

1

"MATRIMONIO CIVIL EN COLOMBIA"

MARIA XENIA HAYDEE JIMENEZ DE CABARCAS

//



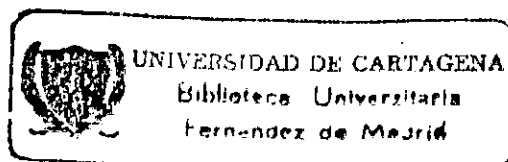
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid
Universidad de Cartagena

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARTAGENA, 1987 .

T
346.2
J61

2

"MATRIMONIO CIVIL EN COLOMBIA



MARIA XENIA HAYDEE JIMENEZ DE CABARCAS

//

Trabajo de Grado presentado como
requisito parcial para optar al tí-
tulo de Licenciada en Derecho y
Ciencias Políticas.

S C I B
00008127-1

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARTAGENA, 1987

47020

Artículo 83 del Reglamento de la Universidad: "La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones omitidas en la tesis, tales opiniones deben ser consideradas propias del autor".

A la memoria de mi padre LEOVIGILDO
JIMENEZ SERRANO.

A mi madre TORIBIA MACHADO DE
JIMENEZ.

A mi esposo OSWALDO CABARCAS
NAJERA

A mis hijas SANDRA MARGARITA y
XENIA BEATRIZ CABARCAS JIMENEZ

A mis hermanos, MARGOTH y

SATURNINO JIMENEZ MACHADO.

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
DIRECTIVA

RECTOR : LUIS H. ARRAUTT ESQUIVEL
DECANO : ALCIDES ANGULO PASSOS
SECRETARIO GENERAL : MANUEL SIERRA NAVARRO
SECRETARIO ACADEMICO : PEDRO MACIAS HERNANDEZ
DIRECTOR DEL CENTRO
DE INVESTIGACIONES : GUILLERMO BAENA PIANETA
PRESIDENTE DE TESIS : CARLOS VILLALBA BUSTILLO
PRIMER EXAMINADOR : RAFAEL H. DE LA VALLE
SEGUNDO EXAMINADOR : CARLOTA VERBEL ARIZA
TERCER EXAMINADOR :



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid
Universidad de Cartagena

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION.....	12
1. HISTORIA DEL MATRIMONIO.....	14
1.1. ETIMOLOGIA DE LA PALABRA.....	14
1.2. ORIGEN DEL MATRIMONIO.....	14
1.2.1. Matrimonio en la Roma antigua.....	16
1.2.2. La confarreatio.....	17
1.2.3. La coemption.....	17
1.2.4. El usus.....	17
1.3. SIGLO IX A XX.....	19
2. HISTORIA DEL MATRIMONIO EN COLOMBIA.....	23
2.1. LEGISLACION.....	23
2.2. LEY 54 DE 1924 (LEY CONCHA).....	27
3. ESPONSALES O PROMESAS DE MATRIMONIO.....	31
3.1. ETIMOLOGIA U ORIGEN DE LA PALABRA.....	31

3.2.	RESEÑA HISTORICA.....	31
3.3.	ESPONSALES SEGUN EL CODIGO CIVIL.....	33
4.	DEFINICION DEL MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL COLOMBIANO.....	36
4.1.	EL MATRIMONIO COMO CONTRATO.....	36
4.2.	EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION.....	38
4.3.	LA TEORIA MIXTA DEL MATRIMONIO.....	39
5.	REQUISITOS E IMPEDIMENTOS PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO.....	40
5.1.	REQUISITOS DE FORMA.....	40
5.1.1.	Anteriores a su celebración.....	40
5.1.2.	Posteriores a la celebración.....	42
5.2.	REQUISITOS DE FONDO.....	42
5.3.	IMPEDIMENTOS PARA LA CELEBRACION DEL MATRI- MONIO.....	45
5.3.1.	División de los impedimentos.....	45
5.3.2.	Impedimentos impeditivos.....	47
5.4.	MATRIMONIO EN ESTADO DE NECESIDAD.....	48
6.	EFFECTOS DEL MATRIMONIO CIVIL.....	49

6.1. DIVISION DE LOS EFECTOS PERSONALES.....	49
6.1.1. Cohabitación.....	50
6.1.2. Fidelidad.....	51
6.1.3. La comunidad doméstica.....	54
6.1.4. El mutuo respeto.....	55
6.1.5. El socorro y ayuda mutua.....	55
7. NULIDADES DEL MATRIMONIO CIVIL.....	57
7.1. NOCION GENERAL.....	57
7.2. CONCEPTO.....	57
7.3. DIVISION DE LAS NULIDADES.....	60
7.3.1. Nulidades subsanables.....	60
7.3.2. Nulidades insubsanables.....	63
7.4. RETROACTIVIDAD DE LA DECLARACION DE NULIDAD.	64
7.5. IRRETROACTIVIDAD DE LA DECLARACION DE NULI- DAD.....	64
7.5.1. Efectos.....	64
8. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.....	66
8.1. DE LA VOLUNTAD DE LOS CONTRAYENTES.....	66
8.1.1. El error.....	66

8. 1. 2. Quien alega la nulidad por error.....	69
8. 2. FUERZA O MIEDO.....	69
8. 2. 1. División de la fuerza o miedo.....	70
8. 3. EL DOLO.....	71
9. INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO CIVIL.....	73
9. 1. CONCEPTO.....	73
9. 1. 1. Falta de consentimiento.....	73
9. 1. 2. Celebración del matrimonio ante funcionario incompetente.....	75
9. 1. 3. Igualdad de sexos.....	75
9. 1. 4. Quien puede alegar la inexistencia.....	76
9. 2. TEORIA DE LA INEXISTENCIA.....	76
10. MATRIMONIO CIVIL DE COLOMBIANOS EN EL EXTRANJERO.....	78
10. 1. TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1889.....	80
11. DISOLUCION DEL MATRIMONIO.....	82
11. 1. HISTORIA.....	82
11. 2. DISOLUCION DEL MATRIMONIO EN NUESTRA LEGISLACION.....	83
11. 2. 1. Antecedentes a la Ley 1° de 1976.....	85

11.2.2. Definición de divorcio..... 87

11.3. CAUSALES DE DIVORCIO..... 87

11.3.1. Primera causal: Infidelidad..... 89

11.3.2. Segunda causal: Incumplimiento de las obligaciones familiares..... 89

11.3.3. Tercera causal: Los ultrajes, trato cruel, etc.... 90

11.3.4. Cuarta, quinta y séptima causal: Embriaguez, usos de sustancias alucinógenas, conducta tendiente a corrompimiento al otro conyuge..... 91

11.3.5. Sexta causal: Enfermedad o anormalidad grave e incurable..... 92

11.3.6. Octava causal: Separación de cuerpos..... 92

11.3.7. Novena causal: Condena privativa de la libertad personal..... 94

11.3.8. Quien es el titular de la acción..... 94

11.3.9. Caducidad de las causales de divorcio..... 95

11.3.10. Extinción de la acción del divorcio..... 95

11.4. PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO..... 97

11.4.1. Medidas cautelares..... 97

11.4.2. Admisión y contestación de la demanda..... 99

11.4.3. Demanda de reconvenición..... 100

11.4.4. Audiencias de conciliación..... 101

11.4.5. Sentencia del divorcio..... 102

11.4.6. Efectos de la sentencia de divorcio..... 104

CONCLUSION..... 105



BIBLIOGRAFIA..... 107

INTRODUCCION

Con el fin de cumplir el último de los requisitos para obtener el diploma que me acredite como licenciada en derecho y ciencias políticas, he escogido como trabajo de grado "El Matrimonio Civil en Colombia".

Al iniciar el estudio del matrimonio civil en Colombia, es necesario mirar respectivamente el desarrollo histórico desde sus inicios, hasta nuestros días.

En el desarrollo del tema en mención, trato de abarcar todo lo concerniente a las causas y efectos del mismo, así como su importancia dentro de la sociedad, erigida sobre pirámides legales.

Es de anotar que este tema, el matrimonio civil, es uno de los que por disposición legal, su importancia y contenido pertenece al Derecho de Familia, derecho éste que en Colombia ha tenido en esta última mitad del siglo XX su máximo esplendor por su desarrollo.

Ahora bien, en esta monografía incluyo en el primer capítulo la etimología de la palabra matrimonio, buscando sus raíces en el Latín. El aspecto originario del mismo tema, lo desarrollo con base a los dis -

tintos estadios por los cuales ha pasado la humanidad como son la barbarie, el salvajismo, expuesto por Morgan en el año de 1877 en su obra denominada "La Ciudad Antigua". Posteriormente trato de recorrer la legislación del matrimonio civil en nuestro país que es a lo que concretamente me refiero.

Los esponsales, o promesa de matrimonio lo trato en su aspecto etimológico e histórico. Este tema es de mucho interés intelectual, pero, de muy poca importancia en la práctica.

Habida consideración de carácter legal, los efectos que produce el matrimonio civil son dos, los cuales se derivan desde el mismo momento en dos personas (hombre y mujer), desean contraer el acto jurídico dentro de los marcos legales, llamado matrimonio. Por la importancia intelectual y práctica de cada uno de los temas que trato en este modesto trabajo de grado, expongo únicamente efectos personales por la relevancia jurídica y moral.

Para concluir este trabajo, considero exponer una de las formas de disolución del matrimonio civil contemplado en el artículo 152 del Código Civil, tal es el divorcio.

Esta forma de disolución del matrimonio la expongo de una manera sucinta y práctica.

1. HISTORIA DEL MATRIMONIO

1.1. ETIMOLOGIA DE LA PALABRA

La palabra matrimonio proviene de la voz latina matrimonium, la cual se deriva de las voces matris munitum que significa carga, gravamen y cuidado de la madre. Se escogió el nombre de matrimonio por dos esenciales razones, a saber:

- La mujer era la que determinaba el vínculo de parentesco en épocas primitivas; se tenía la certeza de la maternidad, pero no acerca de la paternidad.
- La mujer tenía mayores obligaciones para con sus hijos y para el hogar en general.

1.2. ORIGEN DEL MATRIMONIO

Siendo difícil establecer el origen del matrimonio por su escasez de elementos históricos, nos inclinamos por el trabajo realizado en 1877, llamado "La Sociedad Antigua"; en la cual Morgan introduce posiciones importantes, basándose en las tribus iroquesas de América.

Morgan sostiene, que en las hordas primitivas existía la promiscuidad sexual, promiscuidad que se restringió al darse el paso a una sociedad que vivía de la caza. Esta etapa surge con una característica muy especial que es el matrimonio realizado en grupos y no en la unión de dos personas. No se justificaba el lazo de una pareja porque la actividad para subsistir era colectiva por excelencia.

Posteriormente, el trabajo de ser comunitario con el desarrollo de la agricultura y la subsistencia pudo ser lograda por una célula elemental social.

La monogamia -Morgan- apareció con la sociedad privada. Se funda en el predominio del hombre por ser considerado el más fuerte. Esta forma de matrimonio cuyo fin expreso es el de procrear hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar algún día en posesión de los bienes de su padre.

La teoría aquí expuesta ha sido atacada desde sus bases. Varios estudiosos sostienen que la promiscuidad en los pueblos era episódica, no constante. Existía la promiscuidad festiva e incluso en algunos pueblos antiguos como la India, Persia, Grecia, existían matrimonios y costumbres libérrimas de comportamiento sexual.

Vale la pena transcribir lo que dice Morgan acerca de la familia.

"La familia, dice Morgan, es el elemento activo; nunca permanece es-



tacionada, sino que pasa de una forma inferior a una superior a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario, son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical, sino cuando se ha modificado radicalmente la familia".

1.2.1. Matrimonio en la Roma antigua

Es necesario mirar hacia el pasado y detenernos en el comienzo de la sociedad romana, fuentes de muchísimas instituciones jurídicas sobre todo en el campo del derecho civil.

El matrimonio estaba constituido en Roma, como un hecho de voluntad entre los contrayentes, siendo éste el requisito indispensable para su celebración. La convivencia constituía la base material y visible de la unión.

La voluntad de los contrayentes para la celebración del matrimonio, suponía dos elementos importantes a saber: a) El consentimiento de los contrayentes exentos de vicios; b) El consentimiento del Pater Familia. Estos porque todos sus descendientes estaban sometidos a su autoridad y no podía salir del poder patriarcal.

