los cónyuges tenga en el momento del matrimonio, entran a formar parte de la masa común, como también todos los bienes que por cualquier título adquiera durante el matrimonio; en este tipo de sociedad solo hay un patrimonio social, y cualquiera de los bienes de los cónyuges pertenecen a la sociedad.-

Aquí en esta sociedad la administración del haber social corresponde al marido. Esta administración por parte del marido, corresponde exactamente a la antigua idea de la incapacidad civil de la mujer casada, hasta el --

punto de que no sabemos decir si el régimen es consecuencia de la incapacidad de la mujer o nó.-

Esta clase de sociedad, está desapareciendo de todas las legislaciones modernas. Hasta el año de 1.900 existió en algunas comarcas de Alemania como régimen de Derecho común, y por este motivo el Código Aleman la reglamenta como régimen convencional.-

Este régimen no se puede pactar en Colombia actualmente porque es quitarle a la mujer casada la capacidad que le dió la ley 28 de 1932.-

SOCIEDAD UNIVERSAL DE BIENES GERENCIADA POR EL MARIDO Y LA MUJER.-

En este tipo de sociedad entran a formar parte del patrimonio social todos los bienes de los cónyuges, aún los que adquirieran a título de herencia o legado o donaciones con tal que se exprese así en las capitulaciones. El marido tiene la administración de los bienes que haya aportado o adquirido durante la sociedad, y la mujer a su vez administrará los suyos también.-

El conjunto de los bienes se repartirá por partes iguales entre los cónyuges o sus herederos al disolverse la sociedad conyugal por alguna de las causales señaladas por la ley.-

SOCIEDAD DE GANANCIALES CON LA ADMINISTRACION PARTICULAR DE CADA CONYUGE.

Este fue el régimen implantado en Colombia por la Ley 28 de 1.932 al darle a la mujer casada la capacidad para administrar sus bienes sin la tutela del marido.

Conforme a este régimen, solamente vienen a formar parte del haber social aquellos bienes que los cónyuges adquieran a título honoroso durante la sociedad conyugal; estos se dividirán por partes iguales entre los cónyuges al momento de disolverse la misma.-

SOCIEDAD DE MUEBLES Y GANANCIALES.

Aquí en este régimen de sociedad se le dá un tratamiento diferente a los bienes muebles que aportan o adquieran los cónyuges en relación con los inmuebles, se inspira en el viejo sistema Romano en que el marido tenía un derecho mas fuerte en los bienes muebles de su mujer que sobre sus mismos inmuebles.-

En el derecho moderno este sistema se traduce en que todos los bienes muebles de los cónyuges, entran a formar parte del haber social.-

En este régimen entran a formar parte de la sociedad conyugal los siguientes bienes:

- a) Todos los gananciales de los bienes de los cónyuges.
- b) Todos los bienes muebles de los cónyuges, tanto los adquiridos durante la sociedad — como los aportados a ella .—

Este sistema es el que impera en Francia, porque de acuerdo con esta legislación, todos los bienes muebles de los cónyuges se convierten en patrimonio común.—

Para disolver este tipo de sociedades se reparten entre los cónyuges o sus herederos por partes iguales.

COMBINACION DE LOS OTROS TIPOS DE SOCIEDADES

En Colombia, el régimen más empleado es el de gananciales con administración particular de cada cónyuge, pero este régimen puede dar lugar a injusticia, cuando uno de los cónyuges tiene bienes cuantiosos al momento de celebrarse el matrimonio y el otro es pobre, pues en este caso el reparto de los frutos o gananciales puede causarle al otro cónyuge pobre un enriquecimiento.—

Peró para que no ocurra esto se podrá pactar por medio de capitulaciones que los frutos del patrimonio poseidos al momento del matrimonio no se repartirán como gananciales, sino los adquiridos a título honoroso durante la sociedad conyugal.-

QUE BIENES FORMAN PARTE DEL HABER SOCIAL.

Son bienes sociales o sea que pertenecen a la sociedad conyugal lo siguiente.

- a) Todos los bienes que los cónyuges adquirieran durante la sociedad a título honoroso.
- b) Los frutos de toda clase de bienes pertenecientes a la sociedad ya sean bienes propios y exclusivos de los cónyuges o bienes de la sociedad.-

A partir de la Ley 28 de 1.932 el haber social está compuesto únicamente por los siguientes bienes:

- 1o) Rendimiento del trabajo, por ejemplo; honorarios profesionales, los sueldos y los salarios, los emolumentos o precios provenientes de ejecución de contratos diferentes del trabajo, valor o rendimiento de las obras de la inteligencia, cuando se crean durante la existencia de la sociedad, las ganancias debidas al juego, las minas denunciadas por uno de.

los cónyuges.-

Se ha discutido si el valor que adquieran los bienes raíces durante el matrimonio y que ha sido aportado por uno de los cónyuges, le pertenecen a él o a la sociedad, los autores fijan como pauta que debe tenerse en cuenta es - la causa que ha determinado ese aumento, así, si proviene de trabajos como desmonte, irrigaciones, caminos, modificaciones etc. pertenecen el valor mayor al cónyuge dueño, pero los - gastos hechos en las mejoras se debén a la sociedad.-

QUE BIENES NO FORMAN PARTE DEL HABER SOCIAL.

No entran a formar parte del haber social, sino que son de propiedad exclusiva de cada cónyuge los siguientes bienes:

- a) Los bienes que los cónyuges poseían antes de formarse la sociedad conyugal.-
- b) Los bienes adquiridos antes o después de la formación de la sociedad por medio de herencias, legajos, donaciones, es decir a título gratuito.-
- c) Los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges despues de disuelta la sociedad conyugal.-

El código civil en su artículo 788, disp -
que tampoco entran a componer el haber social; el inmue-
ble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble pro-
pio de alguno de los cónyuges.-

2o) Las cosas compradas con valores propios
de cada uno de los cónyuges.-

3o) Todos los aumentos materiales que perte-
necen a cualquiera especie de uno de los
cónyuges, formando un mismo cuerpo con -
ella.-

El régimen de la sociedad de gananciales es -
el establecido por la Ley, cuando los cónyuges no celebran
capitulaciones matrimoniales.-

Los cónyuges tienen la libertad de escoger -
antes de la celebración del matrimonio el régimen que les
parezca mejor para regirse, pero teniendo en cuenta cier -
tas limitaciones que la ley taxativamente señala, como en-
el artículo 16 del Código Civil que dice: "no podrán dero-
garse por convenios particulares las normas de cuya obser-
vancia están interesados el orden público y las buenas cos-
tumbres".-

DEPARTAMENTO DE
JUSTICIA
COMUNIDAD DE CARABOBO

Las limitaciones son las siguientes:

- 1o) No puede pactarse un régimen de sociedad conyugal universal con administración exclusiva del marido.-
- 2o) No puede establecerse un régimen de sociedad de gananciales inherencias de la mujer en la administración.
- 3o) No puede pactarse sociedad universal de bienes cuando se hace por fraude a terceros o a la ley.

NATURALEZA Y CARACTERISTICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

La sociedad conyugal existe aunque algunos de los conyuges no tenga ningun bien que aportar; lo que no ocurre con otras sociedades en donde cada socio tiene que aportar algo a la sociedad.-

En el contrato social, las ganancias se reparten a prorrata de los aportes, mientras que la sociedad conyugal se reparten los gananciales por mitad entre los cónyuges.-

En la sociedad conyugal solamente pueden formarla los cónyuges, mientras que en las otras sociedades pueden ser varias personas.-

La administración de la sociedad conyugal corresponde a los cónyuges conjuntamente, mientras que en las otras sociedades pueden los socios delegar esta función a un extraño en la sociedad.-

La sociedad conyugal, tiene su principio y su fin fijado por la Ley, mientras que en las otras sociedades el tiempo se estipula al momento de su formación.-

En la sociedad conyugal, los que la componen son personas naturales mientras que en las otras sociedades pueden entrar a formarlas personas jurídicas.-

Características.

La sociedad conyugal es una comunidad, se forma únicamente por el matrimonio.-

En cuanto a su naturaleza jurídica algunos autores dicen que es una comunidad universal de bienes, una indivisión que tienen los cónyuges sobre los bienes que participan del concepto de gananciales.-

Unos autores dicen que la sociedad conyugal tiene sus características propias que la diferencian de las demás sociedades.-

CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Los acuerdos o pactos que los cónyuges pueden celebrar antes del matrimonio con respecto a la situación jurídica de los bienes que aporten a la sociedad conyugal o a los que adquirieran durante ella, propiamente no son contratos, pues estos tienen por función esencial establecer obligaciones entre los que lo celebran (Código Civil Art. 1.495), y aquellos son un estatuto o forma de organización de una sociedad de bienes entre los cónyuges, en algunos casos, y en otros llegan a ser convenciones que elimina esa sociedad de bienes. De ahí que a tales pactos se les debe llamar convenciones matrimoniales o pactos matrimoniales o como los denomina el Código Civil, capitulaciones matrimoniales.

