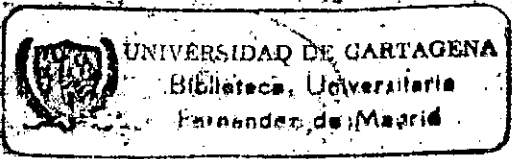
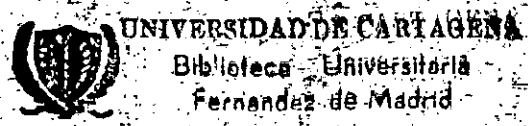


T
346.2
M389a

SCIB
1



MATRIMONIO CIVIL Y DIVORCIO EN COLOMBIA



FULGENCIO ABEL MARTINEZ ALTAMAR

SCIB
00019193

CARTAGENA, NOVIEMBRE DE 1984

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

TESIS DE GRADO, para optar
el título de Abogado.

46989

PRESIDENTES HONORARIOS

- Luis H. Arraut E. - Rector
- Fabio Morón Díaz - Decano
- Pedro Macía - Secretario
- Alvaro Salgado
- Guillermo Sánchez P.
- Eloy A. Tous L.
- Aníbal Pérez Ch.
- Jorge Tirado
- Guillermo Baena Pianeta
- Guillermo Guerrero Figueroa

PRESIDENTE

Rafael H. de la Valle

PRIMER EXAMINADOR

Alcides Morales Cacio

SEGUNDO EXAMINADOR

TERCER EXAMINADOR

MATRIMONIO CIVIL Y DIVORCIO EN COLOMBIA

DEDICATORIA

A la memoria de mi padre, quien jugó un papel importante en la escogencia de tan importante carrera, como tambien a mi madre, que sin su apoyo no habría sido posible este triunfo.

Fulgencio Martínez Altamar

PROLOGO

La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en esta tesis; tales opiniones son consideradas propias de su autor. (Art. 83 del Reglamento Interno).

Cartagena Colombia

I. INTRODUCCION

Independientemente y sin perjuicios de la noción y contenido del derecho, estructurado como disciplina social que comprende el conjunto de normas e instituciones jurídicas y sus fuentes que así se convierte en precepto aplicables a través de la justicia, (y para algunos a la inversa), pues conforme a ésta última, en la interferencia de conductas debe darse igual tratamiento en situaciones o circunstancias iguales y ello se logra tomando como elemento la predeterminación de conductas consideradas como iguales (por la ley), o ya mediante la equidad, cuando en cambio se toman el caso concreto o singular no contemplado por la ley.

Si además se tiene en cuenta que la norma jurídica o la ley nace o emana en la vida del hombre, es integrada o estructurada como tal por el mismo hombre y dirigida a regular las relaciones entre los hombres, fácil se concluye que el principio y fin del derecho es la persona, puesto que en ella, nace y se desarrollan sin ausentarse en ninguno de sus actos propios de la vida de aquella y aún luego de su muerte.

Según lo anterior, este trabajo ha sido enmarcado desde el momento en que la sociedad se organiza como estado, con unas leyes que rige los destinos de los coasociados.

Ha partido de la segunda mitad de la esclavitud cuando el matrimonio es institucionalizado y era

7

precedido de la Maritalis affectio; no he querido ahondar más hacia atrás, porque es moda en estos últimos tiempos negar ese período inicial en la vida sexual del hombre. Se quiere ahorrar esa vergüenza a la humanidad; como fué promiscuidad que suponía la supresión de las inclinaciones individuales, de tal suerte que su forma por excelencia es la prostitución.

Fueron muchas las etapas en la familia que se superaron para llegar a la monogamia, forma de la familia actual dentro de un estado organizado. En estos estados se ha dado un verdadero derecho de familia, como son los estados socialistas; Cuba, URSS, Alemania, etc. Donde es un derecho regulado por el estado; entre nosotros todavía no hay un verdadero derecho de familia codificado; que ya se está haciendo necesario.

El Autor

II. EL MATRIMONIO

1. QUE ES EL MATRIMONIO

El matrimonio, según la legislación Colombiana está definido en el Art. 113 del Código Civil, donde es considerado como un contrato solemne, y se encuentra especificada su finalidad, como es la de procrear, auxiliarse mutuamente y convivir juntos, también nos señala o especifica la distinción de sexos, la define así:

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

El Código Civil en su Art. 1500 nos trae de finido el contrato solemne y dice: "Es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ella no produce ningún efecto civil". Según la definición del Código Civil Colombiano, el matrimonio se origina de la espontaneidad del hombre y la mujer, que prestan su consentimiento en una forma libre, sin coacción física ni moral, y solemne porque está revestido de ciertas solemnidades, tanto previas como coetáneas con el acto; que explicaremos más adelante. Sin el acuerdo no hay matrimonio y si no cumplen las formalidades nace afectado de nulidad. El Doctor Valencia Zea, dice que el término contrato es discutible "conforme a la defini

9

ción, el matrimonio implica siempre el acuerdo libre de voluntades de un hombre y una mujer; sin este acuerdo no hay matrimonio". Y continúa diciendo, "esto es lo que da a entender la palabra contrato, empleada por el Art. 113 del Código Civil.

Aunque, como lo veremos enseguida, es discutible la conveniencia de usarla, y habría sido preferible que se hubiese empleado la expresión acuerdo de voluntades. Este acuerdo debe ser solemne, o sea expresado ante funcionario competente.

El matrimonio implica la vida en común por su propia naturaleza, sea civil o sea religiosa, comporta para los casados la obligación de vivir juntos; la definición que nos da el Código Civil, dice que uno de los fines de la unión nupcial es lograr comunidad debida entre consortes, ora el Art. 11 del Dec. 2820 de 1974 expresamente nos dice:

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

Uno de los fines primordiales del matrimonio es la satisfacción sexual de marido y mujer, y de este mismo fin se deriva el de procreación. Para CARLOS MARX, según la cita que nos trae el Doctor Valencia Zea, "la esencia espiritual del matrimonio es la satisfacción del instinto sexual mediante la exclusividad la belleza moral que hace ideal el mandamiento de la naturaleza bajo la forma de un

10

vínculo emocional". Pero en el matrimonio puede con todo que no se de la procreación aunque es uno de los fines fundamentales del matrimonio, dice el Doctor Valencia Zea, "todo matrimonio debe ser capaz, por lo menos en potencia, de obtener esos fines, y decimos en potencia porque puede darse el caso de que el débito conyugal no siga la procreación, es decir, que no haya hijos por el querer de marido y mujer o por causas ajenas a su voluntad."

Con todo, en este caso se cumplen la finalidad primordial del matrimonio, como es la mutua satisfacción sexual", por esto es impropio llamar matrimonio a la unión de un hombre y una mujer, para auxiliarse o con fines económicos, o culturales o científica, con todo, asociaciones que pueden ser permitidas por la ley; pero que jamás se le puede dar ese nombre.

Según todo lo expuesto, para mí, matrimonio es: La unión de un hombre y una mujer, con el propósito de convivir juntos y para todos los fines de la existencia, establecida sobre la base de la igualdad y del respeto recíproco y con la observancia de ciertas formalidades legales.

A. Según la Legislación Colombiana

La ley colombiana le da a reconocer efectos civiles al matrimonio canónico como al civil, uno y otro reconocidos como instituciones de orden público.

11

El matrimonio canónico debe celebrarlo quien profesa la religión católica, según lo dispone el Art. 17 de la ley 35 de 1888 (concordato), no así el acto produce efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes.

Al matrimonio civil pueden acudir los nacionales y extranjeros no bautizados y además aquellos que habiéndolo sido declaran que se han separado de la iglesia católica según lo expresa la ley 54 de 1924, la ley Concha.

La corte ha sentado doctrinas con respecto al matrimonio católico y el matrimonio civil, ha dicho la corte: "reconocido por nuestra legislación ambos matrimonios, el civil y el canónico, cada uno de ellos, según el caso se celebran en la forma de terminada por el legislador civil o por el legislador eclesiástico: El primero ante el juez civil municipal del domicilio de la mujer, mediante el lleno de ciertos requisitos; el segundo ante el cura párroco de la vecindad de la mujer, previa de terminadas formalidades. Ni la autoridad eclesiástica tiene competencia o jurisdicción para intervenir en un matrimonio civil, ni fallar sobre su existencia en sí misma, validez o nulidad; ni tampoco el poder civil puede hacerlo respecto a los matrimonios eclesiásticos. Son dos jurisdicciones distintas, que se entremezclan.

al respecto de donde resulta uno de los aspectos de la independencia de las dos potestades y el respeto a la legislación canónica que no forma parte de la civil (L II, 843).

Según, tenemos una definición bastante clara de matrimonio civil en nuestra legislación, y es la que trae el Art. 113 del Código Civil como lo anotábamos anteriormente, cuando hablábamos que es matrimonio; si bien es cierto es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente, y se constituye y perfecciona por el libre y mútuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en éste código, y no producirá los efectos civiles y políticos si en su celebración se contravinieren a tales formas, solemnidades y requisitos, así lo expresa el tenor del Art. 115 del Código Civil Colombiano.

El Art. 135 del Código Civil nos trae la forma de realizarse el matrimonio y las solemnidades que deben observarse en el acto para declarar perfeccionado el matrimonio, dice: "el matrimonio se celebrará presentándose los contrayentes en el despacho del juez, ante este, su secretario y dos testigos. El juez explorará de los esposos si de su libre y espontánea

13

voluntad se unen en matrimonio; les hará conocer la naturaleza del contrato y los deberes recíprocos que van a contraer, instruyéndolos al efecto en las disposiciones de los artículos 152, 153 y 176 y siguientes de éste código. Enseguida se extenderá un acta de todo lo ocurrido que firmarán los contrayentes, los testigos, el juez y su secretario".

Este artículo nos dice, que el juez instruirá a los contrayentes al respecto de tal acto, leyéndole las disposiciones pertinentes a este respecto como son los artículos antes mencionados y concordantes, pero el Art. 153 fué derogado expresamente por el Art. 3º de la ley primera del 1976.

Los Art. 152 y 176 dicen: "el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado;" también dice el Art. 176, "los cónyuges están obligados a guardarse fé, a socorrerse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida" la inobservancia de estos preceptos, degeneraría en la disolución del vínculo, ora por su esencia la disolución de un vínculo recíproco produce en derecho el efecto necesario de romper para ambas partes el lazo que hasta entonces los ligara. De donde también por necesidad se desprende que la competencia para desatar a una de las dos partes

14

envuelve la liberación de la otra, que en lo jurídico mal podría permanecer unida por vínculo mútuo con quien ha venido a ser ajeno a esa misma relación.

Como quiera que la Legislación Colombiana le da efectos civiles al matrimonio católico, así lo anotábamos anteriormente, a partir de la ley 35 de 1888 y se conoce con el nombre de concordato; en su Art. 17 es del siguiente tenor: "el matrimonio que deberán celebrar todos los que profesan la religión católica, producirá efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, solo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento. El acto de la celebración será presenciado por el funcionario que la ley determine con el solo objeto de verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil, a no ser que se trate de matrimonio inarticulomortis, caso en el cual podrá prescindirse de esta formalidad si no fuere fácil llenarla y reemplazarse 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 le impone".

El cánón 1094 reza: "solamente son válidos aquellos matrimonios que se celebren ante

15

el párroco, o ante el ordinario del lugar, o ante un sacerdote delegado por uno u otro, y además ante dos testigos por lo menos, según las reglas establecidas en los cánones que siguen, y salvo las excepciones; el cánón 1099 del Código de Derecho Canónico dice: que "no se puede reconocer como válido otro matrimonio que el religioso, para todos aquellos que han pertenecido a la iglesia católica, aunque posteriormente se hayan apartado de ella". El Art. 17 en su primera parte de la ley 35 de 1888, impone una obligación consistente en que todos los que profesan la religión católica, entendiéndose por tales los bautizados católicamente, deben someterse a la forma canónica del matrimonio. [deberán], dice, imperativamente.