Una de las formas del matrimonio en el derecho privado, era el matrimonio con Manus, o sea, el poder que tenía el marido sobre la mu-

jer y bienes de este y se celebraba de tres modos, así:

1.2.2. La confarreatio

Tenía un carácter religioso y con solemnidades propias entre los ritos a cumplir estaba el que los contrayentes comían un pan de trigo llamado farreum, mientras el pontífice pronunciaba fórmulas solemnes. Exigiéndose la presencia de diez testigos.

1.2.3. La coemptio

Estaba constituido por la compra simbólica de la mujer, por medio de una moneda de cobre colocada en una balanza, asistiendo el padre de la esposa o su tutor, en presencia de cinco testigos, siendo el portador de la balanza el Juez, llamado librepens.

1.2.4. El usus

Este matrimonio consistía en la convivencia de un hombre y una mujer por el término de un año consecutivo, sin la interrupción de tres noches consecutivas por parte de la mujer, es decir si la mujer no quería entrar a la potestad del marido era suficiente ausentarse tres noches seguidas del domicilio conyugal.

Más tarde en la sociedad romana se introdujo el matrimonio dejando a un lado las solemnidades, y trayendo de otro lado condiciones para

su celebración.

Para contraer matrimonio en Roma se necesitaba:

1. Capacidad civil, la que era dividida en:

a) Absoluta: Consistente en ser libre y ciudadano romano.

b) Relativa: La que consistía en gozar del jus connubi, o sea tener capacidad con determinada persona.

Jus connubi: Era el derecho reservado a los ciudadanos romanos para contraer justas nupcias, estando privado de este derecho los esclavos, latinos y peregrinos, más tarde este derecho quedó limitado a los esclavos y bárbaros; quedando sin importancia con la implantación entre patricios y plebeyos.

En el matrimonio romano existía la disolución, primitivamente podía ser decidida por el Pater Familia ya que era el jefe de ella y tenía este poder. Poderío este que fué desapareciendo por el transcurso del tiempo, quedando como únicas causales las siguientes: la muerte de uno de los conyuges, la pérdida de la libertad, la pérdida de la ciudadanía y el divorcio.

- La muerte de uno de los conyuges: Se daba por terminado el vínculo matrimonial si la mujer era la sobreviviente no podía contraer nup-

cias hasta pasados diez meses después de la muerte del conyuge varón y si esta excepción fuese violada eran consideradas infames tanto la mujer como el segundo esposo.

- Pérdida de la libertad: También se disolvía el matrimonio, por cuanto la libertad era la base de la personalidad civil romana y que constituía un elemento esencial en las justae nuptias.
- Pérdida de la ciudadanía: Con la pérdida del jus civilis, se disolvía de inmediato el matrimonio.
- El divorcio: En el derecho romano, aunque era una forma de disolución, era bastante difícil su aplicación, pero podía efectuarse de dos modos:
 - a) Bona gratia: Que era el divorcio consentido por ambos contrayentes (conyuges).
 - b) Repudiación: Consistía en la manifestación del hombre o de la mujer en no continuar con el vínculo matrimonial.

1.3. SIGLO IX A XX

En este tiempo, época de Carlo Magno, la iglesia empieza a imponer su concepción sobre la familia y el matrimonio específicamente. Así por ejemplo, en los siglos anteriores los cristianos contraían matri-

monio siguiendo los usos sociales y las normas jurídicas de las sociedades a las que pertenecía. Se estableció la costumbre de pedirle la bendición a los presbíteros que invitaban. Con esta el matrimonio en ese entonces no era una cuestión eclesiástica bastaba con que dos personas dieran su consentimiento.

En el siglo XVI, año de 1545, fecha en que se reúne el Concilio de Trento, dándole un carácter sacramental al matrimonio esgrimiendo la fuerza y la amenaza a quien sostuviera lo contrario.

"Si alguno dijere que el matrimonio no es verdadero y propiamente uno de los siete sacramentos instituido por Nuestro Señor Jesucristo, sino invención de los hombres en la iglesia y que no confiere la gracia, se anatema".

Posteriormente, siguiendo el recorrido histórico surge en algunos estados reformas en contraposición a la iglesia.

Es así, como la doctrina anglicana hace un intento por dividir el matrimonio en un sacramento, cuya validez depende de la iglesia, y por otra parte es un contrato que tiene sus efectos civiles, de competencia de la jurisdicción laica.

Esta reforma intenta un cambio radical. A consecuencia de esta reforma El Edicto de Nantes, permitió a sus protestantes casarse ante sus pastores, pero como lo afirman los hermanos Mazeaud, "su revo-

cación y la expulsión de los ministros de la religión reformada tornaron la situación difícil para los protestantes, a los que en el año de 1698 se les obligó a casarse de nuevo ante los sacerdotes católicos. Los parlamentos a partir del siglo XVIII, sancionaron con la nulidad los matrimonios de los protestantes celebrados "en el desierto, es decir clandestinamente".

De otra parte vemos el surgimiento del matrimonio civil en Holanda 1580. Surge este como un medio para regular la posición de los disidentes religiosos que no tenían organización de algún modo reconocida por el estado.

El poder de la iglesia en cuanto a la legislación y competencia se debilitó con la reforma. Esta inicia la concepción del matrimonio civil, la cual fué consagrada definitivamente por la Revolución. En esta etapa llamada la de la ilustración, genios como Voltaire, Rosseau, Montesquiou concuerdan en sus exposiciones, partiendo de una premisa, el hombre es racional y libre. Se impone la opinión de que el matrimonio es un contrato. Es así, como la Constitución Francesa de 1791 en su articulado estipula que el matrimonio es un contrato civil. "La ley no reconoce al matrimonio más que como un contrato civil".

El siglo XIX, se caracteriza por la dualidad de matrimonios civiles y canónicos.

Se presentan cambios en el siglo XX, surgen y se desarrollan las teorías eugenesicas, triunfan las tesis divorcistas y estallan las dos guerras mundiales por las cuales han atravezado la humanidad.

En regimen de Hitler, se llegó a sostener, que el matrimonio era la unión de un hombre y de una mujer por el tiempo necesario para asegurar el embarazo de esta. En 1935, se sanciona alguna leyes en Alemania que no son sino el producto y soporte de las teorías Hitle- rianas (eugenesia), como fueron la exterminación del pueblo judío y la pureza de la raza alemana.

Una de las leyes establece impedimentos absolutos para la celebración del matrimonio entre alemanes y judíos; otra, impide la celebración del matrimonio entre personas de las que se puede esperar una des- cendencia enferma y que por consiguiente, la raza alemana no siendo pura se degeneraría.

2. HISTORIA DEL MATRIMONIO EN COLOMBIA

2.1. LEGISLACION

La religión católica difundida en casi toda Europa, trajo como consecuencia a que España acogiera en legislación, aproximadamente la totalidad de las instituciones canónicas, en especial a lo que concierne al matrimonio, hasta el punto de transcribir muchas de las disposiciones textualmente. De tal manera que el derecho español, acogió el matrimonio canónico obligatorio y la indisolubilidad del mismo, extendiendo sus disposiciones a sus colonias.

La Constitución de 1821 estableció que las leyes españolas seguían rigiendo mientras no se opusieran a las mismas y a los decretos leyes que se expidiesen.

La ley de mayo 13 de 1925, dispuso el orden de prelación de la legislación española primando las dictadas o las que en adelante se dictaran (pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas), que estaban sancionadas desde 1808 y en observancia en el mismo territorio de la república.

Por medio de la ley 20 de junio de 1853, se estableció en Colombia el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular, dando que anteriormente solo existía el matrimonio canónico, institución traída por los españoles al nuevo continente.

La Ley 8 de abril de 1856, le concedió validez al matrimonio católico para todos los efectos civiles y a la vez derogó el divorcio vincular existente hasta ese momento, pero el matrimonio civil, siguió siendo el oficial.

Durante el régimen federalista cada estado tenía su propia legislación, predominando en el aspecto matrimonial el vínculo civil, sin rechazar el religioso.

A partir de la Constitución de 1863 (Constitución de Rionegro), todos los estados decidieron que el matrimonio civil fuese el obligatorio.

En el año de 1877 existían matrimonios facultativos solamente en los estados de Boyacá, Cauca y Panamá.

La Unión adoptó como código nacional el Código Civil de Cundinamarca en el año de 1853 el 26 de mayo, el cual consagró el matrimonio civil indisoluble. Por medio de la ley 57 de 1887, se adoptó el Código Civil de 1873.

El Artículo 12 de dicha ley decía: "Son válidos para todos los efec-

tos civiles y políticos, los matrimonios que se celebren según el rito católico". Esta misma ley en su artículo 19 consagra efectos retro-activos civiles y políticos celebrados en cualquier tiempo, o sea que la misma ley le reconoce plenos efectos civiles y políticos a los matrimonios celebrados mediante los ritos católicos antes de 1887 que carecían de eficacia jurídica en la legislación vigente.

Además esta ley consagró la independencia de la legislación canónica y el catamamiento y respeto por las autoridades civiles.

El artículo 34 de la ley 30 de 1888 consagra la nulidad del matrimonio civil si posteriormente uno de los contrayentes se casaba por los ritos de la religión católica, dejando a salvo la legitimidad de los hijos y el deber alimentario respecto de aquellos y la primera esposa mientras esta no se case católicamente.

La ley 35 de 1888, aprobó el concordato firmado en 31 de diciembre de 1887. El Pontífice Leon XIII, representado por su secretario de Estado, Mariano Roempolla del Tíndaro y el Presidente de Colombia en esa época, Rafael Núñez, representado por el Ministro Joaquín Fernando Vélez, suscribieron el concordato del 31 de diciembre de 1887.

Es de anotar que el Estado colombiano reconoce a la iglesia católica con plena libertad e independencia, jurisdicción eclesiástica sobre todos los colombianos católicos, administración y gobierno de acuer-



do con sus propias leyes.

De acuerdo a lo anterior, en lo que concierne al vínculo matrimonial suscribieron el Concordato en lo siguiente:

El artículo 17 dice así: "El matrimonio que deberan celebrar todos los que profesan la religión católica producirá los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, solo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento. El acto de la celebración será presenciado por el funcionario que la ley determine en el solo objeto de verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil, a no ser que se trate de matrimonio in articulos mortis, caso en el cual podrá prescindirse de esta formalidad si no fuere fácil llenarla y reemplazarla por pruebas supletorias. Es de cargo de los contrayentes practicar las diligencias relativas a la intervención del funcionario civil para el registro, limitándose la acción del párroco a hacerles oportunamente presente la obligación que la ley civil les impone".

El artículo 18 manifiesta lo siguiente: Respecto a los matrimonios celebrados en cualquier tiempo de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento y que deberán surtir efectos civiles, se admiten de preferencia como prueba supletoria las de origen eclesiástico.

Artículo 19: "Serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten el vínculo del ma -

rimonio, la cohabitación de los conyuges, así como las que se refieren a la validez de los esponsales. Los efectos civiles del matrimonio se regirán por el poder civil".

2.2. LEY 54 DE 1924 (LEY CONCHA)

Esta ley surge para solucionar las dificultades que originó la interpretación del artículo 17 del Concordato celebrado el 31 de diciembre de 1887, aprobado por la ley 35 de 1888.

La parte del artículo 17 del Concordato donde existían las dificultades es la siguiente: "El matrimonio que deberan celebrar todos los que profesan la religión católica produzcan efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, solo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concordato de Trento...".

José Vicente Concha, en concepto del 21 de julio de 1923, expresó donde surgieron las dificultades en su interpretación: Según la versión castellana sería: "Para que el matrimonio de todos aquellos que profesan la religión católica..." y no como lo prescribía el artículo 17 "El matrimonio que deberán celebrar todos los que profesan la religión católica...", adicionando al artículo una inscripción imperativa que no aparece en el original latino. Por consiguiente a partir de la ley 35 de 1888 declaró el gobierno que "los matrimonios católicos se deben celebrar únicamente ante la autoridad eclesiástica". La mala traducción fué el origen de grandes dificultades; también el término

"profesan" se tomó como haber sido bautizado, sin tener en cuenta la creencia, el sentimiento religioso de las personas, de ahí que los jueces civiles se vieron imposibilitados para casar personas bautizadas por los ritos de la religión católica.

Así lo afirma el doctor Fernando Hínestrosa: "El gobierno interpretó el profesan como sinónimo de catolicidad en el sentido canónico".

Para acabar con estas dificultades se acudió a un convenio con la Santa Sede sobre interpretación del artículo 17 del Concordato, dando origen a la ley en mención, es decir la ley Concha.