REQUISITOS DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

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

REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO.

Para celebrar válidamente capitulaciones matrimoniales, el consentimiento debe estar exento de error, dolo o violencia.-

Estos vicios no son los mismos que los del consentimiento para el matrimonio, puesto que en este, no se admite el do lo como causal de nulidad, sea que provenga de los conyuges, sea de un tercero, mientras que en las capitulaciones si constituye causal de nulidad.- Esto se debe a la naturaleza de los dos pactos, o sea del matrimonio y del régimen de bienes.-

CAPACIDAD.

La capacidad para celebrar capitulaciones matrimoniales es la misma que para celebrar matrimonio, de modo que las personas capaces para casarse lo son también para efectuar las capitulaciones.-

El Artículo 1.777 del Código Civil, dice: "el menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer capitulaciones matrimoniales, con la aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor, menos las que tengan por objeto renunciar a los gananciales, o enajenar bienes raíces, o gravarlos en hipotecas o servidumbres. Para las estipulaciones de esta clase será necesario que la justicia autorice al menor ". El que-

se haya bajo curaduría por otra causa que la menor edad necesitará de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará a las mismas reglas.-

De este artículo se deduce que el Código se refiere a dos situaciones que son: la edad en los menores y la edad en los mayores.-

MEJORES DE EDAD.

En cuanto a los menores de edad la ley aplica la máxima *Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*. Vale decir, que las personas capaces para contraer matrimonio son capaces para celebrar capitulaciones relativas al régimen de bienes.-

Los varones mayores de 21 años y las mujeres de 18, pero los mayores mayores de 14 y las mujeres mayores de 12 pueden celebrar matrimonio solo con la debida autorización, de las personas llamadas a autorizarlas, lo mismo que las capitulaciones.-

Pero esta disposición tiene su excepción, que la consagra en el artículo 1777, que dice: "la renuncia de los gananciales y la enajenación de bienes raíces.-"

Como consecuencia de estas dos excepciones, el menor de edad no puede renunciar a los gananciales ni enajenar bienes raíces sin licencia judicial.-

MAYORES DE EDAD INCAPACES.

La incapacidad para el matrimonio no es exactamente la que se establece para la celebración del matrimonio. Así un sordomudo que no puede darse a entender por escrito, no puede contratar (Código Civil Art.1.504), pero puede contraer matrimonio." Si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos" asimismo un disipador interdicto no puede contratar, pero puede celebrar matrimonio. En cambio la capacidad que se exige para celebrar capitulaciones es la misma que se exige para contratar. Los mayores incapaces pueden recibir autorización de sus representantes legal para contratar.

SOLEMNIDADES.

Las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse por escritura pública, es decir ante Notario y con la presencia de los futuros contrayentes o de sus mandatarios legales (Artículo 1772 del Código Civil:).-

Si en las capitulaciones no hay bienes raíces se pueden hacer por Escritura privada, y firmada por los esposos y por tres testigos domiciliados en el País.-

EPOCA EN QUE DEBEN CELEBRARSE LAS CAPITULACIONES.

Las capitulaciones deben celebrarse necesariamente antes del matrimonio y tambien pueden resultar, adicionadas o corregidas antes de él; pero para que estas adiciones o alteraciones hechas a las capitulaciones primitivas tengan valor, se requiere que se hagan en la misma forma que las capitulaciones en principio o sea por Escritura Pública, y que se ponga un extracto o minuta de las alteraciones al margen del protocolo de la primera escritura. Si no se coloca dicho extracto las alteraciones solo obligan a las partes y no a terceros (Código Civil Art. 1.779 .-

INEFICACIA DE LAS CAPITULACIONES.

En las capitulaciones matrimoniales es preciso distinguir como causales de ineficacia la caducidad, y la inexistencia.-

LA CADUCIDAD.

Como las capitulaciones matrimoniales se celebran antes del matrimonio y en consideración a él, jamás un hombre y una mujer podrán regirse por dichas capitulaciones sin haber contraído matrimonio, es decir que la eficacia de ella se condiciona a la celebración válida de las nupcias.-

Por lo tanto, la falta de celebración del matrimonio conduce a la caducidad de las capitulaciones, no obstante que estas sean intrínsecamente válidas, sin el matrimonio no producen efecto, es decir caducan. Lo mismo caducan cuando uno de los futuros contrayentes deshace su compromiso y contrae matrimonio con persona diferente, y también cuando muere o cae en incapacidad.-

Pero la caducidad es dudosa cuando los futuros esposos contraen matrimonio y dejan transcurrir varios años antes de celebrarlo.- Entonces producen efecto las capitulaciones validamente celebradas y no resultan nulas ?. La jurisprudencia francesa enseña al respecto que la cuestión es saber si nos hayamos o no ante un caso de caducidad, es un asunto de hecho que deberá resolver el Juez teniendo en cuenta las causales por las cuales no se efectuó el matrimonio.

INEXISTENCIA.

La inexistencia es diferente a la caducidad. Como las capitulaciones deben celebrarse antes de efectuarse el matrimonio y esta condición es esencial, si los contrayentes las celebran despues de haberse efectuado el matrimonio o las modffican, estas carecerian de eficacia jurídica, esto es, no producen efecto alguno. En este caso se debe hablar de inexistencia y no de nulidad.-

Tambien serán inexistentes las capitulaciones celebradas por personas distintas de los contrayentes o las pactadas por simple documento privado cuando es necesario - que sea por escritura pública.-

NULIDAD.

Se habla de nulidad de las capitulaciones en el mismo sentido que se emplea dicho término para los negocios jurídicos en general, es decir, como ausencia de alguno de los requisitos exigidos por la ley para la total validez de las declaraciones de voluntad.-

En lo referente a las capitulaciones matrimoniales y sus nulidades se aplican las reglas del derecho común. Así, los vicios del consentimiento o la falta de capacidad en los menores adultos dá origen a una nulidad relativa; en cambio -

las estipulaciones cuyo objeto es ilícito, por ser contrario al orden público o a las buenas costumbres, o que emanen de incapaces absolutos producen nulidad absoluta. Las nulidades son totales y parciales; son totales cuando las capitulaciones se anulan en su totalidad como por vicios del consentimiento, incapacidad; y son parciales cuando se anulan algunas de las estipulaciones, pero subsisten las capitulaciones en lo demás, como cuando alguna de las cláusulas es contraria al orden público, siendo lícitas las restantes.-

DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

La sociedad conyugal, vimos, surge siempre del matrimonio, por lo cual la sociedad se disolverá en todos los casos en que se disuelve el vínculo matrimonial. No obstante hay casos en que a pesar de no disolverse el vínculo matrimonial, se disuelve la sociedad.-

El Artículo 1820 del Código Civil enumera las siguientes causales de disolución de la sociedad conyugal.-

1o) Por la disolución del matrimonio.

Este es un efecto que opera por vía de consecuencia. Hemos visto que la sociedad comienza conjuntamente con el matrimonio, al destruirse lo principal esa misma suerte corre lo accesorio.-

2o) Por la presunción de muerte de uno de los conyuges.

La muerte presunta opera, al tenor del artículo 96 del Código Civil cuando una persona desaparece del lugar de su domicilio.-

Hay que distinguir tres períodos principales que son:

El de mera ausencia: comprende el hecho de que el individuo no se hallé presente en el lugar de su domicilio y además,- que no se sepa donde se encuentra hasta el punto de que se dude si está vivo o no. Este período de ausencia debe durar por lo menos dos años.-

Transcurridos estos dos años se declarará judicialmente la muerte presunta y se efectúa la posesión provisional de los bienes del desaparecido. En este período es cuando se produce la disolución de la sociedad, conforme al Art. 99 del Código Civil que dice: "en virtud del Decreto de posesión provisional, quedará disuelta la sociedad conyugal,- si la hubiera con el desaparecido.....", pero si el que ha sido declarado muerto presuntivamente regresa pueden rehacer la sociedad conyugal, si ellos quieren, pero si la esposa ha contraído nuevas nupcias no será obligado a seguir al marido primero, y a que con la declaración de muerte por desaparecimiento se disuelve la sociedad conyugal.-

3o) Por la sentencia de divorcio perpetuo o de separación de bienes total.