El mismo precepto dispone, también imperativamente que solo la forma canónica producirá efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes. De donde resulta, a contrario sensu, en principio, que celebrado en la forma civil no los produce y si no los produce es porque la transgresión de la obligación remete que no produce efectos civiles, el legislador, en forma explícita consagró la nulidad del matrimonio civil celebrado por quienes profesan la religión católica, pues vale tanto decir que el acto es nulo, que expresar que no

16

produce efectos civiles. En verdad es una cuestión curiosa, el legislador colombiano no le da una atribución a la iglesia católica, algo que es privativo del estado, como se concibe un estado dentro de otro estado? el estado colombiano se desprende de su jurisdicción y la delega a la jurisdicción eclesiástica; siendo que desde 1853 con el gobierno del doctor José Hilario López, el único matrimonio válido es el matrimonio civil y es el estado quien le compete regularlo y reglamentarlo. Se quiera o nó, es un medio de coacción e inducción hacia la religión católica con todo que es un principio constitucional la libertad de conciencia y de cultos; el Art. 53 de la Constitución Nacional en su inciso 1º prescribe: El estado garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus opiniones religiosas, ni compelido a profesar creencias ni a observar prácticas contrarias a su conciencia!

Pensamos, que el estado recobre su autonomía y sea a él quien le compete la reglamentación del estado civil en todos los campos de sus conciudadanos; y las ritualidades sean conforme a cada creencia religiosa, sin desventajas para ningunas, amparadas por un principio constitucional como es el ya mencionado Art. 53 de la Constitución Nacional.

17

B. Según la Doctrina

Las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia, no son unánimes en la asignación de la naturaleza y finalidad del matrimonio; al contrario, existen diversidad de criterios sobre el particular; entre los más importantes tenemos:

- a) El matrimonio es un acto jurídico con condición (León Dugutt).
- b) El matrimonio es una institución (Julian Bonnacasse).
- c) El matrimonio es institución y acto condición (Planiol y Ripert).
- d) El matrimonio es un contrato y comunidad de vida.

Según León Dugutt "el matrimonio 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 y que se impone no solo a los esposos, sino a todos y que está determinada por la ley en sus efectos y en su extensión".

Para Bonnacasse "el matrimonio es una institución y dice: el matrimonio es una institución compuesta de un conjunto de reglas esenciales imperativas cuyo fin es dar a la unión de los

18

sexos, a la familia, una organización y moral que corresponda a la vez a las aspiraciones del momento, a la naturaleza permanentemente del hombre como también a las directivas dada por la noción de derecho. El estatuto de los casados está por encima de la voluntad de los esposos; es un postulado del orden jurídico, interpretado por la ley. La forma es contractual; pero en el fondo, el matrimonio es acto de institución".

Según Planiol y Ripert, el matrimonio es institución y acto condición y se expresa de la siguiente manera: "Hay en realidad, como en la adopción, una voluntad creadora de efectos jurídicos y esta voluntad está sometida de una manera general a las condiciones que el Código Civil ha impuesto para la eficacia de la voluntad contractual. Pero el matrimonio, lo mismo que la adopción, es una institución jurídica. Si el acuerdo de voluntades es necesario para que tenga lugar la aplicación de las normas legales, es impotente para condicionar los efectos y la duración del compromiso. La función de la voluntad está limitada a una sumisión a las reglas legales".

Con obviadas razones en este caso el contrato sería un simple contrato de adhesión.

19

El matrimonio es un contrato y comunidad de vida. Entre nosotros tenemos que la definición que hace el Código Civil Colombiano en su art. 113 consagra este sistema, cuando estatuye: "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".

El matrimonio, como decían ya los romanos es unión de toda la vida (conjunctio omnis vitae), una comunicación perpetua de todas las cosas que miran al espíritu y de las simplemente terrenales; es coparticipación del común destino de los consortes", sentencia de julio 8 de 1977 M.P. doctor Germán Giraldo Z. Es en verdad una de las posesiones más aceptadas, porque el matrimonio por su propia naturaleza sea civil o religioso siempre comporta para los casados la obligación de vivir juntos, la unidad nupcial, su fin primordial es la de lograr la comunidad debida entre los consortes.

2. ANTECEDENTES HISTORICOS

En la época antes de Justiniano, para la formación del matrimonio solo era necesario el consentimiento de los contrayentes, sin más formalidades, para vivir juntos como marido

y mujer; y cuando ya desaparecía la maritalis affectio, por voluntad común de los cónyuges o de uno de ellos, sobrevinía la terminación o divorcio; en este período se clasificaban a las mujeres en libres y de condición social honorables; estas últimas podían casarse o lo que es lo mismo podían llegar al vínculo matrimonial; las mujeres libres se hacían era una unión estable de hombre con mujer pero en ausencia de la maritalis affectio; proliferó el concubinato.

En la época de Justiniano desapareció esa clasificación en las mujeres y se concibió el matrimonio como "la unión del hombre con la mujer para formar un consorcio de toda la vida". Según las instituciones de Justiniano, aparece más tarde, el matrimonio solemne.

Entre nosotros después de la independencia rigió la legislación española y tenía como válido únicamente el matrimonio católico; en el mes de julio de 1853 se sanciona una ley, a la cual ya hicimos mención anteriormente, acabó con la legislación canónica, que seguía los preceptos de la legislación española; se da una legislación propia donde se reconocía solo el matrimonio regido por las leyes civiles, es decir, que implantó el régimen del matrimonio civil obligatorio para todos los asociados sin distinción de ninguna clase. Esta ley continuó rigiendo con ciertas modificaciones, bajo la ley octava de abril de 1856; los partidos tradicionales de ese entonces se ponen de acuerdo y atenuan la

21

obligatoriedad del matrimonio civil; se formó la Confederación de Estado. El estado de Cundinamarca adoptó el matrimonio facultativo en su código, reconociendo tanto el matrimonio católico como el matrimonio civil y dejando a sus coasociados la voluntad de contraer lo civil o canónicamente.

En 1864 se da un viraje político, Constitución de Río Negro, se volvió al régimen del matrimonio civil obligatorio; de todo esto se presenta un conflicto entre el matrimonio facultativo y aquel.

Se reconocía como matrimonio válido el emanado y sancionado exclusivamente por la ley civil y consideraban al matrimonio canónico como delito de amancebamiento, definido y castigado por la ley penal. Más tarde el 26 de mayo de 1873 se sanciona el Código Civil de la nación y más tarde es adoptado por la ley 57 de 1887 en su artículo 1º de la constitución dice: "la nación colombiana se reconstituye en forma de república unitaria (C.N. Art. 1º) y se estatuyó en su artículo 115 del Código Civil "el contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mútuo consentimiento de los contrayentes expresado ante funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en este código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contraviniera a tales formas solemnidades y requisitos". Tenemos aquí que esta disposición reconoce el matrimonio civil celebrado según

las formas, solemnidades y requisitos de nuestro código, para toda clase de persona, sin distinguir entre bautizados católicos o no católicos.

La ley 153 de 1887 prescribe en su Art. 16, tanto el matrimonio eclesiástico como el civil son reconocidos con los mismos efectos civiles y políticos pero la legislación, "canónica es independiente de la legislación civil y no forma parte de ésta". De esta forma con la ley 57 y la ley 153 de 1887 reconocieron con efectos retroactivos el matrimonio católico celebrado en cualquier tiempo con todos los efectos políticos y civiles consiguientes.

Fue así como quedó reconocido en nuestra legislación civil, los dos matrimonios: el civil según las disposiciones del Código Civil y el católico para todos los efectos civiles correspondientes.

Siguiendo con el análisis, tenemos que más tarde se expidió la ley 35 de 1888; según la cual todos los que profesan la religión católica, cuando quieran contraer matrimonio, deben hacerlo de conformidad a las disposiciones del Concilio de Trento, que requiere como requisito la presencia del párroco. Pero hoy día esto ha sido modificado ya que los que profesan la religión católica pueden en circunstancias especiales contraer matrimonio ante dos testigos. Pero con todo esto, se presenta un problema, cual es?: que los dogmas de la religión católica consideran

como súbdito de ella; o sea de la iglesia católica desde el momento del bautismo y le imprimen a éste un carácter indeleble de cristiano cuando se recibe en el seno de la iglesia. Pero las autoridades civiles consideran que aún admitiendo el carácter indeleble que imprime el bautismo, según el dogma católico, el bautismo solo no da el carácter de profeso de la religión católica en un miembro de la sociedad civil a quien no puede considerarse con esa calidad por el estado, en una cuestión de fuero interno como lo es profesar una religión, sino por la práctica externa objetiva y palpable, por medio de hechos tangibles que demuestran la profesión de la fe católica, sin que sea suficiente el hecho del bautismo católico.

A raíz de todo esto se sanciona la ley 54 de 1924 (conocida como ley Concha, por ser el Cardenal Concha ministro plenipotenciario ante la Santa Sede); y autoriza el matrimonio civil para quienes siendo católicos adjuran en forma pública y manifiesta de la religión. Porque antes de esta ley, los católicos que acudían ante el juez civil para contraer matrimonio, este no tenía autorización para acceder a la demanda, aunque los contrayentes manifestaran que no profesaban la religión católica, porque esa simple manifestación privada no puede poner fuera de la jurisdicción eclesiástica a los contrayentes y por lo tanto el juez se veía impedido para acceder a la celebración del matrimonio por

ser obligatorio el matrimonio católico para los que profesan el catolicismo.⁷

Todo este conflicto se acabó hoy día, en reciente sentencia de la corte agosto 11 de 1972 M.P. doctor Alfonso Deláez O.⁸

"La censura pretende que es nulo el matrimonio civil, celebrado por quienes profesan la religión católica, pues son incapaces para celebrarlo y que solamente adquieren esa capacidad mediante la apostancia.⁹ Advierte la corte:

- a) Según el artículo 1502 del Código Civil "La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra" Ahora el artículo 1503 de la misma obra dice: "toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces".¹⁰
- b) En materia de matrimonio la ley regula expresamente quienes tienen capacidad para celebrarlo.¹¹ el numeral 2º del Art. 140 del Código Civil, se desprende que son capaces de contraer matrimonio civil, el varón mayor de 14 años y la mujer mayor de 12 años, es decir los adultos; según la legislación canónica tienen esa capacidad para contraer el católico, el varón mayor de 16 años y la mujer mayor de 14 años cumplidos.¹²
- c) Por el hecho que el artículo 17 del concordato imponga a los católicos, que se

casen en Colombia, el deber de hacerlo por los ritos católicos, es cuestión que atañe a las solemnidades del acto y no a la capacidad de los contrayentes.

d) Continúa diciendo que "la ley 54 de 1924, no tiene carácter prohibitivo. Ella se dictó precisamente para abrir la vía del matrimonio civil a los católicos, que por haberse separado de la iglesia y de la religión católica, no querían someterse a la fama canónica. Por lo tanto, ella no priva a los católicos de su aptitud para casarse por la vía civil, sino que por el contrario, los autoriza para hacerlo. Lo único que le exige es la declaración de no pertenecer a la religión católica porque adjuraron de ella".

Estos mismo requisitos son aducidos para los colombianos católicos casados en el exterior sin apostatar de la religión católica dice la corte: Que este matrimonio no es inexistente como se venía sosteniendo, porque no reúne los postulados de la doctrina colombiana con respecto a la inexistencia del matrimonio es:

- a) identidad de sexo
- b) Que el matrimonio se celebre ante funcionario no competente.
- c) La falta de manifestación del consentimiento.

Sigue diciendo la corte, tampoco es nulo

este matrimonio, porque no encaja dentro de las causales consagradas por el Art. 140 del código civil.