Decía la ley en su artículo 1º "No es aplicable la disposición de la primera parte del artículo XVII del Concordato cuando los dos individuos que pretenden contraer matrimonio declaren que se han separado formalmente de la iglesia y de la religión católica, siempre que quienes hagan tal declaración, no hayan recibido órdenes sagradas, ni sean religiosas que hayan hecho votos solemnes, los que están en todo caso sometido a las prescripciones del derecho".

Esta ley 54 de 1924 fué demandada por Pablo Jaramillo Salazar, por inconstitucional, con base en que no era la ley probatoria del tratado internacional, sino una ley que no podía derogar ni modificar el Concordato de 1887.

También alegó que era violatoria de la libertad de conciencia consa-

grada en el artículo 53 de la Constitución Nacional. Sin embargo la Corte la declaró exequible, argumentando que la ley no obliga a los católicos a apostatar, sino a que el Juez compruebe un hecho anterior a la solicitud que se le formula y establece la prueba de esta situación.

Por medio de una sentencia del 31 de mayo de 1947, la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad del matrimonio civil de católicos en que no concurrieran a los requisitos de la ley 45 de 1924, dado que durante la vigencia del Concordato de 1887 existían el matrimonio católico para los católicos y el matrimonio civil para los no católicos o apostata (negación de la fé cristiana),

Siendo el origen histórico de nuestra legislación, el 22 de abril de 1942 se suscribió un Concordato entre el Embajador de Colombia, Dario Echandía, y el Secretario de la Santa Sede, Cardenal Maglione que sobre el matrimonio se dispuso en sus artículos IV y X lo siguiente: "El Estado colombiano reconoce plenos efectos civiles al matrimonio canónico, las publicaciones o proclamas del matrimonio católico se harán de acuerdo a las normas del derecho canónico; pero el estado colombiano podrá ordenar también publicaciones civiles y con este fin los contrayentes daran oportuno aviso al funcionario competente de su intención de contraer matrimonio católico, que el Estado colombiano podrá ordenar que uno de sus funcionarios presencie la ceremonia para efecto del registro civil, pero que tal presencia no será necesaria para efectos civiles del matrimonio, también

estatuye que las causas de nulidad matrimonial, las dispensas del matrimonio rato y no consumado son de competencia exclusiva de los tribunales y congregaciones eclesiásticas, las sentencias y decisiones de estos tribunales y congregaciones serfan llevadas a revisión al Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica y después, junto con los decretos respectivos de dicho Supremo Tribunal, será transmitidas al Tribunal Superior del Distrito Judicial.

Por último se crea la competencia para los jueces de Estado colombiano para las causas de separación de cuerpos.

Este convenio entre la Iglesia Católica y el Estado Colombiano fué aprobado por la Ley 50 de 1942, pero no entró en vigencia por cuanto nunca surtió el cambio de ratificaciones establecidas en el mismo.

En 1973, por medio de la ley 20 de 1974, se aprobó un Concordato que empezó a regir el 2 de julio de 1975. Dicho Concordato derogó la ley 54 de 1924, estableciendo en uno de sus apartes que los católicos también pueden celebrar el matrimonio civil sin apostatarse o lo que es lo mismo sin apartarse de su fé cristiana.

La Ley 1º de 1976, establece las últimas disposiciones del matrimonio civil.

Para concluir con este capítulo podemos decir que durante la legislación colombiana el matrimonio civil y el matrimonio católico han existido paralelamente.

3. ESPONSALES O PROMESAS DE MATRIMONIO

3.1. ETIMOLOGIA U ORIGEN DE LA PALABRA

Algunos autores sostienen que la palabra esponsales proviene de la voz latina sponsus, que quiere decir esposos, otros sostienen que se deriva de spes, que significa esperanza, y no pocos afirman que la palabra esponsales proviene de verbo spondeo, el cual significa prometer. De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua, se deriva de sponsales, acusativo plural de sponsalis, de sponsus, esposos.

De tal manera que el origen de esta palabra proviene de varias raíces latinas y que estas a su vez son acertadas en sus significados ya que quienes celebran esponsales prometen, tienen esperanza y en esposos desean convertirse.

3.2. RESEÑA HISTORICA

Los esponsales en la antigua Roma, se concertaban verbalmente entre el Pater Familia de la futura esposa y el futuro esposo o su Pater Familia.



En el derecho clásico, para la celebración de los esponsales bastó el simple consentimiento, por cuanto se hacían en presencia de testigos y por escrito. Consentimiento este que era prestado por todos los que intervinieran en su celebración, -cualquiera- de las partes intervinientes podían quebrantar lo prometido, indemnizando a la otra los daños y perjuicios estimados por el magistrado. Las promesas de matrimonio contraídas tomaban un carácter moral entre los futuros esposos y entre las familias a la cual pertenecían.

Para la celebración de los esponsales, en el principio del derecho clásico, no se exigía la edad de siete años para su celebración, pero como la edad mínima para contraer matrimonio era de 14 años para el hombre y de 12 para la mujer, se deducía que solamente podían celebrarse una vez el hombre cumpliera 12 años y la mujer diez. Sin embargo la institución de los esponsales no daba lugar a contraer el matrimonio esperado, como tampoco se estipuló cláusula penal alguna en caso de incumplimiento por alguna de las partes.

En el derecho post-clásico se admitió a los esponsales como garantía de la promesa de matrimonio y de pena en caso de incumplimiento. La parte que incumplía la promesa no podía exigir las donaciones hechas a la otra parte.

Los esponsales en el derecho romano, aún cuando no daban lugar a la obligación de contraer matrimonio, tenían importantes efectos jurídicos. Por ejemplo: Asistía al prometido la acusación de adulte-

nio por infidelidad de la prometida. Los que concluían otros esponsales antes de haber disuelto los precedentes eran tachados de infamia.

El prometido tenía la actio injurarium por Injurias hechas a la prometida, por cuanto se consideraban como ofensas hechas también a él.

En el derecho germánico se celebraban con el compromiso entre el titular de la potestad sobre la mujer y el novio y por ello el titular de la potestad se obliga a dar a la hembra por mujer y el novio a pagar un precio por ella. Estos esponsales también eran fijados por escrito.

Además de que envolvían la obligación de contraer matrimonio, también existía una acción contra quien no hubiese cumplido la promesa sin justa causa, la que debería ser cumplida dentro de los dos años posteriores a la celebración de los esponsales.

3. 3. ESPONSALES SEGUN EL CODIGO CIVIL

El artículo 110 de nuestro Código Civil dice: "Los esponsales o desposorios, o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil. No se podrá alegar esta promesa ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar la indemnización de perjuicios".

El artículo 111 del mismo código dice: "Tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado a favor del otro para el caso de no cumplirse lo prometido. Pero si hubiere pagado la multa, no podrá pedirse su devolución".

El artículo 112 dice: "Lo dicho no se opone a que se demande la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado".

Resumiendo lo dicho anteriormente en nuestro Código Civil es lo siguiente: Los esponsales es un hecho provado, de honor y conciencia, tampoco podrá pedirse la multa ni devolver la ya pagada, lo cual no se opone a que se demande la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de matrimonio.

En cuanto a la ley penal, establece sanciones para el que valiéndose del pacto de esponsales consiga acceso carnal con la mujer.

En el Código Penal de 1936 se establecía lo siguiente en su artículo 319: "El que obtenga acceso carnal con una mujer mayor de 14 años, empleando al efecto maniobras engañosas o supercherías de cualquier género, o seduciéndola mediante promesa formal de matrimonio estará sujeto a la pena de ...".

El actual Código Penal de 1980 en su artículo 301 dice: "Acceso carnal mediante engaño. El que mediante engaño obtenga acceso carnal

con persona mayor de 14 años y menor de 18, incurrirá en prisión de uno a cinco años!

Haciendo comparación entre los artículos mencionados, observamos que en el artículo 319 de la legislación anterior existe el delito de estupro específicamente sobre la mujer, cuando el sujeto agente del delito emplee maniobras engañosas, supercherías o la seducción.

El artículo 301 de la legislación vigente es más general al respecto, ya que habla del engaño sin mencionar concretamente la promesa formal de matrimonio, ni el sexo de la persona, queriéndose decir que delito de estupro cuando se obtiene el acceso carnal con persona mayor de 14 años y menor de 18, sea hombre o mujer.

4. DEFINICION DEL MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL COLOMBIANO

4.1. EL MATRIMONIO COMO CONTRATO

Según el artículo 113 del Código Civil Colombiano: "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 auxiliarse mutuamente".

Para la mayoría de los tratadistas de derecho civil el matrimonio es un contrato, pero hay quienes niegan ese carácter.

Para Duguit, el matrimonio es un acto jurídico condición. Según este autor "ver en el matrimonio un contrato es innegablemente un error. Sin duda es una convención que es la condición del nacimiento de una situación legal objetiva: la situación legal de los casados, el estado de casados; situación permanente que tiene consecuencias generales que se imponen no solo a los esposos, sino a todos y que está determinada por la ley en sus efectos y en su extensión".

El artículo 1495 del Código Civil dice: "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no

hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o muchas personas".

Si bien el contrato es un acto jurídico, que nace del acuerdo de voluntades creando obligaciones, como también existe libertad para su perfeccionamiento, el matrimonio civil no se rige por las normas de los contratos.

Podría decirse que el matrimonio civil posee algún carácter contractual por varias razones: a) Acuerdo de voluntades; b) Consentimiento no viciado.

Con todo lo anterior, se puede negar el carácter contractual absoluto, porque si bien es cierto, que en el matrimonio hay acuerdo de voluntades, este acuerdo de voluntades, este acuerdo origina obligaciones morales fundamentales.

Además, en la definición de contrato se aprecia lo siguiente: "Cada parte puede ser de una o muchas personas", artículo 1492 del C. C.

Teniendo en cuenta esta parte del artículo mencionado, las partes que celebran un contrato puede estar compuesta de una o más personas, mientras que en el matrimonio, cada una de las partes es de una persona. También hay diferencia en relación a la resolución del mismo. Todo contrato se puede resolver por mutuo consentimiento lo cual no sucede en el matrimonio civil, ya que en Colombia no está estipulado el divorcio por mutuo consentimiento.

Otra diferencia, es que para la celebración del matrimonio civil se exigen diferencia de sexo (hombre y mujer), lo que para la celebración de cualquier contrato es diferente.

En el derecho canónico, el matrimonio siendo un sacramento y reconociéndole un origen divino, es considerado como un contrato, si bien el consentimiento es prestado ante el ministerio del culto, o sea el párroco o un sacerdote.

Veamos lo que dice el artículo 1012 del Derecho Canónico: "Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados. Por consiguiente, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento".

El matrimonio no es un simple contrato, porque mediante él se originan relaciones jurídicas que no solo interesan a las partes que lo contraen, sino que también interesan a la institución de la familia y a la sociedad dice que es un contrato sui generis (especialísimo).

4.2. EL MATRIMONIO COMO INSTITUCION

Existe la doctrina institucional, la cual puede resumirse en estas palabras de Renard: "¿El matrimonio es un contrato? Sí, en la forma; sí de considerarlo solo en su apariencia; sí, de entenderlo como un contrato condición, como el consentimiento bilateral del hombre y la

mujer que lo somete al estatuto legal de los casados. Pero el estatuto de los casados está por encima de la voluntad de los esposos; 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. Y a fortiori lo es para quienes admiten su indisolubilidad".

4.3. LA TEORIA MIXTA DEL MATRIMONIO

La teoría mixta compara al matrimonio con la adopción que es una institución jurídica, que como en la adopción hay una voluntad creadora con efectos jurídicos y esta voluntad está sometida de una manera general a las condiciones del Código Civil. Para los sostenedores de esta teoría el matrimonio es un contrato y además una institución.

Los exponentes de la teoría mixta son: Planiol, Ripert, Colin y Capitant, Desquiyrat y los Hermanos Mazeaud.

Podemos decir, que la teoría mixta es la concepción que más se ajusta a la naturaleza jurídica del matrimonio.

Para finalizar, tanto las legislaciones, la doctrina, la jurisprudencia no son unánimes en la asignación de la naturaleza y finalidad del matrimonio, existiendo diversidad de criterios.

5. REQUISITOS E IMPEDIMENTOS PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO

Para contraer matrimonio civil, es necesario la concurrencia de dos requisitos, a saber: 1) Requisitos de forma, y 2) Requisitos de fondo.

Estos requisitos se refieren tanto al modo de celebrarse el matrimonio como a las cualidades de los contrayentes respectivamente.

