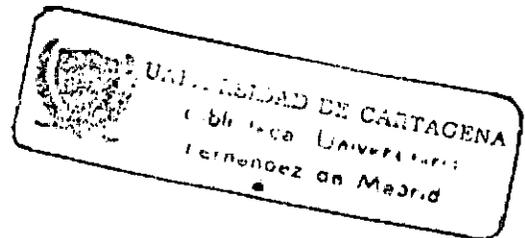


T  
346.2  
E74

**MATRIMONIO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA  
EN EL DERECHO COMPARADO**

WILLIAM ESCRUCERIA LADRON DE GUEVARA  
CARMELO MANUEL OSPINO CASTRILLO



**SCIB**  
00014063  
51546

CARTAGENA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS  
1988

UNIVERSIDAD CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

- RECTOR (E) : DR. OSCAR ROGERS ANDRADE
- DECANO : DR. ALCIDES ANGULO PASSOS
- SECRETARIO GENERAL : DR. MANUEL SIERRA NAVARRP
- SECRETARIO ACADEMICO : DR. PEDRO MACIA HERNANDEZ
- PRESIDENTE : DR. RODOLFO NIEVES GOMEZ
- PRIMER EXAMINADOR : DR. JUAN ROYERO J.
- SEGUNDO EXAMINADOR : DRA. CARLOTA VERBEL ARIZ
- TERCER EXAMINADOR :

Cartagena, Septiembre de 1988.

\*\*\*\*\*

**MATRIMONIO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA  
EN EL DERECHO COMPARADO**

WILLIAM ESCRUCERIA LADRON DE GUEVARA  
CARMELO MANUEL OSPINO CASTRILLO

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

Director: Dr.: ALFONSO GOMEZ N.

CARTAGENA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS  
1988

## TABLA DE CONTENIDO.

|  | Pág |
|--|-----|
| INTRODUCCION.  | 1   |
| 1. PROCESO HISTORICO DE LA FAMILIA.                                      | 4   |
| 1.1 LAS FAMILIAS Y SUS DIFERENTES ESTADIOS EN LA HISTORIA.               | 4   |
| 1.1.1 Definición de la Familia.  | 4   |
| 1.1.2 Evolución de la Familia.   | 5   |
| 1.1.2.1 Familia Consanguínea.  | 5   |
| 1.1.2.2 Familia Punalúa.   | 5   |
| 1.1.2.3 Familia Sindiásmica.   | 6   |
| 1.2 LA FAMILIA NONOGAMICA MODERNA.                                       | 10  |
| 1.2.1 Características.   | 10  |
| 1.2.1.1 Características de la vida moderna.                              | 10  |
| 1.2.2 Libertad individual.   | 11  |
| 1.2.3 Consanguinidad.  | 12  |
| 1.2.4 La autoridad.  | 12  |
| 1.3 LA FAMILIA EN LOS ESTADOS SOCIALISTAS Y EN LOS ESTADOS CAPITALISTAS. | 12  |

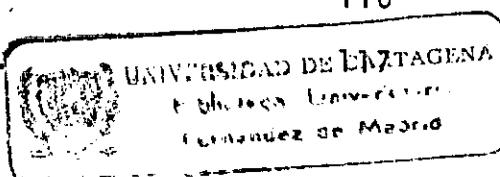
|  | Pág |
|--|-----|
| 2. LA FAMILIA EN COLOMBIA.                                 | 14  |
| 2.1 NOCION GENERAL.  | 14  |
| 2.1.1 Solución al problema doméstico.                      | 16  |
| 2.1.2 Satisfacción sexual.                                 | 17  |
| 2.1.3 Procreación.   | 17  |
| 2.1.4 Comunidad.   | 17  |
| 2.1.5 Problema Demográfico.                                | 18  |
| 3. EL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA.             | 20  |
| 3.1 RESEÑA HISTORICA.                                      | 20  |
| 4. CONCEPTO GENERAL DEL MATRIMONIO.                        | 26  |
| 4.1 NOCION DEL MATRIMONIO.                                 | 26  |
| 4.2 ETIMOLOGIA DE LA PALABRA MATRIMONIO.                   | 27  |
| 4.3 DEFINICION DEL MATRIMONIO.                             | 28  |
| 4.4 NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.                    | 29  |
| 4.5 FINES DEL MATRIMONIO.                                  | 29  |
| 4.6 CONCEPTO RELIGIOSO DEL MATRIMONIO.                     | 31  |
| 4.7 EL MATRIMONIO CONSIDERADO COMO SACRAMENTO.             | 31  |
| 4.8 EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION.                        | 31  |
| 4.9 EL MATRIMONIO COMO CONTRATO.                           | 36  |
| 4.10 CARACTERISTICAS ESPECIFICAS DEL CONTRATO MATRIMONIAL. | 40  |
| 4.11 TEORIA MIXTA.   | 41  |

|   | Pág. |
|---|------|
| 5. ASPECTO HISTORICO DEL MATRIMONIO.                  | 43   |
| 5.1 IDEA GENERAL.                                     | 43   |
| 5.2 FAMILIA HEBREA.                                   | 43   |
| 5.3 INDIA.  | 44   |
| 5.4 PERSIA.   | 44   |
| 5.5 GRECIA.   | 44   |
| 5.6 ROMA.   | 45   |
| 5.7 GERMANIA.   | 45   |
| 5.8 EDAD MEDIA.                                       | 46   |
| 6. CLASIFICACION DEL MATRIMONIO.                      | 47   |
| 6.1 ESPECIES DE MATRIMONIO.                           | 47   |
| 6.1.1 Matrimonio Religioso.                           | 47   |
| 6.1.2 Matrimonio Civil Solemne.                       | 48   |
| 6.1.3 Matrimonio Consensual.                          | 49   |
| 7. DE LA PROMESA DE MATRIMONIO.                       | 52   |
| 7.1 LOS ESPONSALES.                                   | 52   |
| 7.2 LAS SIETE PARTIDAS.                               | 53   |
| 7.3 LOS ESPONSALES SEGUN EL CODIGO COLOMBIANO.        | 55   |
| 7.4 DERECHO CIVIL COMPARADO.                          | 56   |
| 7.5 DERECHO ACTUAL TENDENCIAS LEGISLATIVAS.           | 57   |
| 7.6 ORIGEN DE LOS ESPONSALES EN NUESTRO CODIGO CIVIL. | 58   |

|  | Pág. |
|--|------|
| 8. CERTIFICADO MEDICO PRENUPCIAL.                                | 59   |
| 8.1 ASPECTOS HISTORICOS Y SOCIAL.                                | 59   |
| 8.1.1 Aspectos Legal.  | 59   |
| 8.1.2 La sanidad de la descendencia en la historia.              | 62   |
| 8.1.3 Enfermedades que exigen el certificado médico prenupcial.  | 64   |
| 8.1.4 La tuberculosis.   | 64   |
| 8.1.5 Prevención.  | 64   |
| 8.1.6 Sffilis.   | 67   |
| 8.1.7 Enfermedades nerviosas y alcoholismo.                      | 68   |
| 8.1.8 Divulgación eugenica y modo de desarrollar la.             | 70   |
| 8.1.9 Crítica del Certificado Prenupcial.                        | 71   |
| 8.1.10 El individuo jurídico y el certificado pre-nupcial.       | 75   |
| 8.1.11 El matrimonio en el individualismo.                       | 76   |
| 8.1.12 Origen del certificado médico prenupcial.                 | 77   |
| 8.1.13 Conveniencia e inconveniencia del certificado prenupcial. | 78   |
| 8.2 SISTEMAS LEGALES.  | 79   |
| 9. MATRIMONIO CIVIL EN COLOMBIA.                                 | 81   |
| 9.1. REQUISITOS DEL MATRIMONIO.                                  | 81   |

|  | Pág.   |
|--|--------|
| 9.1.1 Definición.  | 81     |
| 9.1.2 Requisitos para su validez.                                    | 81     |
| 9.1.2.1 Requisitos de fondo.   | 82     |
| 9.1.2.2 Requisitos de forma.   | 83     |
| <br>10. REQUISITOS POSITIVOS DE FONDO.                               | <br>84 |
| 10.1 DIFERENCIA DE SEXO EN LOS CONTRAYENTES.                         | 84     |
| 10.2 DE LA CAPACIDAD.  | 85     |
| 10.3 CAPACIDAD MATRIMONIAL NO LIBRE.                                 | 86     |
| 10.4 CAPACIDAD MATRIMONIAL LIBRE.                                    | 88     |
| 10.5 DECLARACION DE VOLUNTAD DE LOS PROPIOS <u>CON</u><br>TRAYENTES. | <br>88 |
| <br>11. INEXISTENCIA DEL VINCULO MATRIMONIAL EN LOS<br>CONTRAYENTES. | <br>91 |
| 11.1 REQUISITOS NEGATIVOS DE FONDO.                                  | 91     |
| 11.2 INEXISTENCIA DE PARENTESCO ENTRE LOS <u>CONTRA</u><br>YENTES.   | <br>91 |
| 11.3 EL ADULTERIO DE LA MUJER.                                       | 92     |
| 11.4 EL HOMICIDIO DEL CONYUGE.                                       | 94     |
| 11.5 IMPEDIMENTOS MERAMENTE PROHIBITIVOS.                            | 94     |
| <br>12. REQUISITOS DE FORMA ANTERIORES AL MATRIMONIO.                | <br>96 |
| 12.1 AVISO AL JUEZ Y PUBLICACIONES.                                  | 96     |

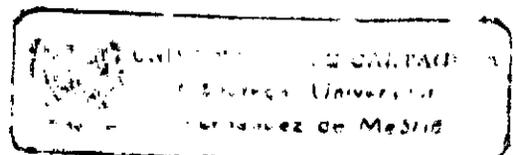
|  | Pág. |
|--|------|
| 12.2 DE LAS OPOSICIONES.   | 97   |
| 12.2.1 Personas que pueden hacer oposición.                                    | 97   |
| 12.2.2 Efectos del fallo del juez sobre admisión<br>ó rechazo de la oposición. | 97   |
| 13. REQUISITOS DE FORMA COETANEOS A LA CELEBRA-<br>CION DEL MATRIMONIO.        |      |
| 13.1 EL FUNCIONARIO.   | 100  |
| 13.2 EL LUGAR.   | 101  |
| 13.3 PRESENCIA DE LOS CONTRAYENTES.  | 101  |
| 13.4 TESTIGOS.   | 102  |
| 13.5 DECLARACION DE VOLUNTAD MATRIMONIAL.                                      | 102  |
| 13.6 ACTA DE MATRIMONIO.   | 103  |
| 13.7 MATRIMONIO EN ESTADO DE NECESIDAD.  | 104  |
| 14. INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL MATRIMONIO.                                     | 105  |
| 14.1 NOCION DE INEXISTENCIA Y NULIDAD.   | 105  |
| 14.1.1 Diferencia entre ellas.   | 105  |
| 14.1.2 Inexistencia del matrimonio.  | 108  |
| 14.1.2.1 Identidad de sexo.  | 109  |
| 14.1.2.2 Falta de intervención del funcionario<br>del Estado Civil.            | 111  |
| 14.1.2.3 Ausencia de consentimiento.   | 112  |
| 14.1.3 Consecuencias jurídicas derivadas de la<br>inexistencia.                | 115  |
| 14.1.4 Nulidad del matrimonio.   | 116  |
| 14.1.4.1 Nulidades insubsanables.  |      |



|  | Pág. |
|--|------|
| 14.1.4.2 El conyugicidio.  | 120  |
| 14.1.4.3 El parentesco.  | 120  |
| 14.1.4.4 La bigamia.   | 122  |
| 14.1.4.5 Incompetencia del juez o inhabilidad de los testigos.             | 122  |
| 14.1.4.6 Nulidades subsanables.  | 124  |
| 14.1.4.7 Nulidad por vicios del consentimiento.                            | 125  |
| 14.1.4.8 Error en el matrimonio.   | 125  |
| 14.1.4.9 Fuerza en el matrimonio.  | 127  |
| 14.1.4.10 La impubertad.   | 130  |
| 14.1.4.11 Efectos de la declaración de nulidad.                            | 131  |
| 14.2 DEL MATRIMONIO PUTATIVO.  | 132. |
| 14.3 DERECHO CIVIL COMPARADO SOBRE EL EFECTO NO RETROACTIVO DE LA NULIDAD. | 133  |
| 15. EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO.                                     | 137  |
| 15.1 CLASES DE EFECTOS.  | 137  |
| 15.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONYUGES.                              | 137  |
| 15.3 OBLIGACIONES Y DERECHOS RECIPROCOS.                                   | 137  |
| 15.3.1 Cohabitación.   | 138  |
| 15.3.2 Fidelidad.  | 139  |
| 15.3.3 Socorro - ayuda mutua.  | 141  |
| 15.4 DE LA POTESTAD MARITAL.   | 142  |
| 16. DISOLUCION VINCULAR DEL MATRIMONIO.                                    | 145  |
| 16.1 EL DIVORCIO.  | 145  |
| 16.1.1 Etimología.   | 145  |

|   | Pág. |
|---|------|
| 16.1.2 Aspecto histórico.                                   | 145  |
| 17. EL DIVORCIO EN COLOMBIA.                                | 153  |
| 17.1 ASPECTO HISTORICO.                                     | 153  |
| 17.1.1 Concordato de 1988.                                  | 153  |
| 17.2 COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL.                  | 155  |
| 17.3 COMPETENCIA DE LA JURISDICCION ECLESIASTICA.           | 156  |
| 17.4 JURISDICCION CIVIL.                                    | 157  |
| 17.5 CONCORDATO DE 1973 JULIO 12.                           | 159  |
| 18. LEL 1a. DEL DIVORCIO CIVIL.                             | 161  |
| 18.1 ANTECEDENTES.  | 161  |
| 18.2 MEDIDAS CAUTELARES.                                    | 165  |
| 18.3 TERMINACION DEL PROCESO.                               | 166  |
| 18.4 TERMINACION DEL DIVORCIO.                              | 166  |
| 19. DEMANDA DE DIVORCIO.                                    | 167  |
| 19.1 PROCEDIMIENTO.   | 167  |
| 19.1.1 De la separación de cuerpos.                         | 170  |
| 19.2 SEPARACION DE BIENES.                                  | 171  |
| 19.3 DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.                    | 172  |
| 19.4 TRAMITE DE SEPARACION.                                 | 173  |
| 20. EL MATRIMONIO DE COLOMBIANO EN PAISES EXTRAN-<br>JEROS. | 175  |

|   | Pág. |
|---|------|
| 20.1 MATRIMONIO SIN VINCULO ANTERIOR.   | 175  |
| 20.1.1 Según el Estado Civil de las personas.   | 175  |
| 20.1.2 Matrimonios en el exterior, sin vínculo matrimonial anterior.                            | 175  |
| 20.2 MATRIMONIOS EN EL EXTRANJERO CON EXISTENCIA DE VINCULO MATRIMONIAL ANTERIOR.               | 175  |
| 21. INVALIDACION DEL VINCULO MATRIMONIAL Y NUEVO MATRIMONIO DE COLOMBIANOS CASADOS EN COLOMBIA. | 177  |
| 21.1 DEL DIVORCIO EN EL MATRIMONIO CANONICO.  | 177  |
| 21.1.1 Desarrollo de las respuestas.  | 179  |
| 21.2 EL DELITO DE BIGAMIA EN EL DERECHO COLOMBIANO.   | 180  |
| 21.3 LOS CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA MATRIMONIAL.  | 182  |
| 21.4 EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.  | 182  |
| 21.5 LA CALIDAD DE SOLTERO COMO REQUISITO INTRINSECO.   | 182  |
| 21.4 LA NULIDAD.  | 183  |
| 21.5 LA BIGAMIA EN DERECHO COLOMBIANO.  | 183  |
| 21.6 LOS TRATADOS INTERNACIONALES.  | 184  |
| CONCLUSIONES.   | 186  |
| BIBLIOGRAFIA.   | 190  |



## INTRODUCCION.

El matrimonio se ha venido considerando, sobre todo en la época moderna, como la base esencial de la familia, en la misma forma en que se tiene a la familia como la cédula primigenia y espina dorsal de la sociedad. Observamos que en lo general, no existe legislación alguna que no reconociera el matrimonio como la base fundamental de la familia.

El antiguo código Soviético de familia, el más extremista de todos, por cuanto permitía uniones matrimoniales exentas de toda formalidad, igualaba de manera casi total la situación de la familia matrimonial con la de la familia extramatrimonial y completamente la que mediaba entre la condición de ser hijos nacidos dentro del matrimonio y los habido fuera de él, le concedían a la unión matrimonial, sin embargo, la importancia jurídica y social que necesariamente conserva, considerándola como fuente de derechos y obligaciones y cuidando de regular en forma cuidadosa su registro público.

Dada la situación actual de la Ciencia del Derecho y los avances en que se inspiran las más importantes y progresivas legislaciones no se les puede negar a las uniones extramatrimoniales determinados efectos jurídicos ni el reconocimiento de varios derechos respecto de los hijos nacidos de dichas uniones, aunque limitados naturalmente por los que preferencialmente corresponden a la familia matri

monial, en caso de que coexistan ambas.

Pero por razones de ética, de tradición, de orientación política y aún de interés público, es indispensable considerar el matrimonio como el elemento básico normal y legal de la conformación de la familia. Hay que tener en cuenta además la importancia de su función y su trascendencia, del cual no han podido despojarle ni las doctrinas más revolucionarias ni las conmociones históricas más profundas.

El concepto general del matrimonio es el de la unión a perpetuidad de un solo hombre con una sola mujer con el fin de realizar la procreación y la perpetuación de la especie, el mutuo auxilio y el mejor y más adecuado cumplimiento en relación con los fines de la vida humana.

Sin embargo, no deben confundirse los conceptos perpetuidad e indisolubilidad; el propósito que se toma en el momento de contraer matrimonio es el de que la unión ha de ser vitalicia o perpetua, dada la limitación de vida humana, sin perjuicio de que en el transcurso del tiempo puedan sobrevenir accidentes que impongan la necesidad de disolución del matrimonio por determinadas causas, como motivos que den lugar a su terminación, pero que no están en el propósito de los contrayentes al tiempo de celebrar el matrimonio.

El divorcio es precisamente el resultado de esas determinadas causas que de no poderse corregir conducen a la disolución del matrimonio, pero la mayoría de las legislaciones tratan de oponerse a un divorcio fácil oponiéndole una se-

rie de requisitos tales que conduzcan más bien a una reconciliación de los cónyuges en beneficio de la conservación y unión de la familia y consecuentemente de los hijos.

En la presente se hace un análisis de la Institución del matrimonio a través de sus principales etapas que tuvo que superar para llegar al matrimonio monogámico; diferencia substancial entre cada una de ellas, por ejemplo en el salvajismo, donde predominaron las uniones libres como resultado del instinto sexual; la barbarie, en donde se practicaron las uniones por grupos y la etapa de la civilización que entronizó la monogamia como meta común del matrimonio en la mayoría de los países civilizados.

En segundo se exponen las teorías que han servido de fundamento jurídico al concepto del matrimonio, como son la de ser un contrato sui generis, el paso de la forma contractual a una institución de Derecho Político.

En tercer lugar se hace una relación en lo que respecta a la clasificación del matrimonio, a sus requisitos, a tanto de fondo como de forma en cuanto a sus elementos de nulidad, y sus efectos personales; a continuación se hace un análisis del divorcio tanto en su aspecto histórico como en lo jurídico para concluir finalmente con los matrimonios celebrados en el exterior y como el divorcio en Colombia instituido por la ley segundo de 1.976, ha venido a contribuir en la solución de ciertos problemas de orden familiar, subsanando situaciones de hecho que algunos trataban de solucionar ilegalmente contrayendo nuevos matrimonios en el exterior.

# 1. PROCESO HISTORICO DE LA FAMILIA.

## 1.1 LAS FAMILIAS Y SUS DIFERENTES ESTADIOS EN LA HISTORIA.

### 1.1.1 Definición de la Familia.

En sentido restringido, es el grupo social de padres e hijos que forman la comunidad doméstica. En sentido más amplio es el "conjunto de personas que descendiendo de un tronco común se hallan unidos por los lazos del parentesco", o lo que es lo mismo "un conjunto de ascendiente, descendiente y colaterales de un linaje".<sup>1</sup>

El derecho moderno se sirve del concepto restringido de la familia, por varias razones: primera, porque circunscribe la familia al número de personas que viven bajo un mismo techo, unidas por un vínculo de sangre y por lo tanto comprende sólo a los padres e hijos y excepcionalmente a los nietos que hayan formado otro hogar; en segundo término también a la familia natural, pues ésta también se halla unida por vínculos de sangre; finalmente, porque con arreglo al derecho vigente, en la actualidad pesan sobre los padres naturales, respecto a sus hijos naturales las mismas obligaciones que pesan sobre los padres unidos por

-----  
<sup>1</sup> VALENCIA ZEA, ARTURO. Derecho de Familia. Bogotá, Temís, 1977, Tomo V, Pág.4.

matrimonio en relación con sus hijos legítimos. Resta advertir que al lado de la familia fundada en vínculos de san gre. Existe la familia adoptiva, cuya fuente es la adopción.

### 1.1.2 Evolución de la Familia.

La familia monógama, tal como hoy está constituida no existió siempre así, fué Morgan el primero en realizar un estudio serio acerca de la evolución de dicha institución. Se ñala Morgan, como la evolución de la familia es algo dependiente de los cambios de la estructura económica social, correspondiendo a cada estadio económico una institución familiar, así;

#### 1.1.2.1 Familia Consanguínea.

Corresponde esta familia al primer estadio económico: El salvajismo, caracterizado por una perfecta promiscuidad sexual.

En este grupo familiar, solo se excluyen del comercio sexual los ascendientes y descendientes, pero no éstos entre sí; o sea que podían cohabitar entre hermanos, tíos y sobrinos.

#### 1.1.2.2 Familia Punalúa.

Se excluyen los hermanos. Ya en ella se comenzó a limitar la unión entre hermanos uterinos y después entre hermanos colaterales (primos hermanos). Fue lo que llamó Morgan "selección natural"<sup>2</sup>. Este tipo de familia indica

un progreso del hombre, que hace permisible la aparición de las "gens" base del orden social en la mayoría de los pueblos bárbaros además de ella pasamos sin transiciones en Grecia y en Roma a la civilización. Esta familia es la que se la conoce como "familia por grupos" con limitación del parentesco próximo. Cada diez o doce hombres tienen mujeres entre miembros de distintos grupos, pero no entre sí. Esta familia corresponde al estadio denominado por Morgan "de la barbarie"<sup>3</sup> que exilia asentamiento del grupo social en lugar determinado porque su economía se basó en la domesticación de animales y cultivos de la tierra.

#### 1.1.2.3 Familia Sindiásmica.

Era el matrimonio de parejas por tiempo más o menos largo. El hombre tenía una mujer principal entre sus numerosas esposas y era para ella el esposo principal frente a las demás; a medida que se van acentuando las prohibiciones para el matrimonio, va afianzándose la familia sindiásmica.

La fidelidad conyugal era un derecho para los hombres pero limitado por causas económicas. Se va exigiendo más fidelidad a la mujer mientras dura <sup>la</sup> ~~el~~ vida en común y el adulterio se castigaba cruelmente. El matrimonio se disuelve por una y otra parte y los hijos quedan en poder de la madre.

Esta nueva familia es fruto de la "selección natural" y

-----  
2, 3

MORGAN, LEWIS H. La Sociedad Primitiva. Bogotá, Pluma Ltda. 1980, Pág.37.

Ibid., p.54.

de ella encontramos vestigios, según Morgan, en la edad moderna, en las comunidades indígenas (Ej.: la castidad). Por el contrario Engels afirma que el paso a éste tipo de familia se hace por razonamientos económicos: "Cuando más perdían las antiguas relaciones sexuales su candoroso carácter primitivo a causa del desarrollo de las condiciones económicas y de la densidad cada vez mayor de la población, más envilecedoras y opresivas debieron parecer esas relaciones a las mujeres y con mayor fuerza debieron anhelar como liberación el derecho a la castidad, al matrimonio temporal o definitivo con un solo hombre"<sup>4</sup> luego, según el mismo Engels, el surgimiento de la monogamia como un proceso dentro de la evolución familiar, no pudo deberse más que a la mujer, porque el hombre, continúa como en esas épocas, prefiriendo el matrimonio por grupos sobre la institución de la monogamia.

Esta familia monógama, corresponde al estadio de la civilización; es decir, a aquel proceso económico donde surge la propiedad privada. En ella predomina el hombre y su fin es procrear hijos con una paternidad indiscutible ya que esto es indispensable para saber quien heredará los bienes del padre; además es sólida porque no se puede disolver por voluntad, como la sindiásmica.

Solo el hombre puede repudiar a la mujer y serle infiel, el adulterio es severamente castigado. Así surgía la familia MONOGAMA que ha ido progresando a medida que lo hace la sociedad y con ella irá sufriendo modificaciones has

-----  
<sup>4</sup>ENGELS, FEDERICO. El origen de la familia, la propiedad privada y el estado. Bogotá, Ediciones los comuneros, 1979, Pág.136.

ta que logre realizar "la igualdad entre los sexos". Esta búsqueda de la igualdad de sexos ha traído como consecuencia dos conquistas principales:

- Facultad a la mujer para administrar sus propios bienes y
- Plenos derechos políticos.

La poligamia y la poliandria: No son instituciones familiares, pues han coexistido con las formas matrimoniales en los diferentes estadios de la historia.

La poligamia: Es la unión de un hombre con varias mujeres se ha dado desde la familia consanguínea y aún se conserva en la edad moderna donde la forma matrimonial aceptable es la monogamia.

Las legislaciones modernas en su gran mayoría no lo aceptan.

Poliandria: Es la unión de una mujer con varios hombres.

Es practicada aún en algunas regiones del Tibet y la India, pero no tienen aceptación jurídica.

Razones históricas económicas de la aparición de la monogamia.

La agricultura y la ganadería abrieron manantiales de riqueza, creando nuevas relaciones sociales. En principio la riqueza se limitaba al vestido y a los alimentos, ahora exigía un espectro más amplio; antes pertenecía a la "Gens"

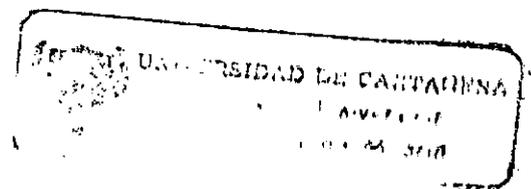
Pero con la aparición de la propiedad privada los rebaños se tornaron de propiedad particular de los jefes de familia, que con la evolución se tornaron en "jefes de familia", en dueños de nuevos ganados. En caso de enfrentamientos los esclavos, sin ningún valor, eran tomados por la tribu vencedora.

La fuerza de trabajo, como las mujeres, se tornan difíciles de adquirir, la familia no se multiplica como antes, necesitándose más personas para la custodia del ganado, entonces vino la apropiación del "prisionero de guerra" porque éste a más de aportar su fuerza de trabajo se multiplicaba como el ganado.

Con arreglo a la "división del trabajo" en la familia sin diásmica correspondía al hombre procurar la alimentación y los instrumentos de trabajo y por consiguiente és es el propietario de esos instrumentos y en caso de separación los lleva consigo, conservando la mujer solo los enseres domésticos.

En cuanto a la herencia, en los matrimonios por grupos y algo en la familia sindiásmica, los hijos heredaban de la madre y de sus consanguíneos porque el padre no ¿ pertenecía a la "gens", luego la herencia del padre no llegaba a sus hijos a sus hermanos, hermanas y sus hijos. Así la riqueza progresiva fue dando al hombre una posición más importante que a la mujer en la familia basado en ésta importancia modifica al orden establecido.

Esto trajo como consecuencia la abolición del derecho materno, que fue uno de los cambios más importantes de la humanidad.



La vida de la "Gens" sufrió la siguiente modificación: los descendientes de un miembro masculino permanecerían en la "Gens" pero los de un miembro femenino saldrían de ella, pasando a la "Gens" de su padre. Con el poder exclusivo del hombre se forma un nuevo tipo de familia: "La familia patriarcal" sometida al poder paterno. El objetivo de esta familia es "cuidar del ganado en área determinada".  
Ej.: La familia romana.

En esta familia el hombre es polígamo y la mujer monógama.

## 1.2 LA FAMILIA MONOGAMICA MODERNA.

### 1.2.1 Características.

La familia entre nosotros está establecida para personas ajenas al parentesco consanguíneo y con el deseo de que ella sea estable o indisoluble. La monogamia es el producto avanzado de la organización social; la encontramos en los pueblos organizados con normas de derecho y gobierno bajo el predominio del patriarcado el cual en un principio llevó a la esclavitud al sexo femenino. Tal es el caso de la mujer en la antigua China, en Persia, Babilonia, donde el hombre era dueño "de la vida y bienes de la mujer".

#### 1.2.1.1 Características de la vida moderna.

- La monogamia.
- La libertad individual para la formación de la familia.
- La consanguinidad.

- La autoridad.

Monogamia. Todos los códigos modernos la consagran; se dice que la mujer es monógama y que el hombre es polígamo por naturaleza, aunque esta afirmación obedece más a la costumbre social que a un afianzamiento científico.

### 1.2.2 Libertad individual.

Se consagra en todos los códigos modernos y ha tenido aceptación total constituyendo uno de los problemas actuales.

El estado interviene, naturalmente, para que no se abuse de la familia y no se cambien los fines de la institución. Todo individuo es libre de formar una familia, ya por matrimonio o por concubinato o unión libre. En la mayoría de las legislaciones se contempla la primera, pero desde el punto de vista histórico, sociológico y del derecho no pueden dejar de interesar las restantes uniones.

Esta libertad de formar una familia no puede ser absoluta si no que está sometida a ciertas restricciones así:

- Desde el punto de vista del parentesco, procurando la selección natural y en contra de las uniones que pueden tener resultados degenerativos;
- Dentro del derecho comparado, encontramos restricciones de carácter eugenésico que existieron en épocas primitivas con el nombre de SPORRT PARTUS, es decir, que los hijos que salían deformes se podían sacrificar.

En algunas legislaciones actuales se encuentra la eugenesia como impedimento prematrimonial, sujeto a certificados médicos precisos, que indicarán si hay o no posibilidades para el cumplimiento de los fines esenciales del matrimonio.