3. EL MATRIMONIO COMO SACRAMENTO

Hay que anotar que desde la formación de los primeros estados primitivos se crearon bajo el influjo de la religión, de ahí tenemos los estados Babilónicos ensanchados en el Tigris y Eufrates, la antigua Grecia, la roma imperial y así sucesivamente que han sentado un renglón en la historia, todos fueron inspirados en preceptos religiosos, así también le dieron a su organización familiar el mismo carácter religioso pero es en la época medieval donde toma más auge la religión católica; a finales de esta época se suscita el descubrimiento de América y con este viene la religión en el período de la pacificación, donde los habitantes de estas tierras eran idólatras, les inculcan la religión católica.

"Con el surgimiento del cristianismo y su gran desarrollo, la iglesia católica crea e impone para los cristianos un ordenamiento jurídico especial del matrimonio. La iglesia afirma que el matrimonio de los cristianos no es un negocio mundano, o sea un acto meramente civil gobernado por las leyes del estado, sino un asunto religioso que debe gobernarse por normas eclesiásticas". Desde el siglo X se origina una forma de pensar en la iglesia católica con respecto al matrimonio

entre cristianos y es considerado como sacramento y que, en consecuencia, debe estar sujeto a la legislación y a la jurisdicción eclesiástica, salvo lo relativo a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

La sacramentalidad del matrimonio sin duda, para la iglesia es lo esencial y considera que es un contrato y sacramento. San Agustín dice: El sacramentum, es un símbolo de la unión de Cristo y de su iglesia.

Además de símbolo, de signo de una cosa sagrada, el sacramento del matrimonio es fuente de gracias espirituales.

Pero en la segunda mitad de la época medieval con el impulso que da al protestantismo el alemán Martín Lutero y el francés Calvino cae un poco la hegemonía del catolicismo; sobre el derecho civil. De nuevo muchos estados recobran una potestad absoluta para reglamentar el matrimonio. Las doctrinas expuestas en los países europeos ejercieron gran influjo, especialmente al consolidarse las nuevas nacionalidades y al redactarse los nuevos códigos civiles del siglo XIX. El Código Civil de Rusia de 1748 atribuyó la celebración y reglamentación del matrimonio a tribunales civiles. En Alemania regía un matrimonio puramente confesional, hasta la expedición de la ley matrimonial de 1875, que impuso el matrimonio civil obligatorio, lo mismo que en el código civil de 1900. En Francia con la revolución francesa se independiza totalmente las dos jurisdicciones

la civil y la católica y advierte que "la ley considera el matrimonio únicamente como un contrato civil" año de 1971, también fué recogida en el código de 1804 donde el matrimonio civil se hizo obligatorio.

En Colombia se ha querido laicizar la institución matrimonial a partir de la ley 20 de 1974 nuevo concordato que entró a regir el 2 de julio de 1975, firmado entre Colombia y la Santa Sede; las ideas fundamentales del nuevo concordato son las siguientes:

a) "El estado colombiano asume el ejercicio de la función jurisdiccional matrimonial"; lo que indica que en Colombia toda persona puede celebrar libremente matrimonio conforme a las normas del Código Civil. Un cambio notorio; recuérdese que la ley 35 de 1888 aprobó el concordato del 31 de Diciembre de 1887, el estado colombiano se obligó a no emplear la jurisdicción matrimonial civil para quienes profesaran la religión católica; la ley 54 de 1924 ley Concha autorizó la jurisdicción civil para los bautizados por la religión católica, pero con la condición, que antes del matrimonio apostataran de la religión católica.

b) "El estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico. Y para este efecto la autoridad eclesiástica expedirá copia auténtica del acta correspondiente al funcionario del estado, quien deberá inscribirla en el registro civil."

c) El artículo 8 de la misma ley dispone: "las causas relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo matrimonial de los matrimonios canónicos, incluidas las dispensas del matrimonio rato y no consumado, son de competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos y congregaciones de la sede apostólica."

Las sentencias, cuando sean firmes y ejecutivas, conforme al derecho canónico serán transmitidas al tribunal superior judicial territorialmente competente, el cual decretará su ejecución en cuanto a efectos civiles, y ordenará su inscripción en el registro civil.

d) Los procesos de separación de cuerpos de los matrimonios canónicos se tramitarán por los jueces del estado, en primera instancia ante el tribunal superior y en segunda instancia ante la corte suprema de justicia. Lo ideal sería que entre nosotros existiera el matrimonio obligatorio como existe en Francia, Alemania, Rusia, Bélgica, Holanda, Bulgaria, Polonia, Checoslovaquia, Yugoslavia, Mexico, Venezuela y otros.

4. EL MATRIMONIO COMO CONTRATO

Como lo veníamos anotando anteriormente cuando de finimos que es contrato; hicimos aducción a la definición que trae nuestro Código Civil en su Art. 113 complementado por el Art. 115 que dice: "El contrato dematrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mútuo consentimiento de los contrayendes". En relación con la definición que da el código en su Art. 1495 de contrato, no nos parece tan ajustada porque 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"; concepto este, que no puede ser aplicado en ninguna forma al concepto de matrimonio ya que en cierra éstas obligaciones de índole moral y aquellas obligaciones que de una u otra manera envuelve única y exclusivamente aspectos de índole patrimonial; Valencia Zea dice que: "si bien es cierto el matrimonio supone un acuerdo de voluntades, dicho acuerdo más que todo origina obligaciones que no son patrimoniales, sino obligaciones de índole moral, que no pueden evaluarse en dinero ni directa ni indirectamente, como son el débito conyugal, la fidelidad, la formación de la comunidad doméstica, la de socorro y mutuo respeto entre los conyuges".

Hay otro aspecto importantísimo en todo contrato y es el término de duración de todo contrato, es limitado; en el matrimonio no se puede determinar un tiempo limitado de duración del contrato de matrimonio. El doctor Valencia Zea no comparte con el criterio este de contrato, y afirma que resulta "ilógico recurrir al vano expediente de decir que el matrimonio es un contrato de características Sui-Géneris", porque en verdad hay otras acepciones jurídicas para poder calificar ese acuerdo de voluntades y nos recomienda que se puede llamar negocio jurídico familiar o también pacto o acuerdo matrimonial de nominación esta que creo más correcta, y que por eso reitero mi definición: matrimonio como la unión de un hombre y una mujer, con el propósito de convivir juntos y para todos los fines de la existencia, establecida sobre la

base de la igualdad y del respeto recíproco y con la observancia de ciertas formalidades legales. Y es que en verdad hay diferencias entre la definición de contratos que nos da el Art. 1495 y lo que es el matrimonio en su esencia; porque al momento de la concertación del acuerdo de voluntades observando las formalidades legales; nace una tercera persona y es un ente abstracto, pero de mucha importancia como es la sociedad conyugal, que no se deshace en la misma forma como nace.

La legislación cubana en su código de familia, expedido el 14 de febrero de 1975 (ley 1289) dice: "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello a fin de hacer vida en común" esto es en el Art. 2º y en el Art. 1º expresa la finalidad y dice: que es "el fortalecimiento de la familia y de los vínculos de cariño, ayuda y respeto recíproco entre sus integrantes, el fortalecimiento del matrimonio legalmente formalizado o judicialmente reconocido, fundado en la absoluta igualdad de derecho de hombre y mujer"; lo que quiere decir que la legislación cubana no considera el matrimonio como un contrato, ni incluso; como convención que es más amplio; para concluir tenemos que hacer mención de la definición que da Calogero Gangi, citado por Marco Gerardo Monroy Cabra, dice que matrimonio es: "la unión del hombre y la mujer para formar una familia legítima".

5. REQUISITOS DEL MATRIMONIO

En la doctrina colombiana se ha aceptado la clasificación, en requisitos de fondo y requisitos de forma. Los primeros hacen referencia a las

cualidades que deben reunir los contrayentes en sí mismo, y los segundos a la forma como ha de celebrarse el matrimonio.

Los requisitos de fondo afectan la validez y si se celebra el matrimonio, se produce la nulidad. Ora, los de forma, se oponen a la celebración del matrimonio, pero si se realiza, será válido, según esto tenemos requisitos para la existencia y requisitos para la validez del matrimonio.

La doctrina de los canonistas según dice el doctor Valencia Zea, "consideran todas las condiciones enunciadas como impedimentos, (impedimenta) y los dividen en dirimentes e impedientes; los dirimentes se refieren a la validez del matrimonio, y si, existiendo, se celebrase el matrimonio quedará afectado de nulidad; ora, los impedientes se oponen a la celebración del matrimonio, pero si se celebra será válido.

Los requisitos de fondo pueden ser positivos o negativos, los positivos son: a) diferencia de sexo; b) edad y c) consentimiento de los contrayentes.

Los negativos son: a) existencia de un matrimonio anterior en alguno de los contrayentes; b) vínculo de parentesco entre los contrayentes; c) plazo de viudez; y d) algunos otros casos especiales. De los requisitos de fondo positivos, el doctor Valencia Zea, es partidario de tener en cuenta como requisitos de fondo positivo a la capacidad sexual y capacidad mental.

A. Requisitos de Fondo y de Forma

1. Diferencia de sexos.

La doctrina está de acuerdo a que debe existir diferencia de sexo para la existencia

del matrimonio.⁷ Pero algunos autores, adya-
 cente a este requisito dicen de la capaci-
 dad sexual y la capacidad mental como lo
 anotábamos anteriormente; como otro requi-
 sito.⁷ El doctor Valencia Zea, considera ne-
 cesario que exista la posibilidad de coha-
 bitar o sea, la capacidad sexual dice: de-
 be existir la capacidad de procreación, lo
 que indica que la impotencia Generandi o
 imposibilidad de engendrar que puede prove-
 nir de uno o de ambos cónyuges, sirve de
 fundamento para invalidar el matrimonio.⁷

El doctor Marco Gerardo Monroy Cabra no es
 partidario de esta tesis y trae a coalición
 el concepto de los hermanos MAZEAUD, que se
 ajusta al derecho positivo vigente en Colom-
 bia.⁸ Los autores dicen: "La corte de casación
 ha afirmado clarísimamente la exigencia de
 sexos diferentes. Pero basta con que los
 sexos sean reconocibles, realmente no podemos
 compartir esta tesis; porque si bien es cier-
 to atrás afirmábamos que para que existiera
 matrimonio no era necesario que se diera la
 procreación; siendo este uno de los fines
 primordiales; pero digimos también, que todo
 matrimonio debe ser capaz, por lo menos en po-
 tenci, de obtener esos fines, y decimos en
 potencia porque puede darse el caso de que
 al débito conyugal no siga la procreación,
 es decir, que no haya hijos por el querer
 del marido y mujer o por causas ajenas a su
 voluntad. Pero con todo esto se cumple la
 finalidad del matrimonio como es la mútua
 satisfacción sexual no podemos aceptar un

matrimonio entre un hombre y una mujer como normal; cuando hay malformación o impotencia general en los organos reproductores que imposibilite la realización normal del coito.

2. Edad.

La edad es otro de los requisitos de fondo positivo del matrimonio; hay que distinguir en los seres humanos, la capacidad para la realización de ciertos actos jurídicos y la capacidad para contraer matrimonio; aquella solo la otorga la ley al cumplir el individuo los 18 años de edad por considerar que a esa edad tiene una voluntad suficiente reflexiva para obligarse; en cambio en la capacidad para contraer matrimonio, se relaciona con la constitución de la comunidad doméstica, con la satisfacción ordenada de los apetitos heterosexuales. Dentro de esta capacidad para contraer matrimonio distinguimos dos capacidades: una libre al tenor Art. 2 Dec. 2820 de 1974 y una capacidad no libre.

Dentro de los capaces libres dice el decreto 2820 Art. 2: las personas mayores de 18 años pueden contraer matrimonio libremente; tienen capacidad no libre de contraer matrimonio los varones mayores de 14 años y las mujeres mayores de 12 años pero menores de 18; ya que en este caso requieren de la autorización de sus padres, y a falta de estos o por incapacidad de dar autorización, de los ascendientes y en defecto de estos del curador general o del curador especial.