5.1. REQUISITOS DE FORMA

5.1.1. Anteriores a su celebración

a) **Solicitud:** La pareja que desee contraer matrimonio civil, deberá dirigirse al Juez competente, que en este caso es el Juez Civil Municipal, manifestándole su decisión, ya sea en forma verbal o por escrito. En la solicitud deberá expresar la designación del Juez Municipal, nombres y apellidos completos de los solicitantes, nombres y apellidos de sus padres, lugar y fecha de nacimiento de los futuros contrayentes, vecindad, dirección actual de sus residencias, designación de dos testigos para presenciar y autorizar el matrimonio ci-

vii (artículo 127 y s.s. del Código Civil), cédulas de ciudadanía de los contrayentes, ó permiso de los padres u curadores cuando sean menores de edad. Esta solicitud de matrimonio civil se presentará ante el Juez del domicilio de la mujer, en todo caso.

b) Declaraciones: Si los futuros contrayentes fueren menores de edad, el Juez procede a practicar las diligencias para obtener el permiso de los curadores según el caso. Los testigos serán interrogados por el Juez acerca de las cualidades de los contrayentes, el conocimiento que tiene de ellos y si existe o no algún impedimento.

c) Publicaciones: Este requisito tiene por finalidad la publicación del acto matrimonial que se va a celebrar, ella la dicta el funcionario público a través de un edicto que durará fijado en un lugar visible de la secretaría del Juzgado por el término de quince días. Esto para que todo aquel que tenga interés en el acto matrimonial y derecho para oponerse, lo haga en el término que dure fijado el edicto. Si no hubo oposición el Juez decretará el día y la hora en que deberá celebrarse el matrimonio.

Si hubo oposición, pero declarada por el Juez infundada, el funcionario señalará día y hora para su celebración que será dentro de los ocho días siguientes.

Como hemos visto, estos requisitos anteriores a la celebración del matrimonio civil, son los ordenados por nuestro código en los artícu-

los 128 y s. s.

5.1.2. Posteriores a la celebración

a) Protocolización: El acta suscrita por todos los que intervinieron a la celebración del matrimonio civil, se enviará al Notario respectivo para su protocolización, copia de la escritura se incertará en el registro del estado civil de los contrayentes.

5.2. REQUISITOS DE FONDO

a) Diferencia de sexo: Los contrayentes deberán pertenecer a distintos sexos de la especie humana (hombre y mujer) como lo establece el artículo 113 del Código Civil cuando dice:

"El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

De donde se desprende, que en el acto del matrimonio será nulo cuando los contrayentes sean de un mismo sexo.

b) Capacidad sexual: Implica la posibilidad de cohabitar de ahí que no es posible el vínculo sin la cohabitación, en virtud de algún defecto o imperfección de los órganos sexuales de uno de los contrayentes, como por ejemplo: Cuando de los contrayentes no puede realizar el



acto sexual.

Además de la incapacidad sexual (impotencia coeundi), existe la imposibilidad de engendrar (impotencia generandi).

c) Capacidad mental: Es otro de los requisitos de fondo para la validez del matrimonio.

Esta capacidad mental es diferente a la capacidad legal que se exige para la celebración de cualquier acto jurídico, pues esta, se otorga a las personas mayores de 18 años, por considerar la ley que a partir de esa edad las personas se encuentran dotadas de voluntad reflexiva. El artículo 1502 del Código Civil, dice:

"Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1) que sea legalmente capaz; 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3) que recaiga sobre un objeto lícito; 4) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra".

En nuestra legislación existe la capacidad matrimonial para los menores, cuando estos hayan cumplido 14 años para el hombre y 12 para la mujer. Así, que la capacidad matrimonial libre y la capacidad matrimonial no libre, se rige por la autorización necesaria de otras personas, tal como lo establecen los artículos 116 y 117 del Código

Civil cuando dice:

Artículo 116: "Las personas mayores de 18 años pueden contraer matrimonio libremente".

Artículo 117: "Los menores de la edad expresada no pueden contraer matrimonio sin el permiso expreso, por escrito, de sus padres legítimos o naturales. Si alguno de ellos hubiere muerto, o se hallare impedido para conceder este permiso, bastará el consentimiento del otro; y estando discordes, prevalecerá en todo caso la voluntad del padre".

El artículo 117 del Código Civil, no habla de la capacidad matrimonial no libre, por consiguiente, para los cónyuges menores necesitan para contraer matrimonio el permiso de los padres legítimos o naturales, adoptante o del curador general o especial. Observamos igualmente que para la capacidad matrimonial libre, dada a los mayores de edad también hay limitaciones para los dementes interdictos, locos furiosos y a los mentecatos a quienes se les haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Así lo establece el artículo 140 del Código Civil.

d) Declaración de voluntad de los contrayentes: Es otro de los requisitos de fondo para la celebración del matrimonio. La voluntad de los contrayentes debe estar exenta de vicios, oponiéndose a los matrimonios por compra-venta, raptos que a menudo se daba en el pasado.

La declaración de voluntad de los contrayentes debe recaer tanto sobre la forma de matrimonio como sobre los contenidos esenciales del mismo. Estos contenidos esenciales del matrimonio son: cohabitación, fidelidad, socorro y ayuda mutua.

5.3. IMPEDIMENTOS PARA LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO

Los impedimentos son obstáculos que impiden o retrasan la celebración del matrimonio. Son hechos anteriores al matrimonio que constituyen nulidad o inexistencia del mismo vínculo matrimonial.

5.3.1. División de los Impedimentos

Se dividen en impedimentos dirimentes e impedimentos impedientes.

1) Impedimentos dirimentes: Son obstáculos que acarrearán nulidad al vínculo matrimonial, porque atacan la institución familiar.

a) Existencia del vínculo matrimonial anterior: El Código Penal vigente, en sus artículos 260 y 261 establece "El que ligado por matrimonio válido, contraiga otro, ó el que siendo libre contraiga matrimonio con persona válidamente casada, incurrirá en prisión de uno a cuatro años".

Artículo 261: "El que con impedimento dirimente para contraer matrimonio lo contraiga, o el que se case con persona impedida, incurri-

rá en prisión de seis a tres años".

De estos artículos se deduce, que una persona ligada por un vínculo matrimonial anterior, su conducta se tipifica con lo establecido previamente y se hace merecedor de una sanción penal, en virtud al bien jurídico tutelado como es el derecho de familia.

b) Existencia del parentesco entre los contrayentes: El artículo 140 del Código Civil en su numeral 9º establece la prohibición del matrimonio en forma absoluta por el parentesco de consanguinidad y de afinidad en ciertos grados.

- Línea recta: entre padres e hijos, legítimos o naturales.
- Línea colateral entre hermanos.
- Línea recta por afinidad: legítima, entre el viudo y la madre de la que fué su mujer legítima o viceversa.

También se prohíbe el matrimonio entre las personas ligadas por el parentesco de adopción, o sea entre el padre adoptante y la hija adoptiva, entre la madre adoptante y el hijo adoptivo y entre el hijo adoptivo y la mujer que fué esposa del padre adoptante.

c) Homicidio del cónyuge: Llamado también conyugicidio. El artículo 140 en su numeral 8º se establece esta prohibición cuando dice:

Artículo 140: "El matrimonio es nulo y si efecto... 1º)... 2º)...

3°)... 4°)... 5°)... 6°)... 7°)... 8°) Cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior...

Bien afirma el doctor Valencia Zea, cuando hace la crítica a este numeral y dice que, de acuerdo al literal, el homicida nunca contraerá matrimonio de nuevo, por lo tanto el impedimento deberá comprender únicamente al cónyuge, que de común acuerdo con otro, diere muerte al otro cónyuge. Por lo tanto la prohibición de contraer matrimonio es entre el homicida y su cómplice.

5.3.2. Impedimentos impeditivos

Son impedimentos que constituyen meras prohibiciones en razón a ciertas formalidades legales, que no invalidan el vínculo matrimonial sino que lo limitan, en el caso en que se celebre el matrimonio. Ejemplo: La prohibición del tutor 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.

El artículo 173 del Código Civil establece otra prohibición y es que celebre el matrimonio antes del parto ó que se celebre con la viuda que hubiere quedado embarazada de su anterior matrimonio, o que celebre antes de los 270 días subsiguientes a la muerte del marido.

5.4. MATRIMONIO EN ESTADO DE NECESIDAD

El matrimonio en estado de necesidad, es preciso celebrarlo urgentemente, dado el peligro de muerte que amenaza a uno o ambos contrayentes que desean unirse en matrimonio.

Este matrimonio se celebra prescindiéndose de alguna de las formalidades establecidas en el artículo 130 de nuestro Código Civil, debido al estado de salud de uno o de ambos contrayentes, que ven consumir sus vidas con el deseo de contraer el vínculo matrimonial.

El artículo 136 del mismo código, establece que los contrayentes deben justificar que no se hallan en ninguno de los casos del artículo 140, el cual establece la nulidad del matrimonio civil y sus efectos.

Si pasaren 40 días, no hubiere acontecido la muerte que se temía, el matrimonio celebrado queda sin efectos, sino se revalida observándose las formalidades legales.

6. EFECTOS DEL MATRIMONIO CIVIL

El matrimonio civil produce dos clases de efectos, a saber: Efectos personales y efectos patrimoniales.

Los efectos personales que produce el matrimonio civil se refiere a las personas de los cónyuges y a las mutuas obligaciones y derechos que entre ellos se establece.

Los efectos patrimoniales que se derivan del matrimonio civil, hacen referencia a la sociedad conyugal que se forma desde el mismo momento de su celebración y registro.

6.1. DIVISION DE LOS EFECTOS PERSONALES

Los derechos y obligaciones que se derivan del vínculo matrimonial están comprendidos generalmente de la siguiente manera:

- Cohabitación.
- Fidelidad.
- La comunidad doméstica.
- El mutuo respeto.

- Socorro y ayuda mutua.

6.1.1. Cohabitación

Es la satisfacción de las necesidades de orden sexual. Es la obligación de habitar una misma casa y de compartir el mismo fecho.

El artículo 113 del Código Civil, consagra esta primera obligación, cuando dice:

"El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos de procrear y de auxiliarse mutuamente".

Con certeza podemos afirmar que cuando se celebra el matrimonio civil, tanto la mujer como el hombre, otorgan su cuerpo al otro para que sea poseído sexualmente. Este derecho de posesión y de obligación recíproca se realiza en un plano de igualdad y de consideraciones que se deben mutuamente.

El artículo 178 del mismo código, modificado por el decreto 2820 de 1974 en su artículo 11 establece:

"Salvo causa justificada, los cónyuges tienen obligación de vivir juntos y cada uno de ellos tiene derecho a ser recibido en la casa del otro".



En cuanto al artículo 179 modificado por el mismo decreto, le permite tanto al hombre como a la mujer fijar de común acuerdo la residencia, pero en caso de ausencia e incapacidad de uno de ellos, la fijará el otro. En caso de desacuerdo será fijada por el Juez, teniendo en cuenta el interés de la institución familiar.

La obligación de cohabitar cesa por la declaración judicial de nulidad del matrimonio civil o por divorcio o por separación de cuerpos.

En la legislación anterior a 1974, se le otorgaba al marido el derecho de exigirle a su esposa de vivir con él, y a seguirle dondequiera que traslade su residencia, teniendo el marido la obligación de recibirle en su casa.

En la legislación actual la obligación de vivir juntos continúa, pero si por causa justificada la pareja tiene que vivir separada, uno de los cónyuges solicita la declaración judicial, sin que por esto estén separados de cuerpos, con el fin de no ser acusados de abandono de hogar.

6.1.2. Fidelidad

La fidelidad es un elemento que condiciona la duración del vínculo matrimonial civil. El artículo 176 del Código Civil establece:

"Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudar-

se mutuamente, en todas las circunstancias de la vida".

Esta condición de fidelidad es recíproca para ambos, tanto para el hombre como para la mujer.

Antes del decreto 2820 de 1974, la mujer violaba su obligación de fidelidad en el establecimiento de cualquier relación sexual extramatrimonialmente; no así ocurría con la fidelidad del marido, sino solo cuando este establecía relaciones sexuales estables y continuas con mujer, que constituyera el estado de amancebamiento.

Actualmente, las obligaciones de fidelidad entre los esposos cónyuges, están equiparadas, de manera que cualquier relación sexual extramatrimonial, por uno de los cónyuges, constituye el quebrantamiento de la fé, dando lugar al divorcio o la separación de cuerpos.

La doctrina moderna hace una diferencia entre la infidelidad material (relación sexuales extra-matrimoniales) y la Infidelidad moral o social y que, consiste en que cada uno de los cónyuges se comprometa con el otro no solo desde el punto de vista sexual, sino también espiritual y social.