Se ha criticado la redacción de este artículo, en cuanto habla de divorcio perpetuo; pero en Colombia no existe diferencia entre divorcio perpetuo y temporal, por lo tanto, cualquier divorcio implica siempre disolución de la sociedad conyugal.-

Esto se debe a a que la sociedad conyugal es consecuencia directa de la vida en común de los cónyuges.-

En caso de divorcio se disuelve la sociedad conyugal, pero que suceda si los cónyuges más tarde vuelven a unirse ?.

Los tratadistas han estado de acuerdo al considerar que la reconciliación de los conyuges y el restablecimiento de la vida común no implica el restablecimiento de la sociedad conyugal.

El Artículo 167 establece que la sociedad solo se restablece por disposición judicial; de lo contrario quedará sometida al régimen de separación de bienes.-

4o) Por declaración de nulidad del matrimonio.

Esta causal de nulidad, se refiere al caso del matrimonio nulo fuere putativo, porque si el matrimonio hubiera sido simplemente nulo, es igual a que si no hubiera existido, y sin matrimonio tampoco ha podido nacer la sociedad conyugal que es.

una consecuencia de aquel, sólo se habría producido entre los presuntos cónyuges una sociedad de hecho.-

C A P I T U L O V

LA CRISIS DEL MATRIMONIO. EL CONCUBINATO. SUS ELEMENTOS.
CONCUBINATO SEGUN LA LEY ACTUAL. DEBERES ENTRE CONCUBINOS.
FINES DEL CONCUBINATO.

LA CRISIS DEL MATRIMONIO.

La norma matrimonial que actualmente reconoce como preponderante las legislaciones, han hecho crisis para dar paso a la libertad de amar, causal eficiente de los nacimientos ilegítimos.

Dice, Diego Angulo Laguna en (estudio sobre la condición jurídica de los hijos legítimos), - que el dinero es un medio de allanar el camino a la seducción y a las malas costumbres. La causa preponderante del comercio carnal ilícito se encuentra en la corrupción existente en las altas clases sociales donde los varones y las hembras toman parte en este concierto de inmoralidad, sin pudor y sin recato, entregándose al paladar moral incluso de las personas limpias. "Afirma que las mujeres del proletariado se entregan generalmente a los hombres de su clase y que "pasada la satisfacción del deseo, cuando el hambre las acosa y es forzoso tomar un camino en la lucha de la vida, la mayor parte de ellas toman el del lupanar en -

vez del de la fábrica o taller", pues encuentra una mayor utilidad comercial con su cuerpo, que trabajando honradamente, siendo la poca cultura unida a la miseria, la causa profunda de esta manera de obrar". Una causa general del comercio carnal ilícito, y por consiguiente, un positivo origen de la ilegitimidad".--

El autor citado concluye diciendo que es un problema de moralidad pública y unicamente considerandolo así y aplicando al mismo los principios de justicia que son pertinentes, es como se puede llegar a una solución acertada.--

Esta razón puede hacerse extensiva en nuestro medio. De un lado, los sistemas educativos con sus métodos de diferenciación y de exclusión de los dos sexos, han contribuido enormemente, sino al resultado degradante y fatalista esbozado, al menos a la creación de un ambiente en que hombres y mujeres eluden el trato humano, de donde han nacido la natural timidez y la falta de defensa o inhibitorios para los halágos de una fácil entrega. La misma ley, por el camino de hacer culpable a la víctima y de condenar al inocente con el laudable propósito de defender el matrimonio y la familia legítima, ha sido también uno de los factores primordiales del aumento de los nacimientos extramatrimoniales

y de la decadencia de la misma institución que se pretendía amparar.-

En la época actual, con la desintegración de la familia, las mujeres se han visto envueltas en un medio de relaciones económicas y de dependencia totalmente desconocida en el que patrono es un pulpo que reclama además de la fuerza de trabajo necesario al desarrollo de su industria y el pago de los bajos salarios, la satisfacción de sus apetencias sexuales, para la cual se encuentra un terreno abandonado por la falta de educación y de preparación en la mujer, quienes muchas veces ante la sola amenaza del despido, entregan los atributos invaluable de su virginidad, con mengua de las sanas costumbres y del honor de la familia.

Afortunadamente la ley le ha reconocido a los hijos nacidos de esa unión los derechos que tienen todos los seres humanos, ha responsabilizado a los padres y protegido a la mujer seducida dándole acción de perjuicio contra el seductor.-

El aumento desorbitante de las relaciones sexuales ilícitas y por ende el nacimiento de los hijos ilegítimos, han llevado a algunos espositores a hablar de una franca crisis del matrimonio, en la época actual para pretender justificar la libertad de amar.-

Jimenez de Asua, dice que probablemente la carestia de la vida, los nuevos caminos abiertos a la actividad de la mujer, el horror al enlace indisoluble del matrimonio, la predisposición a la vida marital libre, son verdaderas causas de la crisis del matrimonio. Sin embargo, hay otros autores partidarios de la nueva tendencia de matrimonios a prueba y matrimonios temporal, en que la ausencia de hijos faculta a los cónyuges para separarse sin indemnización alguna.--

Estos autores junto con Jimenez de Asua, concluyen que su formula es la "libertad de amar para todo ser humano, y matrimonio religioso para los fieles de la Iglesia -- que desean contraerlo, sin mas efecto jurídico que el de constituir una prueba utilizable por los descendientes para hacer valer sus derechos".--

Jimenez de Asua para llegar a estructurar su tesis se basó mas que todo en el Código de Familia Ruso, que estuvo vigente en el año de 1.872, en el cual se consagró la teoria socialista de las uniones libres, en toda su amplitud. En él, el matrimonio no estaba subordinado a ninguna formalidad y su inscripción en los registros era facultativo para -- las partes. Como consecuencia de la absoluta libertad que consagró, no existia la obligación de fidelidad, que se dejaba por entender a la conciencia privada de los contrayentes. De

modo que "lo que constituia el casamiento en esa legisla-
ción eran las relaciones intimas, estables y notorias, las-
cuales podian dar la impresión de cierto ligamen. Siempre
que hay tales indicios existe una unión legitima".-

Pero, este mismo autor reconoce que con motivo
de la encuesta preliminar a la expedición de dicho código,
se elevó una voz de protesta contra el cambio proyectado, es-
pecialmente la de los campesinos, lo que dió a Plastof, mis-
bro del Comité Central Ejecutivo a decir. "la población del-
campo está muy apogada al matrimonio religioso y considera -
que éste acto de su vida no es un simple entretenimiento que
puede ser creado hoy y suprimido mañana. El no proyecto no -
es mas que la legislación de la multiplicidad de matrimonios
y el derecho de tener varias mujeres, la ruina de toda moral
y la degeneración" .-

Pero en el año de 1.937 se expidió un nuevo -
Código de Familia en que reguló lo atinente al casamiento, al
aborto y al divorcio, haciendo este mas difícil. Con este -
Código cambiaron las cosas. -

Con normas mas severas que antes y mas acordes
con los principios de la antigua moral impuesta, la que se -
expresó por boca de Plastof.-

De manera que la misma Rusia Comunista ha da-
do un paso atrás en el camino emprendido por el amor libre
a pesar que sería comprensible y lógico que de acuerdo con
su sistema filosófico y económico predominara la libertad
de amar.-

EL CONCUBINATO.

Es una de las causas de amor libre. Tradicio-
nalmente se ha considerado como consecuencia de la relación
o trato de un hombre con una mujer llamada concubina, que vi-
ve y cohabita con él, como si fuera su marido, siendo ambos
libres, solteros o viudos y pudiendo por lo tanto contraer
entre sí legítimo matrimonio. Según el Código de derecho Ca-
nónico.