El permiso debe darse en una forma expresa y por escrito, en caso que sea los padres que nieguen el permiso al hijo para casarse no le es necesario manifestar los motivos que tengan. En cambio el curador no puede negar dicho permiso sin antes manifestar la razón en que se funda para ellos, esos motivos son los siguientes:

- 1) La existencia de cualquier impedimento legal;
- 2) El no haberse cumplido alguna de las diligencias ordenada por la ley para quienes se casan por segunda vez.
- 3) El grave peligro que el matrimonio traiga para el menor o para su prole.
- 4) La vida licenciosa, la embriaguez habitual o la pasión inmoderada por el juego de la persona con quien el menor desea casarse.
- 5) El sufrir esta la pena de reclusión.
- 6) No tener ninguno de los esposos medios suficientes para en cumplimiento de las obligaciones que les impone el matrimonio.

Tenemos ahora que la capacidad libre que tienen los mayores de 18 años puede verse excluida en virtud de enfermedad mental, como los dementes, cuando han sido declarados interdicción judicial, o los locos furiosos aunque no se encuentren en interdicción judicial de acuerdo con el Art. 140 del Código Civil numeral 3º.

3. Consentimiento de los contrayentes.

Es uno de los factores interesantes en el matrimonio, el consentimiento de los propios contrayentes ya que de aquí depende el éxito de la vida en común de los contrayentes; la libertad del consentimiento debe existir al momento de la celebración y debe estar exenta de vicios. En otros tiempos existía el matrimonio por compras y rapto. En la China feudal y otros estados del oriente existía el matrimonio feudal y por compra antes del 1949. Al respecto dice el doctor Valencia: "Al implantarse el socialismo en China, se procedió a dictar la ley del matrimonio de 1950, cuyo Art. 3º establece el matrimonio de basarse enteramente en la libre voluntad de las dos partes. Ninguna de las partes impondrá su voluntad a la otra, ni tampoco se permitirá la intervención de terceras personas". En el régimen feudal se efectuaban los matrimonios en una forma advitriaria, eran los padres quienes arreglaban los matrimonios y sometían a los hijos. El matrimonio era una especie de negocio. Las niñas eran corrientemente comprometidas en su primera infancia por arreglo que hacían sus padres, quienes recibían dinero y regalos en señal de compromiso matrimonial, o regalos de bodas; muchas fueron las víctimas de éste sistema; muchas fueron las parejas desgraciadas, obligadas a vivir bajo techo con un hombre o una mujer que no se amaba. Hoy día queda prohibido el matrimonio decidido advitriariamente por terceras personas,

el matrimonio comercial, cualquier otro acto de ingerencia en la libertad del matrimonio.

4. Inexistencia de vínculo matrimonial en los contrayentes.

Este es uno de los requisitos negativos de fondo y se apoya en la monogamia. Si se celebra un nuevo matrimonio estando vigente un matrimonio válido anterior; el nuevo matrimonio está afectado de nulidad. Si esto no estuviera reglamentado en esta forma por nuestras leyes civiles; implicaría que una mujer podía tener dos maridos o que un hombre tuviera dos mujeres o más. Es más, nuestro código penal también sanciona con pena privativa en la libertad quien contrae segundo matrimonio encontrándose vigente el primero, incurre en bigamia se encuentra contemplado en el Art. 260 del nuevo código penal.

5. Inexistencia de parentesco entre los contrayentes.

Es el segundo de los requisitos de fondo negativo, es que no debe existir un determinado grado de parentesco entre quienes celebran matrimonio. Se prohíbe el matrimonio entre parientes legítimos o ilegítimos por línea directa; esto es de padres con hijas, madres con hijos o con nietos, etc.; también se prohíbe entre parientes por línea colateral de consanguinidad en segundo grado o sea entre hermanos, esto al tenor del Art. 140 numeral 9º; entre los demás parientes

puede normalmente unirse mediante el vínculo matrimonial, tíos con sobrinas, primos hermanos, etc.¹ Estas prohibiciones obedecen más que todo a aspectos morales, y según se afirma, pero científicamente no hay nada comprobado, que existe la posibilidad que se produzca una descendencia degenerada; por lo general resulta incierto.²

Ora, en cuanto al parentesco por afinidad, se prohíbe el matrimonio entre persona que se encuentren unidas entre sí en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima; así está reglamentado en el artículo 13 de la ley 57 de 1887; esto quiere decir que el viudo no puede contraer matrimonio con la hija legítima de la que fué su mujer, pero puede contraer con la hermana de su antigua esposa; considero que los mismos argumentos son válidos para la mujer viuda; los tratadistas poco hablan si la mujer viuda puede contraer matrimonio con el hijo legítimo de quien fué su esposo.³

6. Homicidio del Cónyuge.⁴

Este es el tercero de los requisitos negativos de fondo, donde se prohíbe el matrimonio del cónyuge "que ha matado o hecho matar al cónyuge o con quien estaba unido en matrimonio anterior" esto al tenor del numeral 8 del Art. 140 del Código Civil según esta prohibición la mujer o el hombre que asumieron esa conducta quedan impedidos para contraer matrimonio por el resto de sus días.⁵

Me parece que no debe dársele una interpretación restrictiva, sino amplia y que el impedimento solo debe comprender al cónyuge que, de común acuerdo con otro, mata al otro cónyuge; esto es que el cónyuge homicida no puede casarse con el cómplice. Los impedimentos de que hemos hablado son los dirimientes ora, hay unos que son impedientes como anotábamos anteriormente, que son meras prohibiciones, y entre estos tenemos la prohibición de casarse el tutor o curador con su pupila menor de 18 años, sin que hubiera rendido cuenta de su administración y haya sido probada por el juez por las formalidades legales; se extiende hasta los descendientes del tutor o curador; al tenor del Art. 14 de la ley 57 de 1887. Esta prohibición no invalida el matrimonio en el caso que se celebre.

7. Adulterio de la Mujer.

El Art. 140 del Código Civil y su numeral 7 trae el cuarto impedimento de fondo negativo y dice expresamente: "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", esta es la nueva redacción según la ley 57 de 1887.

En la doctrina colombiana se ha presentado discordias al tratar el tema; algunos son partidarios, que éste impedimento quedó derogado al tenor del decreto 2820 de 1974. El doctor Arturo Valencia Zea, es partida

rio de esta tesis, cuando afirma "quedaron suprimidas todas las desigualdades existentes entre varones y mujeres". El doctor Marco Gerardo Monroy Cabra no es partidario de esta tesis cuando afirma "no hubo derogación expresa ni tampoco tácita, en virtud de que el decreto 2820 de 1974 lo expidió el presidente de la república en uso de las facultades que le otorgó la ley 24 de 1974, la cual enumeró los artículos que podían modificarse, sin que se haya referido al Art. 140 del Código Civil para darle facultades al ejecutivo para reformarlo".

Soy partidario de la primera tesis, porque si hay igualdad se debe instituir una causal por amancebamiento del hombre que diera con la disolución del matrimonio por culpa del esposo y la prohibición de casarse con su amante. Hay que anotar que este es una institución que nos viene desde el derecho romano, donde la mujer no gozaba de los mismos derechos que el hombre; por esa razón, aunque el decreto 2820 no haya dicho expresamente, ni dentro de las facultades que le dieron al ejecutivo está mencionando, creo que por la práctica usual en Colombia este concepto está subvertido y se empieza a legislar bajo otros parámetros.

B. Requisitos de Forma anteriores al Matrimonio.

1. Aviso al juez y publicaciones.

Una vez que mujer y hombre se pongan de acuerdo para unirse mediante el vínculo del matrimonio, debe manifestársele al juez

41

competente su decisión; en este caso al juez municipal de la vecindad de la mujer, verbalmente o por escrito. Han suscitado problemas a éste respecto ya que el código no dice la categoría de juez; el Art. 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", por esa razón fueron muchos los matrimonios que se celebraron ante los jueces civiles del circuito, hoy día se ha aceptado que el juez competente es el civil municipal de la vecindad de la mujer.

En el acto si es verbal o en el memorial si es por escrito expresará los nombres de sus padres o curadores, según el caso, y los de los testigos que deben declarar sobre las cualidades necesarias en los contrayentes para poderse unir en matrimonio, también señalarán la ciudad de todas aquellas personas; así nos enseña el Art. 128 del Código Civil. Diligenciado el acto o recibido el memorial al juez procederá de oficio, a practicar todas las diligencias necesarias para obtener el permiso de que trata el Art. 117 del Código Civil, esto si son menores, y recibir declaraciones a los testigos indicados por los solicitantes.

El Art. 130 del mencionado código dispone que el juez debe interrogar a los testigos a cerca de las cualidades requeridas a los

contrayentes para unirse en matrimonio, a cuyo efecto les leerá el Art. 140 del Código Civil y los examinará también sobre los demás hechos que crea necesario para ilustrar su juicio. Cumplidas todas estas formalidades, y el hecho del cambio del estado civil es un acto público por lo tanto debe ser conocido por todos, procede la publicidad al proyecto matrimonial, ya que no es un acto secreto ni clandestino. La ley quiere que todo el que tenga interés conozca de ésta situación y del futuro estado civil de los contrayentes; estas publicaciones deben efectuarse antes de la celebración del acto matrimonial; las publicaciones se hacen por medio de edictos que permanecerá fijado por un término de 15 días continuos, en la secretaría del despacho del juez,

2. Oposición.

tenemos que este es otro de los requisitos de forma anterior al matrimonio. Tenemos aquí que toda persona que acredite un interés legítimo pueda impedir el matrimonio y denunciar los impedimentos, por eso es que la ley exige las publicaciones con el fin de que quienes se crean con derecho a oponerse, lo hagan sin demora. Quiénes pueden oponerse a la celebración del matrimonio?; tenemos en primer lugar a los padres o los curadores en relación con los menores de 18 años negando el permiso. Si bien es cierto el inciso segundo parte final del Art. 130 del Código Civil nos enseña que el juez fijará un edicto

43

por 15 días donde señala, "los nombres y apellidos de los contrayentes y el lugar de su nacimiento, para que dentro del término del edicto ocurra el que se crea con derecho a impedir el matrimonio, o para que se denuncien los impedimentos que existen entre los contrayentes, porque tenga derecho a ello". Según éste tenemos en segundo lugar, que como se exigen unos requisitos y son de fondo; son positivos y negativos de los cuales ya hablamos; como son la diferencia de sexo, la capacidad, la manifestación de la voluntad de los contrayentes; la existencia de un matrimonio anterior, el parentesco en línea directa de ascendiente o descendiente, que los contrayentes sean hermanos o que se encuentren unidos por un vínculo de afinidad legítima en el primer grado en línea recta. Estos impedimentos están consagrados como de orden público, se deduce que cualquier persona conocedor de esa circunstancia puede denunciarlos, pues todo el mundo tiene interés legítimo en impedir tales matrimonios, incluso el ministerio público, en protección de la ley y de la sociedad, por ausencia en alguno de los contrayentes, o en ambos, de alguna de las condiciones de fondo positivos, o ya por la existencia de los impedimentos que constituyen requisitos negativos de fondo.

Para hacer la oposición hay en término y por regla general es el término de los 15 días que durará el edicto fijado en la puerta del despacho del juez; pero tenemos que hay

impedimentos instituidos por motivos de orden público, estos deben admitirse en cualquier tiempo, ya sea antes de la celebración del matrimonio, o mientras se celebra.

Toda oposición debe probarse, salvo la formulada por los padres o ascendientes en razón de la minoría de edad de los contrayentes, tienen 8 días para presentar las pruebas de la oposición. Vencido este término se señalará día para la celebración del juicio y se decidirá sobre la oposición; si esta prospera el juez debe decir cuales motivos y fundamentos la hizo prosperar; esto es en la no existencia de alguno de los requisitos que deben reunir los contrayentes, en este caso el fallo producirá efectos absolutos. Pero si la oposición estriba solo en un impedimento, el fallo producirá efectos relativos.