### 1.2.3 Consanguinidad.

La familia monógama moderna se fundamenta en los vínculos del parentesco, ese parentesco de consanguinidad es el más importante vinculador de la familia, consistente en la relación existente entre personas descendientes las unas de las otras o de un tronco común.

### 1.2.4 La autoridad.

Ha sido muy debatido a lo largo de la historia este concepto. Entre los Romanos la "autoridad paterna" fue absoluta no solo sobre los hijos, sino sobre la mujer de éstos y sus descendientes, incluyendo criados, sirvientes y esclavos. Esta autoridad se denominaba cuando era sobre los hijos patria potestad y sobre la mujer potestad marital.

## 1.3 LA FAMILIA EN LOS ESTADOS SOCIALISTAS Y EN LOS ESTADOS CAPITALISTAS.

Cabe anotar que el régimen político jurídico que dirige u orienta a cada uno de estos estados influye poderosamente en la institución familiar ya que la familia como cédula social, está determinada por las relaciones económicas sociales y cambia en consonancia con los cambios operados en las formas de propiedad. Por ejemplo: en los países

SOCIALISTAS, donde se busca la abolición de la propiedad privada y la comunicación de los bienes, la familia como superestructura social, quedará bajo el poder total del estado suprimiéndose las relaciones privadas que se dan entre padres e hijos en los países capitalistas. El cuidado de los niños, la educación, alimentación estarán a cargo del estado, quien se convertirá en el orientador de estos programas dándole naturalmente el tratamiento familiar y la influencia política que rige en tales países.

Es tanto en los países capitalistas, el Estado poco influye en el desarrollo de las relaciones familiares; de allí que surjan tantos problemas en relación con la niñez desamparada, la filiación natural, la delincuencia juvenil, por la escasa participación del Estado en el control. Todo esto porque la familia sigue haciendo parte del derecho civil que la relaciona únicamente con los intereses patri<sup>moniales</sup>, aunque en nuestro país existe una fuerte corriente doctrinal que busca establecer el llamado "Estatuto de familia" y la creación de jueces de familia independientes de los jueces civiles.

## 2. LA FAMILIA EN COLOMBIA.

### 2.1 NOCION GENERAL.

El derecho de familia entre nosotros, no es más que un rótulo, un título, porque carecemos de un régimen exacto de familia que proteja simple y llanamente esta institución. Tenemos así, leyes que regulan materias tales como el matrimonio, el divorcio, tutelas, curatelas, etc. pero la familia como función, como un conjunto armónico que determina funciones, no está reglamentada en el derecho colombiano. El Código Civil, el Código Laboral, el Código Penal y mejor aún, la Constitución Nacional, han tratado la familia con marcada indiferencia, puesto que no consagran más que las normas dispersas y de muy pocos alcances en esta edad moderna cuando en casi todos los países del mundo la Institución es favorecida y protegida por un cúmulo de leyes donde se hace notar la intervención del Estado para el mejor cumplimiento de los fines sociales de la familia.

Y todavía más: El código civil, que es el que más disposiciones consagra con respecto a la familia, está reñido con las modernas concepciones científicas sobre el particular por razón de su antigüedad y a pesar de las reformas que se le han introducido.

Casi dijéramos, no habla de una familia corriente en la época feudal, de una familia patriarcal, mientras las modernas tendencias jurídicas han hecho desaparecer de las codi

ficaciones conceptos anacrónicos de como "patria potestad e ilegitimidad", que <sup>ya</sup> nosotros aún consagramos y hasta defendemos.

Es necesario replantear el problema familiar desde el punto de vista jurídico, político y económico para poder cambiar las caducas estructuras jurídicas que gobiernan esta materia y ponerla en consonancia con las importantes exigencias económico sociales.

Así, en el campo económico, es este aspecto la circunstancia más difícil por la que hoy atraviesa la familia.

Ya vimos al estudiar la evolución de la familia, como el surgimiento de la propiedad privada, y esta en poder del varón, trajo como consecuencia el esclavizamiento del sexo femenino que paso, como las cosas, a ser propiedad suya.

Así, la mujer salto de la actividad productiva social, e ingresó a la actividad permanente doméstica. Toda esta situación la vivió la mujer en la vida económica pastoral artesanal y medioeval. En la época moderna, con el advenimiento de la industria, surgió el concepto de "patrimonio" como el conjunto de bienes para el respeto y respaldo de la institución familiar.

El industrialismo trajo para la mujer la liberación de las cargas pesadas de la actividad doméstica, pues le permitió su inclusión en la industria. La mujer, <sup>como</sup> con el varón, se ve precisada a abandonar el hogar para resolver las necesidades económicas.

Esto trae como consecuencia la falta de cuidados sobre los hijos, la falta de cohesión sobre las formas familiares y aún una cierta dependencia entre el hombre y la mujer, frente a las cuestiones domésticas, donde la mujer en un comienzo era esclava de tales oficios aunque hoy no lo es en el mismo grado.

### 2.1.1 Solución al problema doméstico.

Dada la situación actual de indiferencia estatal frente al problema familiar se requería que los legisladores y juristas volvieran sus ojos sobre la reestructuración de la institución; debe entenderse:

- Fortalecimiento económico de la familia, que en los países capitalistas se manifiesta en subsidios familiares (sumas o beneficios en favor de la familia que llena ciertos requisitos). Entre nosotros se practica el sistema de subsidio familiar como una prestación social pagadera en dinero y especie y servicios a los trabajadores en proporción al número de personas a cargo y su objetivo consiste en el alivio a las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad (Ley 21 de 1.982).
- Fomento del ahorro familiar para el incremento de un patrimonio que puede atender a cualquier emergencia económica de la familia.
- Preparación prenupcial, que entra en relación directa con el matrimonio, preparación que se refiere al aspecto biológico, al aspecto psíquico y al aspecto fisiológico.

### 2.1.2 Satisfacción sexual.

Se dice que el matrimonio es un "remedio" para la concupisencia, por lo tanto, si es uno de los fines esenciales, con mayor razón la exigencia de los certificados prenupciales, donde el médico certifica la aptitud, tanto física como psíquica en que se encuentran los esposos para realizar la cohabitación y poder así procrear. Las ausencias de esos dos fines del matrimonio: satisfacción sexual y procreación traen las siguientes consecuencias: si la impotencia es absoluta da lugar a la inexistencia del matrimonio y si es relativa constituye causal de nulidad por error sobre cualidades esenciales<sup>5</sup>:

La necesidad de los certificados prenupciales se está anunciando como una de las reformas sustantivas del derecho moderno.

### 2.1.3 Procreación.

Es el fin específico del matrimonio, pero sin embargo no es su única causa ni su efecto necesario, puesto que son válidos los matrimonios de personas de edad avanzada que ya no pueden esperar hijos, así como también los matrimonios que se verifican estando ambos o uno de ellos en peligro de muerte.

### 2.1.4 Comunidad.

Se presenta bajo dos aspectos:

-----  
<sup>5</sup> VALENCIA ZEA, Op. Cit. Pág.157

- Comunidad de cuerpos; entre el hombre y la mujer lo que significa que pertenece mutuamente;
- Comunidad económica: esta comunidad, pese a lo que el código consagra respecto a la separación de bienes y de sistemas puestos en práctica para estos objetivos, es indispensable el matrimonio.

Siempre dentro del matrimonio, se encontrará un conjunto o universalidad de bienes, comunes en cuanto a la propiedad, al usufructo y al uso de los mismos mientras dure la sociedad conyugal.

#### 2.1.5 Problema demográfico.

Se ha dicho que este problema se controla:

- Con la disminución de la natalidad;
- Con la disminución de los matrimonios;
- Con el aumento de los divorcios.

Antiguamente se decía que con la disminución de los matrimonios y de la natalidad, lejos de disminuir los problemas los aumentaba, porque la concepción histórica que se planteaba era más fuerte, más sobresaliente en cultura y cuando los matrimonios había sido mayores las familias eran más numerosas. Después de 20 años, el problema ha cambiado. Hoy se esfuerza la humanidad entera por la llamada PLANEACION FAMILIAR.

Aquí tendríamos que hacer mención de las leyes de Maltus acerca de la población, según las cuales ésta crece en progresión geométrica, mientras que los medios de subsis

tencia crecen en progresión aritmética. La planeación familiar se efectúa, no con la disminución de los matrimonios sino con la disminución de los nacimientos.

De estas cosas en el campo jurídico, nada se ha dicho a pesar de que la familia en los países subdesarrollados como el nuestro, se caracteriza por el excesivo aumento de la natalidad, con las inevitables sumas en los campos social, económico y político de todos conocidas.

### 3. EL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA.

#### 3.1 RESEÑA HISTORICA.

Sin entrar a considerar la organización de la familia en la prehistoria colombiana, en donde los pueblos primitivos practicaron el matrimonio por grupos, para llegar luego a la unión libre de la pareja monogámica; y sin detenernos a examinar los trágicos efectos de la conquista española que destruyó las instituciones sociales de las comunidades indígenas para imponer, a sangre y fuego, la autoridad del monarca español y la religión católica, debemos situarnos en la época de la República de la historia colombiana, para hacer una reseña histórica del matrimonio civil.

Toda la historia constitucional de la República pone de presente la ardorosa lucha ideológica desatada en la opción popular sobre cuestiones tan fundamentales como el origen del poder, la organización del Estado y las relaciones entre éste y la iglesia. Desde los albores de la República la opinión de los colombianos se dividió en dos grandes sectores: el sector teocrático y el sector democrático.

Para el primero el poder viene de Dios, para el segundo, la única fuente del poder es el pueblo. De la misma manera se dividió en cuanto a la forma de la organización política, predominando en su principio la forma federal o de estados soberanos, para desembocar luego en el centra

lismo o república unitaria. Estos conceptos trajeron como consecuencia la división de los colombianos en cuanto a las relaciones entre el Estado y la Iglesia, pues mientras en la época del Federalismo el poder civil mantuvo su fuero y su autonomía frente a la Iglesia, al instaurarse el centralismo aquel cede en favor del poder eclesiástico algunas de sus prerrogativas, en especial lo relacionado con el matrimonio y la organización de la familia. En efecto, en el preámbulo de la constitución política de 1858 para la confederación granadina, se encuentra la siguiente invocación como fuente del poder: "bajo la protección de Dios omnipotente, autor y supremo legislador del universo" Y entre los derechos individuales se consagra la absoluta libertad de conciencia, diciendo que la Confederación reconocía a todos los habitantes y transeuntes el derecho a la profesión libre, pública o privada de cualquier religión, pero no siendo permitido el ejercicio de actos que turben la paz pública, o que sean calificados de punibles por leyes preexistentes<sup>6</sup>.

La constitución política de 1883 para los Estados Unidos de Colombia, en cambio, es de una decidida tendencia democrática, pues en su preámbulo no invoca la autoridad divina como fuente del poder sino al pueblo, diciendo "La convención nacional en nombre y por autorización del pueblo y de los Estados Unidos de Colombia que representa, ha venido en decretar la siguiente constitución política"<sup>7</sup>.

-----  
<sup>6</sup> COLOMBIA. Constitución política de 1858 para la confederación granadina. Bogotá, ediciones lerner 1962, Pág. 82.

Más adelante sobre el título de garantía de los derechos individuales se garantiza la misma libertad de conciencia diciendo que todos los ciudadanos tienen derecho a la profesión libre, pública o privada, de cualquier religión con tal que no se ejecuten hechos incompatibles con la soberanía nacional, o que tengan por objeto perturbar la paz<sup>8</sup>.

Años más tarde, en 1886, se promulga una nueva constitución, volviendo por el criterio teocrático sobre el origen del poder y comenzándose desde entonces un renunciamiento del poder civil frente a la iglesia, la cual culmina con el célebre concordato o tratado internacional celebrado entre el Estado Colombiano y el Vaticano, en representación de la Iglesia Católica.

En dicha constitución se vuelve a invocar a Dios como fuente del poder diciendo en su parte dogmática "En el nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad"<sup>9</sup>.

Sabido es que a virtud de esta constitución la nación colombiana adoptó la forma de la República unitaria, desapareciendo, en consecuencia, el sistema federal.

Pero en donde se dió un vuelco fundamental fué en materia religiosa al imponer un determinado credo para los colombianos, diciendo en su artículo 38: "La religión católica

-----  
7, 8, 9

Ibid, p.83.

Ibid, p.97

Ibid, p.109

romana es la de la Nación: Los poderes públicos la protegen y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social"<sup>10</sup>.

El matrimonio no quedó intangible durante este período histórico del ir y venir de la concepción democrática del poder público. Por el contrario, la pugna entre la Iglesia y el Estado se hizo más ostensible, pues mientras el matrimonio católico predominó en los orígenes de la república, durante la federación la mayoría de los Estados soberanos no reconocieron como válido sino el matrimonio civil.

Sucesivas alternativas regulan el matrimonio con criterios encontrados y opuestos, unas veces desechándose el matrimonio católico, otras calificando la iglesia al matrimonio civil como simple concubinato, hasta llegar al sistema actualmente vigente, el cual consiste en que en Colombia es válido tanto el matrimonio civil como el matrimonio católico y produce los mismos efectos. Así, en varios de los códigos que rigieron en el estado soberano durante la época de la federación únicamente se reconocía como válido el matrimonio civil, y así sucedió al unificarse la legislación civil o al promulgarse el código civil en 1873 como el código nacional de la unión.

Pero al consignarse el sistema contratista como forma de gobierno y al ponerse la república bajo el patrocinio del

-----  
<sup>10</sup> Ibid, p.127.

Sagrado Corazón de Jesús, en el año de 1886 comenzó la crisis del matrimonio civil y el sostenimiento del Estado colombiano a la potestad religiosa del Vaticano.

Mediante la ley de 1887 se dió el primer paso de reconocimiento de la validez y de los efectos civiles del matrimonio celebrado por los ritos de la religión católica diciendo en su artículo 12: "Son validos para todos los efectos civiles y políticos los matrimonios que se celebren conforme al rito católico".

En su marcha ascendente y de conquista, la Iglesia Católica obtuvo un resonante y definitivo triunfo sobre el gobierno civil al prohibir el matrimonio civil, por considerarlo simple concubinato; y entonces los legisladores de 1888, de ingrata recordación, dictaron la ley más reaccionaria que se ha dictado en Colombia sobre esta materia: ley 30 de 1888, mediante la cual se declaraba paladinamente, en su artículo 34: "El matrimonio contraído conforme a los ritos de la Religión Católica anula ipso jure el matrimonio puramente civil, celebrado antes por los contratantes con otras personas".

Como culminación de esta etapa de la legislación civil colombiana en el año de 1888, a virtud de la ley 35 se reconcilió el Estado Colombiano con la Iglesia Católica, aprobando el convenio o tratado internacional conocido con el nombre de "Concordato".

La esencia de este convenio es la de darle al Vaticano el nombre de persona de Derecho Público, como si se tratara de un estado sociedad jurídicamente organizada. Allí se establece para la Nación la Religión Católica, Apostólica y Romana; se fomenta la cleresía, se supedita la enseñanza

en todos sus grados de primaria, secundaria y universitaria, y, en fin, se prohíbe el matrimonio civil para quienes nazcan y vivan dentro del seno de la Iglesia Católica.

#### 4. CONCEPTO GENERAL DEL MATRIMONIO.

##### 4.1 NOCION DEL MATRIMONIO.

Iniciamos el estudio del matrimonio diciendo que éste ha sido considerado a través de las diferentes épocas de la humanidad como base de la familia, de la misma manera que ésta lo ha sido de la sociedad, de ahí que se diga que aquella es la cédula de ésta.

Sin embargo, el concepto del MATRIMONIO no ha sido siempre el mismo, como lo hemos visto ya con anterioridad.

El matrimonio actual, es decir el matrimonio monogámico, es el resultado de un largo proceso de evolución de la humanidad, pues en el mundo primitivo existió el matrimonio por grupos, cuyas modalidades específicas dieron origen a la organización familiar conocida con el nombre de Familia Punulúa y Familia Sindiásmica. Sin embargo el matrimonio por grupos lo precedió la etapa de la promiscuidad absoluta, que se caracterizó por la libertad por la libertad sexual ilimitada de donde se dice que el cordón umbilical era el único para establecer la filiación, ésta es la razón para que fueran las madres las únicas que conocían con acierto quienes eran sus hijos. Por este motivo asumieron el gobierno de la familia, surgiendo así el Matriarcado que fue la primera forma de potestad familiar.

El matrimonio monógámico, es nuestro medio, es la única fuente de la familia legítima; al establecerse de la unión de un hombre y una mujer una sociedad de naturaleza muy especial, que extiende sus efectos no solamente sobre las personas que lo contraen sino también sobre los hijos y sobre el patrimonio.

De ahí que al hacer el estudio del matrimonio hay que tener en cuenta lo tocante a los contrayentes como también lo atinente a sus efectos sobre los bienes (como es el caso de la sociedad conyugal) y en relación con los hijos.

#### 4.2 ETIMOLOGIA DE LA PALABRA MATRIMONIO.

Según Santo Tomás: proviene de "matren moneſ" previene a la madre que no se aparte del marido.

"Matre nato" que la mujer se hace madre del nacido.

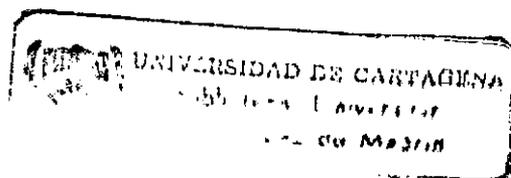
"Matre muniens" defensa de la madre.

"Motas y materia que el ser dos, encarna una, los cónyuges forman una sola materia, un matrimonio.

Otras etimologías: "Matri", genitivo de mater, madre.

"Manus us", "Manus eres", cargo u oficio madre.

Esta derivación se debió por ser la madre la que determinaba el vínculo de parentesco en época de la promiscuidad sexual y ser ella la de mayores obligaciones con los hijos dentro del matrimonio.



#### 4.3 DEFINICION DEL MATRIMONIO.

Entre otras tenemos las siguientes:

- GRECIA. El matrimonio fue la primera institución que estableció la religión doméstica.
- ROMA. El matrimonio es una institución de derecho divino y humano.
- LAS SIETE PARTIDAS. Es la sociedad legítima del hombre y la mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte.
- DERECHO CANONICO. Sacramento propio de legos, por el cual el hombre y la mujer se ligan perpetuamente con arreglo a las prescripciones de la iglesia.
- LA IGLESIA. Es un sacramento y según la Biblia, es el primero que se constituyó en el mismo momento en que aparece la diversidad de sexos.
- PLANIOL. El matrimonio es un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad.
- CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Nuestro Código lo define 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" <sup>11</sup>.

#### 4.4 NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO.

De acuerdo con la definición del Código, el matrimonio requiere siempre un acuerdo de voluntades libres tanto de parte de la mujer como del hombre; sin este requisito no hay matrimonio. En la definición del Código la palabra contrato debemos interpretarla en el sentido de libre voluntad, aunque hubiera sido preferible emplear la expresión "acuerdo de voluntades", este acuerdo debe ser solemne; de lo contrario hay inexistencia de matrimonio.

Por el matrimonio el hombre y la mujer se obligan a contituir una comunidad doméstica, esto es, a vivir bajo un mismo techo, la mujer promete vivir únicamente, como lo ha sostenido numerosos tratadistas, con su marido y éste con su mujer. La promesa mutua de fidelidad es de la esencia del matrimonio y en ningún caso puede excluirse.

De otra parte la celebración del matrimonio exige que se haga entre un solo hombre y una sola mujer en razón de que la monogamia es la forma de régimen familiar que impera tanto en la sociedad europea como en la americana así que en ninguna de las definiciones que seden del matrimonio puede omitirse la característica de ser una unión monogámica como tampoco puede dejarse de lado al requisito de ser una comunidad doméstica.

#### 4.5 FINES DEL MATRIMONIO.

En cuanto a los fines del matrimonio los esenciales son

11 COLOMBIA. Código Civil Colombiano. Compilada por Jorge Ortega Torres, Bogotá, Temís, 1980, Pág. 98.

la cohabitación sexual y la procreación; pues la finalidad esencial de la familia, especialmente de la familia legítima que tiene su origen en el matrimonio, es precisamente, la perpetuación de la especie humana. Esta la razón para considerar a todo matrimonio con la capacidad al menos en potencia de llenar este fin, ya que puede presentarse el caso de que a pesar de la cohabitación no haya hijos por causas ajenas a la voluntad de los cónyuges. En todo caso de buena fé se cumple con la finalidad del matrimonio cual es de la cohabitación.

Como dice Valencia Zea:

No se concibe un matrimonio en que marido y mujer no puedan realizar ninguna de las dos funciones. No se necesita deformar el concepto del matrimonio para hacerlo servir a otros fines que no sean los indicados. Puede concebirse, por ejemplo, que un hombre necesite de una compañera para asociar sus esfuerzos, sus economías, su manera de pensar y de actuar dentro de un plan armónico de acción, y a esa asociación que puede ser lícita, darle el nombre que se quiera, pero como ella no implica cohabitación sexual no será posible ni lógico revestirla con las características del matrimonio.<sup>12</sup>

-----  
<sup>12</sup>VALENCIA ZEA. Op,cit. Pág. 97.

En el caso del matrimonio inestremis que no cumple ninguno de esos fines, cabe anotar que los fines ya se cumplieron y lo que ahora se propone es otorgar el beneficio de legitimación a los hijos naturales nacidos de los concubinos; es decir, lo que se hace es revalidar lo que se había hecho al margen de la ley.

Resumiendo decimos; que la finalidad del matrimonio es y seguirá siendo la satisfacción ordenada de los apetitos sexuales entre los cónyuges, por una parte y por la otra la procreación.

#### 4.6 CONCEPTO RELIGIOSO DEL MATRIMONIO.

En los pueblos antiguos el matrimonio estaba asociado a la religión y se constituía más que todo con el fin de que los descendientes continuaran la misión de conservar y guardar el culto ya a los dioses y a los antepasados (culto a los muertos).

#### 4.7 EL MATRIMONIO CONSIDERADO COMO SACRAMENTO.

La Iglesia Católica considera el matrimonio como contrato y como sacramento. Pero no lo tiene como dos elementos independientes, sino que interpreta el contrato como el mismo acuerdo de voluntades que tiene el carácter de sacramento entre los bautizados. (Canón 1012 del C. del P.C.). Por consiguiente, el mismo contrato es sacramento y el sacramento es a la vez contrato.

#### 4.8 EL MATRIMONIO COMO INSTITUCIÓN.

Si consideramos la fuente u origen del matrimonio, pode-

mos decir que es un acuerdo o pacto matrimonial puesto que compromete un acuerdo de voluntades pero si se examina por su aspecto consecuencial, necesariamente hay que admitir un mayor alcance. En efecto, quienes celebran pactos o convenciones suelen indicar los efectos o resultados que han de producir; pero en el acuerdo matrimonial no ocurre lo mismo ya que los contrayentes no pueden indicar los resultados o fines que deba producir, pues estos se encuentran taxativamente indicados por la ley y los contrayentes no pueden modificarlos, a su gusto, porque son de orden público familiar. Aún más por regla general los contratos y convenciones no pueden producir efectos o extenderlos más allá de las personas que lo celebren; por el contrario, el matrimonio, tiene un radio de acción mucho más extenso, como que cobija a personas distintas de los cónyuges, como es el caso de los hijos habidos en el matrimonio al quedar protegidos por el estadio matrimonial, aún contra la voluntad de los padres.

La doctrina moderna enseña que si el matrimonio por su fuente es un acuerdo de voluntades, por sus efectos es estado, en virtud de su carácter institucional.

La institución es algo que está por encima de un simple acuerdo de voluntades tanto por sus efectos como por su duración, lo es por sus efectos porque según se ha dicho, no depende de la voluntad de los contrayentes, quienes de ordinario los desconocen en el momento de la celebración, lo es por su duración, porque aunque el matrimonio se extinga sus efectos se perpetúan en los descendientes legítimos en el habidos.

A pesar de que el concepto sacramental y religioso del matrimonio ha perdido mucho terreno en el campo jurídico, lo ha ganado en el campo institucional. El matrimonio al dejar de ser considerado como solemnidad religiosa o sacramental, se ha concebido a partir del Derecho Francés del Renacimiento como un contrato, carácter que se acéntúa a partir de la Revolución Francesa hasta ocupar lugar prominente en la técnica legislativa. Pero también es una realidad que la doctrina ha reaccionado después y ha visto una verdadera institución social y jurídica en el matrimonio, concepto éste que se refleja aún en aquellas legislaciones en que lo consideran como contrato.

Que el matrimonio es una institución, lo demuestran las solemnidades de su celebración, solemnidades institucionales en el matrimonio y que vienen a revelar su naturaleza. En los contratos también se emplean las solemnidades para su celebración y se dice que se otorga, se conviene o se estipula, vocablos no empleados en la celebración del matrimonio puesto que nadie dice que se estipuló.

Se otorgó o se convino en el matrimonio, exceptuándose, los esponsales que son diferentes a su celebración. Del matrimonio se predica siempre que se celebró y ésta es fórmula jurídica; además esta celebración debe revertirse de ciertas solemnidades, generalmente públicas. No todos los contratos son solemnes y los que lo exigen es en orden a la facilidad y seguridad probatorias. En cambio en el matrimonio la solemnidad es esencial, que si llegare a faltar la intervención estatal, mediante el funcionario público respectivo, no existe el matrimonio. Esta intervencción solemne es más trascendente en la legislación ci

vil que en la canónica.

En la celebración del matrimonio católico el sacerdote no es más que un testigo calificado, pues los Ministros del sacramento son los mismos contrayentes. En el matrimonio civil, el ministro es el funcionario oficial del estado, que no solamente testifica y registra la unión sino que ejerce una función constitutiva a través de la declaración pública y formal de que los contrayentes han quedado unidos en matrimonio a nombre de la ley. Esa función es constitutiva, porque crea un nuevo estado en los contrayentes: El de casados. Los términos y formas de la celebración del matrimonio revelan mucho más de lo que es natural en un contrato.

En lo intrínseco, las leyes cuidan por la naturaleza de esa unión por sus condiciones y efectos esenciales. Tanto las legislaciones europeas como las americanas no admiten la coexistencia o simultaneidad de varias lazos matrimoniales, en razón al principio de la unidad, ni se admiten los matrimonios condicionados ni a termino (modalidades estas muy propias de los contratos) en consideración al principio de la perpetuidad, el cual es distinto y no debe confundirse con el de la indisolubilidad. El matrimonio se contrae de por vida para los cónyuges sino se puede mantener por todo el tiempo es por causa inevitables posteriores que impiden o frustran el propósito inicial, ineludible y esencial en el contrato matrimonial.

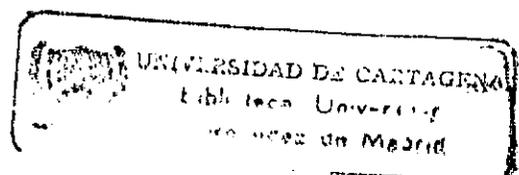
Igualmente, la ley se preocupa en todas partes por regular las relaciones entre los cónyuges, precisando expresamente en el orden personal y sin que la voluntad de los contrayen

pueda en lo general, alterar ni contraer las disposiciones legales, característica propia de toda institución y no de los contratos y no es solamente en el orden personal en donde se hace sentir esta acción de la ley sino que cubre también las relaciones prematrimoniales aún cuando en este aspecto se le permite a los cónyuges una mayor autonomía, su voluntad está delimitada por preceptos legales ineludibles y por requisitos de carácter imperativo. Aún más: Las leyes determinan y regulan un régimen llamado legal o supletorio para el caso de que los consortes no hayan establecido otro normativo de sus relaciones patrimoniales o no haya previsto en sus convenios situaciones que en la esfera real llegan a presentarse (Capitulaciones matrimoniales).

### 51546

A establecido la doctrina que el contrato, como acuerdo que es de voluntades, se resuelve también por la voluntad concordante y expresada de los contratantes. Esta solución no es aplicable, en la mayoría de las legislaciones al mal llamado contrato de matrimonio.

Algunas legislaciones no aceptan el divorcio en cuanto al vínculo y solamente aceptan la separación de cuerpos y de bienes. Así ocurre en España, Irlanda, y Argentina y en Colombia antes de la ley primera de 1836. Otras legislaciones lo aceptan pero algunos no lo toleran la disolución del vínculo por el mutuo consenso de los contrayentes que establecen procedimientos especiales para asegurar la permanencia y continuidad de aquella situación de diseñ tamiento. Así tenemos que se obliga al juez a gestionar la conciliación y la concordia de los cónyuges, de dejar pasar períodos generalmente largos durante los cuales la



voluntad persistente en que la disolución a de manifestarse repetidamente, entonces se adopta un conjunto de precauciones y de garantías para llegar a la declaración final, que no se justificaría si el matrimonio tuviese únicamente el carácter marcadamente contractual que erróneamente pretende darsele.

Todas estas razones son explicables si partimos de la naturaleza institucional del matrimonio. En el divorcio justificado por una causa, las legislaciones establecen taxativamente las causas aceptables para el divorcio.

En Francia la jurisprudencia establece como causal de divorcio la injuria, aceptada también por la jurisprudencia Alemana como pro Código Civil Suizo; en Colombia tenemos varias causales por ejemplo las relaciones sexuales extra matrimoniales, los ultrajes, la embriaguez habitual. Todo esto nos afirma el carácter profundamente institucional y no simplemente contractual del matrimonio.

#### 4.9 EL MATRIMONIO COMO CONTRATO.

Teniendo en cuenta el aspecto de mutuo acuerdo de voluntades en su celebración se le ha dado una fisonomía contractual que muchas legislaciones han considerado como predominante, razón por la cual a querido igualarsele a un simple negocio contractual. Nada repugna tanto a la naturaleza misma del matrimonio como esa superflua e incosciente consideración de lo que despoja su espiritualidad u perjudica su eficacia. Entre el matrimonio y la sociedad, el mandamiento la compra venta, el arrentamiento o el préstamo existe tal diferencia que la perciben hasta los más profanos en la materia.

La celebración del matrimonio hace sugerir a la vida una nueva persona jurídica distinta del marido y la mujer, que tiene un gran relieve social, que constituye normalmente a la familia y pasa del derecho privado a la orbita del derecho público. A pesar de ser tan notorio el aspecto contractual, no en el nombre ni en la calificación, sino en su regulación, se ha impuesto y positivamente existe, a menos en tres de las legislaciones del mundo civilizado actual; en la Rusa, en la Estadounidense y en la Escocesa en esta última el llamado matrimonio Gretna Green.