De modo que el concubinato es un estado de -
vida común que hacen un hombre y una mujer, que pudiendo ca-
sarse entre sí, no obstante no están unidos por el vínculo
del matrimonio. Por eso las uniones estables de personas ca-
sadas con personas distintas de su conyuge, ni las existen-
tes entre personas unidas por los lazos de parentesco que -
les impedirían el matrimonio, merecerían la denominación de
concubinato, precisamente por la imposibilidad de contraer
legítimo matrimonio entre sí. Estas uniones se llamaron ayun-
tamiento dañados o ponibles. Dañados porque no eran confor-

men al derecho y punibles porque merecían las mas fuertes sanciones:-

Sin embargo, la moderna orientación legislativa atendiendo al hecho de que los hijos provengan o nó del matrimonio de sus padres, ha terminado por no distinguir mas que dos clases: legitimos y naturales, subdivididos estos en naturales simples o en el hecho y en propiamente tales o naturales en derecho, segun que hayan sido o nó, reconocidos por sus padres y gocen o no, de los derechos que las leyes les confieron.-

Nuestra legislación referente al concubinato y a los hijos extramatrimoniales ha experimentado transformaciones fundamentales desde su iniciación.- El Código estableció una profusa clasificación de los hijos habidos fuera del matrimonio a efectos de determinar claramente su diversa condición legal, y reconoció efectos al concubinato para implantar con base en él una presunción legal de paternidad natural a favor de los hijos de concubinos.-

Dicha presunción podía destruirse por el padre mediante la comprobación de su imposibilidad para tener acceso a la mujer, durante el tiempo en que debió verificarse la concepción (Art. 328 del Código Civil) .-

El mismo estatuto llamaba concubina a la mujer que vivia publicamente con un hombre, como si fuera casada, siempre que uno y otro sean solteros o viudos (Articulo 329), es decir, atendiendo al hecho de que pudie-
 ron casarse entre si. Consagró pues, el concepto tradicio-
 nal del concubinato, correspondiente al concepto tambien-
 de hijo natural, establecido en el Art.52, segun el cual-
 se llamaba natural a los hijos nacidos fuera del matrimo-
 nio.-

ELEMENTOS DEL CONCUBINATO.

Ya hemos dicho que estas uniones extramatrimoniales cumplen fines semejantes a los de unión matrimonial.

Por eso, es preciso determinar -
 cuales son los elementos integrantes del estado de los con-
 cubinos, o en otros términos, cuales deben ser las caracte-
 risticas que debe reunir las uniones sexuales extramatrimo-
 niales para merecer el calificativo de concubinato.-

Dichos elementos son:

- 1o) Es una unión de hecho entre per-
 sonas de diferente sexo que viven como casados y cuya fina-
 lidad primordial es la procreación de los hijos.- El concu-
 binato supone una comunidad de relaciones, una forma de vida

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA
 MINISTERIO DE JUSTICIA
 SECRETARÍA DE JUSTICIA

que tiene la apariencia exterior del matrimonio, razón por lo cual es lógico que tenga por finalidad la procreación.-

2o) Unión extramatrimonial estable y no transitoria.-

No toda unión sexual de hecho aunque tenga por finalidad la procreación de los hijos, tiene la calidad de concubinato. Es necesario que sea estable y duradera, con caracteres de permanencia por oposición a las uniones sexuales accidentales y transitorias que solo tienen como fin exclusivo la satisfacción pasajera de los apetitos genésicos.

Los concubinos viven como si fueran casados, es decir semejando el estado matrimonial.-Que fijen su residencia independiente de la de su familia.-

EL CONCUBINATO SOBRE LA LEY ACTUAL.

Segun la legislación vigente, concubinato es toda unión de un hombre y una mujer que implica comunidad de vida, no importa el estado personal de quienes establecen esa comunidad, y son concubinos el hombre y la mujer que de hecho hacen vida marital sin estar unidos por vínculo matrimonial. Mirando las cosas des

de este punto de vista, el concubinato, como un estado de hecho, se contraponen al matrimonio que es un estado de derecho.-

DEBERES ENTRE CONCUBINOS.

Las obligaciones entre concubinos son de orden natural, ya que la legislación no las señala. Por lo tanto, estas obligaciones una vez cumplidas, no conceden acción a ninguno de los concubinos para exigir su devolución y si no se cumplen, no existe acción para exigir judicialmente su cumplimiento.

Las obligaciones entre los concubinos son semejantes a las que existen entre cónyuges, pues en primer término, deben ayudarse y socorrerse mutuamente durante la existencia del concubinato, puesto que el concubinato supone una unión de hecho en que un hombre se obliga a vivir con una sola mujer y ésta con un solo hombre, y si la mujer hace vida marital con hombre distinto del concubino ya no existe vida común.-

También se considera como obligación de la concubina, el deber de obediencia al concubino y de seguir su domicilio..

Además de estos efectos hay otros de orden económico, como son:

- a) Las donaciones entre concubinos.
- b) La reparación del concubino a la concubi-

en razón de los perjuicios que le haya causado.

c) Con la responsabilidad de terceros por la muerte accidental o el grave daño sufrido por uno de los concubinos, en relación con el concubino sobreviviente.--

FINES DEL CONCUBINATO.

Fuera del matrimonio existen estos dos de concubinato que de hecho cumplen los fines del matrimonio y a veces de manera mas completa y mejor orientada.

Asi como el matrimonio es un estado de derecho, el concubinato es un estado de hecho, del cual surgen obligaciones puramente naturales, y por tanto los derechos y obligaciones entre los concubinos y en relación con los hijos procreados carecen de exigibilidad, de acción que sancionen su cumplimiento ante la Justicia.--

A pesar que el legislador no ha reglamentado los efectos civiles en el concubinato, por no admitir que genera obligaciones civiles sino naturales, la Doctrina y la Jurisprudencia se han visto forzados a recurrir por medios indirectos, para reconocer dichos efectos, tremendamente presionados por la realidad desconcertante de la propagación social de las uniones libres y el aumento libre de los hijos así procreados, teniendo en cuenta, de otra parte los intereses personales y patrimoniales en juego.--

Partiendo de los datos que no suministra la vida social, generalmente nos encontramos con un hombre y una mujer que contrariando los principios de la moral y la Ley, se han vinculado personalmente por medio de una unión extra-matrimonial, al amparo de la cual se prodigan intimas atenciones y mutuos suministros, colaboran armónicamente en la formación y conservación de un patrimonio, procrean hijos por cuya educación y salud velan, en una palabra; se comportan de una manera similar a como lo harían en el estado de una unión legítima.

C A P I T U L O VI I

DISOLUCION DEL MATRIMONIO. ETIMOLOGIA DE LA PALABRA DIVOR-
CIO. ORIGEN DEL DIVORCIO. CONSIDERACIONES DOCTRINALES.-

DISOLUCION DEL MATRIMONIO.

En Derecho Colombiano el matrimo-
nio, tanto el canónico como el civil, solo tienen dos causa
les de disolución: la nulidad y la muerte de alguno de los
cónyuges.-

La nulidad se refiere a los matri-
monios irregularmente constituidos que no han logrado conva-
lidarse mediante su saneamiento. En cambio la disolución por
muerte supone un matrimonio que produjo todos sus efectos nor-
males, pero no pudo subsistir por haber desaparecido uno de
los sujetos que se requieren que existan.-

Tanto la muerte real como la pre-
sunta disuelven el matrimonio, pues el artículo 152 del Códigi
Civil habla de la muerte de uno de los cónyuges y tal -
muerte es la comprobada por hechos directos, como la presu-
mida ; declarada judicialmente.-

ETIMOLOGIA DE LA PALABRA DIVORCIO.

La palabra divorcio se deriva del latin divortit, que significa salir de la casa yendose cada uno por su lado; implica tambien la diversidad de voluntades.-

El divorcio generalmente se toma en dos sentidos:

a) En sentido de disolución matrimonial, de modo que los divorciados puedan pasar a nuevas nupcias.

B) En sentido de simple separación de personas. En este sentido el vínculo no se destruye, solo se relaja.-

A. ORIGEN DEL DIVORCIO.

En líneas generales el divorcio que reclama el código civil es el mismo que admite y reglamenta el Derecho Canónico, el cual no acepta el divorcio vincular, esto es, la disolución del matrimonio por causas diferentes de la nulidad o de la muerte de alguno de los cónyuges.-

La misma Iglesia se ha visto obligada a reconocer que por causas posteriores a la celebración del matrimonio pueda hacerse imposible la vida común, y que por

Tanto sosteniendo el principio de la indisolubilidad del vínculo que ata a los casados durante su vida, es necesario dar algún remedio que no pueda ser otro sino suspender transitoria o definitivamente la vida común.- Por lo tanto, entre nosotros el divorcio consiste únicamente en la separación de cuerpos, esto es en la cesación de la vida común que implica el matrimonio, y de ningún modo implica la destrucción del vínculo matrimonial. Esta Institución ha sido impuesta por la Iglesia al legislador colombiano; este nunca ha tenido libertad de pensar si efectivamente esa debe ser la Institución que debe reglamentar para la sociedad colombiana.-

La Institución del Divorcio implica siempre separación de cuerpos, es decir, suspensión de la vida común de los cónyuges.-

Al lado de la separación de cuerpos existe la simple separación de bienes, la cual en ciertos casos es absoluta. Como su nombre lo indica, quiere decir que el contrato relativo a los bienes se rompe, y por tanto entre los cónyuges no existen bienes comunes o masa de gananciales.-

Todo divorcio implica siempre la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, que por el hecho del matrimonio se forma entre los cónyuges.-

NOCION HISTORICA DEL DIVORCIO.