Se entiende por fidelidad moral o social el conjunto de caricias, abrazos, ósculos, tocamiento y tratos, que manifiestan admiración tanto para el uno como para el otro cónyuge. Entonces si uno de los cónyuges reserva esas manifestaciones de admiración, para con otra

persona que no sea cónyuge, comete infidelidad moral o social.

Esta infidelidad moral o social, aún cuando no constituye una relación sexual extramatrimonial, sí constituye grave ultraje e injuria contra el otro cónyuge lo que puede originar el divorcio o la separación de cuerpos, conforme a la causal del artículo 154 del Código Civil.

Tan importante es la fidelidad, que subsiste aún en la separación de cuerpos.

La Corte, en sentencia del 29 de enero de 1980, dice:

"Por el matrimonio los cónyuges se conceden recíprocamente el don de sus cuerpos y de manera exclusiva. Desde las nupcias los casados sólo pueden tener relaciones sexuales entre sí; en ello consiste precisamente el deber de fidelidad en ese campo, obligación que de manera concreta les impone el artículo 9 del decreto 2820 de 1974 y cuya violación está sancionada permitiendo al cónyuge inocente, demandar, con fundamento en la infidelidad del otro, la simple separación de bienes, la de cuerpos o aún el divorcio que hoy disuelve el vínculo matrimonial.

"La obligación de fidelidad que tiene su raíz en la unión matrimonial misma y que nace y muere con esta, no puede suspenderse por el decreto de separación como otras obligaciones que nacen de la vida en

común, tales la de habitación, socorro y auxilio. La separación de cuerpos como lo declara el artículo 17 de la ley 1 de 1976 deja intacto el vínculo matrimonial, pues su alcance va hasta suspender la vida en común de los casados, quienes desde entonces no están obligados a vivir juntos. En tales circunstancias, la obligación de cohabitar queda suspendida para los consortes; la fidelidad, en cambio, sigue vigente, intacta, pues ella tiene operancia mientras el matrimonio perdure. El separado de cuerpos que, infringiendo el deber de fidelidad que le obliga aún el estado de separación, realiza relaciones sexuales extra-matrimoniales, con su proceder, al tenor de lo dispuesto en el artículo 4º de la ley citada da causa para que el consorte fiel pueda demandar el divorcio. Todo lleva pues, a sostener que la obligación de fidelidad, aún restringiéndola al campo de la vida sexual, no se suspende para quienes están cobijados por un decreto de separación de cuerpos, la que se suspende es la de cohabitar. La fidelidad es obligación recíproca y permanente de los consortes que solo termina cuando fenece el vínculo matrimonial, sea por muerte de uno de los cónyuges, por declaración de nulidad del matrimonio, o por la declaración judicial de divorcio".

6.1.3. La comunidad doméstica

Este elemento exige la condición entre los cónyuges de vivir juntos bajo un mismo techo, como lo establecen los artículos 113 y 178 del Código Civil. Esta comunidad doméstica debe surtir efectos diferentes a los de la cohabitación y a los de la infidelidad.

6.1.4. El mutuo respeto

Los cónyuges deben guardarse respeto uno al otro, por eso el artículo 154 numeral 3° del Código Civil, autoriza el divorcio cuando sucede el caso contrario, veamos que dice dicho artículo:

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

6.1.5. El socorro y ayuda mutua

El artículo 176 del Código Civil, establece las obligaciones correlativas que contraen los cónyuges desde el momento de la celebración del matrimonio, cuando ordena:

"Los cónyuges están obligados a guardarse fé, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida".

También el artículo 179 en su inciso 2° establece:

"Los cónyuges deberán subvenir a las ordinarias necesidades domésticas, en proporción a sus facultades".

Las ordinarias necesidades domésticas suponen la obligación allmen-

taria establecida en el artículo 411 ordinal 1º del Código Civil.

La ayuda implica el cuidado, la asistencia, el apoyo de carácter moral que se deben entre sí los cónyuges en todas las circunstancias de la vida, incluso en la vejez.

El incumplimiento de esta obligación, la separación de cuerpos o la de bienes.



7. NULIDADES DEL MATRIMONIO CIVIL

7.1. CONOCIMIENTO GENERAL

La ley no se contenta con exigir determinados requisitos para la celebración del matrimonio, sino que sanciona la no observancia de ellos. Pero las sanciones para los matrimonios irregulares no son de una misma naturaleza, ni podían serlo, ya que los requisitos exigidos por la ley son de muy diversa índole. Por ello, cuando los requisitos que faltaron son de mucha trascendencia, la formación del matrimonio queda viciada en su esencia, y entonces tenemos los matrimonios inexistentes; cuando los requisitos que faltaron son menos importantes, el matrimonio es nulo, y por último, cuando solo faltaron algunas condiciones de poco momento, no hay nulidad, sino que la ley castiga esas omisiones con sanciones que recaen directamente sobre la persona que las ha cometido.

7.2. CONCEPTO

Se entiende por nulidad la inutilidad del acto jurídico, falta de mérito. Ella señala un vicio o defecto que le quita eficacia a los actos jurídicos.

La nulidad es una sanción para los que incurren en la transgresión de las prohibiciones o de los mandatos previamente establecidos por la ley.

La estabilidad del vínculo matrimonial, es un elemento importante, para proteger a los hijos del matrimonio, como también evitar la desaparición absoluta del mismo vínculo.

En el artículo 140 del Código Civil, las nulidades del matrimonio civil, están enumeradas de una manera taxativas y limitadas, por cuanto el legislador no las aplica a otros actos jurídicos.

Artículo 140: "El matrimonio es nulo y sin efecto en los siguientes casos:

- 1º) Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos;
- 2º) Cuando se ha contraído entre un varón menor de catorce años y una mujer menor de doce años, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad;
- 3º) Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos a quienes se haya impuesto interdicción judicial para

el manejo de sus bienes. Pero los sordomudos, si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraeran válidamente matrimonio;

4º) Derogado. Ley 57 de 1887, artículo 45;

5º) Cuando se ha contraído por fuerza o miedo que sean suficientes para obligar a alguno a obrar sin libertad; bien sea que la fuerza se cauce por el que quiere contraer matrimonio o por otra persona. La fuerza o miedo no será causa de nulidad del matrimonio, si después de disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas, o por la sola cohabitación de los consortes;

6º) Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por haber sido esta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor;

7º) Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio;

8º) Cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior;

9º) Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes, o son hermanos;

10º) Derogado. Ley 57 de 1887, artículo 45.

11º) Cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante o la mujer que fué esposa del adoptante;

12º) Cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior;

13 y 14º) Derogados. Ley 57 de 1887, artículo 45.

7.3. DIVISION DE LAS NULIDADES

- Nulidades subsanables.
- Nulidades no subsanables.

7.3.1. Nulidades subsanables

Son aquellas que solo pueden alegarse por determinadas personas, y se sanan si quien tiene el derecho de solicitarla, renuncia a ejercer la acción respectiva.

Tiene este carácter las enunciadas en los ordinales 1, 2, 5 y 6 del artículo 140 del Código Civil.

Ordinal 1º) La nulidad por error en la persona del otro contrayente,

no podrá ser alegada, sino por el contrayente que la haya padecido, pero si conocido el error hubiese continuado en la cohabitación con el otro cónyuge, no podrá alegarla (artículo 142).

Este artículo del Código Civil, no establece cuando se podrá alegar la nulidad, pero se entiende que el contrayente que la padece puede alegarla en un término prudencial apreciado por el Juez.

Ordinal 2º) La nulidad del matrimonio de los impúberes, o sea, entre el varón menor de 14 años y la mujer menor de 12, o cualquiera de los dos menor de esa edad, solo pueden alegarla el padre o la madre, su tutor, o por medio de curador para la litis.

Pero no habrá lugar de alegarla, cuando hubieren transcurrido tres meses de haber llegado a la pubertad o cuando la mujer siendo impúber hubiese concebido, (artículo 143 del Código Civil).

Ordinales 5º y 6º) La nulidad ocasionada por fuerza o miedo, solo puede alegarla quien fué víctima de la fuerza y se extingue la acción si después de quedar en libertad el cónyuge víctima, continuo cohabitando con el otro, durante tres meses. (artículo 145 del Código Civil).

La nulidad por falta de competencia del Juez o por testigos inhábiles, solo pueden alegarla los cónyuges en cualquier tiempo, no es subsanable por el transcurso del tiempo.

Se dá esta nulidad cuando el matrimonio se celebró ante Juez Civil Municipal distinto del domicilio de la mujer, o ante cualquier otra autoridad, como ante cualquier particular.

También, el artículo 127 del Código Civil establece los testigos inhábiles que son:

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

7.3.2. Nulidades insubsanables

Son aquellas nulidades que pueden alegarse por los contrayentes, por el Ministerio Público y aún de oficio por el Juez, corresponden a las que describen los numerales 7º, 8º, 11º y 12º del artículo 140 del Código Civil y 2º del artículo 13 de la ley 57 de 1887, según prescripción del artículo 15 de la ley 57. La jurisprudencia, empero, exige como condiciones para declarar la nulidad absoluta de un acto jurídico, a la que equivale la no subsanable del matrimonio, que la causal aparezca en el acto mismo, que el proceso se ventile entre quienes fueron partes materiales del acto y que se discutan derechos nacidos de dicho acto. De modo que es condición que exista litigio entre las partes, luego no podrá declararse en un proceso de jurisdicción voluntaria, ni aquello en que no hay controversia, como la sucesión por causa de muerte.

Las nulidades insubsanables del código civil las podemos agrupar en dos así:

- 1º) La de matrimonios entre parientes consanguíneos, adoptivos y afines.
- 2º) La del matrimonio, teniendo un vínculo anterior (bigamia), y el conyugicidio, cuando uno de los contrayentes ha matado o ha hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior.

7.4. RETROACTIVIDAD DE LA DECLARACION DE NULIDAD

La declaración de nulidad de un matrimonio se expresa que este queda destruído para el futuro y para el pasado, lo que quiere decir que el matrimonio nunca se celebró.

La excepción a la retroactividad del matrimonio nulo es el matrimonio putativo, en este caso la declaración de nulidad no produce efecto retroactivos. La buena fé de uno de los cóntrayentes es suficiente para que el matrimonio sea putativo.

7.5. IRRETROACTIVIDAD DE LA DECLARACION DE NULIDAD

La declaratoria de nulidad de un matrimonio produce todas sus consecuencias y efectos entre el día de la celebración y el día en que se ejecutorie la sentencia que la decreta.

La declaratoria de nulidad produce sus efectos para el futuro y no para el pasado.

7.5.1. Efectos

1º) Los hijos se considera legítimos.

2º) Los cónyuges cuyo matrimonio se declara nulo, quedan en libertad de contraer uno nuevo, ya que la nulidad destruye el vínculo ma-



rimonial.

3º) Dejan de existir entre los cónyuges todos los derechos y obligaciones que emanan del matrimonio, y si a pesar de la declaratoria de nulidad del matrimonio, la pareja continua haciendo vida en común, esta unión será concubinato y los hijos tendrán la calidad de naturales.

4º) Se disuelve la sociedad y se procede a liquidarla.

El cónyuge de mala fé, es decir, el que tuvo conocimiento de la causal de nulidad y la ocultó, queda obligado a pagar los perjuicios al que obró de buena fé.

El doctor Valencia Zea, resalta que en nuestra legislación civil la nulidad de un matrimonio carece de efecto retroactivo, habiéndose apartado de las legislaciones del derecho romano, canónico, francés y expuesto por don Andrés Bello en sus proyectos del Código Civil.

8. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

8.1. DE LA VOLUNTAD DE LOS CONTRAYENTES

Por declaración de voluntad, se entiende que es la manifestación consciente de celebrar un acto jurídico, en este caso un acto matrimonial, por lo tanto, cuando el consentimiento es errado o no es libre, se dice que hay vicio en el consentimiento matrimonial.

El artículo 1508 del Código Civil, dice: "Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo".

8.1.1. El error

El artículo 140 del Código Civil, en su numeral 1º dice: "El matrimonio es nulo y sin efectos en los casos siguientes: 1º) Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos...".