Sin duda es la legislación Rusa la que más avanzado en este sentido y la más congruente con el principio contractual y de autonomía de la voluntad, como forma típica elegida para el matrimonio.

En la legislación Rusa, actualmente vigente, no existe fórmula ni solemnidad para la celebración del matrimonio solamente la mutua voluntad del hombre y la mujer para unirse y el hecho de la unión constituyen el matrimonio sin necesidad de intervención de ningún funcionario sin conformar ningún expediente y sin que por medio de declaración algún oficial en nombre de la ley o de la sociedad.

Es la consagración de la más pura y neta unión libre del matrimonio.

Siendo aún voluntaria la inscripción, esta reviste una gran trascendencia y por tal razón el legislador ruso a exigido determinadas condiciones de capacidad para su ejecutoria. En primer lugar la edad: los contrayentes deben tener diez y ocho años cumplidos, así lo exige la ley; segundo, no pueden estar unidos por parentesco de consanguinidad en

línea directa ni colateral dentro del segundo grado y ter ce ro; con c ó n y u g e s han de declarar si están unidos por ma tr i m o n i o anterior subsistente. El matrimonio escrito con estas formalidades queda amparado por la inscripción, de donde vemos que la ley rusa evita los matrimonios precoces, los incestuosos y la bigamia; que si bien el de la URSS. no constituye delito, es un acto reprobado por la mo ra l p ú b l i c a. Por otra parte la legislación Rusa se prop o n e especialmente la defensa de la mujer y de los hijos. El matrimonio tiene en Rusia un carácter marcadamente con tract ual, pero intervenido por el estado con fines netamente sociales.

Los decretos relativos a la familia de fecha 31 de Diciembre 1917 dieron origen al primer código de la familia de 1918 fundado en la igualdad jurídica de los dos sexos el divorcio y la asimilación del hijo natural al hijo legíti mo. En 1926 en la revisión de éste código se trató de asi mi lar el concubinato al matrimonio. En concubinato o sea la unión estable de hecho de un hombre y una mujer da ori gen al matrimonio de hecho o matrimonio no registrado. Es ta actitud del legislador soviético cambio radicalmente en 1944 bajo el influjo de la guerra. Las reformas ejecutadas dicho años, establece que solo el matrimonio regis tr ado engendra los derechos y obligaciones de c ó n y u g e s previstas en el código. Y mediante la reforma del 16 de Abril de 1945 se estableció que solamente el matrimonio registrado es matrimonio en sentido jurídico. La reforma de 1944 privó el concubinato de todo efecto jurídico, lle gan d o se a prohibir toda acción de investigación de la paternidad natural. Tratadistas como Arminjan, Boris Nolde y Woiff, estiman que las últimas reformas hechas al derecho de la familia soviética, representan un gran retroceso no solamente en relación con las modernas legislaciones civiles de los países capitalistas, sino que riñen con los

principios del régimen jurídico soviético tan proclamado y energicamente defendido por los juristas soviéticos. En lo referente a Escocia, existe allí igualmente una forma de matrimonio carente de requisitos previos de toda índole, conocido con el nombre de Gretna Green.

Matrimonio este que se perfecciona por el simple consentimiento de los contratantes con capacidad para contraerlo manifestando ante un registrador o ante un ministro de la religión que profesen, o ante dos testigos su deseo libre de contraer matrimonio. El matrimonio así constituido puede disolverse también por mutuo consentimiento de los cónyuges, así haya hijos y siempre que se adopten las medidas para dar protección a los menores.

Paralelo a este matrimonio existen otras reformas solemnes pero hay plena libertad para adoptar al que ha bien de tenga. Diferentemente de lo que sucede en Rusia, el matrimonio Gretna Green solamente se refuta válido si los contrayentes tienen las capacidades exigidas por la ley para su validez una vez celebrado.

En los Estados Unidos, dada la amplia libertad que allí existe, la mayoría de los estados admiten el matrimonio puramente contractual, perfeccionando mediante el consentimiento de los contrayentes manifestando ante el funcionario público competente.

Por lo general se admite también allí el matrimonio denominado Comonn Law, o sea, por la simple convivencia de los consortes el cual tiene una gran semejanza con la unión libre o concubinato.

#### 4.10 CARACTERISTICAS ESPECIFICAS DEL CONTRATO MATRIMONIAL

Establecemos a continuación algunas diferencias entre el llamado contrato matrimonial que es de carácter específico y sui generis con los demás contratos de derecho civil:

- El contrato matrimonial versa únicamente sobre personas.

Los demás contratos versan sobre bienes y cosas.

- El matrimonio no estará sujeto a término o condición, como si lo están los demás contratos.

- Los negocios jurídicos pueden disolverse por distintas causas, entre otras por mutuo acuerdo entre las partes contratantes, el matrimonio, por lo general, por la muerte de uno de los cónyuges.

- En los contratos las partes persiguen intereses personales, sacando ventaja para sí, en el matrimonio los cónyuges persiguen intereses en común.

- Los contratos son modificables por la partes, lo cual no puede hacerse en el matrimonio en cuanto a las personas.

En épocas pasadas el matrimonio tenía un carácter acentuadamente religioso contra el cual reaccionó la teoría contractualista y según las modernas doctrinas jurídicas el matrimonio es considerado como una institución. Veamos algunas teorías de juristas de renombre.

León Dogit: Dicho tratadista dice que el matrimonio es un

acto jurídico, condición que ver en el matrimonio, un contrato es innegablemente un error. Sin duda es una convención pero una convención que es la condición del nacimiento de una situación legal objetiva; la situación legal de los casados, situación permanente que tiene con secuencias generales que se imponen, no solo a los esposos sino a todos y que está determinada por la ley en su efecto y en su extinción.

La teoría institucional de Georges Renard, Hauriön que puede concretarse en estas palabras de Renard: El matrimonio es un contrato? Si, en la forma; sí de considerarlo sólo en su apariencia; sí, de entenderlo como un contrato condición, como el consentimiento bilateral del hombre y la mujer que los somete al estatuto legal de los casados. Pero el estatuto de los casados está por encima de la voluntad de los casados. Es un postulado de orden jurídico interpretado por la ley la forma es contractual pero en el fondo, el matrimonio es un acto de institución.

#### 4.11 TEORIA MIXTA.

Colin y Ripaert, consideran que en el matrimonio coexisten los dos aspectos: Contrato e Institución.

En el matrimonio hay una realidad, una voluntad creadora de efectos jurídicos y esa voluntad está sometida de manera a las condiciones del Código Civil impuestas por la eficacia de la voluntad contractual, pero el matrimonio es una institución jurídica y si el acuerdo de voluntades es necesaria para que tenga lugar la explicación de las normas legales, es importante para condicionar los efectos

duración del compromiso. La función de la voluntad está condicionada a la sumisión de las reglas legales.

## 5. ASPECTO HISTORICO DEL MATRIMONIO.

### 5.1. IDEA GENERAL.

Podemos considerar que el matrimonio ha sido considerado a través de las diferentes épocas de la humanidad como la base de la familia la cual viene a constituir la cédula fundamental de la sociedad.

En un principio el matrimonio fue por grupos, pero en la etapa de la promiscuidad sexual estas uniones eran indiscriminadamente entre hombres y mujeres por lo tanto el parentesco consanguíneo se fundamentaba en la madre dando a sí origen al matrimonio, como ya tuvimos ocasión de estudiarlo anteriormente.

### 5.2 FAMILIA HEBREA.

En un principio la familia hebrea desconocía la poligamia lo mismo que el divorcio, instituciones estas que aparecieron posteriormente en su legislación. En cuanto al divorcio fue Moisés quien concedió temporalmente al marido la facultad de repudiar a su mujer, en ciertos casos; pero la sinagoga procuró siempre mermar dicha facultad, exigiendo un sin número de condiciones y requisitos que dificultaban el divorcio. El código de Hamurabi (2.200 años A.C.) instituyó como base fundamental de la sociedad el matrimonio monógamo, aunque también permitía el concubinato.

5.3 INDIA.

En los primeros tiempos el matrimonio en la India fue monógamo, decían los Brahamanos que "el esposo y la esposa formaban una sola persona". El adulterio era castigado con la muerte; posteriormente se aceptó la poligamia para los reyes y los poderosos como síntoma de privilegio.

La disolución del matrimonio se aceptaba pero solo por causas muy graves como la esterilidad de la mujer, la degradación del cónyuge o su prolongada ausencia. Según el Código de Manú, el matrimonio es el deber religioso que alcanza el carácter de sacramento.

5.4 PERSIA.

Originalmente el matrimonio Persa fue también monógamo, de tal manera que quien se apartara de él incurriría en pena de infamia, pero posteriormente fue instaurada la poligamia para los principes en primer término y más tarde para los nobles. El marido ejercía una acentuada potestad sobre la mujer y los hijos y únicamente podía repudiar a aquella cuando su conducta fuera disoluta o antirreligiosa.

5.5 GRECIA.

Allí el matrimonio tenía el carácter religioso y político basado fundamentalmente en el culto doméstico; el matrimonio era obligatorio porque había la creencia ultraterrena de los antepasados y era necesariamente la perpetuación y felicidad de aquellos. Los padres eran los que decidían sobre el matrimonio y la mujer podía volver a casarse con

el pariente más cercano del marido, que en este caso era el hermano, naturalmente cuando se trataba de esterilidad del padre.

La mujer casada era objeto de gran estimación y gozaba de capacidad jurídica.

5.6 ROMA.

Primitivamente el matrimonio tuvo carácter de institución en procura de sucesores que perpetuaran el culto doméstico por lo cual el matrimonio se consideraba como obligatorio hasta la decadencia del culto en que se cambio de concepto; entonces se consideró como principal efecto para producir la "patria potestad". Tal efecto se producía cuando ambos contrayentes eran ciudadanos romanos, a quienes correspondía el jus conubio que era el matrimonio legítimo o justas nupcias. Este podía ir acompañado de la manus, que colocaba a la mujer en condición de hija respecto del marido.

El matrimonio celebrado entre los súbditos de Roma, que no eran ciudadanos, se reputaba de injusto y no producía efectos civiles. En un principio fue monógamo y se castigaba severamente la bigamia, el lenocinio marital, pero luego se consagró el divorcio por causa de la esterilidad de la mujer, ampliándose luego la ruptura por mutuo concenso entre los esposos.

5.7 GERMANIA.

Los Germanos consideraban el matrimonio como un vínculo sa

## 6. CLASIFICACION DEL MATRIMONIO.

### 6.1 ESPECIES DE MATRIMONIO.

Lo anteriormente expuesto, pone de manifiesto que el matrimonio ha tenido que pasar por diferentes etapas y ha tenido que someterse a diversos regímenes tomando modalidades propias del respectivo desarrollo cultural, económico y político de cada pueblo en su histórico momento. El derecho lo ha seguido de cerca en todos sus pasos evolutivos y le ha precisado tres grandes especies, a saber:

- El matrimonio religioso.
- El matrimonio civil solemne.
- El matrimonio consensual.

#### 6.1.1 Matrimonio Religioso.

Es aquel que se celebra ante un funcionario o ministro de la Iglesia sin tener en cuenta la religión que profesan los contrayentes y entendida la Iglesia en su sentido universal de institución religiosa.

Hay que distinguir entre el matrimonio religioso y el matrimonio confesional. El primero, en el género, el segundo

grado de carácter monógamo a cuya unidad añadieron la figura de la indisolubilidad del vínculo; primitivamente revistió la forma de compra que se hacía simbólicamente cuando el novio entregaba al padre de la novia los bienes como medio de transpasar la potestad que sobre la hija tenía el padre. Además de la compra de este poder el futuro marido hacía a su futura esposa una donación por medio de el libelus o carta dotal, que constituía la mejor manifestación del matrimonio concertado. Un consejo doméstico, conformado por los parientes de las mujeres, velaban sobre ésta para evitar abusos del poder marital, castigando el adulterio del marido y cobrándole indemnización de perjuicios para la esposa, una vez que se le exigía al cónyuge el divorcio.

#### 5.8 EDAD MEDIA.

El feudalismo no lateró los caracteres del matrimonio monógamo y lo sometió más bien a las leyes de la Iglesia, consagrado como única forma válida el matrimonio religioso. Se consagró el aumento de la autoridad marital en detrimento de la capacidad de la mujer casada. Los vasallos no podían casar a sus hijos sin el consentimiento del señor, salvo que pagaran una fuerte suma de dinero.

## 6. CLASIFICACION DEL MATRIMONIO

### 6.1. ESPECIES DE MATRIMONIO.

Lo anteriormente expuesto, pone de manifiesto que el matrimonio ha tenido que pasar por diferentes etapas y ha tenido que someterse a diversos regímenes tomando modalidades propias del respectivo desarrollo cultural, económico y político de cada pueblo en su histórico momento. El derecho lo ha seguido de cerca en todos sus pasos evolutivos y le ha precisado tres grandes especies, a saber:

- El matrimonio religioso
- El matrimonio civil solemne
- El matrimonio consensual

#### 6.1.1. Matrimonio Religioso.

Es aquel que se celebra ante un funcionario o ministro de la Iglesia sin tener en cuenta la religión que profesan los contrayentes y entendida la Iglesia en su sentido universal de institución religiosa.

Hay que distinguir entre el matrimonio religioso y el matrimonio confesional. El primero, en el género, el segun-

dola especie.

El matrimonio confesional es el que corresponde al matrimonio sacramental de la Iglesia Católica lo cual lo elevó a la categoría de sacramento.

Conforme a la importancia social que desde sus orígenes revistió al matrimonio y de acuerdo a sus consecuencias trascendentales fue asociado por los pueblos de la antigüedad al ministro religioso y a la solemnidad litúrgica, y colocado bajo la protección de los dioses. El sacerdote era el encargado de su celebración santificando y formalizando su unión.

Con el advenimiento del cristianismo y con la expansión de sus doctrinas se sustentaron los siguientes principios:

Imposición de la monogamia y la perpetuidad; se proclamó dogmáticamente su indisolubilidad poniendo en labios del mismo Jesucristo "lo que Dios une, no lo separa el hombre"

El matrimonio así instituido por Jesucristo alcanzó la categoría de sacramento. Se puso así bajo la jurisdicción de la Iglesia y se impuso para todos los que profesaban el cristianismo y hoy profesan el catolicismo.

El matrimonio sacramental tiene y ha tenido gran influencia en los pueblos donde no se ha hecho una separación clara entre la Iglesia y el Estado.

En Francia en el siglo XVI se elaboró la doctrina del matrimonio como contrato distinguiéndolo del sacramento atribuyéndole su soberanía del Estado.

### 6.1.2 Matrimonio Civil Solemne.

En este proceso de evolución del matrimonio se pasa de la forma religiosa y sacramental a la puramente civil.

A su vez, el matrimonio civil puede ser solemne puramente consensual. El solemne exige para su celebración y validez la intervención del funcionario público como competencia funcional para constituirlo en nombre del Estado se caracteriza por que lo asimila a un verdadero contrato con su requisito esencial de consentimiento mutuo de los contrayentes. En estas condiciones pierde el matrimonio civil toda formalidad litúrgica e independizándose de toda potestad religiosa. La solemnidad consiste en hacerse público necesitar el consentimiento libre de los contrayentes la intervención del funcionario público y de los testigos, además la firma del acta correspondiente.

Con la evolución de los pueblos se ha venido imponiendo la formacivil del matrimonio y son muy pocos los países civilizados que no lo consagran. Por otra parte al asimilarlo a un contrato consensual se establece y consagra el negocio vincular, en oposición a la indisolubilidad del matrimonio sacramental.

### 6.1.3 Matrimonio Consensual.

Esta especie de matrimonio corresponde a la teoría que lo considera como un mero negocio jurídico, un simple contrato en que el consentimiento de los contrayentes sigue siendo su principal fundamento. Para su celebración y validez no requiere la intervención del funcionario público ni el cumplimiento de formalidades expresas, características que lo diferencian del civil solemne.

Además de hecho el matrimonio queda consagrado pues se disuelve como se constituye por la sola voluntad acordada de los cónyuges. Para su disolución no necesita causal alguna, como sucede con el matrimonio civil solemne en donde la ley fija tácitamente las causales a invocar para el divorcio, tal como sucede con la ley segunda del 76 entre nosotros.

Los juristas modernos consideran esta forma de matrimonio como la más avanzada, otros la consideran como la legalización del "amor libre", pero lo cierto es que el matrimonio consensual se ha impuesto positivamente en legislaciones como la de los Estados Unidos, la Unión Soviética y Escosia.

Allí el matrimonio consensual carece de requisitos previos y se perfecciona por el solo consentimiento de los contrayentes que tengan capacidad para celebrarlo. Este consentimiento puede ser manifestado ante el funcionario civil, ante un ministro de la religión que profesen los contrayentes o simplemente ante dos testigos. Puede disolverse de acuerdo a su naturaleza consensual por mutuo consentimiento de los cónyuges, así halla hijos.

La legislación Soviética es la que, sin duda alguna, más ha avanzado en tal sentido y la que más acorde se halla con el principio voluntario y contractual escogido como modelo para el matrimonio. La legislación Rusa no consagra fórmula ni solemnidad alguna exigible para la celebración del matrimonio, la coincidencia en la voluntad de los contrayentes para unirse y es hecho efectivo de la unión, constituyen el matrimonio sin necesidad de que inter

venga ningún funcionario, sin que se forme un expediente y sin que medie declaración oficial a nombre de la ley o de la sociedad. Pero si esta declaración no se considera indispensable para que el matrimonio exista, si se considera indispensable para que surta sus efectos en muchos actos de la vida cívil y administrativa, que uno de los cónyuges declare su realidad y existencia ó que se encuentre provista de un título oficial que acredite el matrimonio, este título queda constituido por la inscripción en el registro de la familia o civil, dándonos a entender la importancia que reviste dicha inscripción. Al verificar la inscripción el matrimonio queda comprobado para todo el tiempo y de no hacerse hay que justificar el hecho matrimonial ante los tribunales para obtener de éstos una declaración de su existencia.

## 7. DE LA PROMESA DE MATRIMONIO.

### 7.1 LOS ESPONSALES.

La promesa de matrimonio, que recibe el nombre de esponsales o desposorios, es el compromiso de celebrarlo mutuamente, hecho por los futuros contrayentes sin intervención de terceros Artículo 110 del Código Civil.

Etimológicamente la palabra esponsales proviene de la voz latina (sponsales), que quiere decir esposos; hay quienes afirman que su origen se encuentra en las acepciones Spes (Spei), que significa esperanza; otros, que se remota al vocablo latino spondere, que equivale a prometer.

El diccionario de la real academia española deriva el vocablo esponsales, como promesa para celebrar matrimonio ha perdido actualidad, su importancia es más histórica que jurídica.

En el derecho Romano quiritarario se privo de efecto al pacto esponsálico, pero luego en la época romana helenica se toma de legislaciones orientales el sistema de afianzar con las llamadas arras esponsálicas su cumplimiento.

La influencia ejercida por el derecho romano sobre el español vino a ser decisivo en la legislación española, que

mantuvo la posición romanística de los esponsales; a su vez, en la edad el derecho canónico ejerció influencia decisiva en los esponsales, que siguió más o menos de cerca las concepciones romanas españolas.

### 7.2 LAS SIETE PARTIDAS.

Los esponsales podían celebrarse desde los siete años; se le reconocieron tales como dar origen a un impedimento matrimonial de carácter deprimente y conceder al desposado el derecho de indemnización de perjuicios, en el caso de su incumplimiento; inclusive permitieron su celebración desde los siete años en lo cual se siguió al derecho romano justiniano.

El derecho moderno establece bien clara la diferencia entre la promesa de matrimonio o esponsales y el matrimonio en sí. En los esponsales los futuros contrayentes prometen en el instante mismo contraer matrimonio en fecha posterior (Sponsalia de futuro), mientras que en el matrimonio los contrayentes manifiestan su voluntad de tomarse inmediatamente por marido y mujer (sponsalia de presenti).

No ocurriría lo mismo en algunas legislaciones antiguas, en las cuales los esponsales constituían parte integrante del matrimonio, pues primero se celebran estos que venían a constituir el proceso de compra de la novia, que era formal y consignaba las declaraciones de voluntad del matrimonio, después venía la entrega de la novia (trattio puellae). Una vez celebrado el contrato matrimonial el novio compelía a los titulares de la potestad sobre la novia a que le hicieran entrega de esta, colo lo manifestaron Kipp y Wolff, citadas por Arturo Valencia Zea.<sup>13</sup>

En su última época el derecho romano hizo una modificación al respecto, bajo la influencia del derecho matrimonial eclesiástico y separó el consentimiento matrimonial propiamente dicho, del consentimiento previo y consideró que la simple promesa de matrimonio no era matrimonio ni parte de él, y que esa promesa debía seguirle el consentimiento matrimonial.

Actualmente las legislaciones modernas diferencian claramente el matrimonio de los esponsales, y consideran a éstos como una simple promesa de matrimonio a que quedan obligados los futuros contrayentes. Por lo general todo matrimonio está precedido del noviazgo situación que no es alterada por los esponsales, sino que le dan más seriedad a las relaciones íntimas de los prometidos y tratan de justificarlas ante la sociedad.

También debe establecerse con claridad la diferencia entre la promesa de matrimonio o esponsales de las promesas de celebrar un contrato (Ej.: el de compra venta).

Mientras que éstas no solamente obligan a celebrar el contrato sino que la parte afectada puede constreñir a la otra judicialmente o a su cumplimiento, en los esponsales se contrae la mutua obligación de celebrar el matrimonio, pero ninguno de los novios puede compeler al otro a casarse en razón de que el matrimonio debe ser libre y espontáneo en el momento de la celebración y no en una época anterior

-----  
13 Ibid, p.101.

### 7.3 LOS ESPONSALES SEGUN EL CODIGO COLOMBIANO.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 110 del Código Civil los esponsales son "un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no producen obligación ninguna ante la ley civil"<sup>14</sup>  
De esta definición puede deducirse las siguientes consecuencias:

- Cualquiera de los novios puede violar impunemente el contrato de esponsales;
- El novio a quien se incumple no podrá obligar al otro a contraer matrimonio a través de ninguna acción;
- El novio que incumpla no está obligado a indemnizar al otro por los perjuicios que éste sufra;
- Tampoco podrá exigirse la multa pactada para el caso de incumplimiento, pero si ésta hubiese sido pactada, no habrá acción para exigir su devolución;
- El novio a quien se ha cumplido la promesa de matrimonio puede pedir la restitución de las cosas donadas o entregadas bajo condición de celebrar el matrimonio,

A este deficiente sistema del código civil se le hace una grave objeción consistente en decir que los esponsales no producen efectos civiles y son un hecho regido por la leyes del honor y la consecuencia de quienes los celebran, sobre el legislador se haya tomado el trabajo de redactar tres artículos para decir que no producen efectos civiles.

<sup>14</sup> COLOMBIA. Código Civil, Pág. 44.

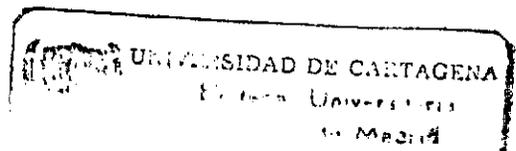
al decir del tratadista Valencia Zea.<sup>15</sup>

#### 7.4 DERECHO CIVIL COMPARADO.

Las legislaciones modernas no otorgan acción para constreñir a los novios que han faltado a su promesa, a contraer matrimonio, pero si obliga al novio culpable a indemnizarle al otro de los perjuicios causados.

Según el artículo 1.298 del Código Civil Alemán, se debe indemnización de perjuicios si uno de los novios rompe los esponsales sin causa, o si por su culpa da lugar a la resolución del contrato por la otra parte.. La legislación alemana considera que la infidelidad por parte de alguno de los novios es causa suficiente para resolver los esponsales, quedando el novio infiel en la obligación de indemnizar de los perjuicios al otro.

En cuanto a la indemnización de perjuicios considera la legislación alemana que la acción puede ser ejercida por los parientes del novio abandonado, o por éste, pero los padres parientes y terceros solo podrán pedir indemnización por las expensas hechas en ocasión del futuro matrimonio (banquetes de esposales, anuncios de compromisos, dote, viajes, etc.). En cambio el novio a quien se incumple puede pedir indemnizaciones patrimoniales o de orden personal y moral. Las primeras corresponden a todos los gastos hechos con ocasión del matrimonio prometido (compra de muebles, abandono del empleo, cambio de domicilio, regalos) y respecto a las segundas se establece que la novia no puede pedir indemnización por no haber podido atender a otro pretendiente que la pedía en matrimonio; pero si se trata de una mujer de conducta intachable, que a consecuencia de lo esposales



sohabitó con el novio, puede pedir como indemnización una renta o capital que guarde alguna proporción con las reducidas perspectivas matrimoniales futuras.

En cambio del Código Civil Francés guarda silencio sobre el particular, lo que ha permitido a la doctrina darle una equitativa solución al problema del rompimiento injustificado de los esponsales. Según ésta, todo el que sea culpable debe indemnizar por el perjuicio que cause, y en consecuencia, el novio que a la ligera promete matrimonio y no cumple tal promesa comete culpa.

#### 7.5 DERECHO ACTUAL TENDENCIAS LEGISLATIVAS.

Con respecto a la disposición que asumen los legisladores frente a los esponsales, existen diversas concepciones legislativas. Mientras que algunos niegan todo efecto jurídico al pacto esponsálico, otros han llegado a concederle efectos de trascendencia tales como la acción indemnizatoria en caso de ruptura injustificada; en legislaciones como la nuestra, se le reconoce efectos secundarios.

En Francia, ante la ausencia de reglamentación legal, la jurisprudencia ha llenado este vacío, los tribunales franceses han reconocido el pago por perjuicios o daños derivados de la ruptura injustificada del pacto. En Italia cuando la promesa de matrimonio se ha celebrado por personas legalmente hábiles mediante acto público, o que conste en escrito privado, aunque no dan derecho a acción civil para exigir su cumplimiento, se permite la acción indemnizadora, siempre y cuando se instaure dentro del año siguiente a negativa del matrimonio.

## 7.6 ORIGEN DE LOS ESPONSALES EN NUESTRO CODIGO CIVIL.

Las disposiciones de la Ley Española fueron reproducidas por la pragmática sobre el matrimonio, dicatada por el senado chileno el nueve de septiembre de 1980, en cuyo artículo 18 consagró "que ninguna demanda de esponsales de los que tienen edad para deliberar por sí, se admitirá en los tribunales del Estado si no ha precedido a dichos esponsales el consentimiento de los padres o personas autorizadas para ello en un instrumento público y fehacien te.

## 8. CERTIFICADO MEDICO PRENUPCIAL.

### 8.1 ASPECTO HISTORICO Y SOCIAL.

#### 8.1.1 Aspecto legal.

Qué es el certificado médico prenupcial?

Al abordar este tema, un poco escabroso, del certificado médico prenupcial encontramos necesariamente una base sociológica. Al enfocar el problema máximo de la raza encontramos enfrentados dos términos cuyo alcance y contenido es preciso aclarar: son Individuo y Sociedad que se hallan presentes en el estudio de los temas sociales y humanos.

Su estudio sociológico debe partir de la base de que los hechos humanos no deben estudiarse únicamente con un criterio abstracto, sino objetivo del individuo, para comprender mejor el fenómeno ya que éste se dá en cualquier grado de convivencia social.

Individuo y sociedad se refleja el uno sobre el otro, de manera que la sociedad encuentra en el individuo su cédula vital, y el individuo encuentra en la sociedad su propio y completo desarrollo.

El individuo es como el gérmen o embrión de la sociedad, y

esta es la personificación más vasta y grandiosa de la misma personalidad individual.

Lo anterior nos releva de la carga de probar el carácter sociológico del certificado médico prenupcial y el papel que desempeña el individuo como base de la familia y de la sociedad.

Villo Villa, decía que los médicos deben ayudar al legislador a inculcar a los padres y a los futuros esposos las consecuencias amargas de uniones insensatas, mientras llega una higiene pública estatal.

Marañón, en su libro "el matrimonio biológico", hablando escépticamente del certificado prenupcial dice que no se debe prohibir por la fuerza la insensatez sino ir inculcando en la cabeza de los jóvenes que si no se tiene salud no se deben tener hijos, porque el tenerlos sería criminal.

El presente tema es muy importante presentarlo por múltiples razones, una de ellas quizás la principal, por entrañar un problema social de la generación y de la raza.

La ventaja del certificado, adoptado en casi todos los países civilizados y que lo fue en especial en la Alemania Nazi, el algo que no requiere prueba por la nobleza de los principios que encierra. Sin embargo el presente trabajo no es otra cosa que el acopio de datos relacionados con las ciencias, sociales, médicas y jurídicas que evidencian su carácter social, médico y legal. Es preciso aclarar que el autor del presente trabajo no comparte la idea ni los alcances de la teoría Nazi sobre la purificación de

la raza y la superioridad de una de ellas, simplemente pone de relieve la importancia que tuvo en dicha nación y bajo el aludido régimen el certificado prenupcial.

Al hablar de la sanidad de la raza un gran higienista del siglo pasado decía "que la higiene de la procreación es la madre de todas las higienes, pues ella trae de manera directa el mejoramiento de la raza". Reblender define la eugenesia como la "ciencia del ennoblecimiento de la raza y como la ciencia que va a ocuparse de la nueva generación" Plutarco no habla de una verdadera selección cuando nos muestra como se hacia en Esparta la selección arrojando por orden del "Consejo de Ancianos" a los niños mal conformados cerca del monte Talgeto.

Los Brahamanes, según Jiménez de Asúa, abandonaban a los niños que no fueran aptos, en lo más intrincado de la selva.

En nuestra moderna época, humanista y civilizada, no podemos apelar a tales medios y acorde con Suñer "el niño antes de ser eliminado por no estar bien conformado, tiene el derecho, anterior, a no ser creado.

¿Cómo defender a la sociedad de estos parásitos de los hospitales, panópticos, leprocomios, etc.? los que se han dedicado a éstos indican dos métodos:

- Divulgación de los principios eugenésicos;
- Imposición por medio de una ley, del certificao pre-nupcial.

Algunos tratadistas aceptan el primero, otro el segundo.