El sistema del divorcio se encuentra, en el Derecho hebreo, en el derecho Islámico, en las antiguas costumbres Germánicas y en el primitivo Derecho Romano.-

En el Derecho hebreo el divorcio consistía en la repudiación que el marido hacía a su mujer.-

En la India la mujer tenía el derecho de abandonar al marido cuando este fuese un vagabundo o un vicioso empedernido, o se alejara del hogar por largo tiempo.-

El marido por su parte solo podía justificar el abandono a su mujer únicamente cuando ella fuere estéril o diera a luz solo hebra.-

En la antigüedad las legislaciones, consagraban en su mayoría una fortísima potestad al marido, por consiguiente este tenía poder para repudiar a su mujer, facultad soberana y, por supuesto unilateral.-Esta forma se conoció con el nombre de divorcio-repudiación.-

CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS.

El divorcio ha sido causa de muchas discusiones; ya que con él se pone fin a la vida en común de los cónyuges, y les dá derecho a pasar a Nuevas - nupcias.-

Asi como tiene sus partidarios tambien existe quienes se oponen a él .-

Los que defienden el divorcio, ven en él un remedio, quizás único para enmendar errores,- que de otro modo serian irremediables, y asi terminar con - el suplicio tan grande de estar unido a otra persona sin - ya sentir amor hacia ella, y labrandose la propia desgra- cia de dos seres.-

Los detractores del divorcio lo consideran como elemento de disolución social, propicio a amparar todos los abusos, al menosprecio de la mujer, a sacrificar a los hijos y a producir la ruina del hogar, y - frecuentes desastres económicos.-

Entre los impugnadores, la - principal es la Iglesia Católica, ya que ella se basa es - en la indisolubilidad del vínculo matrimonial, en su eleva- vada condición de sacramento.-

En Roma, después que las grandes conquistas que introdujeron las riquezas y las costumbres orientales, los esposos se divorciaban con el desenlace matrimonial.-

En el Derecho Francés la in disolubilidad del matrimonio no aparece en el Derecho antiguo, sino después de muchos siglos en los que se esforzó por hacer triunfar esa doctrina.-

Esta indisolubilidad es obra de la Iglesia, combatida por sus opositores, a los que se unían Reyes y Principes, que buscaban librarse de los vínculos del matrimonio.

La revolución Francesa de 1.789 hizo que triunfara la teoría del divorcio .-

La Ley 20 de 1.792 estableció el divorcio, lo fundamentó como una consecuencia de la libertad tan combatida en la revolución. Ella decía que así como los cónyuges habían tenido libertad para unirse debía tener libertad para separarse.- De donde se concluye que el divorcio no solo puede llegar a ocurrir por causas determinadas, sino por mutuo consentimiento, ya que a nadie se le puede obligar a vivir con una persona que repudia.-

La revolución Francesa mas que en una orientación liberal se inspiró en el deseo de atacar a la Iglesia, a movidos por ese interés llegaron a propugnar la separación de cuerpo, para así obligar a los esposos a que se divorciaran.-

La Iglesia tiene como fundamento de esta indisolubilidad las siguientes palabras. "Lo que Dios une el hombre no puede desatarlo", constituye para ella, y todos los católicos, el obstáculo mas grande para aceptar el divorcio, ya que el fin principal es la ruptura del vínculo.

El divorcio tiene sus aspectos como toda institución humana, muy conveniente y sus factores criticables.

Historicamente es preciso reconocer el hecho de que el divorcio ha sido establecido por la mayoría de las legislaciones modernas y de los pueblos cultos, como Francia, Suecia, Inglaterra y Holanda.-

Entre los países latinoamericanos, tenemos a México, Venezuela, Argentina, Estados Unidos y otros más.-

Entre los países que rechazan el divorcio vincular y aceptan la separación de persona tenemos: España, Irlanda y Portugal. En América: Colombia, Brasil, República Dominicana y Bolivia.-

El divorcio reviste dos aspectos: El vincular o divorcio propiamente dicho que disuelve el matrimonio y deja en libertad a los esposos para contraer nuevas nupcias, el cual es condenado por la Iglesia católica, ya que para ella esto es un imposible; y la separación de cuerpo y de bienes de los esposos que no destruye el vínculo y los cónyuges no pueden pasar a nuevas nupcias, porque el vínculo no

se destruye sino con la muerte de uno de los cónyuges; sistema este acogido por la Iglesia Católica. Con este sistema solo lo que se termina es la vida común entre los cónyuges.-

En los países donde se admite el divorcio vincular, hay unos que solo permiten el divorcio mediante justa causa establecida por la ley, y otros que permiten también el divorcio con la sola voluntad de los cónyuges.-

El divorcio voluntario fue establecido en el derecho moderno durante la revolución Francesa, después pasó rodeado de suficientes garantías al Código Civil Napoleónico de 1.804.-

El divorcio voluntario existe en los siguientes Países: Venezuela, Ecuador, Panamá y Guatemala.-

C A P I T U L O VII II

DIFERENTES CONCEPTOS DEL DIVORCIO. SUS EFECTOS. CAUSALES DE DIVORCIO. PROCEDIMIENTO PARA OBTENER EL DIVORCIO. TERMINACION DEL DIVORCIO.-

DIFERENTES CONCEPTOS DEL DIVORCIO.

Hay muchos conceptos sobre el divorcio, y sus diversas clases son:

DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL.

El matrimonio se asimila a un contrato concluido por una duracion indeterminada, tal contrato puede terminarse en cualquier momento a voluntad de uno de los conyuges, no importando la voluntad del otro conyugo.-

DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

Esta clase de concepto es opuesto al anterior, ya que en este el matrimonio como contrato al fin necesita del acuerdo mutuo de los contratantes para que pueda rescindir el contrato, es necesario que lleguen a un acuerdo para que puedan liberarse.-

DIVORCIO REPUDIO.

En los tiempos antiguos solo el hombre podía repudiar a su mujer, no mirandola mas, o enviando le cartas, y arrojandola lejos de su casa. Este poder - que tenia el hombre era soberano, pero mas tarde se le fue recortando, hasta el punto de señalarle las causas de repudiación.-

Esta clase de divorcio era el que imperaba en el Derecho Romano.

DIVORCIO REMEDIO.

La disolución del matrimonio no podía - quedar a la entera voluntad de los cónyuges, de esta manera el divorcio puede ser pedido al menos por alguno - de los cónyuges, pero aluciendo un cierto número de causas.

Estas causales pueden ser todas aquellas que tornan imposible la vida común entre los cónyuges.-

CAUSAS DE DIVORCIO SEGUN NUESTRA LEGISLACION.

Las causales - de divorcio se encuentran señaladas en el Código Civil Art.

Primera Causal.

Adulterio de la Mujer y emancipamiento del marido.

El adulterio constituye la violación de uno de los principales deberes que tienen los cónyuges entre sí como es la fidelidad, ya que los cónyuges están en la obligación de guardarse fidelidad el uno al otro.

El adulterio viene del latín *adultere*, que significa falsificar, corromper, porque confunde la descendencia de las personas.

A través de todas las edades corre como una especie de reproche de la naturaleza, a las cortapisas artificiales que le ha puesto el hombre es el adulterio .-

El adulterio supone relaciones sexuales, por lo tanto ni la tentativa de adulterio ni los actos de ligereza ni de mala conducta sostenidos, se cuentan como causales de divorcio. Esta conducta de uno de los cónyuges podía ser estimada como una injuria respecto al otro cónyuge.-

La necesidad de relaciones sexuales como elemento tipificador del adulterio, permite solucionar un problema que se ha planteado los autores, y es el relativo a la fecundación artificial. Si la mujer casada practica a escondidas de su marido una eterofecundación es decir una fecundación artificial, proveniente de un hombre que no es el esposo, este acto constituirá sin duda alguna

una atros injuria al marido, pero no adulterio en el sentido de causal de divorcio, pero no por ello dejará la criatura de ser hijo adúltero.-

El adulterio es un hecho, por lo tanto susceptible de ser probado por todos los medios: testigos, presunciones, es decir la prueba libre.-

En nuestra legislación el adulterio no constituye delito y por consiguiente no tiene sanción penal sino civil.-

CUANDO LA MUJER ES INFIEL AL MARIDO.