El doctor Valencia Zea, manifiesta que el error acerca de las personas puede recaer en:

a) Error sobre la identidad física de los contrayentes.

b) Error sobre la identidad civil o jurídica de los contrayentes.

c) Errores sobre las cualidades esenciales de las personas de los contrayentes.

a) Error sobre la identidad física de los contrayentes: El error sobre la identidad física de la persona o personas de los contrayentes, es el más grave que puede cometerse en la celebración del matrimonio y que al decir verdad es muy raro que ocurra. Dice el doctor Valencia Zea, solo se presentaría el caso en que un contrayente pretendiendo casarse con determinada persona, celebre el matrimonio con otra que se hace presente en la ceremonia.

b) Error sobre la identidad civil o jurídica de los contrayentes: El mismo autor dice que este caso también es muy raro, y podría presentarse en el siguiente ejemplo: un colombiano proyecta casarse con una venezolana a quien no conoce físicamente; viaja otra mujer y se celebra el matrimonio. Aquí hay error sobre la identidad civil de la persona, más no sobre la identidad física, puesto que el varón quiso casarse con la mujer que tenía a su lado en el momento de la celebración de la ceremonia, y ese error consistió en casarse con una mujer con la que no había pensado casarse.

c) Error sobre las cualidades esenciales de las personas de los con-

trayentes: El artículo 140 advierte escuetamente que el error debe recaer "acerca de la persona de ambos contrayentes o de la de uno de ellos" y por eso dice Valencia Zea, se hace necesario escudriñar el sentido de la expresión "acerca de la persona". Si la palabra persona la entendemos en un sentido material, tendremos que afirmar que solo se tiene en cuenta el error que recae sobre la identidad física o sobre la identidad civil o jurídica.

Al interpretar el Código, dice nuestro tratadista, la expresión error acerca de las personas comprende no solo la persona física o la civil, sino también sus cualidades esenciales (físicas, intelectuales y orales) que han sido determinantes para el matrimonio.

El error debe reunir ciertas características, que son las siguientes:

1º) Debe tratarse de un error inherente a la personalidad del contrayente. Que esas cualidades sean externas, ejemplo: El nombre, origen, apellido, honestidad, raza, edad, virginidad, la fecundidad, la salud, y las cualidades morales, como la bondad, la honorabilidad, el dominio de sí mismo, así como las espirituales o intelectuales.

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

3º) Que se trate de la ausencia de cualidades o de la existencia de vi-

cios o defectos en el momento de la celebración del matrimonio no conocidas por el otro cónyuge.

8. 1. 2. Quien alega la nulidad por error

Puesto que se trata de nulidad relativa, admite saneamiento; pero no puede ser alegada por todo el mundo, sino solo por el otro cónyuge, según lo prescrito por el artículo 142 del Código Civil. Además, no habrá lugar a la nulidad del matrimonio por error, si el que lo hubiere padecido continuare en la cohabitación después de haberlo conocido. Como la ley no dice cuando puede presumirse que el otro cónyuge conoció el error y que plazo tiene para impugnar, ya que la expresión después de haber conocido el error, es un tanto vaga, corresponderá a los jueces interpretar con recto criterio esta disposición legal.

8. 2. FUERZA O MIEDO

Se entiende por fuerza, la intimidación, física o moral capaz de producir en uno o en ambos contrayentes una sensación de miedo o temor que los impulsa a prestar su consentimiento en el matrimonio en contra de su voluntad para el mismo. No importa de quien provenga la violencia, pues la puede haber ejercido un cónyuge contra el otro o también la puede haber empleado terceras personas.

El artículo 140 del Código Civil dice: "El matrimonio es nulo y sin

efectos en los casos siguientes: 1º) ... 2º) ... 3º)

5º) Cuando se ha contraído por fuerza o miedo que sean suficientes para obligar a alguno a obrar sin libertad; bien sea que la fuerza se cauce por el que quiere contraer matrimonio o por otra persona. La fuerza o miedo no será causa de nulidad del matrimonio si después de disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas, o por la sola cohabitación de los consortes;

6º) Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por haber sido esta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor".

8.2.1. División de la fuerza o miedo

La fuerza o miedo se divide en: Fuerza física y Fuerza moral.

- Fuerza física: Es la intimidación material y directa sobre el contrayente víctima, ejemplo: La tortura.

- Fuerza moral: Es la amenaza en la persona del contrayente víctima para un mal futuro de él o de sus parientes o de su patrimonio si no presta el consentimiento en matrimonio.

El artículo 1514 del Código Civil dice:

"Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento.

8.3. EL DOLO

El dolo es uno de los vicios del consentimiento que hay que demostrar, pues no se presume sino en los casos previstos por la ley.

El dolo consiste en las maquinaciones fraudulentas encaminadas a producir engaño en otra u otras personas.

"El dolo no puede alegarse sino por alguna de las partes contratantes o por sus sucesores, pero no por terceros que no intervinieron en el contrato" (cas., noviembre 6 de 1912).

El profesor Eduardo Zuleta Angel dice, que para que haya dolo son necesarios cinco requisitos:

1º) Que el dolo haya sido empleado a sabiendas de que se engañaba; es, pues, necesario un criterio intencional;

2º) Que sea reprehensible, contrario al orden social, inmoral, distinto a las costumbres;

3º) Que sea ejecutado por el cocontratante, requisito que no se presenta en los otros vicios del consentimiento;

4º) Que el móvil tenga el carácter de determinante;

5º) Debe ser probado, es decir, no se presume.

El artículo 1515 del Código Civil, dice: "El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiere contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado, o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado el dolo".

Y el artículo 1516, dice:

"El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse".

47020

9. INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO CIVIL

9.1. CONCEPTO

La ausencia de requisitos orgánicos o constitutivos da lugar a un matrimonio inexistente, es decir, que el matrimonio no existió o no nació a la vida jurídica.

Los elementos esenciales del matrimonio son tres:

- a) El consentimiento de los contrayentes;
- b) La solemnidad ante funcionario competente;
- c) La diferencia de sexo.

Ahora bien, de estos elementos constitutivos del matrimonio se deducen las causas de inexistencia del mismo.

9.1.1. Falta de consentimiento

Se presenta la falta de consentimiento cuando al momento de la celebración del matrimonio uno de los cónyuges o ambos guardan silencio, o uno de ellos manifiesta que no desea contraerlo o cuando las seña-

les del mudi o sordo - mudo no son indicativas de manifestación de voluntad.

Al respecto de este primer punto el doctor Valencia Zea sostiene:

1º) Que los contrayentes pueden pronunciar las palabras pero se ignora el objeto o contenido del matrimonio, o sea, los expresados en los artículos 113, 176 y 178 del Código Civil, los cuales hablan de cohabitar, vivir juntos, guardarse fe y socorrerse en todas las circunstancias de la vida.

Si uno o ambos contrayentes expresan su consentimiento en matrimonio, pero, ignoran uno o todo los contenidos matrimoniales, da lugar a inexistencia del vínculo.

2º) Si existe el consentimiento y no se ignora el objeto del matrimonio, pero, es ficticio o simulado, es inexistente el vínculo matrimonial.

A este respecto, hay no pocos autores con tesis que niegan el matrimonio simulado y afirman que el Juez da fé a las declaraciones de los contrayentes en matrimonio, no participando del acuerdo simulatorio, por lo tanto perdería la seguridad que le dá o presta la forma pública.



9.1.2. Celebración del matrimonio ante funcionario incompetente

El artículo 126 del Código Civil, dice:

"El matrimonio se celebrará ante el Juez del distrito de la vecindad de la mujer, con la presencia y autorización de dos testigos hábiles, previamente juramentados".

De los que desprende, que el matrimonio es inexistente cuando este no se ha realizado ante el Juez del domicilio de la mujer y se haya realizado ante un particular, por ejemplo un abogado, o ante un funcionario distinto del Juez competente, un alcalde, o un Juez de Instrucción criminal. Lo cual se deduce del artículo 115 del mismo Código.

9.1.3. Igualdad de sexos

El Código Civil en su artículo 113 expresa que el matrimonio es un contrato entre "un hombre y una mujer", lo que quiere decir, que tanto el hombre como la mujer deben tener cada uno su sexo bien definido y que esten plenamente identificados con el mismo. Es hombre el ser que posee los órganos viriles y mujer la que posee los órganos propios del sexo femenino.

Debido a lo anterior, es imposible que se celebren matrimonios entre dos personas que al momento de la celebración tengan igual sexo. Es-

te matrimonio es inexistente, por cuanto va en contra del artículo 113, es decir, contra de la naturaleza y la finalidad del vínculo matrimonial.

Resumiendo lo dicho, los requisitos esenciales del matrimonio pueden sintetizarse diciendo que los constituye el consentimiento de dos personas de sexo diferente, expresado ante funcionario competente. Si faltare el consentimiento de unirse en matrimonio, o si éste no hubiere sido expresado ante funcionario competente por persona de distinto sexo, el matrimonio será inexistente.

9.1.4. Quien puede alegar la inexistencia

Para que pueda ser invocada la inexistencia del matrimonio se requiere que esta haya sido probada judicialmente, a solicitud de cualquier persona, y no necesariamente por los contrayentes, y en la eventualidad del ánimo moral y social.

9.2. TEORIA DE LA INEXISTENCIA

Dicen los hermanos Mazzeaud, que la noción de inexistencia ha sido creada por aquellos que quieren rechazar la validez de los matrimonios en los casos que el texto no establecía expresamente la nulidad. Sin esos casos, los ya estudiados, los matrimonios no fueran nulos, serían más que nulos, serían inexistentes.

No es necesario recurrir a la teoría de la inexistencia, para explicar que, en las situaciones consideradas, el matrimonio es nulo, porque si los textos estipulan que es nulo el matrimonio entre impúberes, con mucha más razón lo es el celebrado entre personas del mismo sexo; si los textos estipulan que es nulo un matrimonio en que el consentimiento está viciado, con mucha más razón cuando ese consentimiento falta completamente.

En Colombia, la doctrina acepta con pocas excepciones la teoría de la inexistencia. El Código Civil no la consagra. Sin embargo los autores basándose en los artículos 113 y 115 sostienen que el matrimonio es inexistente cuando:

- 1º) Falta de consentimiento en los contrayentes,
- 2º) Cuando se celebra ante funcionario incompetente,
- 3º) Cuando existe igualdad de sexos.

También justifican la teoría de la inexistencia por que :

- a) Las nulidades son taxativas, no hay nulidad sin texto legal,
- b) De no existir la teoría de la inexistencia, serían válidos los matrimonios celebrados entre personas de sexo igual, el celebrado ante funcionario incompetente y el celebrado sin el consentimiento de los contrayentes.

10. MATRIMONIO CIVIL DE COLOMBIANOS EN EL EXTRANJERO

El artículo 19 del Código Civil, dice:

"Los colombianos residentes o domiciliados en el país extranjero permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

"1º) En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la unión;

"2º) En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero solo respecto de su cónyuge y parientes en los casos indicados en los casos indicados en el inciso anterior".

Al tenor de lo dispuesto por el artículo precedente se deduce la extraterritorialidad de la ley civil para aquellos actos que han de producir efectos en Colombia.

Por lo general, un matrimonio celebrado por colombianos en país extranjero tiene validez en Colombia, si celebró conforme a la legislación vigente del país de la celebración.

Si los colombianos contraen matrimonio en cualquier país de Europa por ejemplo, tienen validez en nuestro país ese matrimonio, si no contravienen a las leyes nacionales de nuestro país. Esto de acuerdo a la teoría de las calificaciones personales expuestas por Savigny del siglo pasado.

Las calificaciones personales de que habla el autor, (Savigny) se refieren al estado y a la capacidad de las personas; en efecto, el estar dotado el ser humano de capacidad de ejercicio o de obrar, constituyen la primera calificación personal, tales calificaciones son consecuencia del estado civil, ejemplo: Mayor, o menor; sano de mente o enfermo mental; soltero, casado, viuda o viudo, etc.

La mayoría de los países europeos tienen instituidas en sus ordenamientos jurídicos casi las mismas incapacidades colombianas.

Entonces podemos afirmar que es válido el matrimonio entre colombianos celebrados en el extranjero, cuando no exista incapacidad para celebrarlo en su país de origen.

Igualmente, si un matrimonio es nulo en Colombia por alguna incapacidad matrimonial, de las contenidas en nuestro ordenamiento jurídico

co, también será nulo y si efectos en Colombia el matrimonio celebrado por los mismos contrayentes en país extranjero.

El mismo tratamiento le dan los países europeos, especialmente las relativas al parentesco.

10.1. TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1889

Entre los tratados firmados en Montevideo se cita el de derecho civil, uno de cuyos títulos versa sobre el matrimonio.

Como principio general para determinar la capacidad de las partes consagra que esa capacidad se rige por la ley del lugar de la celebración. Sigue la teoría de la territorialidad absoluta de la ley.