Francisco de Haro lo define así: "El certificado médico prenupcial es un documento sanitario que pone de manifiesto si quién va a casarse está o no en condiciones de salud tales que no significa un peligro para el compañero y principalmente para la descendencia". Como es natural, este certificado tiene que basarse en un precedente exámen médico.

Por tratarse de un problema de tal magnitud, no sobran las precauciones.

#### 8.1.2 La sanidad de la descendencia en la historia.

Del certificado prenupcial y su concepto, se desprende el de la eugenesia, o medio empleado por la ciencia para la sanidad y mejoramiento de la especie humana. Con este fin, los pueblos no se han detenido ante obstáculos y desde la remota antigüedad hasta nuestros días han tratado por sistemas bárbaros unos aceptables, otros que nos comprueban que en todas las épocas se ha preocupado el hombre por una descendencia sana, como base de una raza fuerte y digna de ser rectora del mundo; la raza humana en general.

El código de Manú propone evitarse el matrimonio con mujeres enfermizas, desprovistas de vello o muy velludas o que procedan de familias con epilepsia, lepra blanca, tisis, etc. Más concretamente añade que de los casamientos reprochables no nace prole irreprochable, por lo que se debe evitar casamientos reprobados. Licurgo decía que el hombre y la mujer debían tener costumbres que significaran un perfec

cionamiento físico moral capaz de lograr para la descendencia, el máximo de salud y belleza.

Santo Tomás indicaba como el peligro para la salud y la vida excusaba al hombre o a la mujer del delito conyugal sin referirse para nada a la descendencia.

El nombre de EUGENESIA, significa nacimiento o procreación feliz y fue inventado por F. Galton, los propugnadores de estas ideas fueron llamados pornográficos sin tener en cuenta que las cosas con morales, según el criterio con que se analicen.

En el Congreso Internacional de Medicina de 1906 en Haskiwek (Praga) se pide que los futuros contrayentes presenten antes de unirse en matrimonio un certificado de no padecer alcoholismo, sífilis, tuberculosis pulmonar, blenorragia, neurosis ni debilidad mental.

Redondéu, autor católico, al inaugurar su curso de la Universidad Central de España, en 1918 y 1919 dijo:

Para el gobierno que quiera el progreso de las multitudes que dirigen y para los ciudadanos que se preguntan en el seno de su moralidad, si les es lícito la procreación de ser débiles y enfermizos, hay razones que pueden quiar a unos y otros en sus resoluciones y lejano que esté el día que entre la biología en la base gloriosa que señalo Claudio Bernard, no es lícito dejar ya al acaso la modelación de los organismos humanos, sino que va siendo hora de dirigir cuerdamente ya que no científicamente, esa herencia a fin de reconstruir la raza sin tener que pasar por los mortuorios

procedimientos de la selección natural.

La cuestión debatida no tiene el carácter que los moralistas han querido darle, pues no vemos que la imposición del certificado prenupcial desconozca o vulnere los principios universales del derecho natural y mucho menos que lance a la sociedad al desenfreno y a la corrupción.

8.1.3 Enfermedades que exigen el certificado médico prenupcial.

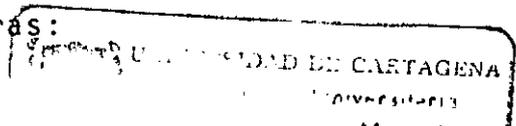
Al tocar este punto quizás el más delicado, ha servido como gufa los trabajos presentados por Sañz de Aja, Uribe Cuello, Mario E. Dihigo y Lanos.

8.1.4 La tuberculosis.

Este terrible mal que arranca a nuestra patria centenares de víctimas, ha merecido ser considerada de muy variada manera por los que se han ocupado de sus relaciones con el matrimonio y la descendencia. Los expositores traen tablas sobre mortalidad debido a este azote, pero lo que hay que averiguar es si es o no hereditaria.

Negre y Volquet en 1925 fueron los que demostraron que el paso de ultravirus a través de la placenta de la madre embarazada.

En el Congreso Ibero Americano de Ciencias Mpedicas de Sevilla en 1924 Vergara, comunica a dicha entidad que se ha encontrado tanto en la placenta como en el cordón umbilical del feto cuya madre era tuberculosa, el virus de tal enfermedad, lo que demuestra la infección tras placentaria. Nottan Larrier, dice que la tuberculosis materna puede transmitirse al feto de tres maneras:



- Por el paso de bacilos que determinan lesiones típicas;
- Por septicemia sin formación de tubérculos;
- Mediante el ultra virus, al parecer la más frecuente que termina la formación de tubérculos.

Mario Dihigo y Llanos en su libro "Anatomía, fisiología e higiene"<sup>16</sup> trae un estudio sobre la tuberculosis, del cual extracto lo siguiente: el germen productor de la tuberculosis es el bacilo de Coch o bacilo tuberculoso, este germen ataca preferentemente a las personas debilitadas por otras enfermedades o por hábitos higiénicos desfavorables como la mala alimentación, hacinamiento, etc. El bacilo puede practicamente atacar todas las partes del cuerpo, los órganos más atacados son los pulmones, los huesos y los ganglios linfáticos. Los gérmenes penetran en nuestro organismo por las vías respiratorias o el tubo digestivo.

El esputo de los enfermos tuberculosos contiene gran cantidad de bacilos, por el cual pueden transmitirse con gran facilidad pues si el enfermo escupe al suelo, el estupo se seca y se mezcla con partículas de polvo que levante el aire. La tos o estornudo de los enfermos puede lanzar al aire gran cantidad de bacilos que contaminan la atmosfera. Los objetos de uso personal como cubiertos, vasos, etc. pueden trasmitir los germenes así como los insectos, entre los que ocupan lugar preferente la mosca.

8.1.5 Prevención.

<sup>16</sup>DIHIGO y LLANOS, Manro E. Biología humana. Madrid, Talleres lito emma, 1968, Pág. 161.

No se ha encontrado un método eficaz de inmunización contra la tuberculosis. Entre las medidas preventivas más eficaces se encuentran:

- Una alimentación suficiente y balanceada;
- Vida al aire libre y en contacto con el sol;
- Buena higiene personal;
- Cumplimiento de las reglas sanitarias;
- Pasteurización de la leche;
- Aislamiento de los enfermos;
- Vacunación contra la enfermedad.

Se ha traído el estudio de la tuberculosis a cuenta, porque es común de la gente que esta enfermedad es hereditaria

Como vimos atrás, las teorías de Negret, y Boquet así como las de Vergara equivocadas en lo siguiente:

- La tuberculosis no se sabe a un germen o virus, como sostenían Negret y Boquet.
- Tampoco es cierto como sostenía Vergara que la tuberculosis es hereditaria; los niños habidos de tuberculosos no nacen con el mal, pero están expuestos a contraerlo por el medio en que viven y la facilidad de transmisión.

Dado el carácter de esa enfermedad y su transmisibilidad por contagio directo, sería de desear que los gobiernos se preocuparan de los problemas que se plantean y que se llevará un riguroso control sobre estas reuniones, que a más de llevar esta dolencia, quizás a familias sanas hay el peligro inminente de traer al mundo seres, que por vivir en medios tuberculosos contraerán tarde o temprano la enfermedad y serán una carga para la familia y para la sociedad.

Qué pasa cuando la parte autoriza a la otra para hacer averiguaciones sobre la salud con el médico que lo ha atendido, puede éste negarse o certificar el estado real del enfermo, por temor a violar el secreto profesional?.

El médico que en tales condiciones se abstenga de dar un certificado sobre el estado de salud de sus pacientes autorizado por éste, comete el crimen de esa humanidad que sería preciso castigar.

Pero creo que el secreto profesional es una institución en beneficio del paciente y no del médico, y que autorizadas por el enfermo, el médico se releva del cargo de guardarlo a las personas que han sido autorizadas para averiguarlo. Obrar en esta forma es ponerse fuera de concepto que se tiene sobre el secreto profesional.

#### 8.1.6 Sífilis.

Es una toxi infección debida al treponema palidum y puede ser adquirida o congénita, ya que el contagio sea directo o que el feto la adquiriera por enfermedad de la madre. La enfermedad puede evolucionar durante muchos años e inclusive puede ignorarse, y sólo cuando se presentan sus últimas consecuencias, o un hallazgo del laboratorio puede precisar. Inicialmente cuando la enfermedad es adquirida directamente se manifiesta con la formación de un punto de inoculación situado en el hombre en el cuello del pene y principia con una excoiación, que se llama chancro y tiene características que no supura, no duele y es poco perceptible y puede inclusive curarse espontáneamente.

Este chancro debe distinguirse de otro situado en la mis-

ma parte y ocasionado por el bacilo de Cucrey. Generalmente la enfermedad se desarrolla en cuatro períodos que son:

- Período que se inicia con el chancro.
- Período que se inicia con placaa en la mucosa e hipertrofias grandulares crecimiento de los ganglios, y puede sobrevenir la fatiga física e intelectual.
- Período que se caracteriza por las localizaciones viscolares en los distintos órganos del cuerpo.
- Período que se caracteriza por las consecuencias definitivas e incurables la mayoría de las cuales se encuentran en el sistema nervioso que en el individuo predispuesto puede llegar a la parálisis general.

No se detuvo a copiar datos específicos sobre mortalidad infantil por causa de la sífilis, pero es una enfermedad que causa miles y miles de muertos anualmente en el mundo.

Es el hombre el propagador único de esta espantosa dolencia?

Hasta el siglo pasado se sostuvo la tesis errónea de que era el hombre solamente el portador de esta enfermedad y que por el contrario, la mujer era inmune a semejante dolencia.

Hoy la ciencia médica ha comprobado experimentalmente que la mujer no es inmune a la sífilis y que es portadora tanto o más que el hombre a razón de la gestión del embrión (época del embarazo) y por el período de la lactancia.

Lo que se acabó de esbozar se roza muy directamente con el certificado médico prenupcial, pues algunos espíritus pacatos creen que si se impone el certificado él debe ser únicamente para el hombre en atención al pudor immaculado de la hembra.

No, el certificado es el arma más poderosa con que puede combatirse la degeneración de la raza; luchar por su imposición es la voz noble y grande que compete únicamente a los pueblos que se han dado cuenta de su problema máximo ya que extraña la robustez física y moral de los asociados.

El hombre como cédula vital del organismo social necesariamente está llamado a desempeñar alguna función dentro de la sociedad .

Si se descuida su nacimiento ya no será esa cédula que reporte algún beneficio sino por el contrario una carga onerosa, que a mas de ser un rezago crapuloso degenerado se demandará el socorro de la sociedad para seguir arrastrando su miseria.

#### 8.1.7 Enfermedades nerviosas y alcoholismo.

Hasta aquí se ha venido tratando de las enfermedades que en una u otra forma degeneran la raza. Es hora de que tratemos severamente lo relacionado con las enfermedades nerviosas y el alcoholismo, que en verdad arrojan a nuestros asilos un número considerable de tarados, verdaderas miserias humanas, en quienes se ve la huella indeleble del alcoholismo especialmente.

No está plenamente comprobada la herencia psicótica pero los expositores en asuntos psiquiátricos si están de acuerdo en que las tareas mentales son por lo menos un peligro para los hijos.

No concebimos como pueda el Estado que en su poder tiene obligaciones que cumplir, sacar dineros para sus gustos explotando un vicio que envilece y degenera. La misión de los gobiernos considerada en forma moderna, es la de atender el mejoramiento de las clases sociales, educándolas y haciéndolas aptas para la lucha por la vida.

En nuestra patria desgraciadamente, se les envilece y estupidiza para explotarlas mejor. Para corroborar lo que se ha dicho, dice Uribe Cualla "el abuso del alcohol en la sociedad actual será factor de decadencia racial"<sup>17</sup>.

Sin entrar a analizar lo que constituye el elemento alcohol para nuestra economía como tóxico que envenena el organismo tomado a frecuentes dosis veamos si en nuestra sociedad se abusa o no de las bebidas alcoholicas. Por lo que hace a nuestro bajo pueblo hasta contemplar que hacen los obreros en los días festivos o cuando están en reposo del trabajo, en lugar de dedicarse a las instituciones recreativas, se reúnen en lugares donde se vende licor nacional y con el pretexto de distintos juegos consumen sus pequeños ahorros, dando directamente el golpe certero a la economía nacional al malgastar su salario, aumentan los crímenes de sangre en buena proporción, puesto que la mayor

-----  
<sup>17</sup> URIBE CUALLA. Medicina Legal y Psiquiatría Forense, Capítulo 1º, Pág. 567.

parte de riñas y muertes se debe a la intoxicación alcohólica.

¿Y cómo marchan esos hogares a donde llega el marido o compañero en estado de embriaguez?

Las pobres mujeres son la víctima de sus pasiones incontenibles viniendo la mayoría de las veces heridas o aún la misma muerte.

Es singular ver como se equilibra el presupuesto de los Estados mediante la intoxicación alcohólica del pueblo, y como se hace creer a la gente o se la imaginan ellos realizan de este modo una obra maestra de economía, política, en realidad, no hacen otra cosa que sacrificar la fuerza y la salud de la nación, que para agradecer al Fisco que le haya saciado con la médula del pueblo, les segrega abundantemente el dinero arrancado sin esfuerzo a los pobres sin conciencia, embaucados y aniquilados por el. Este género de economía política dice Forrel no merece más que una calificación: mentira y estafa. No podemos estigmatizar con la suficiente energía ni con la frecuencia necesaria su destructora influencia con la realizaciones sexuales y en las energías hereditarias de la humanidad.

#### 8.1.8 Divulgación eugenica y modo de desarrollarla.

La función de los gobiernos es la de atender con mayor frecuencia las necesidades sociales. Entraña ella la mayor conquista que el hombre haya hecho en el terreno político, en donde ya no se considera como un micro cosmos dueño absoluto de libertad, sino como una cédula que esparte inte

grante del organismo social que atiende constantemente a su conservamiento y perfeccionamiento. A los gobiernos entonces les toca la tarea de hacer conocer, divulgar e imponer aquellos principios que encierran un caudal de bondad y misericordia.

Se ha dicho siempre que no solo de pan vive el hombre y que más vale prevenir que curar, si estos principios entrañan un fondo de verdad, es hora de que los hagamos tangibles en la legislación, en atención al bien y respeto que merece la individualidad sin tener en cuenta el interés social, lucharemos por una bien meditada legislación.

La difusión elemental de los principios eugénicos tropieza con algunos inconvenientes que podrían torcer los criterios, convirtiendo en maléfica una institución por demás bondadosa y sana.

## 51546

Es necesario que se imponga obligatoriamente estas enseñanzas en los establecimientos de educación a que acude nuestra juventud. Los padres imbuidos por una moral mística creen que el tratar de semejantes problemas atentan contra la estabilidad del hogar y siembran los principios de disgregación social.

Nada más erróneo que este criterio. A los padres primero y luego a los maestros, corresponde aleccionar a nuestra juventud sobre los principios de la generación.

### 8.1.9 Crítica del Certificado Prenupcial.

(Argumento en pro y en contra). A pesar de haber demostr

do la perniciosa influencia que se ejercen algunas enfermedades en las uniones matrimoniales, influencias que se manifiestan y repercuten dolorosamente en la descendencia y en más de una ocasión en el cónyuge inocente, no han faltado ni faltan espíritus moral e intelectual que impugnan el certificado, ya preconsiderarlo función no propia del estado, ya como inmoral y hasta herético, al decir Haro Garcia.

Todos desde un punto de vista despasionado opinan que es necesario que los que van a contraer matrimonio deben ir sanos físicamente, todos cuando algún miembro cercano de la familia y especialmente nuestras mujeres proyectan un enlace matrimonial, sentimos la necesidad del reconocimiento médico, para cooperar con la mayor suma a la felicidad del hogar a formar y, finalmente todos los que nos preocupamos por la sanidad de la raza que ha de ser baluarte oleroso de la familia y consiguientemente de la sociedad, propugnamos por la imposición del certificado médico prenupcial en la seguridad de que hacemos una obra imperecedora pues con el miramos el ennoblecimiento de la raza que es el factor decisivo en la rudas batallas de la vida.

Luchar y vencer es el lema de la humanidad. Mal provistos de elementos de defensa, la lucha es desigual y seguramente perniciosa para la sociedad. Al Estado, que es la conciencia moral que representa los asociados, corresponde intensificar esta lucha en contra de esas uniones insensatas que procrearán seres monstruosos que en su paso por la vida irán dejando el recuerdo a sus antepasados y la maldición de las familias que engendraron.

Los gobiernos, llámanse democráticos, monárquicos o socialistas en la concepción del derecho político, son poderes o de mando sino de obligaciones que cumplir.

Si los expositores en asuntos políticos aciertan en esta modernísima concepción y de su acierto estamos convencidos, que función compete el estado en lo relativo a la sanidad de la raza? La respuesta la están dando los pueblos cultos que han abocado el problema máximo de la raza, imponiendo en forma de ley el certificado prenupcial, abriendo un ciclo intensísimo de conferencias de divulgación eugénica.

Al hablar del certificado prenupcial necesariamente tenemos que ocuparnos del estado, como órgano que impone ciertas medidas; del individuo que les parece y el médico que diagnostica la incapacidad, como elementos indispensables, ya que ellos radica la solución del problema. Alrededor de estas tres entidades se desarrolla la labor de impugnación del certificado, diciendo que el Estado no compete legislar, sobre matrimonio, a más de ser la unión sexual de dos seres, es un sacramento de acuerdo con la Iglesia. Además que el certificado va contra el concepto jurídico y religioso del matrimonio. También se dice por otros, que el Estado no tiene potestad para restringir la libertad individual y que no es justo que se prive al enfermo del único consuelo que tiene en su vida.

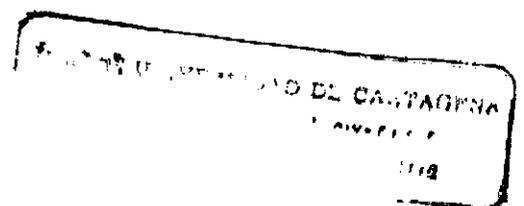
Al individuo se le considera como un constante violador de las leyes y aún más, como empeñado en ocultar sus dolencias que pueden sospechar o conocer y hasta capaz de contraer la afección fatal en el período transcurrido entre

el reconocimiento y la boda e incluso en plena vida conyugal.

Examinaré serenamente estos argumentos y me detendré en el estudio sobre el individualismo, sentimentalismo, moral y religión, pudor, engaño y reveldía, falibilidad de la ciencia, venalidad o complacencia. Este orden de exposición lo trae Mario García, pero me basaré sobre ellos mismos para comprobar con sus propios argumentos, que cuando atacan defienden mis puntos de vista y que el certificado prenupcial es una necesidad que se impone por sí misma.

#### 8.1.10 El individuo jurídico y el certificado prenupcial.

En la monografía se trata principalmente del aspecto histórico científico del certificado prenupcial, por lo cual, se va a referir a la cuestión jurídico legal del mismo, aspirando con esta forma a dar una visión más de conjuntos sobre trascendental. problema. Sin embargo, no sobra recordar que en el derecho clásico no se encuentra ninguna referencia al certificado prenupcial como requisito para la celebración del matrimonio: Los jurisconsultos de Grecia y Roma, que todo lo previeron, nada dejaron establecido sobre estos particulares, aún como si se sentaron el principio en otro orden de ideas, de que solo hay mente sana en cuerpo sano. Esta comisión es explicable: el concepto de sociedad como organismo superior de las agrupaciones humanas, como comunidades jurídicamente humanas, con intereses simplemente individuales, corresponde a una concepción de la sociedad, que apenas si se está desarrollando en esta época moderna de la cultura humana.



La persona humana en el campo jurídico, con derechos individuales absolutos, inmutables, intangibles e imprescindibles tiende a desaparecer en aras de la nueva comunidad jurídica que forma la sociedad. Los principios de la escuela sociológica del derecho y la concepción marxista del mismo han venido abriéndose paso para decir enfáticamente que el hombre no nace naturalmente libre y con derechos absolutos, como lo afirmaba el individualismo, sino que por el contrario nace en un medio social caracterizado por las desigualdades y en donde el derecho es el resultado de los factores económicos, puestos al servicio de la clase dominante o capitalista. El individuo como tal no tiene derechos, quien los tiene es la sociedad y también la única que puede establecerse y reconocer a las personas en sus relaciones con las demás personas de un grupo social determinado.

#### 8.1.11 El matrimonio en el individualismo,

Si para el individualismo jurídico el matrimonio era y continúa siendo un derecho natural fundado en la libertad para celebrarlo con el fin de cumplir la ley también natural de la procreación y de la perpetuación de la especie, ninguna cortapiza legal podía establecerse en el ejercicio de la celebración del matrimonio, y por ende, existe la libertad para contraerlo. De aquí que tenga un carácter marcadamente contractual a pesar de que diga que es un contrato de naturaleza sui generis.

Esta concepción del individualismo tiene su concordancia con los principios que informan el matrimonio en el cristiano, según los cuales el hombre debe crecer y multiplicarse libremente.

Por los canonistas el matrimonio es tan privado e intangible como para el individualismo, pues en aquel es un sacramento con vínculo indisoluble, y en éste es un derecho absoluto es un derecho absoluto del individuo. En ninguna de estas dos concepciones se tiene en cuenta los intereses de la sociedad no del Estado.

#### 8.1.12 Origen del certificado médico prenupcial.

El certificado prenupcial se originó en el país considerando como la expresión más pura del individualismo; en los E.U.A. al establecerse se tuvieron en cuenta factores puramente individuales para asegurar la salud y mental de los contrayentes sin el alcance social y civil que tiene la institución en el derecho moderno. En esta concepción moderna el certificado prenupcial lo imponen los altos intereses del individuo. Hay pues una profunda diferencia de criterios en cuanto a los intereses que debe proteger el certificado prenupcial, derivados de la concepción filosófico jurídica del estado y de la sociedad sin embargo, debe observarse, que el fin perseguido es el mismo, ya se tenga una concepción socialista de la sociedad y del estado, habrá una concepción individualista; preservar la familia y la sociedad, asegurar una descendencia sana y vigorosa, contribuir al perfeccionamiento de la raza humana. Se debe reconocer el gran aporte de dicho país en la moderna organización de la familia dejando las consideraciones de carácter sentimental y destruyendo prejuicios y de fatal moral. Máxime si se tiene en cuenta que fue el primer país que elevó el certificado prenupcial a la categoría de requisitos de los E.U.A. pasó el certificado prenupcial a algunos países de Europa asumiendo modalidades tales como Sue

cia, Noruega, Escosia y Alemania. En América, además de los E.U. algunos países lo han acogido, tales como México, Panamá y Argentina también bajo distintas formas en la U. R.S.S. se halla establecido.

#### 8.1.13 Conveniencia e inconveniencia del certificado prenupcial.

Quienes atacan el certificado prenupcial afirman que este requisito impide el matrimonio, pero no la unión de los que padecen taras y enfermedades, lo que en su sentir conduce a restringir las uniones legítimas para fomentar las uniones de hecho; que tampoco sirve para impedir consecuentemente, la procreación, pues al margen de la ley se tienen los hijos, quienes pueden hacer con las mismas taras y enfermedades que les transmiten sus progenitores. Finalmente se aduce como argumento en contra, la baja moral profesional, pues el médico comercializado, estaría dispuestos a expedir certificados que no reflejen el estado exacto de salud de los contrayentes. El argumento es válido, opinamos nosotros en países de organización capitalista, en donde el profesional actúa bajo el halago del dinero y del lucro, más no en los países donde la medicina, está socializada y por ende eliminando el factor de explotación comercial.

De otro lado, fluyen los argumentos en pro del certificado prenupcial.

En primer lugar, ésta es la única manera de asegurar la salud física y mental de los contrayentes. Si el contagio de las enfermedades vanéreas está elevado a la categoría de delito en la mayoría de las legislaciones, no se ve la

razón para que la legislación civil se quede atrás de la penal en materia. En segundo lugar solo por este medio se preserva la salud de los hijos y se evitan las transmisiones de enfermedades y taras.

Pero si no fueren suficientes estas razones de carácter privado ahí están las que se refieren a la defensa de la familia y de la sociedad. La salud física y mental está en relación directa, con la salud física y mental de ésta. En derecho moderno no se concibe un Estado indiferente en la organización de la familia, por el contrario, la familia debe ser intervenida por el Estado, en su organización y funcionamiento para cumplir los altos fines sociales que le corresponden.

## 8.2 SISTEMAS LEGALES.

Así como el matrimonio presenta distintas especies, o que van desde el matrimonio sacramental pasando por el civil solamente hasta llegar al matrimonio puramente consensual de la misma manera el certificado prenupcial reviste distintas modalidades de acuerdo al criterio adoptado por las legislaciones.

La gran clasificación del matrimonio distingue entre matrimonio solemne y matrimonio no solemne. En el matrimonio solemne los requisitos son adsolemnitaten, es decir, que se necesita su cumplimiento para la constitución y validez del matrimonio; en el segundo hay ausencia de formalidades y basta el acuerdo de los contrayentes para el matrimonio se considere legalmente celebrado. Desde otro punto de vista, hay legislaciones que para la celebración del matrimonio exige como requisito previo la formación de un expediente, es requisito común de todas las formas de matrimonio solemne. En cambio, el matrimonio puramente

consensual no requiere formación de ningún expediente pero es necesario que los contrayentes cumplan previamente con algunos requisitos en cuanto al estado civil, a la capacidad y a la salud física, pues bien, otro tanto ocurre con el certificado prenupcial como requisito para la celebración del matrimonio, pues hay legislaciones que lo exigen como formalidad adsolemnita ten, las hay que les dan un carácter facultativo, otras, en donde sin tener el carácter constitutivo el acto jurídico corresponde lo exigido producido por la facultad oficial. Otras en donde se admite la certificación de un médico particular, y en fin, legislaciones las hay en donde no se hace ninguna referencia al certificado prenupcial, ni como requisito solemne ni como oficial o privada.

## 9. MATRIMONIO CIVIL EN COLOMBIA.

### 9.1 REQUISITOS DEL MATRIMONIO.

#### 9.1.1 Definición.

Según el artículo 113 del Código Civil, 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.

Observamos que en la definición de matrimonio no se indica el elemento esencial y característico de las partes contra tantes, ésto último es lo que caracteriza el contrato ya que si no hay acuerdo de las partes el contrato no existe aquella condición, sin la cual no hay contrato, es esencial para la existencia del matrimonio.

#### 9.1.2 Requisitos para su validez.

Para un mejor análisis los requisitos para la validez del matrimonio se clasifican en dos clases a saber:

- Requisitos de fondo.
- Requisitos de forma.

Los primeros se refieren a las caulidades que deben reunir los contrayentes considerados en sí mismo, y los segundos

hacen referencia al modo de celebrarse el acto del matrimonio.

#### 9.1.2.1 Requisitos de fondo.

Unos son positivos y otros negativos.

Son positivos. La diferencia de sexo entre los contrayentes, su capacidad y la manifestación de su voluntad.

Son negativos: La existencia de un matrimonio anterior en alguno de los contrayentes, el vínculo de parentesco entre ellos, el plazo de viudez en la mujer, entre otros.

Es fácil distinguir los requisitos positivos de los negativos, los primeros son verdaderas cualidades que deben existir en los contrayentes en el momento de su celebración para que pueda surgir el matrimonio a la vida jurídica.

Los segundos son circunstancias que de existir en los contrayentes impiden la celebración válida del matrimonio.

Así, podemos decir que los requisitos de fondo positivos de no existir impiden el matrimonio.

La doctrina canonista considera las condiciones enunciadas como impedimentos y los divide en :

- Impedimentos dirimentes (Impedimenta Dirimentia).
- Impedimentos impeditivos (Impedimenta Impedientia).

Los primeros se refieren a la validez del matrimonio y si existiendo ellos éste llegare a celebrarse, quedará afectando de nulidad, los segundos se oponen a la celebra-

ción del matrimonio, pero si ésta se celebra, será válido.

#### 9.1.2.2 Requisitos de forma.

En cuanto a los requisitos de forma es necesario distinguir entre que se refieren al tiempo anterior al matrimonio y los que son coetáneos a su celebración, como se analizará en el momento oportuno.

## 10. REQUISITOS POSITIVOS DE FONDO.

### 10.1 DIFERENCIA DE SEXO EN LOS CONTRAYENTES.

Es requisito indispensable en el matrimonio que las personas que lo contraigan sean de diferentes sexo. Esto lo establece expresamente la ley cuando dice: "quienes contraigan matrimonio deben ser una varón y una mujer" y aunque el código no lo dijera, tal cualidad sería exigible dados los fines del matrimonio y su naturaleza.

La doctrina ha exigido, aunque no en forma unánime, que aparte de la diferencia de sexos entre los contrayentes, la disponibilidad de procrear, pues se parte de que el matrimonio fuera de unir establemente a dos seres, tiene como finalidad esencial la procreación; de ahí que se anularan los matrimonios que por culpa de alguno de los cónyuges no se realiza la procreación, aunque si pudiere cohabitar.

El derecho civil moderno se manifiesta menos exigente, exigiendo únicamente la diferencia de sexos de los contrayentes, su cohabitación posible aunque no tengan aptitud para procrear.

La diferencia de sexos es condición absolutamente necesaria para la existencia del matrimonio de no ser así no habrá matrimonio, de otra parte, la posibilidad de cohabitar es

de suma necesidad, de ahí que no habrá matrimonio si por defecto o imperfección de los órganos sexuales de uno de los contrayentes, no es factible la cohabitación. Por lo tanto carece de validez el matrimonio de los eunucos, el de los varones que han sufrido vacectomía doble, el de las mujeres que carecen de ovario o de útero, o cuando simplemente se les imposibilita la realización del coito.

Cuando existe imposibilidad de cohabitar o sea impotencia coeundi ésta debe existir en el momento del matrimonio, de modo que haya imposibilidad de su consumación la doctrina considera que si la impotencia coeundi se presenta con posterioridad al matrimonio carece de toda influencia por presumirse los fines conyugales ya consumados.

Tanto la jurisprudencia Francesa como la Belga aún la canonista se han expresado en el mismo sentido.

La impotencia generandi es la imposibilidad de engendrar que puede provenir de uno o de ambos cónyuges, ésta no influye ni se le tiene en cuenta dentro del matrimonio.