El simple adulterio de la mujer o sea las relaciones sexuales con un hombre distinto de su marido por secreta y ocasional que sea, supone incumplimiento de la obligación de fidelidad.-

Siempre que se habla de adulterio de la mujer suele hacerse referencia al caso normal y mas frecuente de relaciones sexuales con hombre diferente al marido, pero la civilización actual hace extensivo este concepto de adulterio no solo a las relaciones sexuales propiamente dichas, sino a casos donde no existen propiamente actos sexuales, como el lesbianismo, inceminación artificial, actos con animales etc.-

El código civil, en armonía con una antigua forma de pensar que aún subsiste en algunas legislaciones considera que la relación sexual del marido, secreta y ocasional, con otra mujer, no implica en sí infidelidad y que sólo constituye infidelidad el anacebamiento.-

El anacebamiento consiste, en tener relaciones sexuales notorias y estables. Como consecuencia de esto no es adulterio del marido, el acto ocasional con animales, con hombres, pero esos mismos actos practicados en forma continua, reiterados con ciertas características de anormalidad pueden considerarse como adulterio, porque imposibilitan el cumplimiento normal de las obligaciones.

Segunda Causal.

Embriaguez habitual de uno de los conyuges.

También es causal de divorcio la embriaguez habitual de alguno de los conyuges, es lo mismo que permanente, pasión immoderada. Este vicio produce la perturbación de la paz del hogar y es conveniente poner atajo a estos disturbios, para no obligar a una mujer que puede tener un espíritu levantado a vivir con un hombre que no le respeta por entregarse al juego, a la bebida y a la disipación, y además por razones biológicas este vicio podría tener consecuencias funestas para la prole.-

La embriaguez implica el uso de licores en forma tan inmoderada que hace imposible la paz y el sociólogo doméstico.

El Artículo 154 ordinal 3o. pone como requisito la habitualidad por lo tanto un acto aislado de alcoholismo agudo de parte de uno de los cónyuges, no significaría la concurrencia de la causal en referencia.-

Tercera Causal.

Abandono de los deberes conyugales.

También es causal de divorcio "el abandono absoluto en la mujer de los deberes de esposa y de madre, y el abandono absoluto del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y de padre.-"

Este abandono debe revestir dos características, que son:

Voluntariedad y malicia.

El abandono no consiste en el hecho material de ausentarse, este hecho, puede ser perfectamente justificado para uno u otro de los cónyuges especialmente para el marido, dentro de nuestras costumbres por razones de ocupación o circunstancias diversas, por ejemplo, cuando el esposo ha debido ausen-

tarse del hogar a raíz de persecuciones políticas o de otro orden, ello no significa un abandono, por falta voluntaria.

El abandono es malicioso, cuando el propósito es liberarse de las obligaciones conyugales.--

El abandono en la mujer le constituye el hecho de apartarse del hogar conyugal para eludir la vigilancia del marido y contraer o proseguir cualquier género de relaciones ilícitas.--

El cónyuge que incumple los deberes que tiene para con el otro cónyuge o los que tienen para con sus hijos, incurren en abandono de sus deberes matrimoniales, y dá pie para que el otro cónyuge pueda pedir el divorcio. Pero el incumplimiento, para que sirva de causal de divorcio debe ser absoluto, es decir, continuo y también imputable al cónyuge. Así el marido que por carecer momentáneamente de dinero para ayudar a su hogar, no cumple con sus deberes, no incurre en la causal que se estudia.

Cuarta Causal.

Ultrato, Trato cruel y maltratamientos de obra.

Los malos tratos pueden ser de obras y de palabras.--

Los malos tratos de obras corresponden a lo que en derecho canónico se llama servicio que significa crueldad.-

Son las vias de hecho, los actos de violencia o aquellos que sin ser precisamente de violencia, hacen el hogar conyugal intolerable o poco digno.-

Por la naturaleza de las cosas es la mujer la que comunmente sea la victima de ellos.-

Los malos tratos de palabras son las ofensas, los insultos, los ultrajes, es decir las injurias dirigidas por uno de los cónyuges al otro en su daño o menosprecio.-

Los malos tratos deben ser graves y repetidos para que constituyan causal de divorcio. La gravedad es una cuestión de hecho la cual no está sujeta a reglas fijas y precisas, esta apreciación la hará el Juez teniendo en cuenta la condición social y mas que todo la educación los hábitos, y los sentimientos, de los padres.-

Los ultrajes o tratos cruel constituyen causal de divorcio "si con ellos peligrá la vida de los cónyuges o se hace imposible la paz y el sociage domestico".-

PROCEDIMIENTO PARA OBTENER EL DIVORCIO.

Para que se decrete el divorcio se requiere que haya habido perturbación de la vida conyugal por hechos imputables, directa e indirectamente a culpa de uno de los cónyuges, si se habla de culpa, en sentido lato porque todas las causas señaladas por el artículo 154 están inspiradas en el principio de la culpabilidad, de tal suerte, el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones conyugales que no se deba a culpa del cónyuge, no pueden dar fundamento al divorcio, como sucedería cuando un cónyuge no suministra lo necesario a su mujer o a sus hijos por verdadera imposibilidad.-

Pero puede suceder que existan hechos no imputables a culpa de uno de los cónyuges, y que sin embargo, hacen imposible la vida en común de los conyuges. Ante este hecho suspender la vida en común, no sin llegar al divorcio artículo 155 del Código Civil que dice: "la demencia, la enfermedad contagiosa y cualquiera otra de gravedad semejante en alguno de los cónyuges, no autoriza el divorcio, pero podrá el Juez, con conocimiento de causa y a instancia de parte, suspender breve y sumariamente, en cual -

quiera de dichos casos la obligación de cohabitar, quedando sin embargo subsistente las demás obligaciones conyugales para el esposo desgraciado".-

La acción de divorcio es personalísima y por tanto intransmisible a los herederos.-

TITULAR DE LA ACCION.

El único titular de la acción de divorcio es el cónyuge inocente, según lo establece el código civil en su artículo 156, quiere decir con esto la ley que solo puede pedir el divorcio el cónyuge que es inocente de los hechos que dan base para solicitarlo y ello porque no tendría explicación racional tolerar por ejemplo que la mujer adúltera pidiera el divorcio alegando su mismo adulterio o el marido alegando su amancebamiento. En razón del adulterio de la mujer solo el marido puede pedir el divorcio, y en razón del amancebamiento del marido, solo la mujer puede pedirlo. En el caso en que tanto la mujer como el marido hayan incurrido en causales de divorcio, puede pedirlo ya sea la mujer adúltera alegando el amancebamiento del marido, ya sea el marido infiel alegando el adulterio en la mujer.-

PARTES EN EL JUICIO DE DIVORCIO:

En el juicio de divorcio solo son partes los conyuges y si alguno fuere incapaz, estara representado por su padre o su madre.

El articulo 410 del nuevoCodigo de procedimiento Civil establece que solamente pueden intervenir en el juicio de nulidad del matrimonio y en el juicio de divorcio las siguientes personas "Intervendran los padres o guardadores de los conyuges que autoriza la ley sustancial, solo procedera cuando el respectivo consorte fuere incapaz".-

Aunque solo los conyuges son parte de la demanda de divorcio se correrá traslado tambien al respectivo agente del ministerio publico.-

MEDIDAS PREVENTIVAS.

Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se adoptaran provisionalmente por el Juez y solo mientras dure el juicio las providencias siguientes:

- a) Separar a los conyuges, como un medio para prevenir y custodiar la vida de ellos mismos.-
- b) Confiarle a ambos, o a uno solo o a una tercera persona el cuidado de los hijos.-

c) Señalar la cantidad de dinero con que debe ayudar el cónyuge demandado al demandante.-

d) Decretar en caso de que la mujer esté embarazada, las precauciones necesarias, si el marido lo solicitare, para evitar una suposición de parto; observándose lo dispuesto en el capítulo XI Libro Primero del Código Civil.-

EFFECTOS DE DIVORCIO.

Al declarar el Juez del conocimiento el divorcio, este entra enseguida a producir sus efectos, que son los siguientes:

1o) Pone término a la vida en común de los cónyuges. Es este el principal efecto del divorcio y en torno a él giran los demás. Como ya se dijo la finalidad del divorcio no es el rompimiento del vínculo matrimonial, sino la mera separación de cuerpos, es decir la existencia de la comunidad doméstica. Las consecuencias naturales de estos efectos son: a) Termina para la mujer la obligación de seguir el domicilio del marido y para éste la de residir en su residencia. b) Termina la obligación de cohabitar y c) Termina la potestad marital o poder de dirección en manos del marido y la mujer puede, en consecuencia, ejercer --

cualquier actividad.-

2o) El cónyuge divorciado e inocente tiene derecho a exigir alimentos congruos del otro .-

3o) La sociedad conyugal queda disuelta. Es este uno de los casos en que subsiste el vínculo matrimonial sin sociedad conyugal.-

4o) Los hijos menores de siete años y las mujeres especialmente quedarán en poder de la madre, pero esta disposición no se aplica cuando la mujer ha sido la causante del divorcio por su adulterio, en-tonces en este caso los hijos mayores de 3 años, sin distinción de sexo pasarán a poder del padre.-

5o) Los cónyuges deberán pagar los gastos de crianza, educación y sostenimiento de los hijos.-

TERMINACION DEL DIVORCIO.