Si la oposición no prospera como nos enseña el Art. 134 del Código Civil, "Practicadas las diligencias indicadas en el Art. 130 y si no se hiciere oposición, o si haciéndose se declara infundada, se procederá a señalar día y hora para la celebración del matrimonio, que será dentro de los 8 días siguientes; esta resolución se hará saber inmediatamente a los interesados". El juez debe ordenar al tenor de éste artículo la realización del matrimonio y condenar al opositor a indemnizar los perjuicios a los contrayentes o a los terceros.

C. Requisitos Coetáneos a la celebración del matrimonio.

Por la definición o significado de coetáneo, tenemos que es en el mismo momento, que coinciden en la misma época, edad o tiempo. Se refiere a los requisitos siguientes, al funcionario encargado de presenciarse y autorizar el acto; el lugar donde debe celebrarse, la presencia de los contrayentes y de los testigos, la declaración de voluntad y la redacción del acto matrimonial.

El Art. 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 conformidad con éste artículo el matrimonio se celebrará ante el juez civil del distrito de la vecindad de la mujer; si la mujer tiene varias vecindades podrá escoger una de ellas para tal efecto; y en el municipio donde haya varios jueces municipales, estará obligado a celebrarlo el que escojan los contrayentes.

Es un requisito esencial y así lo exige la ley, que para poder contraer matrimonio, los contrayentes expresen sus declaraciones de voluntad ante el juez y su secretario y en presencia de dos testigos debidamente juramentados y hábiles para tal fin. En la declaración de voluntad hay que distinguir, si los contrayentes comparecen personalmente o si uno de ellos; en este caso el varón, se encuentra ausente y exprese su voluntad mediante apoderado especial,

constituido ante notario público. El individuo que se pretenda casar por medio de apoderado, deberá mencionar en el poder el nombre y apellido de la mujer, con tal de que no haya dudas de quien se trata. Este poder es revocable pero no surtirá efectos la revocación si antes de la verificación del matrimonio no sea notificado en debida forma a la mujer. La mujer en ninguno de los casos puede casarse por intermedio de apoderado, debido que el matrimonio no debe celebrarse en su domicilio y no hay razón para esto.

Presentes los contrayentes, sea personalmente o el varón por intermedio de apoderado el juez preguntará a los contrayentes, en presencia de los testigos y su secretario, si es de su libre y espontánea voluntad unirse en matrimonio, haciéndole conocer la naturaleza del acto que van a celebrar, para tal efecto les leerá los arts. 176 y 152, que nos enseña: "los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida" y también la forma como se disuelve, "el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado" respectivamente.

Expresado el consentimiento de los contrayentes en la forma dicha, se levantará un acta de lo ocurrido, la cual formarán el juez, los contrayentes, los testigos y el secretario. El acta debe contener también, el lugar, día, mes y año de la celebración del matrimonio los nombres

47

y apellidos de los casados, los del juez, testigos y secretario; el juez ordenará que se protocolice en una notaría las diligencias judiciales correspondientes, y copia de la escritura de protocolización debe inscribirse en el respectivo registro del estado civil de la persona; este último de acuerdo al tenor del Art. 68 del decreto 1260 de 1970 que dice: "El matrimonio podrá inscribirse a solicitud de cualquier persona. En todo caso no se procederá al registro sino con vista en copia fidedigna de la respectiva acta de la partida parroquial, en cuanto a los matrimonios católicos, o de la escritura de protocolización de las diligencias judiciales o administrativas correspondientes en caso del matrimonio civil.

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

También se puede celebrar matrimonio ante agentes diplomáticos o consulares en Colombia de extranjeros, conforme a la ley 266 de 1938 dice así: serán válidos en Colombia los matrimonios celebrados ante agentes diplomáticos o cónsules de países extranjeros, siempre que se llenen las siguientes condiciones:

- a) Que la ley nacional de los contrayentes autorice esa clase de matrimonio.
- b) Que ninguno de los contrayentes sea Colombiano.
- c) Que el matrimonio celebrado no contraríe las

disposiciones o causales de nulidad de los ordinales 7, 8, 9 y 12 del Art. 140 del Código Civil y la del ordinal 2 del Art. 13 de la ley 57 de 1887.

d) Que el matrimonio se inscriba en el registro del estado civil dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la celebración".

6. PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

El matrimonio conlleva efectos matrimoniales que inciden en los actos jurídicos de los casados, entre sí y en sus relaciones para con terceros; aunque la ley permite a los cónyuges disponer y acordar el régimen de su patrimonio y aún adoptar la separación convencional de bienes, mediante las capitulaciones matrimoniales, que deben celebrar antes del matrimonio, a partir de la celebración de éste:

- a) Cada uno de los cónyuges conserva sus propios bienes como los inmuebles adquiridos a cualquier título antes del matrimonio y lo que luego adquiere a título gratuito o por sucesión.
- b) Igualmente conservan los cónyuges, mientras no padezcan de incapacidad plena autonomía para administrar y disponer de sus propios bienes y de los que adquieran luego del matrimonio a título personal.
- c) Frente a terceros se consideran los cónyuges como separados de bienes y cada uno de ellos responde de sus propias deudas a menos que se trate de deudas comunes; esto es de la sociedad conyugal.

49

d) Conforme al Art. 13 del decreto 2820 de 1974 reformativo del 180 por el solo hecho del matrimonio se constituye, se crea o nace la sociedad conyugal.

En nuestro régimen de derecho común o régimen legal en Colombia es el de una sociedad conyugal de gananciales.

Nuestro legislador ha sido afortunado al considerar, que la vida en común de los cónyuges implica no solo una asociación de personas, sino también una asociación de bienes; con este criterio se ha puesto en el medio de los dos polos opuestos del criterio en que la sociedad que se forma con el matrimonio es una sociedad universal de bienes; o sea entran todos los bienes habidos y por haber; y la otra, que es la sustracción total de los bienes.

En nuestro sistema no todos los bienes de los cónyuges entran al haber de la sociedad conyugal, ni existe una administración única, pues cada cónyuge administra separadamente sus bienes. En verdad el matrimonio crea una íntima asociación de personas pero no de bienes ni de administración. Dice el doctor Valencia Zea, que: "El ideal de los juristas antiguos de una asociación absoluta de personas, de administración y de bienes, que se expresaba en la frase un cuerpo, un alma y un patrimonio, y que fué reemplazado por los juristas colombianos por esta otra un cuerpo, dos almas y tres patrimonios". Esto es verdad a raíz de la ley 28 de 1832 que le da plena capacidad a la mujer para administrar sus bienes; por eso siempre se distinguirán tres pa

rimonios el del varón, la mujer y el de la sociedad conyugal.

A. Activo de la Sociedad Conyugal

Según venimos anotando todos los bienes no entran al activo de la sociedad conyugal, sino los que responden al concepto de gananciales. Gananciales quiere decir, rendimiento. Es una sociedad universal en el sentido que la ganancia, provecho o rendimiento que constituye el activo de la sociedad no importa que sea por capital, intereses, trabajo, salario o pensiones.

La ley 28 de 1832 reglamentó la sociedad conyugal.

Según el Art. 1781, el activo de la sociedad conyugal se componía:

1. De los salarios devengados por los cónyuges durante el matrimonio.
2. De los provechos de los patrimonios de los cónyuges o del patrimonio social.
3. Del dinero que los cónyuges aportaron al matrimonio o adquirieron durante él, obligándose la sociedad a la restitución de igual suma.
4. De los bienes muebles que los cónyuges aportaron al matrimonio o que adquirieron durante él, quedando la sociedad obligada a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición.
5. De los bienes que los cónyuges adquirieron

durante el matrimonio a título oneroso.

- 6. De los bienes raíces que la mujer aportó al matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero.

El código distingue al reglamental el activo de la sociedad conyugal dos clases de bienes.

- 1) Bienes que no están sujetos a reparto, sino que debe devolverse al cónyuge que los adquirió.
- 2) Bienes gananciales, cuando la sociedad se disuelva.

Esto hoy día creo que no se debe hacer esa distinción ya que la ley. 28 de 1932 le da plena capacidad a la mujer para administrar sus bienes, antes sí, ya que el marido era el representante de la mujer y era una defensa para que maridos inescrupulosos no dejaran sin bienes a su esposa.

También hacen parte del activo de la sociedad conyugal los rendimientos de la propiedad intelectual o industrial; son derechos que recaen sobre objetos inmateriales y que integran la denominada propiedad intelectual.

B. Bienes que no pertenecen a la Sociedad Conyugal.

Según el análisis que se viene haciendo, encontramos que cada cónyuge puede ser titular

de dos clases de bienes: unos que tienen la calidad de gananciales y otros que no la tienen o son bienes de la sociedad conyugal, los que se adquirieran o tengan antes del momento de casarse el cónyuge; lo que adquiriera durante la sociedad a título gratuito; los adquiridos en la sociedad a título oneroso, pero subrogados a bienes exclusivamente propios y los adquiridos inmediatamente después de haberse disuelto la sociedad conyugal. A partir de la ley 28 de 1932 que entró a reglamentar la sociedad conyugal; tampoco son del activo de la sociedad aquellos bienes que el cónyuge entra a poseer durante la sociedad conyugal, pero cuyo título de adquisición existía ya al momento del matrimonio.

El haber de la sociedad conyugal según el Art. 1781 y especies muebles que los cónyuges aportaban al matrimonio, quedando obligada la sociedad a restituir al cónyuge aportante la suma o el valor de lo aportado; esto era cuando la mujer era incapaz de administrar sus bienes y el marido asumía la jefatura de la sociedad. Hoy día no; cada cónyuge administra, tanto sus bienes como los de la sociedad conyugal que también le pertenecen que son los que se llaman gananciales. Por lo tanto el activo de la sociedad conyugal después de que entró a regir la ley 28 lo integra únicamente los bienes que forman parte de la masa común partible a la disolución de la sociedad. Cuando me refería anteriormente a bienes que el cónyuge entra a

a poseer durante el matrimonio pero cuyo título de adquisición precede es cuando un individuo con dinero propio, paga el valor de un bien inmueble, pero solo la tramitación del título se verifica después del matrimonio, en este caso el bien nunca entra a hacer parte del activo de la sociedad conyugal.

Ora, los bienes adquiridos a título gratuito tampoco hacen parte de la sociedad conyugal; como las herencias, legados y donaciones simples. Pero los que son a título oneroso entra al activo social, y la parte adquirida a título gratuito pertenece, en forma exclusiva, al patrimonio del cónyuge adquirente.

Los bienes adquiridos durante la sociedad subrogados a bienes exclusivamente propios; pertenecen exclusivamente al cónyuge adquirente. Esta subrogación tiene por objeto, imprimirle a un determinado bien que se adquiriera con el precio de uno anterior, la misma calidad que tenía el anterior, como cuando el marido vende la casa que se le adjudicó en una herencia y con el precio compra otra. La subrogación real necesita ser expresa. La sociedad conyugal puede ser disuelta subsistiendo el matrimonio, y todos los bienes que se adquirieran a partir de la disolución es propiedad exclusiva del cónyuge adquirente y no entran al activo de los bienes de la sociedad, porque los cónyuges quedan sometidos al régimen de separación de bienes, régimen al que es ajeno el concepto de gananciales.