## 10.2 DE LA CAPACIDAD.

Otro requisito positivo de fondo para la validez del matrimonio es la capacidad de los contrayentes; capacidad que es diferente de la exigida en los demás negocios jurídicos, pues mientras esta se otorga a las personas cuando cumplen los 18 años por considerar la ley que solo a dicha edad se encuentran dotados de una voluntad plenamente reflexiva, a quella se relaciona con la constitución de la comunidad doméstica, con la satisfacción ordenada de los apetitos heterosexuales y con los fines de la procreación.

La experiencia y la biología que las personas son aptas para crear antes de los 18 años, o sea, al alcanzar el período de la pubertad, 14 años en el varón y 12 en la mujer. Sin embargo, la capacidad matrimonial que la ley otorga a los púberes no es total, luego hay que distinguir entre la capacidad matrimonial libre, no sujeta a nadie y la capacidad matrimonial no libre que está sujeta a la autorización de terceras personas.

### 10.3 CAPACIDAD MATRIMONIAL NO LIBRE.

Quedan comprendidos en esta las personas menores de 18 años mayores de 14 si son varones y de 12 si son mujeres.

Como su capacidad matrimonial no es libre deberán obtener autorización ya sea de sus padres legítimos naturales o adoptivos para poder contraer matrimonio (Artículo 117 Código Civil) en su defecto podrán hacerlo el curador general o uno especial.

Si la autorización deben darla los padres legítimos ambos deben dar su consentimiento, en caso de discordia prevalecerá la voluntad del que consiente (Artículo 117 Código Civil); si se trata de padres naturales predomina la misma regla, si el hijo ha sido reconocido por ambos padres, si solamente uno de los padres lo ha reconocido, éste será el que de su autorización.

La limitación que la ley impone a la capacidad de los menores adultos para contraer matrimonio se justifica en su afán de suplir la falta de voluntad reflexiva en los menores, de ahí que tanto el padre como la madre que se ha-

llen ausentes o que sean incapaces por enfermedad mental no tienen capacidad de autorizar al menor para contraer matrimonio (Artículo 118 Código Civil) tampoco pueden autorizar a sus hijos para contraer matrimonio los padres que han perdido la patria potestad sobre sus hijos (Artículo 119 del Código Civil).

A falta de los padres o por incapacidad de éstos para autorizar el matrimonio corresponde la autorización a los ascendientes legítimos y en su defecto al curador general o a un curador (Artículo 120 del Código Civil).

La autorización para el matrimonio de varones o mujeres que no han cumplido 18 años, consiste en un permiso expreso dado por escrito por la persona a quien corresponda darlo.

Los padres que nieguen al hijo el permiso para casarse no necesitan exponer los motivos que tengan para hacerlo pues son titulares de un derecho absoluto o incausado.

Esto es contrario a la doctrina general sobre el ejercicio de los derechos y las facultades, ya que los sistemas jurídicos modernos tienden a ser relativos por estar impregnados de fines que los motivan y justifican.

El curador, en cambio, no puede negar la autorización sin justificar la causa que lo motiva y estas razones que pueda tener son las siguientes:

- La existencia de cualquier impedimento legal.
- El no haberse practicado alguna de las diligencias ordenadas por la ley, para los que se casan por segunda vez (Artículo 159 del Código Civil).

- El grave peligro que el matrimonio traiga para el menor o su prole.
- La vida licenciosa, la embriaguez habitual o la pasión inmoderada por el juego de la persona con quien el menor desea casarse.
- El sufrir éste pena de reclusión.
- No tener ninguno de los contrayentes medios suficientes para el sostenimiento de las obligaciones del matrimonio (Artículo 122 del Código Civil).

#### 10.4 CAPACIDAD MATRIMONIAL LIBRE.

En nuestra legislación se consagra la capacidad plena para contraer matrimonio a los 18 años para todas las personas (Decreto 2820 de 1974 y Ley 27 de 1977, Artículo 1°). Es lógico que para contraer matrimonio las personas deben estar en pleno uso de sus facultades mentales. Por ello, la plena capacidad de los mayores de 18 años que para casarse libremente, puede verse limitada en virtud de enfermedad mental. Por eso no pueden casarse los elementos que están en interdicción, ni los locos furiosos aunque no se encuentren en interdicción (Artículo 140 numeral 3 del Código Civil).

#### 10.5 DECLARACION DE VOLUNTAD DE LOS PROPIOS CONTRAYENTES.

Dentro de la cultura jurídica actual, es necesario que los propios contrayentes expresen libre y espontáneamente su voluntad de contraer matrimonio (Artículos 155, 135 y 138 del Código Civil).

En tiempos remotos existió el matrimonio por compra, consistente en que el hombre compraba a la mujer a sus padres mediante regalos o donaciones.

Ha contribuido notablemente el cristianismo a fortalecer la regla de que "el matrimonio exige siempre las declaraciones de voluntad de los propios contrayentes", oponiéndose siempre a los matrimonios por raptó y por compra.

Sobre el particular son explícitos los cánones 1081 y siguientes del Código del Decreto Canónico.

La mayoría de las provincias de la actual república democrática China tenían el matrimonio feudal y por compra antes de 1949; al implantarse el socialismo se procedió a dictar la ley del matrimonio de 1950, cuyo artículo 3° establece: El matrimonio debe basarse enteramente en la libre voluntad de las dos partes. Ninguna de las partes impondrá su voluntad a la otra, ni tampoco se permitirá la intervención de terceras personas.

Como vemos los países del mundo influidos por las doctrinas del cristianismo o por el sistema marxista leninista se ha cumplido la idea de que la base esencial del matrimonio debe consistir en la libre declaración de cada uno de los contrayentes. Estas declaraciones deben estar exentas de vicios.

Si la expresión de este consentimiento es solo aparente y en su fuero interno los contrayentes en realidad no desean de buena fé casarse, lo cual se acredita plenamente ante el juez, no hay matrimonio por falta de consentimiento dado es siempre verdadero, es decir que debe haber concordancia entre la voluntad interna y externa.

Cuando no hay sinceridad en la declaración habría que des

104

truir la presunción de sinceridad y la forma más eficaz  
consiste en que los cónyuges no hagan vida común en ningún  
momento,

## 11. INEXISTENCIA DEL VINCULO MATRIMONIAL EN LOS CONTRAYENTES.

### 11.1 REQUISITOS NEGATIVOS DE FONDO.

Este requisito tiene como base la forma general del régimen familiar adoptada por los Estados Modernos, o sea, la monogamia. Una persona no puede estar ligada por los vínculos matrimoniales a un mismo tiempo, lo que implicaría que una mujer tuviera dos maridos o un hombre dos mujeres. De donde es nulo el matrimonio que celebre una persona ligada a otra con vínculo matrimonial actualmente válido.

De otra parte, quien contrae segundo matrimonio estando vigente el primero incurre en el delito de bigamia, sancionado por el Código Penal según el Artículo 260.

### 11.2 INEXISTENCIA DE PARENTESCO ENTRE LOS CONTRAYENTES.

La inexistencia de parentesco por consanguinidad en ciertos grados es el segundo requisito o impedimento dirimente. El Código Civil en su artículo 140 numeral 9, prohíbe el matrimonio en forma absoluta entre parientes legítimos o ilegítimos por línea directa, entre padres e hijos o con nietos; también está prohibido entre parientes por línea colateral de consanguinidad en segundo grado, o sea, entre hermanos (Artículo 140 numeral 9 del Código Civil), entre los demás parientes sí se permite el matrimonio, o sea,

tíos con sobrinos, primos hermanos con primas hermanas.

En relación con el parentesco por afinidad, esta prohibido el matrimonio entre personas que están unidas entre sí en el primer grado de línea directa de afinidad legítima (ley 57 de 1887 Artículo 13). Es el caso de que el viudo no puede contraer matrimonio con la suegra legítima, pero él puede contraer matrimonio con la hermana de la que fue su mujer, o sea con la cuñada.

En cuanto al parentesco por adopción, se prohíbe el matrimonio entre adoptante y la hija adoptiva, entre la madre a adoptante y el hijo adoptivo y entre la mujer que fue esposa del adoptante y el respectivo hijo del padre (Artículo 140, numeral 11 del Código Civil).

11.3 EL ADULTERIO DE LA MUJER.

El artículo 40 del Código Civil en su numeral 7° establece la prohibición del matrimonio de la mujer adúltera y su cómplice si antes de celebrarse el matrimonio se ha probado judicialmente el adulterio.

El antiguo derecho eclesiástico tenía como norma, que la mujer adúltera y su cómplice quedaban sujetos a "penitencia perpetua" lo cual les impedía contraer nuevas nupcias que los situaba en una incapacidad matrimonial absoluta tanto el hombre como a la mujer, no obstante la disolución del matrimonio.

Esta sanción tan rigurosa fue suavizandose a través de los Concilios del siglo IX, en virtud de los cuales la incapa-

cidad matrimonial absoluta de la adúltera se cambió por una incapacidad relativa, que le impidió a la adúltera casarse con su cómplice, pero podía hacerlo con otro hombre.

En el actual canónico existe el impedimento para ambos cónyuges adúlteros; el canón 1075 dice: No pueden contraer matrimonio validamente: los que durante un mismo matrimonio legítimo cometieron entre sí adulterio consumado y se dieron mutuamente palabra de matrimonio".

Debe tratarse de adulterio consumado por el coito carnal y debe mediado promesa de matrimonio antes de la disolución del vínculo matrimonial.

Por lo tanto, no alcanzará a configurarse el impedimento si se cometió el adulterio pero sin la promesa matrimonial. En el Derecho Colombiano el impedimento existía únicamente para la mujer adúltera y para que tuviera eficacia debía haber sido probado en juicio antes del nuevo matrimonio.

Es de observar que de ordinario éste impedimento conduce al concubinato y por ésta razón tiende a desaparecer de las legislaciones modernas; en cuanto a nosotros debe entenderse derogado el numeral 7 del artículo 140 en virtud del Decreto 2820 de 1974, el cual en su artículo 70 suprimió todas las desigualdades entre varón y mujer.

Los expositores alemanes consideran que fue un error admitir tal impedimento en el Código de 1900 toda vez que tiende a desaparecer de las legislaciones más avanzadas.

Por ejemplo el artículo 298 del Código Civil Francés lo es

establecía pero fué suprimido por la ley del 15 de diciembre de 1904.

#### 11.4 EL HOMICIDIO DEL CONYUGE.

Igualmente es prohibido el matrimonio del cónyuge que de común acuerdo con otro, mata al cónyuge con quien está unido en matrimonio anterior. Es este caso, el cónyuge homicida no puede casarse con el cómplice. El canón 1075 del C. de D.C. establece "No pueden contraer matrimonio los que de común acuerdo cooperado física o moralmente, dieron muerte al otro cónyuge". Algunos sutores, entre ellos Hernán Gómez Piedrahita consideran que en estos casos es necesario presentar la copia auténtica de la sentencia condenatoria en firme contra el autor del delito pues no basta la simple sindicación o el llamamiento a juicio, ya que le necesita establecer la responsabilidad total del acusado.

#### 11.5 IMPEDIMENTOS MERAMENTE PROHIBITIVOS.

Los impedimentos vistos hasta ahora, son dirimentes y si se celebra el matrimonio existiendo uno de ellos, se puede pedir su nulidad.

Hay otros impedimentos que no son dirimentes, sino impedientes que constituyen meras prohibiciones que no invalidan el matrimonio si éste llegare a realizarse concurriendo uno de ellos.

Entre estos impedimentos se encuentran: la prohibición del autor o curador de casarse con su pupila menor de 18 años,

"sin que la cuenta de su administración haya sido aprobada por el Juez con las formalidades legales".

Artículo 14 de la ley 57 de 1.887; esta prohibición comprende también a los descendientes del tutor o curador para poderse casar con la pupila o el pupilo.

Otro impedimento de esta misma clase es que prohíbe a la viuda el matrimonio mientras no haya salido del embarazo de su difunto marido; o antes de los 270 días subsiguientes a la muerte del marido, si no diere muestra de preñez. Es aplicable esta misma prohibición cuando el matrimonio se anula Artículo 173 del Código Civil.

## 12. REQUISITOS DE FORMA ANTERIORES AL MATRIMONIO.

### 12.1 AVISO AL JUEZ Y PUBLICACIONES.

Cuando los futuros contrayentes hayan decidido casarse deberán dirigirse al Juez competente y manifestarle su decisión ya verbalmente ya por escrito aunque ésta última es la forma más usual. En el acta o memorial respectivo expresarán:

- Nombre de los padres o de los curadores;
- Nombre de los testigos que van a declarar sobre las cualidades necesarias de los contrayentes para poderse unir en matrimonio;
- Domicilio de todas estas personas.

De inmediato practicará el Juez las diligencias necesarias para obtener el permiso de los padres, ascendientes o curadores, en caso de ser necesario conforme a lo visto en el capítulo anterior interrogará a los testigos sobre las cualidades de los contrayentes, leyéndoles el Artículo 140 del Código Civil y los examinará sobre los hechos que crea necesario para ilustrar su juicio.

Hecho lo anterior se procederá a dar publicidad al proyecto de matrimonio, porque la ley quiere que sea un acto público y no clandestino u oculto.

MM

Las publicaciones se realizan mediante la fijación de un edicto que dura 15 días en la puerta de la secretaría del juzgado; en el se enunciará la solicitud hecha, los nombres y apellidos de los contrayentes y lugar de su nacimiento. El Juez competente es el Civil Municipal del domicilio de la mujer.

## 12.2 DE LAS OPOSICIONES.

La finalidad de las publicaciones es la de que se enteren los demás del futuro matrimonio, a fin de que los que se crean con derecho a oponerse, lo hagan sin demora denunciando los impedimentos que existan entre los contrayentes o simplemente los motivos para impedir el matrimonio.

### 12..2.1 Personas que pueden hacer oposición.

Toda persona que acredite un interés legítimo puede impedir el matrimonio y "todo el que tenga derecho a ello" podrá denunciar los impedimentos. Las personas que pueden impedir el matrimonio son las mismas que pueden autorizar lo cuando los contrayentes son menores de 18 años, y lo impiden negando el permiso a que ya aludimos antes.

Los impedimentos para el matrimonio puede denunciarlos todo el que justifique un interés serio y legítimo.

### 12.2.2 Efectos del fallo del juez sobre admisión o rechazo de la oposición.

Si Si prospera la oposición admitiéndola al Juez en el fallo, hay que tener en cuenta el motivo que la hizo prosperar; si fue un requisito negativo de fondo el fallo producirá efectos absolutos y el matrimonio no podrá celebrarse definitivamente (ejemplo: que uno de ellos estuviera ca

sado).

Si la oposición radica en impedimento impediante, el fallo producirá efectos relativos, o sea, que el matrimonio no podrá autorizarse mientras los futuros contrayentes no llenen ciertas formalidades. Ejemplos: dejar transcurrir el plazo de la viudez. Si la oposición no prospera, el fallo que la rehace deberá ordenar la celebración del matrimonio (Artículo 134 del Código Civil) y condenar a la parte opositora e indemnizar los perjuicios del caso.

Es preciso tener en cuenta que el fallo, ya sea que en él el juez admita o rechace la oposición, es apelable en la forma indicada en el artículo 133 del Código Civil.

Vakencia Zea (obra citada pág. 119) y Monroy Cabra (matrimonio civil y divorcio en la Legislación Colombiana, página 59), sostienen que la oposición se debe hacer dentro de los quince días de la publicación del edicto.

El tratadista Hernán Gómez Piedrahita, afirma por su parte con más lógica y sustenta en los principios generales del derecho civil que "sin embargo, por razones de orden público, los impedimentos denunciados deben admitirse en cualquier tiempo, ya sea antes de la celebración o ya sea mientras se celebra"<sup>17</sup>. Con todo es preciso y justo destacar que Valencia Zea posteriormente aclaró su tesis en el sentido de afirmar que los impedimentos instituidos por moti-

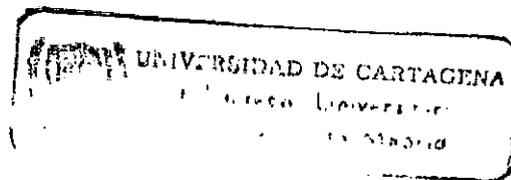
-----  
<sup>17</sup> GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Introducción al derecho de familia. Bogotá, Derecho Ltda., 1981, Pág. 59.

113

vos de orden público deben admitirse en cualquier tiempo.

Por último es preciso destacar que el Código Civil en este aspecto del matrimonio en general y de las oposiciones en participar ha sido criticado por algunos doctrinarios por considerar que los aspectos procedimentales que él señala, son ajenas a un Código de Derecho Sustantivo y que deben ser incluidos en la respectiva codificación experimental. En síntesis el trámite adjetivo que el juez debe darle a la oposición es el siguiente:

Una vez formulada ésta el juez dispondrá que en el término de ocho días los interesados presenten las pruebas de la oposición concluidos los cuales, señalaran día y hora para la celebración del juicio o audiencia donde se escucharán las razones de cada cual y se resolverá la oposición dentro de tres días después de haberse practicado esta diligencia.



### 13. REQUISITOS DE FORMA COETANEOS A LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.

Se refieren al funcionario encargado de presenciar y autorizar el acto, al lugar donde debe celebrarse, a la presencia de los contrayentes y testigos, a las declaraciones de voluntad y a la redacción del acta matrimonial.

#### 13.1 EL FUNCIONARIO.

El funcionario competente es el Juez Civil Municipal del domicilio de la mujer; si hay varios jueces de esta categoría en el Municipio el que escojan los contrayentes. Actualmente las solicitudes de matrimonio se someten a reparto en conjunto con las otras demandas civiles. Gómez Piedrahita afirma que también es competente para este acto el Juez Civil del Circuito, Al respecto dice: "puesto que siendo el matrimonio una diligencia referente al estado civil y un proceso, se puede tramitar indistintamente ante Juez Municipal o de circuito civil. También en este sentido Devis Echandía parece estar de acuerdo. Además ante el concordato de 1973 era obligatorio apostar para los católicos lo cual debía hacerse ante el juez Civil Municipal. De saparecia esta obligación no se ve la razón por la cual se debe continuar creyendo que el único funcionario competente es el Juez Civil Municipal" (Obra citada, pág. 75).

115

### 13.2 EL LUGAR.

El Artículo 126 del Código Civil establece que debe ser el Municipio en donde tenga su domicilio la mujer.

### 13.3 PRESENCIA DE LOS CONTRAYENTES.

Es requisito esencial del matrimonio el que los contrayentes expresen sus declaraciones de voluntad ante el Juez y su Secretario y en presencia de dos testigos.

Aquí se hace necesario aclarar que dentro del sistema del Código Civil Colombiano se admitía que los contrayentes estuvieren representados por apoderados (Artículos 114 y 139).

Pero este sistema fue modificado por el artículo 11 de la ley 57 de 1887, según el cual sólo el varón puede constituir apoderado; la mujer debe siempre comparecer personalmente; esto es apenas obvio en razón de que deben darse a celebrar el matrimonio en el lugar de su domicilio, no hay razón que lo haga mediante apoderado.

En esta clase de matrimonio mediante apoderado es una de las variedades posibles de matrimonio entre ausentes.

El acto de apoderamiento del marido es solemne y debe constar en escritura pública, en la cual debe indicarse claramente a la mujer con la cual se desea contraer matrimonio. Este poder, como todos los demás, es revocable, pero la revocación no surtirá efecto sino se notifica a la mujer antes de la celebración del matrimonio.

110

Por tanto, si se verifica la revocación, pero ésta es solo conocida de la mujer después de celebrado el matrimonio, carecerá de todo efecto y las nupcias serán válidas. Esta regla persigue evitar graves perjuicios a la mujer y a su familia con el hecho de celebrar un matrimonio que no tendrá validez y que este acto pierda su natural seriedad.

#### 13.4 TESTIGOS.

Es esencial en la celebración del matrimonio la presencia de dos testigos hábiles debidamente juramentados.

Son inhábiles para presenciar el matrimonio y dar fé de su celebración: Los menores de 18 años, los que en el momento se hallen privados de la razón, los ciegos, sordos mudos, los condenados a pena de reclusión por más de cuatro años, los extranjeros no domiciliados en el país y los que no entienden el idioma de los contrayentes.

#### 13.5 DECLARACION DE VOLUNTAD MATRIMONIAL.

El Juez explorará de los solicitantes si de su libre y espontánea voluntad se unen en matrimonio, les hará conocer la naturaleza del contrato y los deberes y derechos recíprocos que van a contraer instruyéndolos al efecto de las disposiciones de los artículos 152, 153 y 176, modificados los primeros por la ley primera de 1976 y el último por el Decreto 2820 de 1974.

El consentimiento matrimonial debe darse con voz perceptible, sin equivocación o manifestarse por señas o señales que no dejen duda alguna en los funcionarios y testigos que presencian el acta matrimonial.

117

En nuestra legislación no existen fórmulas sacramentales o solemnes para expresar el consentimiento. Es suficiente, como ya se dijo, que en voz clara y perceptible cada uno de ellos manifieste tomar al otro como su cónyuge, o expresarse mediante signos o señales que no dejen duda alguna de que quieren contraer matrimonio.

Por último, las decisiones de voluntad matrimonial deben ser sinceras y estar exentas de vicios, ni sometidas a condición o término alguno.

#### 13.6 ACTA DE MATRIMONIO.

Expresado el consentimiento de los contrayentes se levantará un acta en la cual constará todo lo sucedido, la cual firmarán el Juez, los contrayentes, los testigos y el secretario. Esta acta se podrá inscribir a solicitud de cualquier persona con vista de la escritura de protocolización de las diligencias judiciales correspondientes.

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

Es preciso anotar, siguiendo a Valencia Zea, que en cualquier tiempo podrá llevarse al funcionario del Estado Civil copia de la diligencias judiciales de protocolización entre notario, y con fundamento en ellas se hará la inscripción. Así, el plazo de 30 días para asentar el registro civil de matrimonio a partir de su celebración que ordena el Artículo 67 del Decreto 1260 de 1970 no pasa de ser un mero consejo.

118

### 13.7 MATRIMONIO EN ESTADO DE NECESIDAD.

(In Extremis).

Es aquel que es preciso celebrar urgentemente, dado el pe  
ligro de muerte que amenace a uno o ambos contrayentes.

Este matrimonio exige dos supuestos:

- Estado de concubinato o de mera unión libre;
- Peligro de muerte de uno o de ambos concubinos, con de-  
seo mutuo de casarse para regularizar su situación.

Existiendo estos dos supuestos se procederá a la celebra-  
ción del matrimonio, prescindiendo de muchas de las forma  
lidades anteriormente expuestas, aunque los contrayentes  
mediante testigos, deberán comprobar que no existe ningún  
impedimento para poderse casar.

## 14. INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL MATRIMONIO.

### 14.1 NOCION DE INEXISTENCIA Y NULIDAD.

#### 14.1.1 Diferencia entre ellas.

La eficacia jurídica de la voluntad contractual está proregida en extremo por el Derecho Colombiano, siempre y cuando se observen los preceptos legales. Aquí debe tener se en cuenta que cada precepto en particular tiene su importancia específica y es allí donde radica la razón esencial de las diversas sanciones establecidas por la ley en los eventos de su inobservancia.

La doctrina sobre invalidez, inexistencia e ineficacia de los actos jurídicos se presenta con una mayor complejidad para el matrimonio, en razón de que éste más que contrato de carácter patrimonial es una institución que genera efectos duraderos de carácter personal y porque además la legislación misma al respecto presenta vacíos que inducen a confusión.

Al celebrarse el matrimonio se pueden presentar diversas situaciones que lo afectan de diferentes manera: puede ocurrir que se omita algún elemento propio de su esencia o que se incumplan alguno o algunos de los requisitos de fondo o formas que estudiamos anteriormente, o que a la concentración del matrimonio se contraríen disposiciones de orden público, o que las personas de los contrayentes

no sean natural o legalmente idóneas para celebrarlo o lo hagan de manera equívoca presionado por otros.

En cualquiera de los supuestos anteriores la posesión legal es distinta: si falta un elemento esencial el matrimonio es inexistente si se omite el cumplimiento de un requisito o condición establecido por normas de carácter imperativo, el matrimonio es nulo, cuya nulidad es insubsanable, y por último hay casos en que a la celebración del acto se omite cumplir ciertos requisitos de menor envergadura, lo cual genera actos ilícitos pero a veces válidos, o que sólo conllevan sanciones que no solo llegan a afectar la estabilidad misma del vínculo.

Inicialmente en el derecho civil no se estableció diferencia entre nulidad e inexistencia del matrimonio.

Solo a partir del código de Napoleón se conoció y aceptó la teoría de la inexistencia matrimonial, diferenciando el matrimonio nulo del inexistente. En los últimos tiempos muchas corrientes doctrinales han rechazado la teoría de la inexistencia y afirman que conduce a los mismo que la nulidad absoluta y produce idénticos efectos.

En cuanto a nuestros autores, la mayoría de ellos han venido aceptando la diferencia entre matrimonios nulos y matrimonios inexistentes, como Roberto Suarez F., Valencia Zea, Gómez Piedrahita y Monroy Cabra, entre otros.

En cuanto a la diferencia entre estas dos formas de matrimonios irregulares es preciso advertir que el matrimonio inexistente no produce efectos en ningún momento, no así

el matrimonio nulo, que si los produce hasta que lo destruya una sentencia judicial. Al respecto afirma Monroy Cabra "las principales diferencias entre nulidad e inexistencia las exponen en nuestra obra Introducción al Derecho en la siguiente forma:

- La nulidad debe ser declarada judicialmente y la inexistencia no.
- El acto inexistencia no produce efectos, y en cambio el acto nulo mientras no sea declarada su nulidad, produce plenos efectos.
- El acto inexistente no puede sanearse por el transcurso del tiempo y el nulo sí.
- La nulidad puede alegarse como acción o como excepción y, en cambio, la inexistencia solo como excepción.
- El acto nulo es susceptible de conversión, pero no el acto inexistente. Además los hijos del matrimonio solo son legítimos Artículo 149 C.C. y no se sabe que calidad tendrán los hijos del matrimonio inexistente. Igualmente antes de la ley la. de 1976, existía sociedad conyugal que se disolvía cuando el matrimonio se declaraba nulo en virtud del artículo 140 ordinal 12 del C.C., pero en el matrimonio inexistente no se forma sociedad conyugal<sup>18</sup>.

-----  
<sup>18</sup> MONROY CABRA, Cabra Gerardo. Introducción al Derecho. Temís, 1975. p. 880.

Algunos autores, entre ellos Gómez Piedrahita, afirman que es inexacto hablar de "matrimonio inexistentes", toda vez que si falta un elemento esencial u orgánico el acto jurídico no se configura y por lo tanto no nace; por lo tanto, mal puede llamarse "matrimonio" a lo que no ha nacido. El autor en cita igualmente subraya la afirmación de que la nulidad absoluta y la inexistencia tenga idénticas consecuencias. Al respecto dice: "Tampoco es-timo de acuerdo con los que afirman que la inexistencia tiene iguales consecuencias que la nulidad absoluta, pues to que las nulidades si producen efectos jurídicos y la inexistencia del acto lógicamente no puede tener consecuen-cia alguna. De otra parte, el hijo de matrimonio nulo es legítimo (Art. 149 del C.C.) y el hijo de unión que no ha sido matrimonio, ligeramente es natural respecto de la madre por el sólo hecho del nacimiento y del padre también si es reconocido por éste (Art. 1º Ley 45 de 1936). La cuestión es muy lógica y no la entendemos como Monroy Ca-bra, quien dice que no se sabe que calidad tienen los hi-jos de matrimonios inexistentes porque, si no ha habido ma-trimonio, pues lógicamente los padres no pueden ser otra cosa que naturales, si nos atenemos a lo prescrito en la Ley 45 de 1936, Artículo 1º.

#### 14.1.2 Inexistencia del matrimonio.

Ya hemos dicho que la inexistencia de los negocios jurí-dicos se presentan en general cuando al negocio le hace falta un elemento esencial para que pueda nacer a la vida jurídica. Por lo tanto es inexistente el matrimonio que sólo puede tener una existencia meramente aparente, en razón de faltarle un elemento esencial. Le estiman como ele

mentos esenciales o constitutivos del matrimonio los siguientes:

- El consentimiento de los contrayentes.
- Que dicho consentimiento se exprese ante un funcionario a quien el Estado le ha otorgado jurisdicción matrimonial, y
- Que emane de sexo diferente.

De lo anteriormente expuesto se colige lógicamente que existen tres casos de matrimonio inexistente o unión que no ha sido matrimonio al decir de Gómez Piedrahita.

- El matrimonio contraído por personas del mismo sexo.
- Matrimonio en el que no ha existido el consentimiento.
- Cuando falta la intervención de funcionario correspondiente.

A continuación analizaremos brevemente cada uno de estos supuesto.

14.1.2.1 Identidad de sexo.

Es una cuestión que pertenece más al campo de la medicina que al campo del Derecho. La dificultades a las cuales dan lugar son puramente de hecho; se trata de saber desde que punto de vista un defecto de conformación orgánica es susceptible de modificar, de traspasar el sexo de una persona. Recordemos que la impotencia no es considerada como

impedimento para el matrimonio.

Es digno de señalar que en ninguna parte el legislador ha consagrado una nulidad fundada sobre la entidad del sexo. Esto, porque precisamente aparece aquí la noción de inexistencia, a diferencia de la noción de nulidad, y que puede tener un carácter virtual. El matrimonio es por definición la unión de un hombre y una mujer.

La jurisprudencia en esta materia se conforma con los verdaderos principios. Cuando se constata el hecho de la identidad del sexo, aplica la noción de inexistencia del matrimonio, que está subordinada a la diferenciación de sexo de los cónyuges. El caso de matrimonio de personas del mismo sexo es de rara ocurrencia en Colombia no así en países como Estados Unidos, Francia y Suecia donde se han celebrado matrimonios de personas que han modificado su sexo mediante intervenciones quirúrgicas.

En estos casos el elemento probatorio es fundamental ya que si los futuros contrayentes figuran en la vida civil y en el respectivo registro civil, no cabría jurídicamente la inexistencia toda vez que al celebrarse el matrimonio su sexo estaría definido y así figuraría en la partida de nacimiento. Cabría entonces la declaración de inexistencia por parte del juez, luego de definir por peritos su sexo. Claro que esto sería en algunos eventos un extremo dificultoso cuando un hombre ha verificado voluntariamente sus caracteres sexuales secundarios mediante procedimientos médico quirúrgicos, como el caso de la Brasileña Roberta Clossé. Más sencillo es cuando según los registros el sexo sea concidente, lo cual no admite discusión alguna.