MUERTE Y RECONCILIACION.

El divorcio o separación de cuerpo constituye en realidad un estado anormal, que puede terminar por una de estas causas:

a) Por rompimiento del vínculo matrimonial, ya sea a causa de la muerte real o presunta de alguno de los cónyuges, o ya por declaración de nulidad.-

b) Por reconciliación de los cónyuges, la cual puede efectuarse durante el juicio de divorcio o después de proferida la respectiva sentencia.-

La reconciliación de los cónyuges antes de la sentencia de divorcio produce estos efectos:

En primer lugar extingue el juicio de divorcio y en segundo lugar los cónyuges no pueden entablar posteriormente juicio de divorcio por la misma causa, porque la reconciliación en este caso equivale a la renuncia de la acción de divorcio, esto es, a un perdón que hace el cónyuge inocente al culpable.-

Proferida la sentencia de divorcio, los cónyuges pueden reconciliar en cualquier tiempo, y en este caso se formará de nuevo la comunidad doméstica y cada cónyuge asumirá sus antiguas obligaciones matrimoniales.-

C A P I T U L O VIII

III

ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN COLOMBIA. EL CONCORDATO VICENTE. LA LEY CONCHA. EL CONCORDATO UN TRATADO INTERNACIONAL ? EL NUEVO PROYECTO DE DIVORCIO.

ANTECEDENTES DEL DIVORCIO.

Al hablar del divorcio en Colombia, no es un tema nuevo puesto que él existió desde antes de 1865. Al comienzo del período de la República, se presentaron en nuestro país dos intentos para establecer el divorcio vincular. El primer intento fué en 1.823, y el otro en 1.832, los que no prosperaron, pero que existen en nuestra historia como manifestación de la influencia de la Revolución Francesa en el radicalismo liberal de esa época. Cuando en Colombia existió el régimen feudal y existieron los Estados Soberanos, el País se dió una variada legislación para cada sección de la Nación.- Los Estados Soberanos de Cundinamarca, Antioquia, y Cauca, fueron partidario de la indisolubilidad del matrimonio civil, - mientras que los Estados de Bolívar, Panamá y Magdalena, por el contrario, se dieron legislación partidaria del divorcio vincular.-

La Ley de 20 de Junio de 1853, que rigió para todo el País, consagró a escala Nacional el divorcio vincular en Colombia. El Art.30 de esta Ley establecía: "el matrimonio se disuelve por la muerte de alguno de los cónyuges o por divorcio legalmente decidido". Este fué el unico Estatuto de carácter nacional, que consagró el divorcio con efecto en todo el País que sin embargo, no tuvo vida sino por 3 años, porque al llegar a la Presidencia Manuel María Mallarino, la derogó por medio de

La Ley de 8 de abril de 1856, para establecer "el matrimonio solo puede disolverse por la muerte de alguno de los cónyuges; todo pacto en contra es nulo".

Después vinieron la Ley 57 y 153 respectivamente de 1787 y 1838, donde se consagraron los siguientes principios:

- a) El matrimonio civil es indisoluble y solo existe separación de cuerpo.
- b) El matrimonio católico produce efectos civiles.
- c) La causa de nulidad y separación del matrimonio católico son de competencia exclusiva de la Iglesia y se rigen por sus leyes.-

Celebrado en 1887 el Concordato entre la Santa Sede y el Gobierno cuyo representante era en ese entonces Rafael Nuñez, que estableció, para los católicos o bautizados, la obligación de contraer matrimonio por los ritos del concilio de Trento. Y en 1838 el Art. 34 de la Ley 30 preceptuó que "el matrimonio celebrado conforme a los ritos de la Iglesia Católica anula ipso-jure el matrimonio puramente civil celebrado antes por los contrayentes", pero esta disposición afortunadamente fue derogada por el Art. 30 de la Ley 54 de 1924.

EL CONCORDATO.

El concordato que rige las relaciones entre la Santa Sede y el Gobierno Colombiano sobre distintas materias en que la Iglesia ha reglamentado y obtenido su intervención, es el celebrado en el año de 1887, y aprobado mediante la Ley 35 de 1888.-

Este concordato fue celebrado en Roma el 31 de diciembre de 1887 y su ratificación debería hacerla a más tardar seis (6) meses después ya que así lo contempla el mismo Acuerdo en uno de sus artículos que dice: "la ratificación y el canje del presente -

convenio se hará en el plazo de 6 meses desde la fecha de la suscripción o mas pronto si fuere posible".

En lo que hace al estado civil de las personas y mas concretamente al régimen matrimonial, por el concordato se estipuló la obligatoriedad del matrimonio por los ritos del concilio de Trento para todos los que profesan la religión Católica sin discriminación alguna y en orden a producir efectos civiles. De tal manera que en el principio los católicos no podían contraer matrimonio civil. Pero como en la aplicación de tal precepto algunos Jueces celebraron matrimonios civiles de aquellos contrayentes que afirmaban no pertenecer a la Religión Católica, libremente, lo cual suscitó excomuniones de los funcionarios que rectamente interpretaban el concordato, y tambien porque estaba vigente la Ley 30 de 1888, que declaraba nulo los matrimonios civiles celebrados con anterioridad al católico, se dictó la Ley 54 de 1942 o sea la Ley Concha.-

La ratificación del concordato correspondía al Congreso de la República vigente dentro de los seis (6) meses después del día en que fué firmado por los plenipotenciarios, mas esto no se sucedió así ya que por un abuso de poder el Presidente de Colombia integró un Consejo de Delegatario compuesto por sus Representantes dilectos, quienes asumieron poderes legislativos y el día 24 de febrero de 1887 expidieron la Ley 35.-

Este concordato fué firmado por el General Joaquin P. Velez, como Representante del Estado, y el Cardenal Rampolla del Tíndaro, como representante de la Iglesia en el cual hay consecuencias recíprocas", en intereses familiares ya que mediante este concordato el Presidente de ése entonces Dr. Rafael Nuñez obtuvo lo que deseaba, y su segundo matrimonio al ser reconocido publicamente por la Iglesia católica fué bien mirado por la sociedad colombiana. En 33 articulos le dió a la Santa

Sede la mayor parte de su soberanía la educación de la generación Colombiana y el sometimiento de la felicidad de todas las familias a la potestad de la Iglesia, la que es reconocida como la religión de Colombia en el Art. 10. del Concordato. Fue ampliado mas tarde por el convenio de 1.892, y aclarado en uno de sus artículos por la denominada Ley Concha.-

Mediante dicho Estatuto concordatario la Iglesia impuso su control sobre varios aspectos como son: el Estado Civil de las personas, especialmente el regimen del matrimonio, los cementerios y la educación, para lo cual se contó a su favor con el ambiente de la época y la vigencia de una constitución que por su contenido se aceptaba perfectamente la cláusula concordataria por cuanto en uno y otro Estatuto Jurídico se consagraba la sumisión del Estado a la Iglesia.-

Este concordato ha frenado el cambio social que necesita la familia Colombiana porque el anacronismo de nuestra legislación familiar causa una impotencia muy grande.

Mucho se ha insistido desde entonces para que ese convenio sea llevado al examen de un autentico congreso, pero todos los intentos han sido vanos porque la resistencia católica, considera que no debe existir el divorcio sino que se debe seguir las exigencias de la Iglesia Católica.-

El concordato vigente está en pugna con la Constitución Nacional, por tres aspectos que son: con respecto al Estado Civil porque el Art. 50 de la Constitución Nacional, expresa que las leyes determinarán lo relativo al Estado Civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes; mientras que el concordato consagra un matrimonio civil posterior al católico, y con una serie de disposiciones que van contra la dignidad humana.-

Otro de los artículos quebrantados por el Concordato es el 41 de la Constitución, ya que allí se garantiza la libertad de enseñanza y se consagra la inspección y vigilancia de los Institutos docentes, públicos y privados, por parte del Estado....