Sin embargo, al principio general mencionado se consagra varias excepciones. Cada uno de los estados signatarios se reservó el derecho de desconocer el matrimonio celebrado en el territorio de otro, en el caso de que ese matrimonio se halle afectado por alguno de los siguientes impedimentos, apreciados según la ley nacional:

- a) Falta de edad en alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimo 15 años cumplidos en el hombre y 12 años cumplidos en la mujer;
- b) Parentesco en línea recta de consanguinidad o afinidad sea legíti-

mo o ilegítimo;

c) Parentesco entre hermanos, legítimo o ilegítimo;

d) Haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya como autor principal, ya como cómplice, para casarse con el cónyuge sobre-viviente;

e) La existencia de un matrimonio anterior no disuelto.

Igualmente se expresa en su contenido el Tratado de Montevideo de 1940 y el Código de Bustamante de 1928, que fueron suscritos también por Colombia, pero no aprobados como leyes nacionales.

De acuerdo con el anterior artículo del Tratado de Montevideo de 1889, el matrimonio de colombianos celebrados en país suscriptor de América Latina es plenamente válido en Colombia, salvo que medien algunas de las incapacidades expresamente mencionadas. Pero si el colombiano se ha domiciliado en otro país, se gobierna íntegramente por la ley vigente de ese país.



11. DISOLUCION DEL MATRIMONIO

11.1. HISTORIA

En la Roma antigua el matrimonio terminaba por la muerte de alguno de los cónyuges, o por su esclavitud, o por el divorcio.

Plutarco (primer siglo d. C.) indica que Rómulo, rey legendario de Roma, había prohibido a las mujeres divorciarse, pero que autorizaba el repudio de la mujer por el marido. El derecho antiguo tenía entonces por regla general el repudio por parte del marido. El marido podía ejercer este derecho en ciertos casos determinados: cuando la mujer había tratado de envenenarlo; había abusado del uso de llaves; había cometido adulterio. Si el repudio tenía otra causa, una parte de los bienes del marido se atribuían a la mujer repudiada y los demás a la diosa Ceres. La posibilidad de repudiar a la mujer se extendía también a las esposas de sus hijos. Esta facultad fue prohibida posteriormente, aunque en la época de Justiniano sobrevive la posibilidad para el padre del marido que repudiara la esposa de éste por una magna causa.

En el alto imperio el repudio se limitó a los cónyuges. Tanto el ma-

rido como la mujer, con base en el concepto de liberum matrimonium que prevalecía en el imperio, podría repudiar al otro cónyuge y así terminar el matrimonio. El repudio consistía en una notificación ante siete testigos.

Empero, la facilidad del divorcio se acompañó con sanciones. En la República un divorcio sin causa significaba una nota censoria (una carta de censura) y la pérdida de la dote.

Cuando el imperio se hizo cristiano, apareció mucha legislación sobre el punto. Constantino decidió que en el caso de repudium, salvo algunas excepciones, la mujer podía ser exiliada y el marido impedido para casarse de nuevo. Si el marido contraía segundas nupcias la mujer divorciada podía apropiarse de la dote de la segunda esposa.

Más o menos un siglo después se aplicó la regla solamente a divorcios sin causa. En la época de Justiniano subsiste la misma regla, pero también se admitieron varias causas legítimas de divorcio. Si se declaraba un divorcio sin causa reconocida, la mujer debía internarse en un convento de por vida y entregarle la mayor parte de sus bienes al convento, y el marido quedaba sujeto a sanciones pecuniarias.

11.2. DISOLUCION DEL MATRIMONIO EN NUESTRA LEGISLACION

El artículo 152 del Código Civil, dice:

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

La medicina legal dice: Hay muerte real cuando desaparecen las funciones biofisiológicas del sistema nervioso central y por consiguiente el desaparecimiento de las funciones del aparato circulatorio y respiratorio.

En nuestro derecho civil, muerte presunta es aquella que por disposición legal se reputa verdad mientras no se demuestre lo contrario.

El artículo 96 del Código Civil, dice:

"Cuando una persona desaparezca del lugar de su domicilio, ignorándose su paradero, se mirará el desaparecimiento como mera ausencia, y la representará y cuidarán de sus intereses sus apoderados o representantes legales".

El artículo 97, dice:

"Si pasaren dos años sin haberse tenido noticias del ausente, se presumirá haber muerto éste, si además se llenan las condiciones siguientes:

"1º) La presunción de muerte debe declararse por el Juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el territorio de la nación,

justificándose previamente que se ignora el paradero del desaparecido, que se han hecho las posibles diligencias para averiguarlo, y que desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de su existencia, han transcurrido, a lo menos, dos años;

"2º) La declaratoria de que habla el artículo anterior no podrá hacerse sin que preceda la citación del desaparecido, por medio de edictos, publicados en el periódico oficial de la nación, tres veces por lo menos, debiendo de correr más de cuatro meses, desde la última citación; ...".

En fin, tanto por muerte real o por la muerte presunta de uno de los cónyuges, da lugar a que el cónyuge sobreviviente pueda celebrar otro matrimonio cuando lo desee, salvo prohibiciones especiales en lo que respecta a la viudez.

11.2.1. Antecedentes a la Ley 1º de 1976

El divorcio se estableció por primera vez en Colombia mediante la Ley del 20 de junio de 1853. El mutuo consentimiento era una de las causales que estaban comprendidas en dicha ley. La Ley del 8 de abril de 1856, derogó la anterior ordenando que el matrimonio se disuelve únicamente por muerte de uno de los cónyuges.

Durante el regimen federal de los estados de Santander, Panamá, Boyacá y Magdalena implantaron el divorcio vincular. El artículo 128

del Código Civil del estado del Magdalena decía: Que divorcio es la rescisión del contrato de matrimonio, y como causas eran las siguientes;

- a) El adulterio de la mujer decidido judicialmente.
- b) El concubinato o Incontinencia pública del marido judicialmente decidido.
- c) Las cebicias frecuentes o trato cruel.
- d) El atentar de uno de los cónyuges contra la vida del otro.
- e) El abandono de la mujer por el marido durante dos años.
- f) La locura o furor permanente, que haga peligrosa la cohabitación, siempre que la locura haya durado más de cuatro años y no haya probabilidad de que el cónyuge demente pueda recobrar la razón.
- g) Por el mutuo consentimiento.

Por medio de la ley 84 de 1873, se acoge el Código Civil de Cundinamarca como código de La Unión, consagra la indisolubilidad del vínculo matrimonial.

El divorcio se restablece por medio de la Ley 1° de 1976. Esta Ley

entró en vigencia el 18 de febrero de 1976.

11.2.2. Definición del divorcio

Es la ruptura del vínculo matrimonial, pronunciada por un funcionario competente a petición de uno de los cónyuges cuando concurra una o más de las causales establecidas en la Ley. La Ley 1a. de 1976 no estableció como causal de divorcio el mutuo consentimiento de los cónyuges.

El matrimonio ha de ser estable, serio y firme, y, por lo tanto, el divorcio ha de ser decretado judicialmente por razones poderosas.

11.3. CAUSALES DE DIVORCIO

El artículo 154 de nuestro Código Civil, modificado por la Ley 1a. de 1976 establece como causales de divorcio las siguientes:

1º) Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado. Se presumen las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma y eficacia.

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

dre.

3º) Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, sin con ello peligrar la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendientes, o se hacen imposible la paz y el sosiego doméstico.

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

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

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

7º) Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente, o a personas que esten a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.

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

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

11.3.1. Primera causal: Infidelidad

Es una de las causales de mayor importancia para la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio, puesto que las relaciones de uno de los cónyuges con persona distinta al otro, en el aspecto sexual, rompe la promesa de guardarse fé y por lo tanto la ley le brinda la oportunidad al cónyuge ofendido para demandarlo.

La infidelidad por bigamia se dá, cuando uno de los cónyuges ha celebrado un nuevo matrimonio sin disolver el anterior. Por lo tanto, el segundo matrimonio es nulo en virtud del artículo 140 del Código Civil y, el cónyuge ofendido solicita el divorcio sin perjuicio de las sanciones penales que se hace acreedor el bigamo, artículo 260 del Código Penal de 1980.

En esta primera causal de divorcio observamos que existen relaciones sexuales extra-matrimoniales, tanto en la celebración de un segundo matrimonio sin disolver el anterior como en la relación sexual con otra persona distinta al otro cónyuge, o entre personas de un mismo sexo, siempre que el cónyuge ofendido no las haya consentido, facilitado o perdonado.

11.3.2. Segunda causal: Incumplimiento de las obligaciones familiares

El doctor Valencia Zea afirma que "Los deberes de cada cónyuge,



existen en primer lugar, frente al otro cónyuge, y en segundo lugar hacia los hijos. Y la amplitud de esta causal va hasta el extremo de las demás causales debidas a culpa, como son (1º, 3º, 4º y 7º) siendo estas especializaciones de la segunda causal.

Dentro del incumplimiento de las obligaciones familiares, se enmarcan la infidelidad, la sustracción de los alimentos, el incumplimiento de los deberes de esposa o de madre, como también el incumplimiento de los deberes de esposo y padre. (Relaciones sexuales entre cónyuges, atenciones para con sus hijos).

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

11.3.3. Tercera causal: Los ultrajes, trato cruel, etc.

Los ultrajes son las injurias que un cónyuge hace al otro y que pueden ser de palabras o de hechos, violando los deberes mutuos de afecto y de respeto.

Los ultrajes y los tratos crueles deben ser tales, que produzcan en el cónyuge inocente lo siguiente:

a) Peligro en la salud o en la vida del cónyuge inocente o en la de sus hijos, como también en la vida, en el honor de sus más próximos parientes (padres), y

b) Que se haga imposible la paz y el sosiego doméstico.

11.3.4. Cuarta, Quinta y Séptima causal: Embriaguez, usos de sustancias alucinógenas, conducta tendiente a corromper al otro cónyuge

La embriaguez habitual compulsivo de sustancias alucinógenas de uno de los cónyuges, salvo prescripción médica, son causales del divorcio; pero, el Juez debe tener en cuenta el hábito y especialmente el resultado o sea la destrucción del hogar.

El desquiciamiento grave y profundo, producto de la embriaguez habitual, como también del uso de sustancias alucinógenas originadas dentro del matrimonio, hacen imposible el restablecimiento de la unión matrimonial.

La embriaguez implica el uso del licor en forma tan inmoderada, que haga imposible la paz y el sosiego doméstico. En esto la ley tiene más en cuenta las consecuencias de la embriaguez, que la embriaguez en sí misma.

La séptima causal del mismo artículo 154 de nuestro Código Civil establece el divorcio por "toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.

A este respecto, el Juez, debe tener en cuenta las buenas costumbres enmarcadas en una sociedad, por lo tanto, la propuesta hecha por uno de los cónyuges al otro para cometer un ilícito es motivo para que el cónyuge inocente promueva el divorcio. No solamente al otro cónyuge, sino también a todas las personas que estén bajo su cuidado, hijos, hermanos, padres, etc.

11.3.5. Sexta causal: Enfermedad o anomalía grave e incurable

Para que exista esta causal se hace necesario que sea imposible el restablecimiento de la comunidad doméstica. La enfermedad mental, debe justificar un proceso de interdicción de demencia y no constituye causal de divorcio cuando la enfermedad es transitoria.

Las enfermedades graves e incurables de carácter físico tendientes a contagiar al otro cónyuge e imposibilitar la comunidad matrimonial, dan lugar al divorcio.

11.3.6. Octava causal: Separación de cuerpos

Por medio de esta causal uno de los cónyuges puede pedir el divorcio

cuando hayan transcurrido dos años, contados a partir de la sentencia que haya decretado la separación de cuerpos. Lo que quiere decir, que se llega al divorcio por mutuo consentimiento indirectamente.

La separación de cuerpos es una de las causales importantes para los cónyuges que deciden romper con el vínculo matrimonial sin existir otra causal, así también, cuando los cónyuges no desean que los demás se enteren de las verdaderas causales por las que resuelven divorciarse.

Por los medios probatorios, no basta acreditar una o varias causales de las establecidas en el artículo 154 de nuestro Código Civil, sino, se demuestra notablemente lo siguiente:

- a) Causal o causales que motiven a incoar la demanda.
- b) Desquiciamiento grave y profundo de la unidad matrimonial siendo imposible el restablecimiento de la misma.

El Juez, en el estudio del proceso puede negar el divorcio sin perjuicio de la separación de cuerpos solicitada en forma subsidiaria, si considera moralmente no justificado:

- 1º) El interés de los hijos,
- 2º) Por la antigüedad del matrimonio, y

3°) La edad de los cónyuges.

11.3.7. Novena causal: Condena privativa de la libertad personal

El artículo 154 establece como causal novena lo siguiente: "La condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años, por delito común, de uno de los cónyuges, que el Juez que conozca del divorcio califique como atroz o infamante".