Valencia Zea, sostiene que también la mala conformación de los órganos genitales que impiden el normal desarrollo de la relación sexual, da lugar a la inexistencia del matrimonio. Al respecto sostiene: "Si el efecto principal e inmediato de todo matrimonio está constituido por relaciones sexuales, es fácil deducir la necesidad de que los contrayentes dispongan de capacidad sexual. Expresamente no lo exige nuestro Código Civil pero implícitamente a ella se refiere, al decir el artículo 116 que sólo las érsonas de 18 años pueden contraer matrimonio libremente; luego al estatuir el artículo 140, ordinal 2º que es nulo el matrimonio celebrado entre varón menor de 14 años mujer de 12. Al exigirse determinada edad el matrimonio, se está exigiendo la capacidad sexual; y todo se reduce a presu-mir que varones y mujeres de 12 y 14 años tienen la mencionada capacidad <sup>19</sup>.

Por último es preciso afirmar que al respecto la doctrina que ha venido perfeccionando en los últimos tiempos, gracias al progreso inusitado de las ciencias médicas y biológicas tales como la genética, la embriología, y la bio-fisiología.

#### 14.1.2.2 Falta de intervención del funcionario del Estado Civil.

No se trata de una simple incompetencia sino ausencia del funcionario en la celebración; por ejemplo, los pretendidos contrayentes han sido unidos en matrimonio por un juez sin tener dicha calidad. La ley en este caso, no se pro-

<sup>19</sup> VALENCIA ZEA, Op, Cit., p. 141-142.

nuncia o inclina hacia la nulidad de este matrimonio sino hacia la inexistencia, sin duda alguna, la forma comprta el fondo; éste no podría existir sin ella "forma Dat Esse Real". No hay matrimonio sin celebración del mismo, en el sentido técnico de la expresión señalado por la ley. La ley prescribe que el matrimonio se realicen ante el juez civil del domicilio de la mujer, si falta esta solem<sup>n</sup>idad, no hay matrimonio.

Lo anterior de deduce de las palabras del artículo 115 del código civil. que dice que los contrayentes deben expresar su consentimiento ante funcionario competente y que el matrimonio no producirá efectos civiles o políticos si en su celebración se contraviniere a tales formas, solemnidades y requisitos.

Qué ocurre si existe sólo incompetencia del Juez, como por ejemplo si se celebra por el Juez Civil del domicilio del marido?.

La legislación acertadamente considera que la simple incom<sup>pe</sup>tenencia del Juez no es causal de inexistencia sino de nulidad del contrato matrimonial, conforme con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 13 de la ley 57 de 1887.

#### 14.1.2.3 Ausencia de consentimiento.

Se supone que el consentimiento no solo de uno de los espo<sup>s</sup> ha sido viciado sino que faltó de mnaera completa. Si existiere un texto legal que previniera las eventualidades de éste género, sería para proclamar en términos suficien<sup>te</sup>mente claros la inexistencia misma del matrimonio. El

texto legal del código francés dice: Il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement: no puede haber matrimonio cuando no hay consentimiento.

Parece, pues, que la solución no deja lugar a duda y que la realidad de estos tres casos de inexistencia debe ser aceptada por todos.

Sin embargo, la noción de la ausencia del consentimiento no es extensiva a todos los casos en que puede presentarse la ausencia de consentimiento por falta de la capacidad pensante y razonante como puede suceder en el caso del demente, del idiota ó del débil mental.

Para la doctrina francesa el matrimonio en tales casos no es inexistente, ni radicalmente, sino afectado de una nulidad relativa y por lo mismo simplemente anulable.

Esto porque para la ley francesa y en tesis general, la ausencia misma del consentimiento derivado de la locura es considerada como un simple vicio del consentimiento.

Este, elemento el consentimiento, es fundamental ya que el matrimonio no se constituye sin las mutuas y concordantes declaraciones de voluntad de los contrayentes, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 115 del Código Civil.

El tratadista Valencia Zea afirma en relación con la falta de declaración de la voluntad de los contrayentes, que ellos puede presentarse principalmente cuando "no existe la declaración de voluntad, o existe, pero se ignora el contenido u objeto del matrimonio, o finalmente, existe la de-

claración de voluntad y no se ignora el contenido u objeto pero es ficticia o simulada <sup>20</sup>.

El primer evento no presenta problema alguno y en realidad es de escasa ocurrencia el que los novios guarden silencio en el momento de la ceremonia nupcial.

En relación con la situación contemplada en el caso de que se pronuncien las palabras pero se ignore el contenido o el objeto del matrimonio, es más completa la legislación canónica al preveer que para que pueda haber consentimiento matrimonial es necesario que los cónyuges no ignoren, por lo menos, que el matrimonio es una sociedad permanente entre varón y mujer para engendrar hijos.

En cuanto se refiere a la simulación del matrimonio ésta ha sido muy controvertida.. Para algunas legislaciones y doctrinas es imposible admitir que un matrimonio sea inexistente o nulo por simulación. Al respecto sostienen que admitir la simulación en el matrimonio equivaldría a darle un golpe profundo en su misma base y perdería la seguridad que le presta la forma pública el concubinato se ocultaría bajo la apariencia del matrimonio.

Por el contrario otras doctrinas aceptan la posibilidad de declarar la inexistencia por simulación. El código de derecho canónico admite la simulación. El código de derecho canónico admite la simulación y según los cánones ella puede ser total o parcial: total cuando se tiene la intención de no contraer y parcial cuando se tiene la

<sup>20</sup> Ibid., p.130

intención de contraer pero se excluye algo esencial al matrimonio.

En cuanto se relaciona con el Derecho Civil Colombiano, Valencia Zea afirma: debe tenerse en cuenta que el código Civil, en su artículo 115, establece que "el contrato de matrimonio se constituye, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en este código". También el artículo 140, ordinal 3, estatuye que el matrimonio es nulo cuando falta el consentimiento de los contrayentes.

Si la voluntad es el elemento básico y esencial del matrimonio civil, a semejanza de los que acaece con el matrimonio que reglamenta el Código de Derecho Canónico, es lógico que donde falta o allí donde no sea verdadero, semejante matrimonio es anómalo y debe destruirse".

A mi parecer la dificultad se presenta es en el momento de entrar a probar la simulación en un proceso judicial, toda vez que las circunstancias anteriores o posteriores a la celebración del matrimonio y que constituyen indicios de la no existencia de una voluntad seria de consentimiento, en muchos casos queda en el fuero interno de la pareja.

#### 14.1.3 Consecuencias jurídicas derivadas de la inexistencia

El matrimonio inexistente no ha nacido a la vida jurídica, nació muerto; es una tentativa de matrimonio que ha abortado. En consecuencia

- La inexistencia puede ser invocada por todo interesado abstracción hecha de un interés de orden pecuniario.
- La ineficiencia del acto es definitiva e irremediable.

Ninguna confirmación es posible, ni expresa, ni tácita, pero ni siquiera el transcurso del tiempo que la ley establece como fundamento de la prescripción puede sanear la inexistencia.

- La cuestión de la eficacia o ineficacia que ha sido planteada a los jueces no es para que estos pronuncien la inexistencia sino para que se limiten a constatarla.

Su decisión es estrictamente declaratoria de un estado de cosas anterior.

Estas tres consecuencias no son siempre deducidas y aplicadas por la jurisprudencia con una precisión y un rigor suficiente. Corresponde a la doctrina jurídica establecer los verdaderos principios e introducir un orden estricto sobre el contenido y alcance de la teoría de la inexistencia matrimonial.

#### 14.1.4 Nulidad del matrimonio.

Es cierto afirmar que en Derecho Civil no hay nulidad sin texto. Esto está consagrado en el artículo 16 de la Ley 57 de 1887, cuando al referirse a las causales de nulidad de matrimonio civiles dice: "fuera de las causas de nulidad de matrimonios civiles enumerado en el artículo 140 del Código y en el 13 de esta ley, no hay otras que invaliden el contrato matrimonial. Las demás faltas que en su celebración se cometan, someterán a los culpables a las penas que el Código Penal establezca"<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> COLOMBIA, Código Civil, p. 51.

Igualmente la Corte Suprema de Justicia ha venido sentando la tesis de que el derecho matrimonial civil no se rige por las nulidades ansolutas y relativas, sino por materia propia tratándose de nulidades. Por tanto las nulidades matrimoniales son simplemente saneables y no subsanables, descartando la Corte la simetría entre nulidades relativa y las saneables, lo cual ha tenido arraigo en la doctrina nacional.

De acuerdo con lo afirmado las nulidades matrimoniales son de carácter restrictivo, y solo existen como tales las expresamente mencionadas en la ley. Ahora bien, cuales son las normas de derecho sustancial que preveen estas situaciones?. El artículo 140 del Código Civil y el 13 de la ley 57 de 1887, como se manifestó al transcribir el artículo 16 de la citada ley.

#### 14.1.4.1 Nulidades insubsanables.

La creación de este tipo de nulidades obedece a razones de orden público, motivo por el cual el juez puede declararlas aún de oficio y su declaratoria produce efectos erga omnes; tampoco admiten saneamiento por acuerdo entre las partes ni por prescripción. Estas nulidades son:

- El adulterio;
- El conyugicidio;
- El parentesco;
- El vínculo anterior o bigamia;
- La incompetencia del juez o inhabilidad de testigos.

El adulterio. De acuerdo con el numeral 7 del artículo 140

del código civil, el matrimonio es nulo cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre y cuando antes de celebrarse el matrimonio se hubiere declarado el juicio probando el adulterio.

Valencia Zea sostiene que esta causal se encuentra derogada al respecto sostiene: "debe estimarse derogado el numeral 7 del artículo 140 en virtud del Decreto 2820 de 1974, que suprimió todas la desigualdades existentes entre varones y mujeres"<sup>22</sup>. El ilustre tratadista llega a tal conclusión en razón a que en nuestro derecho tal impedimento existía únicamente para la mujer adúltera y el artículo 70 decreto 2820 en su frase final terminó con todas las desigualdades que durante muchas décadas imperaban entre los dos sexos,

La implantación de este causal tuvo sus raíces en la moral Judeo Cristiana y en el Antiguo Derecho Eclesiástico, según el cual la mujer adúltera y su cómplice quedaban sujetos a penitencia perpetua, lo cual les impedía contraer nuevo matrimonio y se traducían en su incapacidad matrimonial absoluta, tanto para la mujer como para el amante. Es de advertir que por acuerdos adoptados en los Concilios del siglo IX esta sanción fue mitigándose en el derecho canónico.

Por otro lado, Roberto Suarez F. no acepta la natrior tesis del tratadista mencionado cuando afirma: "consideramos que el requisito se mantiene conforme está concebido em el código, por cuanto se trata de una disposición de

<sup>22</sup>VALENCIA ZEA, Op. cit., p. 17.

carácter muy especial, que contempla una nulidad particular, cuya derogatoria implicaría una referencia general pero muy concreta o una alusión específica a su abrogación. Y aún admitiendo en gracia de discusión, la tesis de Valencia, se llegaría a la consecuencia de que la nulidad de condiciones para ambos cónyuges, más no queda derogado. Más aún Suarez F., le asigna en la actualidad nuevas dimensiones al manifestar que la citada causal adquiere particular importancia con la vigencia del divorcio vincular ya que la mujer adúltera que resulta divorciada al comprobarsele en juicio el adulterio, no podrá luego contraer matrimonio con su cómplice.

Por último, para que la causal se configure se requiere la existencia de los siguientes requisitos:

- Que se cometa el adulterio, es decir, que son suficientes las simples relaciones de carácter sexual que no conduzcan a la ejecución completa de la cópula.
- Que el adulterio haya sido probado en juicio, aunque no haya sido el motivo principal del proceso; basta que en algunas diligencias procesales surtidas ante el juez aparezca demostrado el adulterio.
- Que la providencia contentiva de la declaración de adulterio se encuentre ejecutoriada, o sea, que produzca efectos de cosa juzgada y;
- Que dicha providencia se profiera de la celebración del matrimonio, en razón de que toda decisión judicial produce efectos luego de que esta se halle ejecutoriada.

14.1.4.2 El conyugicidio.

Esta causal opera cuando uno de los cónyuges ha matado o hecho matar al otro con quien estaba unido en matrimonio.

De acuerdo con la redacción del texto, la nulidad contemplada alude tanto a la esposa como al esposo y tiene por objeto impedir los atentados de un cónyuge contra el otro, con la esperanza de un nuevo matrimonio.

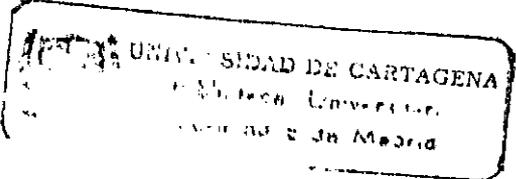
La disposición comprende tanto a la persona que haya cometido el hecho por sí mismo o por interpuesta persona lo último cobra vital importancia en momentos como los actuales cuando existe una verdadera industria del crimen con pistoleros a sueldo.

Aunque la norma es general y comprende todo homicidio cometido en la persona del otro cónyuge sin distinguir si es doloso, culposo o involuntario, considero como lo sostiene la gran mayoría de los tratadistas, que tal conducta debe revertir los caracteres de homicidio punible conforme a las normas del código penal.

Esta sanción es inminentemente civil y es independiente de las penas que puedan caberle al culpable en el respectivo proceso penal.

14.1.4.3 El parentesco.

El numeral 9 del artículo 140 prescribe que el matrimonio es nulo y sin efecto "cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes o son hermanos".



Por su parte el numeral 11 agrega que "cuando se ha contraido entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante". Por su parte el numeral 2 del artículo 13 de la ley 57 de 1887 establece la misma sanción "cuando se ha contraido por personas que están entre sí en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima".

De acuerdo con los anteriores textos legales son nulos los matrimonios entre parientes en los siguientes casos:

- Entre consanguíneos en línea recta sin ninguna excepción por tanto la nulidad comprende tanto los consanguíneos legítimos como los naturales. Aún tratándose de línea colateral, es nulo el matrimonio entre hermanos.
- Entre afines en línea recta, como por ejemplo el suegro con la nuera, o el marido y la hija natural de su esposa
- Entre el adoptante y la adoptiva, o entre el adoptante y el adoptado o la mujer que fue la esposa del adoptante

Es de advertir que el legislador no distinguió la especie de adopción, por lo cual debe entenderse tanto la simple como la plena.

Estas causales están ligadas con el incesto, entendiéndose por matrimonio incestuoso aquel que ha sido contraido por parientes que se encuentran en el línea y en el grado prohibido por la ley. Se contrae a pesar de existir en los contrayentes un impedimento de carácter absoluto.

#### 14.1.4.4 La bigamia.

Etimológicamente significa la coexistencia de dos vínculos matrimoniales atribuidos a una misma persona hombre o mujer.

En todas las legislaciones en donde la monogamia está erigida como elemento fundamental del orden público, se consagra la bigamia como causal de nulidad absoluta.

En derecho colombiano esta causal se enumera así: cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior.

El numeral 12 del citado artículo 140 del Código Civil presenta textualmente que el matrimonio es nulo "cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior".

Con relación a esta causal es importante tener en cuenta el auge de matrimonios celebrados en el exterior (especialmente en Ecuador, Venezuela y Panamá) por personas unidas en matrimonio válido en Colombia, tema sobre el cual hemos desarrollado en capítulo especial.

#### 14.1.4.5 Incompetencia del juez o inhabilidad de los testigos.

El numeral 1 del artículo 13 de la ley 57 de 1887 estipula que el matrimonio es nulo "cuando no se ha celebrado ante el juez y los testigos competentes". Con relación a este causal hay que distinguir dos aspectos:

Incompetencia del juez. Cuando estudiamos la inexistencia dijimos que en caso de que el acto se haya realizado ante un abogado o un alcalde, por ejemplo, no hay matrimonio.

La causal en comenya consatra una situación diferente:

El juez es incompetente ya sea por faltar el factor objetivo, como cuando se celebra ante un juez civil del circuito, o por carancia del elemento territorial como es el caso de celebrar el matrimonio ante juez civil municipal distinto al del domicilio de la novia.

Inhabilidad de los testigos. Champeau y Uribe citados por Roberto Suarez afirman en lo que respecta a los testigos que .nos parece muy severo el código. Es exaherado anular un matrimonio porque uno de los testigos no reúne las calidades exigidas por la ley, por ejemplo, que no tenga sino 17 años y medio en vez de 18, o porque sea extranjero no domiciliado, en lugar de ser colombiano, circunstancias éstas que pueden ignorarse. Bastaría que la falta de semejante condición constituye un impedimento prohibitivo"<sup>23</sup>.

Debe recordarse que conforme al artículo 127 del código civil no pueden ser testigos para presenciar y autorizar un matrimonio los menores de 18 años; los interdictos por causa de demencia, los que se hallaren privados de la razón, los ciegos, los sordos, los mudos, los condenados a pena de reclusión por más de cuatro años y en general los que por sentencias ejecutoria estuvieren inhabilitados para

-----  
<sup>23</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia, Bogotá, Temís 1979. p. 157.

ser testigos, los extranjeros no domiciliados en la República y las personas que no entienden el idioma de los contrayentes.

Es de advertir que aunque algunos tratadistas ubican esta causal dentro de las nulidades insubsanables pero consideramos con Valencia Zea que se trata de una nulidad subsanable, aunque no lo sea por el transcurso del tiempo toda vez que la ley no le señala término de prescripción. Igualmente es de destacar que como tampoco el código establece forma alguna de sanear esta nulidad, es posible su ratificación en forma expresa por los contrayentes, reiterando una vez su consentimiento ante el juez competente.

#### 14.1.4.6 Nulidades subsanables.

Las características de esta nulidad son:

- Solo pueden alegarse por determinadas personas; y
- Se sanean si quien tiene derecho a solicitar la nulidad renuncia a ejercer la acción respectiva.

Esta nulidad, al contrario de las insubsanables cuya creación obedece a motivos de orden público, fueron establecidas en interés de las personas de los contrayentes, motivo por el cual son susceptibles de saneamiento.

Tienen este carácter las siguientes:

- Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o la de uno de ellos.

- Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años y una mujer menor de doce, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad.
- La falta de consentimiento y los vicios de éste <sup>24</sup>.

De acuerdo con Valencia Zea a esta clasificación debe añadirse la falta de competencia del funcionamiento o inhabilidad de los testigos, conforme a lo ya enunciado.

14.1.4.7 Nulidad por vicios del consentimiento.

Conforme a lo ya expuesto con anterioridad al hablar de la inexistencia del acto matrimonial, la carencia del consentimiento conduce a la inexistencia del acto. Nuestro legislador le dio a la falta del consentimiento el tratamiento de nulidad relativa, en razón de que en la época de adopción del código la teoría de la inexistencia era prácticamente ignorada en nuestro medio jurídico.

Con respecto a los vicios del consentimiento es preciso aclarar que en caso del matrimonio éstos se reducen a dos; el error, y la fuerza. El dolo no vicio el consentimiento matrimonial.

14.1.4.8 Error en el matrimonio.

Con arreglo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 140 del código civil, el matrimonio es nulo "cuando ha habido error acerca de la persona de ambos contrayentes o la de

-----  
<sup>24</sup> Ibid., p.51.

uno de ellos<sup>25</sup>.

Este error acerca de las personas puede recaer en primer término sobre su identidad física, sobre su estado civil o jurídico o sobre sus cualidades esenciales.

En cuanto se relaciona al error acerca de la persona física es de rarísima ocurrencia y puede presentarse en el matrimonio donde uno de los contrayentes sea ciego, aunque ello resulta difícil en razón de que el invidente goza del sentido auditivo lo cual le permite identificar a la persona por este medio. El error en cuanto a la identidad civil o jurídica de los contrayentes es también muy raro y los tratadistas se valen casi todos del mismo ejemplo: una persona proyecta casarse con otra que vive en el extranjero, precedido de un noviazgo por correspondencia y uno de los cónyuges viaja al domicilio del otro para contraer y para el acto del matrimonio es suplantada por persona distinta del interesado.

Roberto Suarez F., sostiene que el error acerca de las cualidades de la persona no vicia el consentimiento en nuestro derecho.

Por el contrario Valencia Zea sostiene: "Pero esta tesis lo que no hace extensiva la causal a el último caso que corresponde a un estado poco avanzado de la cultura jurídica, debe destacarse, porque la persona humana está lejos de ser solo un agregado material de cualidades física, como la conformación orgánica, la figura, etc., ya que en

-----  
<sup>25</sup> COLOMBIA. Código Civil, p. 140.

ella representan también un papel muy importante y decisivo otros elementos, como son ciertas cualidades y valores humanos, culturales, morales, sociales, etc. El derecho moderno siempre tiene en mira esa personalidad más real y auténtica, más humana y valiosa que la simple presencia física o civil.

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

Es apenas natural que tratándose de un incapaz, aunque la ley no lo dice, tendrá que valerse de su representante legal, que será su curador general o uno especial designado por el juez para la litis, de acuerdo con el código de procedimiento civil, ahora bien, si conocido el error por el contrayente que lo haya padecido continúa cohabitando con el otro cónyuge, no podrá alegarlo.

Dentro de cuanto tiempo después de conocido el error debe presentarse la demanda de nulidad? La ley no dice dentro de cuanto tiempo, pero se entiende que debe hacerse dentro de un término prudencial, el que será apreciado por el juez teniendo en cuenta las circunstancias.

Con todo si el cónyuge se separa del otro al conocer el error, puede presentar la demanda en cualquier tiempo.

#### 14.1.4.9. Fuerza en el matrimonio.

El numeral 5 del artículo 140 del Código Civil prescribe que el matrimonio es nulo "cuando se ha contraído por fuerza o miedo que sean suficientes para obligar a alguno sin libertad. bien sea que la fuerza se cause por el que quiere contraer matrimonio o por otra persona" <sup>26</sup>. Se le ha

criticado a la anterior disposición la impropiedad de identificar la fuerza con el medio, cuando ambos fenómenos obedecen a criterios distintos: La primera se refiere a la presión física o moral ejercida sobre la víctima sobre el autor, el miedo implica una situación de temor en que llega a encontrarse, por causa de la fuerza, quien la padece.

La ley presume violencia contra la mujer por haber sido ésta raptada violentamente, a menos que consciente en el matrimonio estando fuera del poder del raptor. Es necesario aclarar que se requiere el rapto violento, ya que no se tiene en cuenta el rapto consentido por la mujer.

De conformidad con la norma legal para que la fuerza constituye vicio del consentimiento, es necesario que se convierta en circunstancia determinante de la presentación de la voluntad.

Por su parte el artículo 1513 del Código Civil, en armonía con el 140 numeral 5 de la misma obra, prescribe que "la fuerza vicia el consentimiento cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave"<sup>27</sup>.

-----  
<sup>26</sup> Ibid., p. 349.

De acuerdo con lo anterior para que la fuerza sea susceptible de viciar el consentimiento es indispensable que se produzca sobre la persona misma de uno de los contrayentes o de sus ascendientes o descendientes a quienes se pueda causar graves perjuicios por el autor de la fuerza, quien, como se dijo, puede ser el otro cónyuge o un tercero.

En nuestro medio social la fuerza física es de rara ocurrencia debido a que es fácilmente perceptible por el juez a los testigos; la fuerza moral consistente en amenazas que suelen provenir de los padres o hermanos de uno de los contrayentes, es bastante frecuente entre nosotros, en especial cuando se presentan relaciones entre los novios y se obliga al varón a contraer para "lavar la ofensa inferida".

Es preciso advertir que el temor reverencial que un hijo siente por sus padres u otras personas a quienes debe su misión y respeto, puede viciar el consentimiento matrimonial y dar lugar a la nulidad del matrimonio. Se diferencia de la fuerza o miedo en los negocios jurídicos, pues en éstos no se tiene en cuenta el temor reverencial.

En cuanto al matrimonio esta clase de temor suele presentarse cuando los padres ordena a la hija celebrar matrimonio con persona que estiman es un buen partido.

La fuerza para que sea susceptible de viciar el consentimiento en los matrimonial debe ser actual, es decir, que

-----  
27 Ibid, p. 353.

haya tenido como finalidad obligar al contrayente que la sufre a prestar su consentimiento para el acto que se considera viciado y que sea además injustas.

De conformidad al Inciso 1 del artículo 145 sólo puede intentar esta la acción de nulidad la persona víctima de la fuerza o quien padecido el miedo, o su legítima representante legal.

Esta nulidad puede sanearse por ratificación expresa de las partes, cuando se haya disipado el vicio ó, tácitamente, si los cónyuges cohabitan luego de que la fuerza ha desaparecido. Por su parte el inciso 2 del artículo 145 preceptúa que no habrá lugar a la nulidad por fuerza si después que los cónyuges quedaran en libertad, han vivido por espacio de tres meses sin reclamar.

#### 14.1.4.10 La impubertad.

La nulidad del matrimonio de los impúberes, es decir, varones menores de 14 años y mujeres menores de 12, está expresamente consagrada en el inciso 2 del citado artículo 140 del estatuto civil.

Esta acción de nulidad puede ser intentada por el padre o tutor del menor, o por éstos con la asistencia de un curador para la lista. La nulidad por impubertad se sana de pleno derecho si pasan tres meses después de haber llegado los menores de edad de la pubertad, sin intentarla. Así mismo, cuando la mujer, aún siendo impuber, llegue a concebir.

Según Valencia Zea, esta nulidad está mal reglamentada, "pues debiera otorgarse la acción a los cónyuges cuando cumplan diez y ocho años en razón de su habilitación de

edad, y aún otorgándoseles un plazo no inferior a cuatro años".<sup>28</sup>.

En cuanto a la nulidad por reserva mental, enfermedades mentales, debilidad psíquica o sordomudez sólo puede ser alegada por los cónyuges, y si éstos son menores de 18 años, por sus padres y representantes legales.

La razón de ser de esta clases de nulidad es que el consentimiento constituye el elemento más esencial del matrimonio y nadie puede querer lo que no entiende claramente.

Entre las enfermedades mentales que pueden dar lugar a la nulidad del matrimonio pueden citarse la esquizofrenia las diversas clases de sicósis y las demás anomalías psíquicas que destruyan la libertad matrimonial toda vez que producen un consentimiento anómalo.

La debilidad mental puede presentarse en el caso de que uno de los contrayentes carezca de suficiente personalidad y dominio de sí mismo y haya sido arrastrado al matrimonio por el dominio total que sobre él ejerce el otro cónyuge.

#### 14.1.4.11 Efectos de la declaración de nulidad.

El matrimonio produce efectos hasta cuando sea anulado por una sentencia judicial. La declaración judicial de nulidad destruye el vínculo entre los cónyuges, pues el artículo 148 del C.C. dice: "anulado un matrimonio cesan desde el mismo día entre los consortes separados todos los

-----  
<sup>28</sup> VALENCIA ZEA, Op. Cit., p. 151.

derechos y obligaciones recíprocos que resultan del contrato del matrimonio, pleno si hubo mala fé en alguno de los contrayentes, tendrá ésta obligación de indemnizar al otro tosod los perjuicios que le haya ocasionado. estimados bajo juramento.

La disposición de este artículo trae las siguientes consecuencias:

- Los cónyuges a quienes se les anulen su matrimonio que dan en libertad para volver a casarse.
- Cesan los derechos y obligaciones entre ellos. Si a pesar de la anulación contúan viviendo juntos, se consideran como concubinos y sus hijos futuros tendrán la calidad de naturales.
- Se disuelve la sociedad conyugal y es necesario proceder a liquidarla.
- El cónyuge que de mala fé contrajo matrimonio queda obligado a indemnizar al de buena fé, los perjuicios daños que se haya ocasionado con este matrimonio.

Los hijos concebidos dentro de un matrimonio que posteriormente es anulado se reputan legítimos y no pierden dicho estado civil.

En el derecho colombiano la declaración de nulidad del matrimonio carece de efecto retroactivo.

#### 14.2 DEL MATRIMONIO PUTATIVO.

Cuando existe buena fé en los cónyuges o en uno de ellos en el momento del matrimonio, la declaración de nulidad ni

ni produce efecto retroactivo, los hijos procreados se tie  
nen por legítimos.

El código de derecho canónico también conoce el matrimonio putativo, pues según el canón 1015 "si por lo menos uno de los cónyuges ha procedido de buena fé al celebrar el matrimonio inválido, éste se llama putativo hasta que am  
bos conozcan con certeza la nulidad".

La concepción canónica la influyó en el código napoleónico, cuyo artículo 201 reza: "El matrimonio que ha sido de  
clarado nulo produce, no obstante, efectos civiles, tanto respecto de los cónyuges como en relación con los hijos, cuando ha sido contraído de buena fé".

Andrés Bello lo tomó del Código Francés y lo legalizó en Chile; también rige en la Argentina. En resumen, el matri  
monio putativo se opone a la regla de la retroactividad de la declaración de nulidad matrimonial; razón por la cual los hijos se declaran legítimos y la nulidad solo produce efectos jurídicos para el futuro, todo lo contrario de la concepción del Derecho Romano.

#### 14.3 DERECHO CIVIL COMPARADO SOBRE EL EFECTO NO RETROACTI VO DE LA NULIDAD.

El código civil Colombiano al rechazar el efecto retroacti  
vo de la nulidad del matrimonio, no constituye doctrina aislada, por el contrario interpreta la sabia doctrina del derecho moderno.

Los tratadistas modernos dicen que no se debe prescribir a los hijos del matrimonio anulado como legítimos o naturales

de acuerdo a la buena fé de sus padres al casarse, pues estos hijos no deben responder de la culpa de sus padres; si hay que sancionar la culpa se debe sancionar a los culpables no sus descendientes.

El código Civil Suizo dice en su artículo 132: "Hasta la sentencia, el matrimonio, aún el viciado de nulidad absoluta, tiene todos los efectos de un matrimonio válido". El artículo 133 del mismo código es más enfático al decir: "Los hijos nacidos de un matrimonio declarado nulo son legítimos aún cuando el padre y la madre hubieran obrado de mala fé. Los derechos y las obligaciones de los padres y de los hijos se regulan como en el caso del divorcio.