C. Bienes y Deudas frente a Terceros.

Los cónyuges son dueños de los bienes que forman el activo de la sociedad conyugal, pero en tratándose de deudas; se entiende que deben subsanarlas con sus propios bienes, que son de propiedad exclusiva del cónyuge deudor sin poder someter los bienes de la sociedad conyugal; salvo que las deudas sean comunes; esto es, de la sociedad conyugal. El cónyuge que, por el efecto de una hipoteca o prenda constituida sobre una especie que le ha cabido en la división de la masa social; paga una deuda de la sociedad, tendrá acción contra el otro para repetir la mitad de lo que pagare; y pagando una deuda del otro cónyuge, tendrá acción para repetir contra el total de lo pagado.

La mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta concurrencia de su mitad de gananciales; para gozar de éste beneficio debe probar el exceso de la contribución que se le exige, sobre su mitad de gananciales, ya por documentos o por inventario.

Cuando coméntábamos la ley 28 de 1932, decíamos que le había otorgado plena capacidad a la mujer para administrar sus bienes, y que ya no era el hombre el jefe supremo del hogar; encontramos en el artículo 1834 del Código Civil un maltratamiento del varón con relación a las deudas de la sociedad conyugal. El cónyuge varón debe pagar el total de las deudas de la sociedad; mientras que el primer inciso del Art. 1833 dice: "la mujer no es responsable de las deudas de la sociedad, sino hasta concurrencia de su mitad de gananciales. Vemos aquí una

desigualdad, ya que el marido debe pagar todo; luego una excepción; "salvo su acción contra la mujer para el reintegro de la mitad de estas deudas según el artículo precedente". La redacción debería ponerlos en el mismo plano ya que hay igualdad de derechos!

Las deudas por las que responde la sociedad conyugal estan señaladas en el Art. 1796 del Código Civil, "la sociedad conyugal está obligada al pago:

- 1) De todas las pensiones e intereses que corran sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la sociedad.
- 2) De las deudas y obligaciones contraídas durante su existencia por el marido o la mujer, y que no fueren personales de aquel o ésta, como lo serían las que se contraen por el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior. La sociedad por consiguiente, es obligada con la misma limitación, al tanto de toda fianza, hipoteca o prenda constituida por el marido". Soy del criterio que este inciso quedó derogado con la ley 28 de 1932 por lo explicado anteriormente.
- 3) De todas las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello.
- 4) De todas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales de cada cónyuge.



5) Del mantenimiento de los cónyuges; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes, y de toda otra carga de familia se mirará como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges".

El juez o prefecto podrá en todos los casos moderar los gastos.

7. DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

El Código Civil en su Art. 1771 trae definido lo que son las capitulaciones matrimoniales dice:

"se conoce con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro".

Por el hecho del matrimonio, no solo los cónyuges quedan vinculados con las obligaciones personales de vivir juntos y auxiliarse mutuamente, sino que por ese mismo hecho, queda contraída la sociedad conyugal o sociedad de bienes sociales, llamada entre nosotros sociedad de gananciales. Como es obvio, y casi por regla general en los matrimonios hay bienes que son de exclusiva de los cónyuges que no pertenecen a la sociedad.

En Colombia poco se acostumbra las celebraciones de capitulaciones matrimoniales.

No forman parte de la sociedad conyugal o de ga

57

nanciales, es decir, forman parte de los bienes de propiedad exclusiva de los cónyuges y al disolverse la sociedad no se procederá a dividir por partes iguales entre ellos, los que estos adquieran por donación, es decir, cuando por acto entre vivos le ha sido cedido en una forma gratuita, el derecho de dominio sobre alguna cosa; por legado, es decir, cuando por acto testamentario se le cede a título gratuito el derecho de dominio de una cosa y el cual se adquiere desde la muerte del testador y por último el derecho de dominio que se adquiere sobre las cosas por causa de muerte o por herencia.

Quiénes pueden celebrar capitulaciones matrimoniales ?; Toda persona que está en condiciones, según la ley de poder contraer matrimonio; es decir, los mayores de 18 años que pueden casarse libremente; también los menores de esa edad, pero mayores de 12 y 14 años, mujer y hombre respectivamente, pero con el consentimiento de sus representantes legales o guardadores. Necesitan el consentimiento tanto para el matrimonio como para la celebración de las capitulaciones matrimoniales. Los sordomudos, dilapidadores y todos aquellos que a pesar de estar en interdicción pueden casarse, y pueden celebrar capitulaciones matrimoniales pero con la autorización de su curador.

El Art. 19 de la ley primera de 1976 reformativo del Art. 198 del Código Civil. "Ninguno de los cónyuges podrá renunciar en las capitulaciones matrimoniales o fuera de ella la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes" y el Art. 20 reformativo del Art. 199 del

Código Civil nos dice: "Para que el cónyuge incapaz pueda pedir la separación de bienes deberá designársele un curador especial". Y el Art. 61 del decreto 2820 de 1974 nos enseña, que cualquiera de los cónyuges, siempre que sea capaz si puede renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal pero sin perjuicio de terceros.

8. INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO

No es lo mismo la constitución irregular de un negocio jurídico que su no constitución, así como no es lo mismo el nacimiento defectuoso de un ser humano y su aborto se considera, que el matrimonio no existe y nunca se ha celebrado; consecuentemente no puede tenerse como putativo, ni produce efecto alguno cuando se presenta una de estas circunstancias:

a) Igualdad de sexos en los contrayentes.

Aunque se considere difícil no es imposible que se presente por alguna circunstancia, el matrimonio entre dos personas que al momento de la celebración eran de igual sexo; como tal celebración va contra la naturaleza y finalidad del matrimonio; tanto en lo civil como en lo católico, pues para que haya matrimonio se requiere la convención, el acuerdo y la voluntad unánime de un hombre y de una mujer, para convivir y procrear; no es posible aceptar su existencia ni efecto alguno de hacerlo, o si se aceptara la validez del matrimonio sería ir en contra de la naturaleza y contra toda norma moral.

El Art. 113 del Código Civil dice claramente que el matrimonio es contrato entre "un hombre y una mujer". En este caso es el ser que posee los órganos sexuales viriles; la mujer, la que tiene los órganos propios del sexo femenino.

El doctor Valencia Zea, es partidario de la capacidad sexual. Dice que la "exigencia de que los contrayentes tengan diferenciación de sexo lleva a la firme conclusión de que es inexistente el matrimonio entre persona del mismo sexo".

Se presentan casos de hermafroditismo o de la mala conformación de los órganos sexuales que impidan el normal desarrollo de la relación sexual también da lugar a la inexistencia del matrimonio.

b) Falta de Celebración.

Se entiende que no existe celebración del matrimonio en una de las siguientes circunstancias:

1. Cuando no ha existido o estado presente el funcionario competente en este caso el juez civil municipal del domicilio de la mujer, aunque haya pronunciamiento.

Es el caso de los contrayentes que expresan en voz perceptible su voluntad de recibirse y tenerse como marido y mujer, solo ante testigos o ante impostor, un falso juez; ante notario, gobernador o ante otro funcionario diferente.

Lo anterior es distinto a cuando los contrayentes hacen la manifestación y realizan celebración ante un juez diferente al competente; ante un juez distinto al de la vecindad

de la novia o ante el juez civil del circuito en cambio del juez civil municipal; lo cual engendra o genera nulidad y no i nexistencia.

- 2. Cuando a falta, de uno o de ambos contra yentes el pronunciamiento o la expresa ma nifestación de aceptarse y tenerse como ma rido y mujer, prestándose este caso para confundir la falta de manifestación con la falta de consentimiento o con la falsedad en que se puede incurrir en el acta y en el mismo registro, puesto que uno de los contrayentes puede no hacer manifestación, y por él hacerlo un tercero que esté presen te - o expresar su negativa, pese a lo cual aparece en el acta en sentido contrario, o de buena fe el funcionario o uno de los con trayentes puede confundir un sí o un nó del otro contrayente o del de éste con el de un tercero.

- 3. Cuando la celebración realizada carece de toda seriedad.

Resulta posible que, por motivo alguno el juez competente acepte recibir los presun tos contrayentes y testigos, en cuyo momen to aquellos hacen el pronunciamiento o ma nifestación, pero todo ello dentro de la si mulación o ficción de verdadero matrimonio.

Resultaría lógico que allí no existe verdade ra celebración, sino imitación o montaje de celebración así los contrayentes crean o sean convencido - equivocadamente - de que hubo verdadera o seria celebración; donde en

realidad no la hubo, por ser ella celebraci3n simplemente novelezca, dramatizada o engañosa.

Ora, el transcurso del tiempo, la forma, la convivencia ni el trato que como marido y mujer se hayan podido dar o aparentar las personas, tiene la fuerza ni el poder suficiente para transformar el matrimonio lo que nunca ha sido.

Para que pueda ser invocada esta causal de inexistencia del matrimonio no se requiere de decisi3n judicial, sólo se requiere que la causal o circunstancias que la origina hayan sido constatada o debidamente probada judicialmente a solicitud de cualquier persona; no necesariamente por los contrayentes; y en la eventualidad en que solo la anime un interés puramente moral o social pues si no existe el matrimonio tampoco existe ni genera ninguna de sus consecuencias.

La teoría de la inexistencia del matrimonio se conoce desde la época de Napole3n quien pudo distinguir entre el matrimonio afectado de nulidad y el matrimonio inexistente y dijo: "no hay matrimonio cuando no hay consentimiento; si no hay matrimonio, no es que este sea nulo sino inexistente".

El primer expositor de esta teoría fué Zachariae, citado por Marco Gerardo Monroy Caba; quien señaló que debía distinguirse entre falta de condiciones esenciales del matrimonio y falta de condiciones de validez;

a falta de algunas de las primeras no habría matrimonio y ni siquiera sería preciso recurrir a una acción de nulidad, en tanto que en ausencia de las segundas el matrimonio sería válido provisionalmente y hasta tanto la nulidad fuese declarada judicialmente". En nuestra legislación no se consagran estas causales; pero en la doctrina si se han aceptado y jurisprudencialmente; el Art. 140 del Código Civil no las contempla.

Pasó por alto el legislador colombiano la carencia de diferencia de sexos o capacidad sexual de los contrayentes como causal de nulidad. Dentro de la lógica general supusieron que no era necesario hacerlo. Hoy día con los progresos de la ciencia, en el campo de la sexología y la biología y los constantes conflictos que se diligenciaban antes los tribunales a este respecto, dejaron por debajo esas suposiciones; tampoco instituyó la falta del consentimiento o la celebración ante funcionario desprevisto de jurisdicción para la celebración del matrimonio; por eso se hizo necesario la creación de estas causales y acogerlas doctrinarias y jurisprudencialmente.

Además la ley 57 de 1887 en su Art. 16 dispuso que "fuera de las causas de nulidad de matrimonios civiles enumeradas en el Art. 140 del Código Civil y en el Art. 13 de esta ley no hay otras que invaliden el contrato matrimonial!"

Por lo que tenemos que concluir que no

63

admitiendo la teoría de la inexistencia del matrimonio, serían válidos los contraídos entre dos mujeres; o los contraídos entre hombre con hombre o también los celebrados entre personas que no pueden celebrar el acto sexual por carecer de los órganos reproductores, también aquellos donde hombre y mujer expresaron un consentimiento total o parcialmente simulado o totalmente contrarios; y los que celebran ante un inspector de policía o alcalde del municipio. Algo que repugna con los principios más elementales del derecho.

La inexistencia, la nulidad y la disolución del matrimonio son circunstancias que devienen y afectan de diversa manera al matrimonio.

La disolución del matrimonio lo reglamenta el Art. 1 de la ley primera de 1976 y dice: "que el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado."

El matrimonio en este caso ha cumplido con todos los requisitos y exigencias, es complemento válido y existente, produce sus efectos jurídicos; ora, el matrimonio nulo produce efectos jurídicos hasta el momento de ser disuelto mediante una sentencia judicial; ya que él nace a la vida jurídica, claro que, afectado de nulidad; en cambio el matrimonio inexistente, no produce ningún efecto jurídico ya que no nace a la vida jurídica, es como la nada y ésta no puede contener elemento.