Para que un hecho delictuoso tenga asidero en esta causal, es necesario que el Juez que conozca del proceso de divorcio, se le presente una condena por delito común debidamente ejecutoriada en contra del demandado y que éste mismo Juez lo califique de atroz o infamante para el honor del otro cónyuge, tales delitos son por ejemplo: violencia carnal, incesto, estupro, el homicidio, salvo que este sea a título de culpa.

La condena privativa de la libertad personal para que obre como causal en el proceso de divorcio es necesario que el delito cometido sea durante el matrimonio.

11.3.8. Quien es el titular de la acción

El titular de acción de divorcio es el cónyuge ofendido, si este fuere menor iniciará la acción sus padres o representantes y siempre se oirá al Ministerio Público en interés de los hijos menores.

11.3.9. Caducidad de las causales de divorcio

El cónyuge que alega la causal o causales de divorcio, ante el Juez competente, tiene que ser el ofendido y que dicha petición la presente en el término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de los hechos si se trata de las causales primera y séptima.

Las causales segunda, tercera, cuarta y quinta, sólo se pueden alegar dentro del término de un año, contados a partir del momento en que sucedieron los hechos.

Para las causales sexta, octava y novena, no existen términos reducidos para alegarlas, lo que quiere decir, que se podrán alegar por el cónyuge ofendido en cualquier tiempo.

La confesión de uno de los cónyuges no es prueba para constituir una o más causales de divorcio.

11.3.10. Extinción de la acción del divorcio

1º) Por la muerte de uno de los cónyuges: Es innecesario iniciar o proseguir la acción de divorcio contra un cónyuge que ha fallecido o que fallezca durante el proceso.

Como la muerte real o presunta de uno de los cónyuges, es causal para la disolución del matrimonio, pues, el cónyuge sobreviviente puede

contraer otro vínculo matrimonial.

2º) Por declaración judicial de nulidad: Si un matrimonio que estuvo viciado de nulidad y en su oportunidad fué proferida una sentencia debidamente ejecutoriada dejando sin efecto al mismo vínculo, tanto para el pasado como para el futuro, es totalmente innecesario incoar la acción de divorcio.

3º) Por desistimiento: Una vez impetrada la acción de divorcio el demandante decide retirarla unilateralmente o de común acuerdo con el cónyuge demandado.

4º) Por reconciliación: Para que opere este acto bilateral, es necesario que no haya concluido el proceso de divorcio con sentencia debidamente ejecutoriada, Y si la pareja reinicia la vida en común, después de la sentencia, se mirarán para todo los efectos legales como concubinos.

5º) Por prescripción: El artículo 156 del Código Civil establece los términos en los cuales el cónyuge ofendido puede iniciar la acción de divorcio, excepción para las causales sexta, octava y novena que puede ser en cualquier tiempo.

6º) Por perención: Se entiende por perención el abandono por parte del demandante, del proceso en secretaría por más de seis meses, sin actuación alguna.

Esta perención ocurre tanto en la primera instancia como en la segunda.

En el mismo auto que decreta la perención, el Juez, decretará el levantamiento de las medidas cautelares, si las hubiere decretado, el cual se notificará como las sentencias y se archivará el expediente.

La perención le pone fin al proceso y por consiguiente el demandante no lo podrá iniciar de nuevo durante los dos años siguientes, contados a partir de la notificación del auto que la decreta.

Así lo establecen los artículos 346 y 347 del Código de Procedimiento Civil.

11.4. PROCEDIMIENTO DEL DIVORCIO

La demanda de divorcio debe presentarse ante el Juez Civil del Circuito del domicilio conyugal y se tramitará por medio del proceso abreviado, artículos 23 y 414 del Código de Procedimiento Civil.

11.4.1. Medidas cautelares

El Juez, en cualquier momento, a partir de la presentación de la demanda de divorcio, podrá tomar medidas antes de dictar sentencia definitiva, relativas a,

1º) La seguridad y protección de los cónyuges y de los hijos, y

2º) La conservación de los bienes de la sociedad conyugal.

Para la seguridad y protección de los cónyuges y de los hijos, debemos mencionar las siguientes:

a) Autorizar la residencia separada de los cónyuges; si estos fueren menores de edad, disponer el depósito en casa de sus padres o de sus parientes más próximos o en la de un tercero cuando el Juez lo considere conveniente;

b) Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de uno y otro, o de un tercero, según lo crea más conveniente para su protección;

c) Señalar la cantidad con que cada cónyuge debe contribuir, según sus facultades, para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y para la educación de estos;

d) Decretar, en caso de que la mujer esté embarazada las medidas previstas por la ley para evitar suposición de parto, si el marido lo solicitare, y

e) Decretar a petición de parte, las medidas cautelares autorizadas en el ordinal 1º del artículo 691 del Código de Procedimiento Civil,

sobre los bienes sociales y también sobre los bienes propios, con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge tuviere derecho, si fuere el caso". (Artículo 423 del Código de Procedimiento Civil).

11.4.2. Admisión y contestación de la demanda

Admitida la demanda de divorcio, el Juez ordenará su notificación al demandado y su traslado será de diez días que es el término durante el cual el demandado deberá contestar la demanda y presentar las excepciones que considere conveniente.

El artículo 97 del Código de Procedimiento Civil establece las excepciones para toda clase de proceso civil que puede alegar el demandado, así como la de cosa juzgada. También son propias de este proceso las siguientes:

- a) La de perdón, que debe acreditarse con los medios de pruebas.
- b) Extinción de la acción.
- c) La de anterior desistimiento a la acción, en caso de que la nueva demanda se funde en los mismos hechos que dieron origen a la anterior.
- d) La de reconciliación, la cual debe creditarse con los medios de

pruebas.

100

11.4.3. Demanda de reconversión

En el mismo término de traslado de la demanda de divorcio, que es de diez días, el demandado también podrá proponer demanda de reconversión de divorcio, en la cual el demandado se propone acreditar, la culpa que también tuvo su cónyuge para que los efectos de la sentencia no recaigan únicamente sobre él, sino sobre ambos cónyuges.

La demanda de reconversión de divorcio debe contener los mismos requisitos de la demanda principal, encontrándose el Juez ante dos demandas de divorcio incoada por cada uno de los cónyuges. También, tanto el demandante como el demandado pueden proponer en subsidio de la demanda de divorcio, la de separación de cuerpos.

El artículo 165 del Código Civil, modificado por la ley 1a. de 1976, artículo 15, dice:

"Hay lugar a la separación de cuerpos en los siguientes casos:

"1º) En los contemplados en el artículo 154 de este Código, y

"2º) Por mutuo consentimiento de los cónyuges, manifestado ante el Juez competente.

11.4.4. Audiencias de conciliación

Contestada la demanda de divorcio y la de reconvenición en su caso, ordenará el Juez la citación de ambos cónyuges para que concurran personalmente a una audiencia de conciliación. Si alguno de los cónyuges no concurriere o fracasare la conciliación, el Juez citará para segunda audiencia, la cual tendrá lugar no antes de dos meses ni después de tres de la fecha señalada para la primera.

Si tampoco en la segunda audiencia se lograre la conciliación el Juez ordenará continuar el proceso. Así lo expresa el artículo 423 del Código de Procedimiento Civil.

La audiencia de conciliación le permite al Juez, examinar cuidadosamente la causa o las causas que dieron motivo al demandante para incoar la acción de divorcio, como también le permite al Juez, valorar sus consecuencias frente a cada cónyuge y frente a los hijos, ver si es posible la abstención o renuncia al divorcio, su aplazamiento o suspensión por determinado tiempo.

Los cónyuges deben presentarse al despacho del Juez, personalmente para efecto de la conciliación y, no pueden hacerlo a través de apoderado; pero pueden ser acompañados por éste. Si uno de los cónyuges solicita al Juez el retiro de los apoderados por razones íntimas, el Juez, debe acceder a esta petición.

La audiencia de conciliación, puede realizarse en dos o más sesiones a iniciativa del Juez o de los cónyuges.

Para que el Juez declare terminado el proceso por reconciliación, es necesaria solicitud expresa y por escrito de ambos cónyuges, que será presentada personalmente por éstos.

11.4.5. Sentencia de divorcio

El artículo 155 del Código Civil establece que "El Juez decretará el divorcio cuando los hechos constitutivos de la causal probada hayan producido un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento de la unidad de vida de los casados".

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

Este poder discrecional otorgado al Juez por el legislador está limitado y solo debe ejercerlo en los casos que lo justifiquen ampliamente.

En todo proceso de divorcio, para que el Juez dicte sentencia favorable al demandante, es necesario que la causal se encuentre debidamente probada y, que produzca en la unión matrimonial un desquicia-

miento grave que no sea posible el restablecimiento del vínculo.

La sentencia de divorcio debe ser clara, en el sentido de la culpabilidad del cónyuge y de la inocencia del otro, como también debe versar cuando son inocentes ambos cónyuges, de acuerdo con las causas sexta, octava y novena del artículo 154 del Código Civil, enfermedad física o síquica, separación de cuerpos por mutuo consentimiento y condena privativa de la libertad superior a cuatro años, salvo que el delito cometido no hubiere sido contra el cónyuge o contra uno o más de sus parientes más próximos.

En la sentencia que decrete el divorcio el Juez deberá pronunciarse en los siguientes puntos:

- a) Poner los hijos menores al cuidado de uno de los cónyuges o de uno y otro, o de otra persona, atendiendo a su edad, sexo, y causa probada de divorcio;
- b) A quien corresponda la patria potestad sobre los hijos no emancipados, en todos los casos en que la causa probada de divorcio determine suspensión o pérdida de la misma; o si los hijos deben quedar bajo guarda;
- c) La proporción en que los cónyuges deben contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos 2º y 3º del artículo 257 del

Código Civil, y

d) Si fuere el caso, el monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges deba al otro.

11.4.6. Efectos de la sentencia de divorcio

Ejecutoriada la sentencia que decreta el divorcio, quedan disueltos el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal, pero subsisten los derechos y deberes de los divorciados respecto de los hijos comunes y, según el caso, los derechos y deberes alimentarios de los cónyuges entre sí.

La sentencia debidamente ejecutoriada no admite ningún recurso, por consiguiente se disuelve el matrimonio y la sociedad conyugal, quedándole obligaciones al divorciado con culpa para con el divorciado inocente y, para con los hijos comunes.

Copia de la sentencia de divorcio se envía al Notario respectivo para que la inscriba en el registro del estado civil de los divorciados o excónyuges. Decreto 1260 de 1970 artículos segundo, quinto, octavo y siguientes.



CONCLUSION

Al concluir el anterior trabajo titulado "El Matrimonio Civil en Colombia", después del Innegable esfuerzo realizado, de horas tras horas de labor, para que este sea el último de los requisitos exigidos por la Universidad, para luego titularme de Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, he de decir lo siguiente:

A partir de la ley 20 de julio de 1853, ley aprobatoria del matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular, es el comienzo de nuestra legislación colombiana para arrebatarse a la legislación canónica la organización del matrimonio que hasta ese momento histórico existía.

El estado colombiano como muchos otros, a través de sus máximos exponentes del Derecho y más concretamente del Derecho Civil se han entregado a una lucha tenue, pero constante, en donde la iglesia ha venido cediendo la jurisdicción y competencia de muchos asuntos pertenecientes al Derecho de Familia y que al estado de derecho le son propios.

He de anotar, que la sociedad colombiana se está inclinando mucho por la celebración del matrimonio civil, ya que han entendido que el

vínculo matrimonial se rige por circunstancias de orden económico, cultural, social, étnico, y porque además existe el divorcio, que busca que aquellos matrimonio ya destruidos donde no es posible la vida en común de los cónyuges, recobren su libertad y rehagan su existencia, evitando de esta manera que se presenten uniones de hecho y familias formadas sin ninguna protección legal.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ CORREA, Eduardo. Curso de Derecho Romano.
- CASTILLA, José Joaquín. Manual de Derecho Internacional Privado. Litografía Colombia. Bogotá.
- ENGELS, Federico. El origen de la familia, la propiedad privada y el estado. Ediciones Los Comuneros.
- GARCIA SARMIENTO, Eduardo. Aspectos procedimentales de derecho de familia, 1987.
- ORTEGA TORRES, Jorge. Código de Procedimiento Civil. Editorial Temis. Bogotá, 1981.
- , Código Civil Colombiano. Editorial Temis, Bogotá, 1980.
- , Código Penal Colombiano. Editorial Temis, Bogotá, 1980.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo I.
- , -----, Tomo V.