Curti Forrer dice: "El código Civil no conoce los hijos putativos del derecho común (hijos nacidos de matrimonio anulado que uno de los cónyuges obró de buena fé), por que la buena fé de los padres carece de toda influencia sobre la situación jurídica de los hijos.

El código alemán de 1900 inspirado en la vieja regla romana del efecto retroactivo de la declaración de nulidad, cambió aquella regla de su código mediante la ley del matrimonio de 1938, ley esta que posteriormente fue reemplazada por la ley del matrimonio de 20 de febrero de 1946. Esta ley establece dos casos de invalidez del matrimonio.

- La nulidad (Nichtigkeit).

- La terminación (Aufhebung).

Los casos de nulidad se conforman por defecto de formalidad esencial, falta de capacidad matrimonial, bigamia, etc.

El artículo 25 de la ley matrimonial de 1946, establece: "El hijo procreado en matrimonio que se anula es legítimo". "Nada influye a este respecto, la buena o mala fé de los cónyuges". Rige la regla de que el matrimonio anulado no se destruye retroactivamente.

"Como quiera que el matrimonio surte efectos hasta la eficacia de la sentencia que declara su nulidad, obtendrá la mujer el apellido, domicilio y nacionalidad del marido; el régimen de bienes es válido; los hijos son legítimos. El matrimonio es en todos los aspectos y frente a todos, válidos hasta la declaración de nulidad".

Antiguamente el derecho inglés daba efecto retroactivo a la declaración judicial de un matrimonio; pero la ley de 1937 (matrimonial Causes etc.) y una ley de 1949 ha modificado dicho sistema al declarar que los hijos nacidos de matrimonio nulo son legítimos. "La regla de la Common Law que repudia la institución del matrimonio putativo ha sido modificado en la mayor parte de los estados en los Estados Unidos, donde los hijos nacidos de matrimonio putativo o nulo no putativo, son legítimos".

El código civil español ha atenuado en forma notable el efecto retroactivo del matrimonio putativo, el artículo dice "si hubiere intervenido mala fé de ambos cónyuges, el matrimonio solo surtirá efectos respecto de los hijos lo que equivale a decir que en tal caso carece de efecto retroactivo. En cuanto a los efectos entre los cónyuges, el efecto retroactivo existe solo respecto del cónyuge de mala fé.

El Código Civil de México, asemeja del Español estatuye en su artículo 256 "si ha habido mala fé de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos".

## 15. EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO.

### 15.1 CLASES DE EFECTOS.

Celebrado el matrimonio produce dos clases de efectos:

- Efectos personales; y
- Efectos patrimoniales.

Los primeros se refieren a las personas de los cónyuges de las mutuas obligaciones que se contraen por el matrimonio como a los derechos que se adquieren.

Los segundos hacen referencia a la sociedad conyugal que se forma por el matrimonio.

### 15.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS CONYUGES.

Son de orden público, de manera que los cónyuges no pueden renunciar a ellos ni antes ni en el matrimonio, tampoco pueden modificarlos: las estipulaciones en contrario no tienen efecto alguno y se encuentran presididos por la total igualdad entre los cónyuges en sus relaciones personales y en las que es establezcan con sus hijos.

### 15.3 OBLIGACIONES Y DERECHOS RECÍPROCOS.

Lós derechos y obligaciones entre los cónyuges son:

- Obligaciones de cohabitación
- Obligación de fidelidad.
- Obligación de ayuda y socorro mutuos.

#### 15.3.1 Cohabitación.

El matrimonio presupone que los cónyuges deben vivir bajo un mismo techo y estar dispuestos a facilitarse mutuamente para ejercitar las relaciones sexuales.

Este es in duda el primer efecto que produce todo matrimonio toda vez que quienes se casan lo hacen para satisfacerse sexualmente.

Esta obligación afecta por igual a ambos cónyuges y es su puesto indispensable para lograr la comunidad doméstica. El código civil consagra en la misma definición de matrimonio esta obligación cuando dice que los cónyuges están obligados a vivir juntos. Igualmente nuestro código advierte que los cónyuges se unen para procrear.

Nuestro estatuto civil no es ajeno a la corriente general de los códigos civiles, los cuales suelen ser muy discretos sobre este particular y no enuncian este efecto en forma expresa sino que se deduce de otras obligaciones.

De acuerdo con esta obligación cada cónyuge debe permitir le al otro el acceso carnal: Se trata de un derecho y una obligación recíprocos. La falta grave a esta obligación implicaría el rechazo sistemático e injustificado de un

cónyuge al otro. El rechazo aislado por determinadas circunstancias es una situación que caen en la intimidad de la pareja y no permite la intromisión del legislador.

En la práctica, la prueba de la falta de esta obligación es casi imposible pues se trata de un acto que se realiza en privado y sin anuncios a nadie. Lo único sería que la mujer se encuentre virgen con posterioridad al matrimonio.

El artículo 11 del decreto 2820 de 1974 impone a los cónyuges la obligación de vivir juntos, sin embargo esta obligación cesa cuando exista causa que los justifique.

Faltar con esta obligación es motivo para demandar el divorcio o la separación de cuerpos, de acuerdo con la causal 1º del artículo 4 de la ley de 1976.

#### 15.3.2 Fidelidad.

Los cónyuges están obligados a guardarse fé, es decir, que cada uno debe serle fiel al otro; las relaciones extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges será causal de divorcio. Esta obligación está prevista en el artículo 176 del Código Civil, la cual actualmente se impone en igualdad de circunstancias tanto al marido como a la esposa.

La fidelidad implica, de una parte, el deber de un cónyuge de permitirle relaciones sexuales al otro, y de otra parte el de no permitirlos a ninguna otra persona.

Antiguamente la mujer violaba su obligación de fidelidad

con el establecimiento de cualquier relación sexual extra matrimonial; el marido en cambio, sólo cuando establecía relaciones estables de carácter sexual con otra mujer, que llegaran a constituir el estado de amancebamiento.

Actualmente en virtud del decreto 2820 de 1974 y de la ley 1 de 1976, fueron igualadas las obligaciones de fidelidad, de manera que cualquier relación sexual extra matrimonial de marido o mujer constituye adulterio y da lugar a la separación de cuerpos o al divorcio. Lo anterior en virtud a las sucesivas conquistas de la mujer, las cuales han repercutido en forma directa en el campo jurídico.

En nuestro medio latino la fidelidad de la mujer ha estado vinculada íntimamente con el honor conyugal, lo cual ha dado lugar desde obras literarias, hasta lugares destacados en las páginas judiciales en los periódicos.

Muy acertadamente Valencia Zea distingue la fidelidad material u objetiva moral, lo cual consiste en que cada cónyuge debe compenetrarse con el otro no sólo desde el punto de vista sexual, sino también espiritual y socialmente. De ésto se desprende la polémica desatada por las feministas, las cuales sostienen que es más infiel desde el punto de la legislación machista como ellas la llaman la mujer que ama secretamente a otro hombre diferente a su marido aunque ella no se traduzca en ninguna manifestación externa, que la cónyuge que amando a su marido en un momento y por cualquier razón tiene una relación sexual extramatrimonial sin compromiso afectivo.

Como ya dijimos, la falta de fidelidad, es decir, la relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los

cónyuges, está establecida en la ley 1 de 1976, artículo 4 numeral 1, como causal de divorcio.

### 15.3.3 Socorro - ayuda mutua.

Hoy la ley ordena que ambos cónyuges están obligados a ayudarse y a socorrerse mutuamente. Esta obligación se traduce en un deber de asistencia recíproca.

El derecho 2820 de 1974 en el inciso 2 del artículo 12, dispone que "los cónyuges deberán subvenir á las ordinaria necesidades domésticas, en proporción a sus facultades".

De ahí que actualmente los cónyuges están en igualdad de responsabilidades económicas y si ambos gozan de situación económica solvente tendrán que cubrir por igual los gastos que demande el sostenimiento del hogar.

Al tenor del derogado artículo 179 del código civil, la mujer tenía la obligación de suministrar a su marido lo necesario solo si éste carecía de bienes.

Los cónyuges se deben mutuamente alimentos, comprendiendo tal obligación la alimentación, vestuario, alojamiento, asistencia médica y educación si fuere el caso.

De acuerdo con lo anterior si ambos cónyuges tienen rentas de capital o de trabajo, la obligación recae sobre cada uno en proporción a sus necesidades; si solo uno de ellos dispone de rentas, sobre él recae la totalidad de la obligación.

Es necesario aclarar que la obligación en estudio es la que

se deben mutuamente los cónyuges con independencia de los hijos, por cuanto ésta tiene un origen diferente, aunque sean paralelas y semejantes.

El cónyuge que pudiendolo hacer incumple las obligaciones de socorro y ayuda mutua incurre en las siguientes sanciones:

- Da lugar al divorcio o la separación de cuerpos por abandono de sus obligaciones de esposo o esposa.
- Puede ser demandado ante el juez para que regule la partida de lo que se le debe pasar al cónyuge necesitado, mientras que el socorro implica una de dar y son pilares fundamentales del logro de los fines de la comunidad matrimonial.

#### 15.4 DE LA POTESTAD MARITAL.

Antiguamente se opinaba que el matrimonio daba origen a una sociedad de personas, de bienes, cuyo jefe único era el marido, quien tenía un mando absoluto sobre la persona de la mujer y sus bienes.

Nuestro código consagró esta concepción en el Artículo 170 como "El conjunto de derechos que la ley concedía al marido sobre la mujer"<sup>29</sup>.

En algunas legislaciones modernas la noción de potestad marital tiende a desaparecer.

La legislación de 1950 de la República Democrática Alemana iguala en todo a la mujer con el hombre; la ley de 1950.

acabó con las desigualdades entre el hombre y la mujer.

La mujer lleva a voluntad suya el apellido del marido, el domicilio no lo fija el marido sino de común acuerdo.

Ambos conyuges tienen la dirección y educación de los hijos.

La República Popular China en la ley 1 de mayo de 1950, su prime todo resto de potestad marital al decir "el marido y la mujer son compañeros de la vida común y gozan de igual situación en el hogar". (Art. 7). El marido y la mujer tienen derecho a usar cada cual su propio apellido y su propio nombre".

En este mismo sentido se orientan las modernas legislaciones de Hungría, Polonia, Checoslovaquia, etc.

En Colombia la legislación última sobre la familia establece que la mujer elegirá de común acuerdo con el marido el domicilio y en caso de desacuerdo lo fija el Juez.

La dirección de los hijos dentro del matrimonio le corresponden a ambos cónyuges.

En efecto, la situación de privilegio sobre la persona y los bienes de la esposa que implica la potestad marital, se recordó primeramente con la ley 28 de 1932, la cual redujo los derechos inherentes a ella al campo puramente personal. A partir del 1 de enero de 1933, fecha en que entró a regir la citada ley, la mujer casada vino a administrar libremente sus bienes y los adquiridos durante el matrimonio y a disponer de ellos como cualquier persona dot

da de capacidad plena.

Más recientemente el Decreto 2820 de 1974, introdujo la igualdad de derechos entre ambos sexos y suprimió la potestad marital en forma total.

Como consecuencia de tal derogatoria la esposa no sigue el domicilio del marido sino que los cónyuges de común acuerdo fijan la residencia del hogar, en caso de desacuerdo lo fijará el juez con conocimiento de causa. La esposa ya no le debe obediencia al marido, pero los cónyuges están obligados a ayudarse mutuamente y a respetarse en todas las circunstancias de la vida. Igualmente el artículo 70 del decreto en cita deroga todas las disposiciones que le sean contrarias lo cual conlleva la obligación de la adición del apellido del esposo precedido de la partícula de que fue de uso generalizado por la mujer una vez que contrafa matrimonio.

La eliminación de la potestad marital significó una conquista invaluable en la lucha por la dignificación de la mujer como ser humano igual al varón, y por lo tanto con sus mismos derechos y obligaciones.

## 16. DISOLUCION VINCULAR DEL MATRIMONIO.

### 16. 1 EL DIVORCIO.

#### 16.1.1 Etimología.

La palabra divorcio significa: Separación o disolución de lo que está junto, pero en lo que hace relación al matrimonio, la disolución o ruptura del vínculo.

En su aceptación etimológica se remonta a las voces latinas Divertere y Divortium, que quiere decir irse cada cual por su lado para no volver a juntarse.

#### 16.1.2 Aspecto histórico.

En Grecia. El divorcio entre los antiguos fue siempre un derecho que se convertía en obligación en caso de esterilidad en la mujer, en virtud de que el matrimonio tenía como fin primordial la perpetuación de la familia.

En Roma. El derecho romano consagró el divorcio como medio de disolución del vínculo conyugal, pero en los primeros tiempos, en que la potestad de la manus iba casi siempre unida al matrimonio, el divorcio se hacía bastante difícil en la práctica. Sólo cuando ambos conyuges vinieron a quedar en un plano de igualdad jurídica se generalizó

la "institución del divorcio vincular", consistente en el rompimiento absoluto y definitivo de la unión conyugal.

En Francia. En virtud de la ley Naquet de 1884 sólo se admitió el divorcio por faltas graves de uno de los cónyuges. Posteriormente la ley 11 de 1975 autorizó el divorcio por mutuo consentimiento.

Países Nórdicos o Escandinavos. Existen el divorcio por mutuo consentimiento, el divorcio sanción y el divorcio por obstáculo sobrevenido.

En Finlandia tiene una particularidad jurídica y es la facultad que tiene el estado para disolver el matrimonio de oficio, cuando éste atenta contra la moral pública.

Son causales del divorcio:

- El adulterio.
- La enfermedad venérea.
- La enajenación mental.
- Atentado contra la vida o salud por uno de los cónyuges
- Por pérdida de la libertad por sentencia mayor de cinco años.

En Holanda:

- El adulterio.
- El abandono por cinco años continuos.
- Una sentencia por cuatro años o más.



- Abandono malicioso durante dos años.
- Enajenación mental durante más de tres años.
- Enfermedad de lepra en uno de los cónyuges.

En Rusia:

Era competencia de los Tribunales Eclesiásticos antes de la Revolución, pero al establecerse en diciembre el año 17 de esta centuria, se estableció la no competencia del clero pasando dicha competencia del clero a la autoridad oficial del Estado.

En adelante sólo tenía valor el divorcio registrado, más tarde se abolió el divorcio consensual, éste debía ser decretado por la autoridad judicial y requería demanda.

Como es sabido, en la revolución, Lenin reiteró la enorme significación social y política de la labor legislativa del poder soviético en lo relacionado con el matrimonio y la familia, planteando la tarea de crear condiciones materiales y morales para la formación de la familia sobre una base auténticamente socialista.

Los primeros decretos sobre este problema fueron promulgados en diciembre de 1967, cuando se decidieron las cuestiones jurídicas y políticas del nuevo poder soviético. Esas medidas estatales no solo barrieron las viejas y anacrónicas estructuras que regían al matrimonio y la familia, sino que sentaron los principios de organización de la vida familiar y las bases ordenadoras de las relaciones matrimoniales y familiares en la nueva sociedad concordando el dere-

cho de familia con las ideas la moral avanzada de la clase revolucionaria.

La disolución del matrimonio está encomendada a los tribunales, como dijimos antes, quienes deben tomar medidas en caminadas a lograr la reconciliación de los esposos.

En bien de la salud de la madre y del niño, se estableció que el marido no tiene derecho a solicitar el divorcio sin el consentimiento de su esposa, durante el embarazo de ésta y durante el transcurso de un año de haber dada a luz a la criatura.

En casos incuestionables y cuando lo soliciten ambos cónyuges, el divorcio no se hace por la vía judicial sino ante los órganos del Registro Civil, en virtud del acuerdo de voluntades de ambos cónyuges siempre y cuando de esta unión no existan hijos menores de edad.

Para evitar decisiones irreflexivas, la formulación del divorcio y la entrega del certificado de disolución del matrimonio se hará transcurridos tres meses de la fecha en que los cónyuges presentaron la solicitud de divorcio.

América Latina.

En México.

Tiene establecido el divorcio vincular y reconocido el matrimonio civil desde el año 1916, con causales:

- El abandono injustificado del domicilio conyugal por cualquiera de los cónyuges durante seis meses consecutivos.

- Mutuo consentimiento.
- El adulterio de la mujer en cualquier caso y del marido cuando ha sido cometido en el domicilio común, o sea, con cubinato y con insulto público hecho a la mujer legítima o por malos tratos hechos a ésta por la adúltera por sí o por tercera persona.
- La corrupción o conato de corrupción de la mujer o hijo.
- La perversión moral de alguno de los cónyuges.
- La incapacidad física para las funciones matrimoniales.
- La codicia.
- La prisión o destierro por más de dos años.
- El vicio incorregible de la embriaguez.

En Uruguay:

Tiene la ley del divorcio más liberal del mundo a favor de la mujer ya que basta para que se decrete el divorcio la sola voluntad de ésta, aunque no alegue la causa que la impulsa a solicitarlo.

En Guatemala:

Más o menos conserva la forma anterior, y son causales del divorcio:

- El mutuo consentimiento.

- El adulterio de la mujer.
- El concubinato del varón.
- El odio.
- El atentado a la vida.
- Abandono o ausencia injustificada por más de tres años.
- Impotencia posterior al matrimonio.
- Negativa persistencia a presentarse el acto sexual.

San Salvador, Nicaragua, Panamá, Puerto Rico, Cuba, Haití, etc., no reconocen otro matrimonio legal que el civil, tienen establecido el divorcio vincular por causas análogas a las anteriores, lo mismo que Venezuela y Ecuador.

Como vemos y según las estadísticas, son muy pocos los países que no se ha institucionalizado el divorcio vincular y entre los cuales se contaba Colombia hasta antes del 1 de Enero de 1976 con lo cual dió un salto adelante para ponerse a nivel con los países más avanzados del mundo.

También hemos podido observar que las causales del divorcio son casi comunes en la mayoría de las legislaciones del mundo, salvo el divorcio por mutuo consentimiento que no lo aceptan la mayoría de los países, pues exigen una causa real, suficiente y razonable para que el Estado admta el divorcio.

En el derecho romano existieron dos formas de divorcio:

- BONA GRATIA, que era el divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, y
- POR REPUDIACION, que era la voluntad manifiesta de uno de los cónyuges, marido o mujer, de romper el vínculo matrimonial.

Bajo el influjo del cristianismo llegó a modificarse el régimen del divorcio en el sentido de exigir una causa justa para su realización.

## 17. EL DIVORCIO EN COLOMBIA.

### 17.1 ASPECTO HISTORICO.

#### 17.1.1 Concordato de 1988.

La Iglesia Católica siempre ha proclamado: que el matrimonio de los bautizados (Católicos) es de competencia exclusiva del Derecho Canónico que la jurisdicción civil (Estado) carece de competencia para celebrar matrimonios de personas bautizadas en el seno de la Iglesia, es decir que:

- Los católicos solo pueden casarse por el procedimiento canónico y ante ministro eclesiástico.
- Los jueces civiles de la República carecen de competencia para autorizar un matrimonio de bautizados.

El canón 1016 de anterior código de derecho canónico dice: "El matrimonio de los bautizados se rige no solamente por el derecho civil sino también por el canónico sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre los efectos meramente civiles del matrimonio".

En segundo lugar, el canón 1016 del mismo código agrega que las causas matrimoniales pertenecen por derecho propio y exclusivo al poder eclesiástico.

La jurisdicción civil tiene competencia únicamente para legislar y autorizar el matrimonio de los no bautizados y decidir las causas de la nulidad de los mismos.

Esto nos indica porqué la Iglesia estuvo en contra de la ley colombiana del 8 de Abril de 1856 que otorgó efectos civiles al matrimonio celebrado por el rito católico.

La ley 35 de 1888 (aprobatoria del concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede) en su artículo 17 establece:

"El matrimonio que debarán celebrar todos los que profesen la religión católica producirá efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento".

El acto de celebración será presenciado por el funcionario que la ley determine sólo con el objetivo de verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil, a no ser que se trate de matrimonio IN ARTICULO MORTIS, caso en el cual podrá prescindirse de esta formalidad sino fuere fácil llenarla y reemplazarse por pruebas supletorias.

El artículo 17 de la ley 35 de 1888 reguló las relaciones entre el Estado y la Iglesia sobre estas bases:

- Solo la iglesia por intermedio de los párrocos tiene competencia para celebrar el matrimonio de los que profesan la religión católica. Haciendo referencia al Concilio de Trento.

- Los jueces de la República carecen de competencia para autorizar matrimonios civiles de los que profesan la religión católica.

En síntesis el concordato de 1888 establece para celebrar el matrimonio dos jurisdicciones:

- La eclesiástica para celebrar los matrimonios de los que profesan la religión católica.
- La civil para los matrimonios de personas que no profesen la religión católica.

#### 17.2 COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL.

El concordato de 1888 establece: El estado colombiano solo puede autorizar el matrimonio civil de los colombianos que no profesen el catolicismo y abstenerse a autorizarlo para los que lo profesen.

En relación con el matrimonio civil de los no católicos, el Estado Colombiano puede señalar los impedimentos dirimentales e impedimentos para celebrarlo, imponer jurídica sustancial, reglamentar los efectos civiles y conocer y decidir las causas de validez o de invalidez del vínculo matrimonial.

También el esatdo tiene competencia en la indicación de los efectos civiles de los matrimonios celebrados por el rito católico, pero no puede señalar impedimentos, ni decidir de la validez o invalidez del vínculo matrimonial canónico.

### 17.3 COMPETENCIA DE LA JURISDICCION ECLESIASTICA.

El artículo 17 de la ley 35 de 1888 dice: Los que profesan la religión católica deben contraer matrimonio según las disposiciones del Concilio de Trento (C.D.C. canones 1012 a 1113).

El concordato de 1888 otorga a la jurisdicción eclesiástica plena competencia para decidir en lo relativo a impedimentos, validez o invalidéz del matrimonio canónico así como lo relativo a las causales de mera separación personal de los cónyuges, cuando la vida en común se hace imposible (Art. 19 de la ley 35 de 1888).

En cambio los efectos producidos por el matrimonio canónico si se rigen por la jurisdicción civil: el cumplimiento de las obligaciones entre marido y mujer, entre padres, hijos; lo tocante a la sociedad conyugal, validez o nulidad de las capitulaciones matrimoniales, juicios de separación de bienes, liquidación o partición de bienes gananciales.

El artículo 34 de la ley 30 de 1888 estableció un privilegio en favor del matrimonio canónico que dice: el matrimonio contraído conforme a los ritos de la religión católica anula IPSO JURE el matrimonio puramente civil celebrado antes de los contrayentes con otra persona.

Es decir, si alguien se había casado civilmente, entre los años 1853 y 1888 matrimonio que tenía validez conforme a la legislación vigente antes del concordato, bien podía disolverlo de plano celebrado el matrimonio canónico. Sin

embargo con la disolución decretada para los casados civilmente en razón del nuevo matrimonio civil eran legítimos para los efectos puramente civiles y el artículo 36 de la misma ley, que la persona que disolviera su matrimonio civil al contraer la primera mujer y a los hijos habidos en ella mientras ésta no se casara católicamente; posteriormente estos textos legales fueron derogados por la ley 54 de 1924 conocida también como la ley Concha.

Ley 54 de 1924 o Ley Concha: El canón 1016 estatuye que la Iglesia tiene competencia exclusiva para autorizar el matrimonio de los bautizados y la jurisdicción civil para autorizar la de los no bautizados.

En cambio, el artículo 17 de la ley 35 de 1888 da competencia a la jurisdicción eclesiástica para celebrar el matrimonio de "todos los que profesan la religión católica" y a la jurisdicción civil la celebración del matrimonio de quienes no la profesan.

La notable diferencia entre las normas canónicas y las concordatorias acerca de quienes son católicos y quienes no para celebrar el matrimonio dió lugar a dos interpretaciones distintas.

#### 17.4 JURIDCCION CIVIL.

Interpretó la expresión profesar la religión católica, en un sentido subjetivo, es decir, que es católico quien actualmente cree, adhiere o práctica los canones de la iglesia, y no es católico quien a pesar de estar bautizado, no cree ni acepta los dogmas de la iglesia, ya por haber

aceptado otra religión o por no pertenecer a ninguna. Es ta es la interpretación más entendible a juristas y a per sonas del común y es la que ordena tener en cuenta el có digo civil.

De acuerdo con esta interpretación, bien podrán los jueces autorizar válidamente matrimonios civiles de personas bau tizadas en la religión católica, pero que posteriormente la hubieran abandonado, o sea, de quien en el momento de celebrar el matrimonio afirmaron no pertenecer ya a dicha religión.

En 1894 el gobierno establece la interpretación para la cláusula de todos los que profesan la religión católica. Agrega que los católicos que se dicen protestantes para que pudieran casarse civilmente debía exigirseles la prue ba de haber abandonado sus primitivas creencias y de perte necer por la práctica a una nueva religión.

Resumiendo, de acuerdo al artículo 17 de la ley aprobato ria del concordato, puede contraer civilmente matrimo nio:

- Los no bautizados.
- Los bautizados que hubieren apostatado, pues la apostasía indica abandono de la religión o no profesión de la misma.

La declaración de apostasía, debía ser por escrito por dos individuos que pretendían contraer matrimonio, ante el juez municipal respectivo y se expresaba en ella la época en que se separaron de la iglesia y de la religión católica.

Tal declaración se insertaba en el edicto que se debe publicar conforme a la ley, se comunicaba por el juez inmediatamente al ordinario eclesiástico respectivo y la debían ratificar los contrayentes en el acta de celebración del matrimonio, que no se podía celebrar sino transcurrido un mes después del día en que la celebración dicha había comunicado oficialmente al ordinario dejando constancia de la misma declaración, en la diligencia o partida respectiva.

#### 17.5 CONCORDATO DE 1973 JULIO 12.

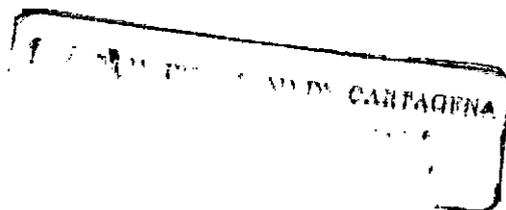
Este nuevo concordato que se firmó entre la Santa Sede y Colombia, dejó sin vigencia todas las disposiciones de que cualquier manera se opusieron a ella, derogando la ley 35 de 1888, en relación con el artículo 7, establece: de acuerdo con la legislación vigente en el Estado Colombiano la inscripción de un matrimonio canónico que no haya sido anotado en el registro civil al tiempo de su celebración, podrá efectuarse a requerimiento de cualquiera de los cónyuges o de quien tenga un interés legítimo en dicho matrimonio. Con tal fin será suficiente la presentación de una copia auténtica de la respectiva partida eclesiástica.

El artículo 8 establece: La República de Colombia reconoce la competencia exclusiva de la autoridad eclesíastica en cuanto se refiere a los aspectos canónicos del privilegio de la fé.

En lo referente a los aspectos civiles se tendrá en cuenta lo dispuesto por la jurisprudencia y la legislación civil colombiana, de manera que sean respetados tanto los derechos adquiridos por los cónyuges, como los derechos de las personas legalmente amparadas en la sociedad conyugal.

En relación con el artículo 9, establece que las causas de separación del matrimonio canónico serán dirimidas entre el tribunal superior y la corte suprema de justicia de Colombia y no impedirá que en el futuro el Estado Colombiano puede establecer una instancia especial para examinar y juzgar las causas relativas al derecho de familia.

Como vemos éste último no es sino un reflejo del anterior que no solucionó en nada las relaciones entre Estado y la Iglesia. La única ventaja del nuevo concordato consiste en que el Colombiano bautizado y perteneciente a la religión católica puede contraer matrimonio civil sin la abjudicación establecida en la ley 54 de 1924 o Ley Caoncha, pero se revive el privilegio de la fe y se reconoce a la iglesia como garantía especial al desarrollo integrante de la comunidad nacional.



## 18. LEY 1a.DEL DIVORCIO CIVIL.

### 18.1 ANTECEDENTES.

Por su demasiada extensión me limito a enumerar únicamente los proyectos de ley que fueron presentados al Congreso y que vinieron a construir los elementos precedentes de la ley 1a de 1976 Ley que instituyó el Divorcio Civil vincular en Colombia.

- La del Ministerio de Justicia en ese entonces, Alberto Santofimio Botero, "Proyecto de ley N° 57".
- La de Iván López Botero, "Proyecto de ley N° 18 de de 1974" que no fue aceptado.
- El debate al proyecto anterior cuyo ponente fue Gregorio Becerra, quien manifestó la urgente necesidad de esta ley, como también la de unir en un solo proyecto los números 57 y 58, (anales del congreso número 16 de 1974 . páginas 652 y SS).
- Nuevo proyecto presentado por el Ministerio de Justicia Samuel Hoyos Arango, número 58 y cuyo ponente fue también el mismo Gregorio Becerra (1974, 1975) que presentó un minucioso estudio.(Anales del Congreso N° 59 de Octubre 2° de 1975, páginas 881 y SS).

Este artículo aislado del orden existente en el código civil presentaba controversia por las normas derogadas y las que eran vigentes, pero Becerra logró armonizarlo con el código civil y el código de procedimiento civil.

Ley 1a de 1976.

Por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil se regulan la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en canónico y se modifican algunas disposiciones de los códigos civil y procedimiento civil en materia de derecho de familia.

El Congreso de Colombia Decreta:

Artículo 1°. El Artículo 152 del código civil quedará así:

ARTICULO 152: "El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado".

La muerte real parte del hecho de la extinción de la vida humana; la presunción de muerte por desaparición superior a dos años, está reglamentada por los artículo 96 a 109 del Código Civil.

ARTICULO 2°: El título VII del libro primero del código civil se denominará así:

"Del divorcio y la separación de cuerpos sus causas y efectos".

ARTICULO 3º: El artículo 153 del Código Civil queda derogado.

ARTICULO 4º: El artículo 154 del Código Civil quedará así:

ARTICULO 154: Son causas de divorcio:

- Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitando o perdonado. Se presumen las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges cualquiera que sea su forma y eficacia".

En lo que respecta a esta causal, tuvo una modificación en cuanto aquí se hace relación a uno o cualquiera de los cónyuges en tanto que en la forma anterior hacía relación al "adulterio de la mujer" y el "amancebamiento del marido".

- El grave e injustificado cumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de sus deberes de marido o de padre y de esposa o de madre.