9. NULIDAD DEL MATRIMONIO

A. En que Consiste.

La nulidad es una sanción; que consiste en la privación de los efectos; impuesta al matrimonio que viola o no reúne los requisitos para él exigido por las normas jurídicas que lo regulan.

El Código Civil, en su Art. 6 inciso 2 nos dice: "en materia civil son nulos los actos ejecutados con la expresa prohibición de la ley, sin ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad así como la validez y firmeza de los que arreglan a la ley constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que estipulan en los contratos".

Ora, el Art. 1740 nos enseña: "es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes".

B. Nulidades Absolutas y Relativas.

Nuestro Código Civil en el Art. 1741 dice: "la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad

relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato"

1. En que consisten.

Existen requisitos o condiciones para el matrimonio; que la ley exige en defensa del orden público y de las buenas costumbres y que se cumplan en forma rigurosa e indefectibles; si no se observan en la celebración el matrimonio así contraído queda afectado de nulidad absoluta por tratarse de un acto que se pone en conflicto-se realiza en contravía- con el orden público y las buenas costumbres; si tal celebración prepermite, en cambio, requisitos que no afecten en forma alguna el orden público y las buenas costumbres, solo queda afectada la nulidad relativa, impuesta sólo para proteger un interés particular. La corte ha sostenido en sentencia de Octubre 21 de 1946 doctor Manuel José Vargas, como magistrado ponente "cuando la omisión se refiere a un requisito exigido en los actos celebrados en consideración a su naturaleza o especie, la nulidad es absoluta, existe respecto de todo, afecta el orden público. Cuando se trata de la prescindencia de un requisito exigido en el acto o contrato en atención a la calidad o estado de las partes, la nulidad sólo beneficia al relativamente incapaz; es, pues, defectos limitados."

A diferencia de nulidad absoluta que por afectar el derecho público de la nación puede ser declarada de oficio, la relativa sólo puede solicitarla la persona en cuyo fa

vor se ha establecido, sus herederos o cesionarios".

Las nulidades en la legislación colombiana son taxativas. Solo existen como tales las expresamente mencionadas por los Arts. 140 del Código Civil y 13 de la ley 57 de 1887.

El Art. 16 de la ley 57 de 1887 advierte en forma expresa "fuera de las causas de nulidad de matrimonios civiles enumeradas en el Art. 140 del Código Civil y en el 13 de ésta ley no hay otras que invaliden el el contrato matrimonial". De acuerdo al Art. 140 y la ley 57 son nulos:

- a) El matrimonio de los impúberes
- b) El de quienes expresan un consentimiento anómalo o irregular por vicios del consentimiento (error y violencia ordinales 1, 5, y 6, por enfermedades mentales o debilidad síquica, ordinal tercero).
- c) El contrayente que mató a su cónyuge con su cómplice.
- d) El de parientes entre sí, ya por consanguinidad, adopción o afinidad.
- e) El de quienes ya estaban casados (Código Penal - bigamia) Art. 263.
- f) El celebrado ante un juez incompetente.

En derecho tenemos que lo nulo puede pasar por válido mientras alguien así no lo determine y obtenga providencia judicial de invalidez del acto y destrucción de sus efectos.

2. Titulares de la Acción.

a) De la nulidad Absoluta.

La ley 50 de 1936 en su Art. 2º prescri-
be: "la nulidad absoluta puede y debe
ser declarada por el juez, aún sin peti-
ción de parte, cuando aparezca de mani-
fiesto en el acto o contrato; puede ale-
garse por todo el que tenga interés en
ello; puede asimismo pedirse su declara-
ción por el ministerio público en inte-
rés de la moral o de la ley. Cuando no
es generada por objeto o causa ilícitos,
puede sanearse por la ratificación de
las partes y en todo caso por prescrip-
ción extraordinaria."

Cuando el matrimonio adolece de nulidad
absoluta, puede esta ser declarada: pri-
mero por el juez; en una forma oficiosa
sin petición de persona alguna y en ejer-
cicio de las funciones y deberes que su
cargo de juez de la república le imponen.

El Art. 15 de la ley 57 de 1887 dice:
"las nulidades a que se contraen los nú-
meros 7,8,9,11 y 12 del Art. 140 del Có-
digo Civil y el número 2 del Art. 13 de
ésta ley, no son subsanables, y el juez
deberá declarar, aún de oficio, nulos
los matrimonios que se hayan celebrado
en contravención a aquellas disposicio-
nes prohibitivas"

Podría pensarse que la declaración ofi-
ciosa de nulidad debería hacerse según

68

dicho texto legal, en todo caso en que el juez encuentre plenamente probada la existencia de un impedimento insubsana- ble, aunque la celebración no haya sido demandada; pero resulta que de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil el juicio de nulidad del matrimonio civil se sigue por los trámites del ordinario de mayor cuantía, y que la demanda debe notificarse al agente del ministerio público para que intervenga en interés de la moral y de la ley, y, especialmente, en defensa de los intereses de los hijos, según esto, o como diría el juez, sin haberse cumplido esa última formalidad y sin que medie una súplica expresa de anulación, decretar la nulidad oficiosamente? pero de otro lado, cómo pretender que cuando la demanda no versa sobre nulidad del matrimonio sino sobre efecto del mismo, no pueda el juez desconocer su validez, para decidir de ese desconocimiento las consecuencias legales, si encuentra plenamente demostrada la nulidad absoluta del contrato matrimonial y si un texto expreso de la ley lo ordena declarar de oficio?.

La solución de éste aparente conflicto es un concepto de la sala civil de la H. C. S. de J. la siguiente: La nulidad declarada mediante demanda expresa al respecto con intervención del ministerio público y por los trámites del capítulo I, título XIX del Código Judicial, produce

69

erga omnes, al paso que la nulidad que se declara de oficio, sin las formalidades expresadas, produce efectos inter partes solamente, lo que no significa que tales efectos se limiten al juicio en aquella ha sido declarada, pues racionalmente operan en lo sucesivo sin limitación alguna, para regular los efectos que del contrato anulado emanen para las partes contratantes.

De este modo, como muy bien lo observa el opositor, se armonizan los Arts. 15 de la ley 57 de 1887 y 783 del Código de Procedimiento Civil si es que estos últimos no fijaron el sentido y alcance del primero.

Una solución distinta conduciría al absurdo de que un matrimonio viciado por algún impedimento dirimente, insubsanable, condenado por la moral y buenas costumbres y contrario al orden público, tendría que ser respetado por la justicia mientras su anulación no fuere declarada en sentencia firme, previa la acción directa correspondiente con la intervención del ministerio público y por el procedimiento del juicio ordinario, no obstante existir disposición legal expresa que ordena el juez desconocer de oficio la validez de ese contrato.

Además, según el Art. 151 del Código Civil: "en la sentencia misma en que se declare la nulidad de un matrimonio se ordenará lo concerniente al enjuiciamiento y pronto

castigo de los que resulten culpados, y se determinarán con toda precisión los derechos que correspondan al cónyuge inocente y a sus hijos, en los bienes del otro consorte, la cuota que cada cónyuge debe contribuir para la educación y alimentos de sus hijos, la restitución de los bienes traídos al matrimonio, y se decidirá sobre los demás incidentes que se hayan ventilado por las partes".

Honorable Corte Suprema de Justicia, T. XXI, Nº 2112, cesación de Marzo 7 de 1952 página 363 (1,2).

En segundo lugar, a petición de cualquier persona que alegue o efectivamente tenga interés en ello.

En tercer lugar el ministerio público en interés de la moral o de la ley y como representante de la sociedad.

Puede pedirla, entonces, el Procurador General de la Nación o cualquiera de sus agentes que, como gestores y defensores de la sociedad son los llamados a exigir la efectividad y protección de aquella.

b) De la nulidad Relativa.

El Código Civil Art. 1743, enseña: "la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a petición de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han es

21

tablecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes. La incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin autorización de marido o de juez o prefecto en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer y del marido".

Si el beneficio o destinatario de la sanción legal no ejecita la acción de anulación dentro del término habilitado o expresamente la ratifica, se convalida el matrimonio así afectado.

C. Causales de nulidad Absoluta e insubsanables.

Son nulos, en forma absoluta, los matrimonios celebrados en virtud, en presencia o en ocurrencia con una de las siguientes circunstancias:

1. El adulterio - resulta afectado de nulidad absoluta el matrimonio celebrado entre la mujer (o el hombre), adúltera y su cómplice, previa declaratoria del adulterio en juicio, antes de efectuarse el matrimonio.

No obstante que la forma aludida solo se refiere al adulterio de la mujer, nada impide - y por el contrario, la establecida y aún pretendida igualdad de derechos y de obligaciones de los sexos, hace aceptable - que el adulterio del marido sea también tenido en cuenta como causal de nulidad, o que sea abolida esa causal como explicamos en títulos anteriores.

2. Homicidio - El numeral 8 del Art. 140 dice: "cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior". No requiere, esta causal de nulidad, que el cónyuge victimario haya sido o no condenado, ni siquiera capturado o procesado; pero tampoco considera como tal; sea como causal de nulidad, la simple tentativa. La norma es amplísima ya que contempla para todos los casos, considero que se le debe dar una interpretación restrictiva, ya que debe contemplar al cómplice del acto homicida; ya que en la forma como está redactado, afecta por igual el matrimonio que el homicida contraiga con su copartícipe que con tercero.

3. El parentesco por Consanguinidad.

Es nulo el matrimonio contraído entre ascendientes y descendientes-entre padres e hijos-o entre hermanos.

Tambien el contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante o con quien fué la esposa del adoptante.

El matrimonio así contraído es conducta punible al tenor del Código Penal Art. 259.

El matrimonio entre consanguíneos en línea recta pugna al orden de la naturaleza. En todos los pueblos y en todas las épocas (excepto la época de la barbarie hacia atrás), semejantes uniones han sido severamente prohibidas y declaradas incestuosas.

23

Entre hermanos el matrimonio no es aceptable: la pureza del hogar doméstico y la moralidad de las familias estarían singularmente comprometidas si la ley autorizara tales uniones. Además, la ciencia médica aconseja que los matrimonios entre parientes cercanos no se realicen; aunque todavía no se ha demostrado con certeza que sea causa de degeneración física o intelectual de la especie humana.

4. Por Afinidad.

Es nulo el matrimonio celebrado por quienes están entre sí en el primer grado de línea recta de afinidad legítima, o sea entre el suegro y la nuera o entre el yerno y la suegra.

5. La Bigamia.

Matrimonio anterior válido-cuando subsista matrimonio anterior, contraído por uno de los nuevos contrayentes, o de ambos, es nulo el que vuelven a contraer entre sí o con otro. No solamente se impone la sanción civil para el matrimonio celebrado con desconocimiento de la existencia del vigente o anterior, sino que sobreviene para el bigamo la sanción establecida por el Art. 260 del Código Penal, consistente en prisión de uno o cuatro años. La ley 57 de 1887, Art. 15 las nulidades a que se contraen los números 7, 8, 9, 11 y 12 del Art. 140 del Código Civil y el número 2 del Art. 13 de ésta ley, no son subsanables, y el juez deberá declarar, aún de oficio, nulos los matrimonios que se hayan celebrado en contravención a aquellas disposiciones prohibitivas" las causales de nulidad son taxativas.

74

La ley 57 de 1887, Art. 16 "fuera de las causas de nulidad de matrimonios civiles enumeradas en el Art. 140 del Código Civil y en el 13 de ésta ley otras que invaliden el contrato matrimonial. Las demás faltas que en su celebración se cometan, someterán a los culpables a las penas que el Código Penal establezca".