El Concordato estatuye que la educación debe ser dirigida por la Iglesia Católica, y establece la práctica de la religión católica en todas las Instituciones docentes.

El Artículo último violado por el Concordato es el 53, por medio de la cual se garantiza la libertad de conciencia y de culto, siendo que el tratado establece como la única religión que debe seguirse en Colombia es la Católica.-

LA LEY CONCHA.

Para la Iglesia católica profesan la religión de esta secta todos los bautizados de acuerdo con sus ritos aun cuando publicamente esté practicando, asistiendo a otro curso. Con base en estas creencias todos los bautizados catolicamente solo pueden contraer matrimonio de acuerdo con los ritos del Concilio de Trento, el que en Colombia produce efectos civiles respecto de los contrayentes y sus descendientes de acuerdo con el Art.17 del Concordato.-

Como es de anotar este A.t. hacia imposible celebrar, entre los Colombianos, el matrimonio establecido por las normas positivas civiles del País. Pero apesar de ello los Jueces del

País celebran esos matrimonios, dando cumplimiento a las leyes nacionales, lo que les costó la excomunión a ellos, y obviamente a los contrayentes y testigos presenciales - del acto, situación esta que perduró hasta 1924, cuando la Santa Sede y Colombia acordaron que el Estado expidiera una Ley aclaratoria del Art.17 del Concordato, y fue así como - nació a la vida jurídica colombiana la Ley 54 de 1.942, llamada Ley Concha por haber sido este Expresidente quien gestionó el Acuerdo como Ministro de la República ante la Santa Sede .-

De esta modificación del Art.17 del Concordato - hemos hablado anteriormente y aunque en su instante histórico significó un progreso y fue bien mirado porque en parte - modificó la situación reinante por el contenido de su primera parte, o la Ley modificadora fue tan absurda como el Art. modificado, pues exigió la apostasia de los bautizados para - poder contraer el vínculo matrimonial civilmente.-

Si como quieren ciertos tratadistas nacionales - se pudiera solucionar el problema imperante por la vigencia del Concordato con la derogatoria de la Ley Concha, sería - fácil y quizás no se le presentarían tantos trámites a nuestra legislación, pues lo derogado sería una simple Ley interpretativa, pero esta derogatoria no incidiría en nada en la situación Colombiana, al contrario quedaría en su pleni-

tad el Concordato y se volvería la situación anterior a 1824 que tantos sinsabores representó para nuestra administración de Justicia.-

EL NUEVO PROYECTO DE DIVORCIO.

El proyecto que cursa actualmente en el Senado correspondió a la Comisión primera; está señalado, como "proyecto de Ley número 2 de 1.971" y tiene como rótulo el siguiente: "por el cual se reglamenta el Contrato de matrimonio y se establece el divorcio vincular en Colombia". Fue nombrado como ponente el Senador Luis Alberto Alvarado Pantoja, quien rindió su ponencia favorable, sugiriendo algunas modificaciones. La comisión primera ha iniciado la discusión del proyecto original y de la ponencia.-

El proyecto consagra los aspectos trascendentales; a) La obligatoriedad del matrimonio civil, como único título que producirá efectos jurídicos en cuanto a las personas y los bienes y b) El divorcio vincular del matrimonio civil, que deja apto a los casados divorciados para contraer nuevas nupcias.-

Pero como el Art.17 del Concordato vigente; establece "el matrimonio que deberán celebrar todos los que profesan la religión católica, producirá efectos civiles respecto a las personas y

bienes de los cónyuges y sus descendientes solo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento, se agrega ahora, sin contrariar esta norma pactada, sino desarrollándola, que para que ese matrimonio eclesiástico produzca efecto, además, los cónyuges deberán previamente celebrar el matrimonio civil conforme a nuestras leyes. Este desarrollo del Art. 17 del Concordato en nada lo desvirtúa, sino que por el contrario, lo reglamenta y le da viabilidad. Por lo demás, es claro que la ley no se mete con el matrimonio sacramental, sino con el contrato del matrimonio que es eminentemente civil. Y en nada se afecta el matrimonio confesional, porque el Art. 10. en su parágrafo del proyecto que estamos estudiando, reza que "el matrimonio eclesiástico celebrado conforme a las disposiciones del Concilio de Trento tiene plena validez en Colombia."

Por último, queremos repetir que lo que el proyecto regula es el matrimonio civil y no el sacramental. El divorcio vincular establecido por medio de este proyecto es para el matrimonio civil, para el matrimonio contrato, y no para el matrimonio católico que seguirá igual conforme a sus formas, fueros y ritos. Pero no es posible que la anuencia de las autoridades civiles de Colombia, el matrimonio que reglamenta nuestras leyes carezca de impotencia y esté subor-

dinado ante nuestras mismas leyes al matrimonio confesión, que pertenece al fuero espiritual de las personas.

El articulado de este proyecto es sencillo y sin complicaciones.-

El Art. 1o. consagra el matrimonio civil como único título capaz de producir efecto jurídico. Es apenas la tutela que el estado debe darle a sus propias instituciones, como el matrimonio contrato.-

Consagra el párrafo de este artículo la validez plena del matrimonio católico, siempre que sea celebrado conforme a las normas del concilio de Trento. Pero se establece que para que este produzca los efectos jurídicos que las leyes asignan, será indispensable que previamente los contrayentes por el rito católico hayan contraído matrimonio.-

El Artículo 2o. reduce los términos del Rito señalados por el Código Civil y el cual debe profijarse a la celebración del matrimonio ante los Jueces.-

El Art. 3o. del proyecto modifica el artículo 152 del Código Civil y establece el divorcio vincular.-

El Artículo 4o., modifica el 153 del Código Civil, establece los efectos del divorcio y consagra que la mujer divorciada no podrá contraer nuevas nupcias sino después de 300 días de la ejecución de la sentencia, que es el término máxi

mo que la concepción deba anteceder al nacimiento.

El Art. 5o. del proyecto sustituye el 154 del Código Civil, estableciendo las causales de divorcio.-

En gran parte se repite las causales de divorcio "quoad-thorun" que no existe en Colombia, pero se amplian y tecnicizan, y ademas se adicionan conforme a otras legislaciones mas avanzadas que la nuestra.-

Se establece el divorcio de dos clases, a) El divorcio voluntario por mutuo acuerdo de las partes; b) El divorcio contencioso, es decir, sin acuerdo entre los cónyuges y cuando se han presentado algunas de las causales previstas en la ley.

- I N D I C E -

CAPITULO 1o.-

ETIMOLOGIA DE LA PALABRA MATRIMONIO. CONCEPTO DEL MATRIMONIO. DEFINICION SEGUN EL CODIGO CIVIL. DIVERSAS TEORIAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO. CARACTERES DEL MATRIMONIO. COMO SACRAMENTO.

CAPITULO 2o.-

REQUISITOS DEL MATRIMONIO. REQUISITOS DE FONDO Y REQUISITOS DE FORMA.-

CAPITULO 3o.-

OBLIGACIONES Y DEBERES ENTRE LOS CONYUGES. EFECTOS DEL MATRIMONIO SEGUN LA LEVISLACION COLOMBIANA. POSESTAD MARITAL.-

CAPITULO 4o.-

REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL. LA SOCIEDAD CONYUGAL. NATURALEZA Y CARACTERISTICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. CAPITULACIONES MATRIMONIALES. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.-

CAPITULO 5o.-

LA CRISIS DEL MATRIMONIO. EL CONCUBINATO. SUS ELEMENTOS. CONCUBINATO SEGUN LA LEY ACTUAL. DEBERES ENTRE CONCUBINOS. FINES DEL CONCUBINATO.-

CAPITULO 6o.-

DISOLUCION DEL MATRIMONIO. ETIMOLOGIA DE LA PALABRA DIVORCIO. ORIGEN DEL DIVORCIO. CONSIDERACIONES DOCTRINALES.

CAPITULO 7o.-

DIFERENTES CONCEPTOS DEL DIVORCIO. SUS EFECTOS. CAUSALES DE DIVORCIO. PROCEDIMIENTO PARA OBTENER EL DIVORCIO. TERMINACION DEL DIVORCIO.-

CAPITULO 8o.-

ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN COLOMBIA. EL CONCORDATO VIGENTE. LA LEY CONCHA. EL CONCORDATO TRATADO INTERNACIONAL. EL NUEVO PROYECTO DE DIVORCIO.

"B I B L I O G R A F I A "

DERECHO DE FAMILIA: Arturo Valencia Zea

EL DIVORCIO EN COLOMBIA: Ivan López B.

EL CONCORDATO:

Código Civil Colombiano: Jorge Ortega Torres.