Es simplemente una aclaración a la segunda de las causales de la norma anterior que se expresaba como absoluto abandono de sus deberes en cuanto a ambos cónyuges o así en el actual "el grave e injustificado incumplimiento de alguno de los cónyuges".

- "Los ultrajes, el trato cruel, y los maltratamientos de obra, si con ello peligra la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges o de sus descendientes, o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos".

Es simplemente una aclaración a la causal 5 de la norma y se hace extensiva a los descendientes en los efectos del trato cruel o maltrato de obra o los ultrajes.

- La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.

Es la misma tercera del anterior ordenamiento.

- El uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.

- Es una causal nueva debido a la gran proliferación de drogas o sustancias que producen dependencia física o psíquica.

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

Es nueva y está orientada a conservar la salud del cónyuge sano que peligra de ser contagiado por el cónyuge enfermo, o a conservar su salud mental que puede verse menguada por el sacrificio prolongado que implica cuidar un enfermo incurable.

- Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir el otro, o a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y conviven bajo su mismo techo.

Es también nueva y está orientada a conservar la moral en el hogar.

179

- La separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure mas de dos años.

Es nueva se trata de una consecuencia de la simple separación de cuerpos cuando transcurridos un término no se logra la reconciliación y armonía hogareña.

- La conducta privativa de la libertad personal, superior a cuatro años, por delito común, de uno de los cónyuges, que el juez que conozca califique como atroz o infamante.

Esta medida tratada en el numeral 9 es nueva. Es consecuencia de una sanción por infracción penal.

Se trata de no perjudicar al cónyuge en forma indirecta, por condena impuestas a su marido o mujer.

## 18.2 MEDIDAS CAUTELARES.

En cualquier momento a partir de la presentación de la demanda podrá el juez tomar medidas relativas a la seguridad y protección de los cónyuges y de los hijos y, además otros referentes a la conservación de los bienes de la sociedad conyugal.

Así, el juez puede separar a los cónyuges y en su caso, depositar a la mujer en casa de sus padres o parientes más cercanos o a falta de éstos en caso de personas honorables; a los hijos ponerlos al cuidado de uno de los cónyuges y señalar la cantidad con que cada uno debe contribuir con los gastos para la habitación y sostenimiento del otro y los hijos comunes.

Si la mujer está embarazada podrá decretarse las precauciones necesarias, esto si lo solicita el marido para evitar una suposición de parto.

#### 18.3 TERMINACION DEL PROCESO.

De acuerdo con el artículo 158 del Código Civil (modificado por el art. 8 de la ley la. de 1976). Al reconciliarse los cónyuges termina el juicio de divorcio, pero los cónyuges deberán poner este hecho en conocimiento de la autoridad judicial que conoce del negocio. Igualmente la muerte de uno de los cónyuges pone fin al proceso de divorcio.

#### 18.4 TERMINACION DEL DIVORCIO.

Se termina ante el juez civil del circuito (Artículo 16 del Código de P.C.). por el trámite abreviado (Artículo 414 del Código de P.C.).

## 19. DEMANDA DE DIVORCIO.

### 19.1 PROCEDIMIENTO.

El divorcio sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contando desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causas 1 y 7 o desde cuando se sucedieron en tratándose de las causales 2, 3, 4 y 5. En todo caso las causas 1 y 7 sólo podrán alegarse dentro de los años siguientes a su concurrencia.

Todo divorcio supone una demanda en forma ante juez competente y sentencia judicial en forma. Las causas de divorcio no podrán probarse con una sola confesión de los cónyuges.

En lo que hace relación a la demanda a habido una modificación en cuanto a lo expresado en el Artículo 156 del Código Civil pues en éste se hacía relación también a los padres de los contrayentes.

En cuanto a la admisión de la demanda, el Artículo 157 del Código Civil también fue modificado por la ley 1 de 1976 al enunciarse así: Artículo 7, en el juicio del divorcio con partes únicamente los cónyuges pero, si éstos fueren menores de edad, podrán también intervenir sus padres.

El Ministerio Público será oído siempre en interés de los hijos.

Las medidas cautelares se podrán decretar en cualquier momento a partir de la presentación de la demanda; lo hará el juez a petición de cualquiera de las partes especialmente en cuanto a los bienes que puedan ser motivo de ganancias y que se encuentran en cabeza del cónyuge que no ha propuesto la demanda de divorcio.

La muerte de uno de los cónyuges o la reconciliación ocurrida dentro del proceso, pone fin a éste como ya se dijo. El divorcio podrá demandarse nuevamente por causas sobreviniente a la reconciliación.

En cuanto a los efectos de la patria potestad y custodia en relación a los hijos comunes de los divorciados, dispuesta en la sentencia por el juez se regularán por las disposiciones contenidas en el Título XII y en el Título XIV del libro I del Código Civil.

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

Para efectos entiendese por domicilio conyugal el lugar donde los cónyuges viven de consumo y en su defecto se refuta como tal al del domicilio del demandado.

Por lo que podemos apreciar en la ley 1 de 1976 hace relación al divorcio del matrimonio civil celebrado en el exterior, en tanto que en el artículo 163 del Código Civil hacía referencia al divorcio ocasionado por la mujer adúltera, el usufructo de los bienes de la misma mujer divorciada, la seguración que hacía el marido de los bienes que administraba y del usufructo de éstos.

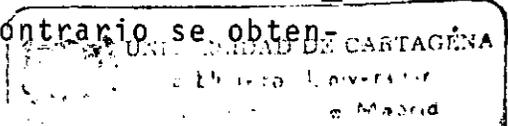
El divorcio decretado en el exterior, respecto del matrimonio civil celebrado en Colombia, seguirá por la ley del domicilio conyugal y no producirá los efectos de disolución sino a condición de que la causal respectiva sea admitida por la ley colombiana y que el demandado haya sido notificado personalmente o emplazado según la ley de su domicilio. Con todo, cumpliendo los requisitos de notificación y emplazamiento, podrá surtir los efectos de separación de cuerpos.

En cuanto al artículo 164 del Código Civil hacia únicamente referencia a que el cónyuge inocente podría revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable.

Es preciso tener en cuenta que conforme a la regla 3 del artículo 27 de la ley 1 de 1976, una vez contestada la demanda de divorcio y la reconvención en su caso, ordenará el juez la citación de ambas partes para que concurren a una audiencia de conciliación. El objeto de esta audiencia es lograr una reconciliación de los esposos, lo cual conduce a la terminación del proceso. Si uno de los cónyuges no comparece o fracasa la conciliación, el juez debe citar para una segunda audiencia la cual tendrá lugar no antes de dos meses ni después de tres de la fecha de la primera. Si en la segunda tampoco se logra la conciliación el juez debe ordenar la continuación del proceso.

En el proceso de divorcio son admisibles las excepciones y la demanda de reconvención. Igualmente se admiten y todos los medios de pruebas comunes, con una sección: "Las causas de divorcio no podrán probarse con la sola confesión de los cónyuges" (Artículo 6, Inciso 2, Ley 1 de 1976).

Dentro de la filosofía de la ley de divorcio este es perfectamente comprensible porque de lo contrario se obten-



drfa el divorcio por mutuo sentimiento disfrazado de confesión. Esto no implica que ella carazca de todo mérito probatorio, sino que será una prueba incompleta que debe reforzarse con otras de cualquier clase.

#### 19.1.1 De la separación de cuerpos.

Por su íntima relación con el divorcio consideramos importante, así sea brevemente, tratar este aspecto, contemplado en la ley 1 en comento.

Hay lugar a la separación de cuerpos de acuerdo al artículo 15 de la ley 1 de 1976, modificatoria del Artículo 65 del Código Civil en los siguientes casos:

- Por mutuo consentimiento de los cónyuges manifestando ante el juez.
- En los contemplados en el Artículo 154 de éste Código, y

Para decretar la separación de cuerpos el juez no está su jeto a ñas restricciones del Artículo 155 del Código. Así, mientras el juez sólo debe decretar el divorcio cuando los hechos constitutivos de la causal hayan producido un desquiciamiento profundo de la comunidad doméstica de tal gravedad que no sea posible el restablecimiento de la uni dad de vida de los casados, en cuanto se refiere a la separación de cuerpos una vez probada la causal respectiva, el juez debe decretar la separación sin entrar en conside raciones sobre si se ha producido o no un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial. Los cónyuges al ex presar su mutuo consentimiento en la separación incitarán el estado en que queda la sociedad conyugal y si la sepa

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

Para que la separación de cuerpos sea decretada por mutuo consenso de los cónyuges, es necesario que éstos la soliciten por escrito al juez competente, determinando en la demanda la manera como atenderán en adelante el cuidado personal de los hijos comunes, la proporción en que contribuirán a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos, y, si fuere el caso, al sostenimiento de cada cónyuge. En cuanto a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes responderán solidariamente ante terceros, y entre sí en la forma acordada por ellos, el juez podrá objetar el acuerdo de los cónyuges en interés de los hijos, pre vio concepto del Ministerio Público.

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

La separación de cuerpos suspende la sociedad conyugal salvo que, fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su deseo de mantenerla vigente.

## 19.2 SEPARACION DE BIENES.

Estudiaremos por último este aspecto.

Ninguno de los cónyuges podrá renunciar en la capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes.

Para que el cónyuge incapaz pueda pedir la separación de bienes deberá designarsele un curador especial.

Cualquiera de los cónyuges podrá demandar la separación de bienes por las mismas causas de la separación de cuerpos y por incumplimiento del otro cónyuge en los pagos, quiebra y malversación de bienes.

En lo que hace relación a la separación de bienes vemos un cambio en cuanto al artículo 200 del Código Civil que ésta debía ser decretada por el juez por insolvencia del marido o administrador fraudulenta.

### 19. 3 DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

- Por la disolución del matrimonio.
- Por la separación judicial de cuerpos.
- Por la sentencia de separación de bienes.
- Por la declaración de nulidad del matrimonio.
- Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública.

En cuanto a ésta última es preciso resaltar que no obstante la disolución, los cónyuges responderán solidariamente ante los acreedores con título anterior al registro de la escritura de disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

La escritura deberá registrarse conforme a la ley para ser oponible a terceros.

#### 19.4 TRAMITE DE SEPARACION.

Se tramitará y decidirá en proceso abreviado cualquiera que sea su cuantía: El divorcio del matrimonio civil y separación judicial de cuerpos de los matrimonios civil y canónico, salvo cuando se solicite por mutuo acuerdo de las partes.

De acuerdo al artículo 414 del C.P.C. hacia relación única al divorcio del matrimonio civil, la ley 1 del 76 lo extendió a la separación de cuerpos tanto al matrimonio civil como canónico.

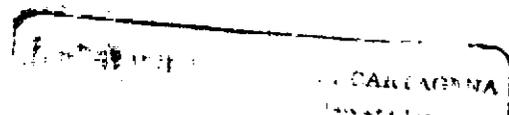
De acuerdo con el artículo 423 del C.P.C. en el proceso de divorcio se debe tener en cuenta.

- Simultaneamente con la demanda admitida de divorcio o antes si hubiere urgencia, el juez podrá decretar o autorizar la residencia separada de los cónyuges, en caso de ser menores depositarlos en casa de sus padres o parientes.
- En lo pertinente se aplicará lo dispuesto en el Artículo 410 del C.P.C. pero el juez si lo considera conveniente también podrá oír a los hijos.
- Contestada la demanda de divorcio y la reconvención en su caso ordenará el juez la citación de ambos cónyuges para que concurren personalmente a una audiencia de conciliación, el juez citará para segunda audiencia, la cual tendrá lugar no antes de dos meses ni después de tres de la fecha señalada para la primera.

108

Si tampoco en la segunda audiencia se lograre la conciliación el juez ordenará continuar el proceso.

- Para que el juez declare terminado el proceso reconciliación es necesario solicitud expresa y por escrito de ambos cónyuges que será presentada personalmente por éstos.
- El juez en la sentencia que declare decretado el divorcio decidirá: poner a los hijos menores al cuidado de los cónyuges o de una y otra, o de otra persona atendiendo a su edad, sexo y causa probada de divorcio.
- Copia de la sentencia que decreta el divorcio se enviará al respectivo funcionario del Estado Civil para su inscripción en el folio de matrimonio y en el nacimiento de cada uno de los cónyuges.



## 20. EL MATRIMONIO DE COLOMBIANO EN PAISES EXTRANJEROS.

### 20. 1 MATRIMONIO SIN VINCULO ANTERIOR.

#### 20.1.1 Según el Estado Civil de las personas.

En general se presentan dos casos:

- El de quienes contraen matrimonio sin que exista con anterioridad un vínculo matrimonial vigente, celebrado en Colombia.
- El de quienes se han casado válidamente en Colombia y este vínculo matrimonial está vigente.

#### 20.1.2 Matrimonios en el exterior, sin vínculo matrimonial anterior.

En lo general, y es muy lógico, el matrimonio celebrado en el exterior por Colombiano solteros o viudos, tienen validez en Colombia si fue celebrado con las formalidades correspondientes a la legislación vigente en el país de la celebración, de acuerdo a la regla conocida de Locos Riget actum". Esta regla es hoy en día de aceptación universal.

### 20.2 MATRIMONIOS EN EL EXTRANJERO CON EXISTENCIA DE VINCULO MATRIMONIAL ANTERIOR.

Muchos colombianos, generalmente en razón de su fracasada vida conyugal solían salir a casarse al exterior (especialmente en Venezuela) estando casados en Colombia).

Esto sucedía en razón de la indisolubilidad del vínculo matrimonial en Derecho Colombiano en relación con el matrimonio tanto civil como canónico,

Pero con la entrada en vigencia de la ley 1 de 1976, en que se instituyó el divorcio en Colombia para el matrimonio civil, ya no hay problema para los colombianos que se hayan casado por lo civil pues dicho matrimonio puede disolverse por el divorcio quedando los antiguos cónyuges en plena libertad para contraer un nuevo matrimonio con personas diferentes, evitándose así los matrimonios en el exterior, que de llegarse a suceder ya tendrían plena validez en Colombia por haberse roto el vínculo matrimonial que unía a los cónyuges.

En tal virtud, si una pareja de cónyuges colombianos casados por lo civil en Colombia resuelven disolver su matrimonio mediante el divorcio y en concordancia con los requisitos exigidos por la ley, al romper su vínculo matrimonial dichos cónyuges quedarían en la situación de solteros y podrían contraer legalmente un nuevo matrimonio con personas distintas tanto en Colombia como en el extranjero pues no tendrían pendiente ya ningún vínculo anterior, por haber sido resuelto mediante el divorcio.

## 21. INVAIDACION DEL VINCULO MATRIMONIAL Y NUEVO MATRIMONIO DE COLOMBIANOS CASADOS EN COLOMBIA.

Hoy en día se relacionaría este caso únicamente con el matrimonio católico celebrado en Colombia, en razón a que el Estado Colombiano le reconoce plena validez y plenos efectos al matrimonio celebrado por el rito canónico.

El matrimonio canónico en la legislación colombiana solo tiene dos causales de disolución:

- La nulidad y,
- La muerte de uno de los cónyuges.

La nulidad se refiere a matrimonios irregularmente constituidos, que no lograron convalidarse mediante su saneamiento, por faltar algunos de los elementos constitutivos.

En cambio, la disolución por muerte supone un matrimonio que produjo todos sus efectos normales, pero que se extingue por haber desaparecido uno de los sujetos necesarios para su existencia.

Tanto la muerte real como la presunta disuelven el matrimonio.

### 21.1 DEL DIVORCIO EN EL MATRIMONIO CANONICO.

El derecho canónico no acepta el divorcio vincular, esto es, la disolución del matrimonio por causas diferentes a la nulidad o a la muerte de uno de los cónyuges. Por tanto, en el matrimonio católico, el divorcio consiste únicamente en la separación de cuerpos, o sea, en la cesación de la vida en común que implica el matrimonio y de ningún modo se acepta la destrucción de vínculo matrimonial.

De ahí que el divorcio, o simple separación de cuerpos, en el matrimonio canónico, se puede decretar cuando se hace imposible la vida en común debido a graves hechos imputables a uno o ambos cónyuges.

En virtud de la indisolubilidad el vínculo matrimonial cuando se trata del matrimonio católico se presentan dos casos en relación con la validez del matrimonio contraído en el exterior por católicos casados con anterioridad en Colombia por el rito canónico.

Con relación a esto se presentan dos preguntas:

Es válido o inválido el matrimonio civil que el exterior, estando vigente el vínculo matrimonial contraído con anterioridad por el rito católico?

Incorre si, o nó, en el delito de bigamia ante la ley colombiana?

- Sí es válido. Si se aplica la teoría de la territorialidad de la ley.

- No es válido. Si se aplica la teoría de la extraterritorialidad de la ley o teoría del estatuto personal en materia del estado Civil de las personas.

Se incurre o se compete el delito de bigamia?

- Si se comete el delito de bigamia, cuando el matrimonio católico produce efectos civiles en el exterior.
- No se comete el delito cuando el matrimonio católico no produce efectos civiles en el exterior.

21.1.1 Desarrollo de las respuestas.

Las respuestas deben desarrollarse desde los siguientes puntos de vista: Teniendo en cuenta los siguientes principios generales del derecho, a saber:

- La nacionalidad.
- La soberanía nacional.
- La monogamia.
- La territorialidad de la ley o principio jurídico del "Locus Regit Actum".
- Sometiendo de los nacionales y extranjeros a la ley colombiana.
- La extraterritorialidad de la ley o teoría del estatuto personal.
- Los conflictos de leyes en materia matrimonial.
- El derecho internacional privado.

- La calidad de soltero como requisito intrínseco para la validez del matrimonio.
- La nulidad. El vínculo matrimonial vigente cuando se contrae otro matrimonio.

## 21.2 EL DELITO DE BIGAMIA EN EL DERECHO COLOMBIANO.

Artículo 260 del Nuevo código penal.

- La nacionalidad. Es el vínculo jurídico que une a la persona con el territorio en donde nace.
- La soberanía nacional. Es el derecho que tiene una nación para gobernarse por sí misma y con sus propias leyes
- La Monogamia. Es la unión de un hombre con una mujer a través del matrimonio. La monogamia como institución jurídica es de orden público.
- La territorialidad de ley. Del principio "Locos Regit Actum" los actos y contratos que se ejecuten o celebren se rigen por la ley nacional.
- Constitución Nacional. Artículo 10. "Es deber de todos los nacionales y extranjeros en Colombia, vivir sometidos a la Constitución y a las leyes y obedecer y respetar a las autoridades.

Código Civil. Artículo 19. "La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia".

- La extraterritorialidad de la ley. El extranjero domiciliado en otro país, puede invocar la aplicación de las leyes de su nación de origen en determinados asuntos relacionados con sus derechos y obligaciones civiles.

El Estatuto Personal. Son los atributos y la calidad que la ley le otorga en relación con su estado civil y el papel que desempeña en la familia y en la sociedad.

Por ejemplo la calidad de soltero, y la calidad de casado. Si es mayor o menor de edad, etc.

Teoría del Derecho Colombiano sobre el Estatuto Personal: para el Derecho Colombiano sobre el estatuto personal sigue a lo personal sigue a la persona y viaja con ésta a donde quiera que se traslade, dentro o fuera del país, por estar ligado y ser inherente a su personalidad, como en todo indivisible. Corresponde y se identifica esta teoría del estatuto personal con la teoría de la extraterritorialidad de la ley, según la cual, la ley nacional atraviesa y pasa las fronteras internacionales para producir efectos en otro país. Así lo consagra el artículo 19 del Código Civil diciendo: "Los colombianos domiciliados o residentes en el país extranjero permanecerán sujetos a las disposiciones de este código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles.

En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en el territorio de Colombia.

En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de la familia, pero sólo respecto de los cónyuges y parien

tes en los casos indicados en el inciso anterior.

### 21.3 LOS CONFLICTOS DE LEYES EN MATERIA MATRIMONIAL.

Los conflictos se presentan cuando un extranjero se acoge y pide que se le apliquen las leyes de su país de origen en materia de estado civil de las personas, de capacidad de derechos y obligaciones derivadas de las relaciones de familia. Entonces se debe decidir si a este extranjero se le aplican las leyes extranjeras de su país de origen o la ley nacional, del territorio en donde se encuentra. Estos problemas deben considerarse y resolverse a la luz del Derecho Internacional Privado y no a la luz del Derecho Civil o Derecho Privado.

### 21.4 EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Una definición, de las muchas que existen, del Derecho Internacional Privado, es la siguiente:

"Es el conjunto de normas aplicables a la solución de conflictos que puedan surgir entre dos soberanías con motivo de sus respectivas leyes privadas o intereses privados de sus naciones.

### 21.5 LA CALIDAD DE SOLTERO COMO REQUISITO INTRINSECO.

En todos los países en donde la monogamia está consagrada como elemento fundamental de la organización social, se exige este requisito de la calidad de soltero, como previo a la celebración y para la validez del matrimonio.

#### 21.4 LA NULIDAD.

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

Este aspecto fue estudiado con anterioridad.

#### 21. 5 LA BIGAMIA EN DERECHO COLOMBIANO.

De este delito, habla el código penal colombiano en los siguientes términos: Artículo 260. El que estando ligado por un matrimonio válido contraiga otro; o el que siendo libre contraiga matrimonio con persona válidamente casada, a sabiendas de la existencia de tal vínculo, estará sujeto a la pena de seis meses a dos años de prisión.

Debe observarse que tanto para la nulidad del matrimonio en materia civil como para que se configure el delito en materia penal, se requiere la validez del matrimonio anterior.

Lo que significa que tanto en uno como en otro caso, se debe decidir judicial y previamente acerca de la validez del matrimonio anterior y sobre su vigencia, en presencia del otro matrimonio contraído con posterioridad.

Si se declara válido el primer vínculo matrimonial el segundo es nulo; si el válido el segundo, el primero es nulo. Esto, en razón de que hay un imposible jurídico para contraer válidamente otro matrimonio estando vigente el vínculo matrimonial anterior.

## 21.6 LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Algunos países latino americanos están ligados por tratados internacionales, que han regulado lo relativo a la ley que debe aplicarse en los conflictos de leyes sobre el Derecho matrimonial en el orden personal y patrimonial. El primero de estos tratados es el conocido con el nombre de "Tratado de Montevideo", celebrado en la ciudad que lleva su nombre en el año de 1889. Seis países los suscribieron entre ellos Colombia, Venezuela y Ecuador no lo suscribieron, pues no asistieron a la reunión.

El artículo 11 de dicho tratado acoge el principio de la territorialidad de la ley, en los siguientes términos:

"La capacidad. De las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo se rigen por la ley del lugar en que se celebran".

El código de Bustamante de 1928. Un código de Derecho Internacional Privado fue propuesto y aprobado en la VI conferencia panamericana de 1928 celebrada en la Habana Cuba. Se le llama también "Código de Bustamante", como justo tributo al jurista cubano que lo redactó: Este código no liga a Colombia, porque a pesar de haberlo suscrito no lo ha ratificado. En el artículo 36 de dicho código, se acoge el principio del estatuto o ley personal de los contrayentes, así: "Los contrayentes estarán sujetos a su ley personal en todo lo que se refiere a la capacidad para celebrar el matrimonio, a consentimiento o consejo paterno, a los impedimentos y a sus dispensas. Los extranjeros deben acreditar, antes de casarse, que han llenado las

condiciones exigidas por sus leyes personales.

Como Venezuela, Ecuador y Panamá no están ligadas por este tratado internacional, no puede considerarseles obligado a aplicar en materia matrimonial la ley Nacional o Estatuto Personal.

### CONCLUSIONES.

El derecho de familia es una materia de trascendental importancia en toda sociedad organizada, pues es la familia la cédula primigenia de la cuminidad.

Quizás uno de los fenómenos sociales que más evolución y cambios ha sufrido es la Institución del Matrimonio, la cual ha estado vinculada en muchas ocasiones al medio socio económico dominante. Vimos como de contrato y sacramento ha ido transformandose en una verdadera institución, toda vez que además de un acuerdo de voluntades, en cuanto a sus efectos y consecuencias trasciende la órbita privada de los contrayentes para ingresar en el órden público familiar.

Mientras nuestra cultura permanezca intacta, el matrimonio en Colombia no sufrirá mayores cambios en cuanto a legislación se refiere; este acto y su validez se sostiene en dos pilares fundamentales. La diferencia de sexos y la monogamia. En cuanto al primero debe decirse que nuestra moral influenciada por el judeo cristianismo ha condenado en forma total el homosexualismo hasta el punto de considerarlo como una perversión, concepto este desaparecido hoy en la psiquiatría moderna. Así mismo la monogamia es patrimonio cultural nuestro y es difícil que se oriente algún día la legislación hacia la admisión de la poligamia, etapa su

perada en casi todo el mundo. Es preciso advertir como el la actualidad hay una especie de permisibilidad sexual, siendo ya de común ocurrencia los intercambios de parejas en países industrializados como EE.UU. y algunos de Europa.

Se ha dicho siempre que la ley en materia de Derecho Privado sólo se limita a renocer en textos jurídicos la fuerza social y la estructura económica dominante.

Prueba de ello es la similitud en las legislaciones latinoamericanas sobre el trato al matrimonio, normas que difieren en cuestiones accidentales pero tienen la misma filosofía y orientación.

En cuando a los últimos cambios legislativos sobre el matrimonio es necesario referirnos a la ley 1 de 1976, sobre la cual se crearon, en su momento, millares de expectativas pues se llegó a afirmar, incluso, que el divorcio se establecería para toda clase de matrimonios, tanto civiles como eclesíasticos.

Los que han contraído matrimonio por el rito canónico y los que en el futuro lo contraigan por el mismo, no podrán divorciarse en razón a que este matrimonio es indisoluble.

Quienes se forjaron ilusiones, con el establecimiento del divorcio en Colombia y con el fin de arreglar su mal barata vida conyugal, tienen que someterse a la realidad de los hechos pues el Estado Colombiano no se atrevió a legislar en lo relacionado con el matrimonio católico y el divorcio para éste.

De lo anterior deducimos que las promesas de reforma sustanciales al código civil por parte del legislador, se limitaron únicamente a hacer más facil el matrimonio civil y consagrando el divorcio sólomente para esta especie de matrimonio.

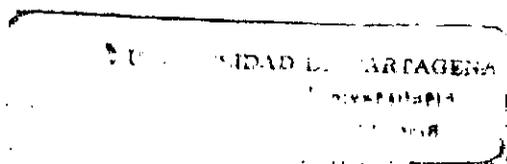
El Estado Colombiano al reconocerle plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico y a su vez haber facilitado mediante acuerdo con la iglesia (al no tener que abdujar a la religión católica para contraer matrimonio por lo civil), lo que hizo fue reconocerle plenos derechos, en Colombia a dos clases de matrimonio muy diferentes, estableciendo con esto dos clases sociales de diferente categoría, de acuerdo al matrimonio contraído, con problemas económico sociales diferente lo cual vino a acentuar muchos más nuestras diferencias sociales existentes.

El estado Colombiano ha debido, en un máximo esfuerzo, haber impuesto su autoridad como Estado Soberano, imponiendo obligatoriamente el matrimonio civil en Colombia para todos los colombianos dejando a la voluntad de los contrayentes, para satisfacción moral de sus creencias religiosas, contraer posteriormente el matrimonio acorde a sus creencias, para que la mayoría de los católicos, sería el matrimonio canónico, entrando así a concordar con las legislaciones de países muy adelantados en este campo como por ejemplo la legislación francesa.

Con esta tenue reforma no se solucionó en nada el problema de los colombianos que habiendo contraído matrimonio en Colombia, por problemas de orden conyugal van a contraer uno nuevo en el exterior, por ejemplo en Venezuela.

Puesto que la ley del divorcio solo vino a solucionar a una mínima parte las separaciones de hecho ya que los casados por lo civil constituyen una mínima parte.

Pero, la solución que está en la reconquista de la soberanía de la cual se despojó el Estado Colombiano en el pasado siglo con la imposición del concordato mediante la ley 35 de 1888 y posteriormente, en la década pasada mediante el nuevo Concordato suscrito el 12 de Julio de 1973 que vino a reafirmar las prerrogativas adquiridas por la Iglesia en los convenios concordatorios anteriores.



## BIBLIOGRAFIA.

- ARBOLEDA VALENCIA, Hernán. El Matrimonio Civil de los Colombianos en el Exterior. Bogotá, Carvajal, 1976.
- BAQUERO GONZALEZ, Hernán. Conferencias de Derecho Familia Bogotá, Universidad Libre, Oficina Publicaciones, 1974
- COLOMBIA. Código Civil Colombiano. Compilada por Jorge Ortega Torres, Bogotá, Temís 1979.
- COLOMBIA. Código Penal. Bogotá, Legis Editores, 1982.
- DIHIGO Y LLANOS, Mario E. Biología Humana, Madrid, La Escuela Nueva, 1968.
- ENGLES, Federico. El origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado. Bogotá, Ediciones Genesis 1978.
- FELIX CASTRO, José. Ley 1a. de 1976.
- GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán. Derecho de Familia. Bogotá, Derecho Colombiano, 1978.
- GONZALEZ HERNANDEZ, Arturo. Tutelas y Curatelas. Bogotá Universidad Libre, Publicaciones, 1978.
- HOLGUIN, Andrés. Análisis del Nuevo Concordato. Bogotá Santa Fé, 1976.
- LOPEZ BOTERO, Iván. El divorcio civil en Colombia. Medellín Casa de la Cultura, 1978.
- LOPEZ DE LA PAVA, Enrique. Derecho de Familia. Bogotá, Librería Publicitaria, 1969.
- LOPEZ LLERAS, Redecindo. Derecho Canónico. Santa Fé, 1976.
- MONROY CABRA, Gerardo. Manual de Derecho Internacional Privado. Bogotá, Temís, 1969.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho, Bogotá, Temís, 1975.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Matrimonio Civil y Divorcio en la Legislación Colombiana. Bogotá, Temís, 1977.
- MORGAN H., Lewis. La Sociedad Primitiva. Bogotá, Ayuso o Pluma, 1980.
- ROMERO AGUIRRE, Alfonso. Matrimonio y Dovorcio. Segunda Edi

- ción, Bogotá, Temís, 1979.
- SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Bogotá, Temís, 1979.
- URIBE, CUALLA. Medicina Legal y Psiquiatría Forense. Bogotá, Temís, 1970.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho de Familia. Bogotá, Temís, 1979.