Todo el régimen de la nulidad, que es la sanción que ampara la organización jurídica, pertenece al orden público, y a las leyes que la establecen y gobiernan, por su propia naturaleza y por ser contentivas de una sanción, están sometidas a interpretación restrictivas que incluye de manera absoluta toda aplicación extensiva o analógica. Y respecto de ningún acto jurídico tienen más rigidez y operancia estos principios que en relación con el matrimonio-más institución jurídica que simple contrato de derecho civil-porque es el cimiento de la organización social y fuente más abundante de las relaciones de derecho. La necesidad imperiosa de hacer excepcionalmente este contrato familiar indujo al legislador a establecer, exclusivamente para él, el régimen de las nulidades únicas expresas, con el objeto de sustraer su validez y su estabilidad del régimen general de las nulidades virtuales por contravención a disposiciones expresas de la ley. Impidiendo de esta manera que quedara expuesto como cualquier otro acto jurídico a las conclusiones, no siempre aceptadas y socialmente aconsejables, de la libre interpretación de los jueces en el análisis de la eficacia y validez

25

de los negocios jurídicos.

Tales son los casos de nulidad absoluta del matrimonio, y la enumeración de ellos es limitativa, así como los de nulidad relativa. En materia de matrimonio no hay nulidades virtuales, según resulta del Art. 16 de la ley 57 de 1887, que reemplaza el Art. 147 del Código Civil.

D. Nulidades Relativas y Subsanables.

1. La falta de Consentimiento.

El Código Civil en el Art. 140 numeral 3 "cuando para celebrarlo-el matrimonio-haya faltado el consentimiento de alguno de los cónyuges o de ámbos. 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, contraerán válidamente matrimonio". Ora el Art. 115 "el contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mútuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en éste Código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contraviniere a tales formas, solemnidades y requisitos". Por su parte el Art. 138 "el consentimiento de los esposos debe pronunciarse en

voz perceptible, sin equivocación, y por las mismas partes, o manifestarse por señales que no dejen duda".

La voluntad real de los contrayentes requisito fundamental para la existencia del matrimonio y se entiende cumplido cuando aquellos exterioricen y lo manifiesten ante el juez competente y los testigos dentro de la celebración por sí mismo, en voz perceptible y sin equivocación o por medio de señales que no dejen duda, en lo cual se denota el querer único e idéntico, por parte de ambos cónyuges.

El Código en su Art. 1502: "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, y
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"

Es necesario que la ley proteja a los contrayentes, sin embargo, de su propia ignorancia, del fraude y la violencia de que puedan ser víctimas al expresar el consentimiento y querer matrimonial y exigir, no solamente, la manifestación sino el pleno consentimiento del acto y de las circunstancias en que lo contraen y de

y de libertad de aceptación sin lo cual el consentimiento y matrimonio mismo existen, pero, quedan viciados como sucedería cuando, ante el juez competente y las demás formalidades de la ley, uno de los dos contrayentes hacen el pronunciamiento pero en estado de embriaguez, bajo el efecto de drogas tóxicas, de hipnosis o de demencia; el sí o la aceptación exteriorizada no corresponde sino a un sonido sin contenido real de voluntad, al esquema o apariencia de declaración o manifestación de voluntad que en realidad no existe por no corresponder ella al mundo del espíritu y sentidos del hombre.

Se requiere, entonces, que quien emite el consentimiento, sea consciente y capaz de hacerlo, por ello el Art. 140 numeral 3, citado presume que no son capaces y falta el consentimiento: en primer lugar los dementes -mientras permanezcan en tal estado- y se entiende que permanecen en tal estado de demencia o locura aunque tengan intervalos lúcidos y los actos realizados en tales condiciones no producen siquiera, obligaciones naturales Código Civil Art. 1504 inciso 2 y en segundo lugar a quienes se hayan puesto en interdicción judicial para el manejo de sus bienes. El consentimiento puede estar viciado por la fuerza, error y dolo, el Art. 1508 dice:

28

"los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo"

2. Error.

El matrimonio es nulo y sin efecto cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos (Código Civil Art. 140 numeral 1).

Código Civil Art. 1512. "El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato."

Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato."

Cual es el error que vicia el matrimonio? Mucho se ha discutido en doctrina cual es el alcance de la expresión error que usa el legislador, porque él puede presentarse en tres formas: Error en cuanto a la persona física; error en cuanto a la persona civil y social, y error en cuanto a las cualidades de la persona.

Existiría error en cuanto a la persona civil, cuando él recae sobre el conjunto de atributos que determinan el lugar de una persona en la sociedad. Por ejemplo, si una familia residente en nuestro país pacta el matrimonio de una hija con el hijo de

otra que está en el extranjero y—en lugar de presentarse ésta lo hace en aventurero bajo el nombre de la persona esperada.

Como puede verse, no hay en este caso error en cuanto a la persona física.

La generalidad de la doctrina estima que tanto el error en cuanto a la persona física como a la persona civil vicia el consentimiento en el matrimonio. Se ha dicho y con razón, que el alcance de la expresión error no puede limitarse al primer caso, que en la práctica es imposible que se presente. Como afirma De molombe, "semejante equivocación no es admisible ni como truco en una obra teatral".

Cuestión más delicada es la de saber viciado el consentimiento del error que incide en las cualidades determinantes del otro contratante, y ello por las muy variadas formas en que puede presentarse. Al respecto, es posible multiplicar los ejemplos: error en la calidad de hijo legítimo, en la religión, en el estado civil (se cree que la persona es soltera cuando en realidad es divorciada), en la virginidad de la mujer, en creer honrado e intachable al otro cónyuge, cuando en realidad ha sufrido una condena infamante, en cuanto a la fortuna, a los títulos, etc.

Con la sola enunciación de los ejemplos se ve cuan relativo es este error. Tenemos el caso de la nacionalidad. En épocas normales el error en ésta época no tendría influencia, en cambio en tiempo de guerra, si resulta que la nacionalidad del cónyuge es la del país enemigo, el

80

el error podría ser determinante.

Ora, quien puede alegar la nulidad por error? solo el contrayente que haya padecido el error lo puede alegar una vez que le conozca o de él se haya informado; en cuanto siga en la cohabitación y no lo alegue o lo haga valer, caducará tal derecho sin que pueda después invocar el error como causal de nulidad del matrimonio, el Art. 142 del Código Civil no dice el tiempo en que prescribe.

3. La Fuerza.

Se entiende por fuerza la intimidación, física o moral, suficiente y capaz de producir, en uno o en los contrayentes la sensación o sentimiento de miedo o temor que les motiva o impulsa a prestar su consentimiento en matrimonio, sin la espontaneidad requerida para el mismo.

El Código Civil en su Art. 1513: "La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de éste género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o algunos de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial esto es, el sólo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento".

Tenemos en primer lugar una fuerza física. Sobreviene con la intimidación material y directa sobre el contrayente víctima. ej: con la tortura, el secuestro, el hipnotismo. En segundo lugar tenemos la fuerza moral. Se traduce en la amenaza para la realización de un mal futuro en la persona del contrayente, de sus consanguíneos, en sus parientes o en su patrimonio.

El Art. 1514 del Código 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 cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento".

La fuerza como causal de nulidad del matrimonio. Art. 140: "El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

- 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 cause 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".

- Quien puede alegar la nulidad del matrimonio con base en esta causal?. Solo el cónyuge víctima de la fuerza y obligado a consentir, puede invocar esta causal, para lo

cual dispone de un término de tres meses, contados a partir del momento en que haya cesado la fuerza y quedado en libertad; por el contrario si convive durante tres meses siguientes a haber cesado la fuerza, sin reclamar, se convalida o ratifica y no podrá prosperar con posterioridad esta causal.

4. Rapto.

Consiste en apoderarse, mediante violencia o fraude, de una persona para efectuar con ella actos libidinosos o celebrar matrimonio. Pese a que esta causal es simple modalidad de la anterior, el Código Civil, la considera como independiente.

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

Esta es una figura que en las instituciones de derecho civil tiende a desaparecer y se afianza más en el derecho penal; ya no con el nombre de rapto sino como secuestro simple Art. 269 Código Penal de 1980.

5. La Impubertad.

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

2. Cuando se ha contraído entre un varón menor de 14 años, y una mujer menor de 12, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad".

En sentido positivo la pubertad se refiere y comprende la aptitud para procrear, estableciéndose como presunción de derecho en los 14 años en el hombre y en los 12 en la mujer, edad en la que, de todas maneras, se es incapaz absoluta en razón de la madurez requerida para poder emitir válidamente su voluntad (madurez que aún no existe o por lo menos, el intelecto, a tal edad, aún no alcanza a captar y de cir libremente lo conveniente).

La ley no determina, en cambio, una edad máxima después de la cual afecte la validez del matrimonio, por ello se celebran matrimonios de mayores y con diferencia de edad que solo obedecen a intereses distintos a los propios del matrimonio, por cuya razón se impone que tambien se afecta de nulidad relativa-alegable por parte interesada-el matrimonio celebrado después de los sesenta años.

Puede pedir la nulidad del matrimonio, en virtud de ésta causal, solo el representante legal del cónyuge-o de cada cónyuge incapaz o menor (sus padres, indistintamente, o curador o tutor), pero si tal representante legal se encuentra ausente o no existe, puede alegarla el mismo menor, asistido por el curador Ad-Litem, nombrado por el juez o por el incapaz relativo-siempre que reuna las condiciones de la ley y sea ratificado por el juez -"Art. 45 numeral 1 y 2 del Código de Procedimiento Civil", y una vez contraído el matrimonio

84

hasta antes de transcurridos tres meses desde el momento en que el cónyuge menor llegó a la pubertad (14 años en el hombre y 12 en la mujer) o antes de que la mujer impúber haya concebido). Si pasado este término no se reclama el matrimonio se convalida; lo mismo caducará el derecho de reclamación para la mujer que conciba antes de transcurrido dicho término, pero tal caducidad no puede extenderse al varón impúber aunque su consorte conciba antes de llegar a la pubertad Art. 143 del Código Civil.

6. La Celebración entre Curador o Tutor y Pupilo.

Hasta tanto la mujer (y hoy también el varón) bajo tutela o curatela no haya cumplido 18 años, o las cuentas respectivas hayan sido aprobadas, con las formalidades legales por el juez, no le es lícito al tutor o curador; que haya administrado o administre sus bienes, contraer matrimonio con ella; o el menor si es varón.

Este impedimento o inhabilidad comprende a los descendientes del tutor o curador para contraer matrimonio con el pupilo o pupila de aquél, en forma expresa; y para los demás ascendientes y socios del referido tutor o curador, no le es lícito contraer matrimonio con el pupilo o pupila sin la autorización de los otros tutores o curadores; en cuanto sean varios; o del juez. El Art. 501 del Código Civil: "por regla general,

ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuge, o ascendientes o descendientes legítimos, o de sus padres o hijos naturales, o de sus hermanos legítimos o naturales o de sus consanguíneos o afines legítimos hasta el cuarto grado inclusive, o de sus padres adoptantes o hijo adoptivo, o de algunos de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorización de los otros tutores o curadores generales que no esten implicados de la misma manera, o por el juez prefecto en subsidio".

El Art. 14 de la ley 57 de 1887 dice expresamente que el juez no puede autorizar el matrimonio en que se contravenga o se viole lo anterior, y el último inciso dice: "el hombre que se case católicamente, mediando el impedimento expresado en este Artículo, quedará privado de la administración de los bienes de la mujer".

7. La incompetencia del juez o de los testigos.

La ley 57 de 1887 en su Art. 13 enseña: "el matrimonio civil es nulo: numeral 1 cuando no se ha celebrado ante el juez y los testigos competentes".

Ya se ha precisado que el juez competente para la celebración del matrimonio, es el de domicilio o vecindad de la novia (Art. 126 del Código Civil) y que no son testigos hábiles; las personas menores de 18 años, los ciegos, los sordomudos que no se

den a entender por ningún signo convencional los extranjeros no domiciliados en la república, los que no entiendan el idioma de los contrayentes y quienes por sentencia están inhabilitados para ser testigos como quienes hayan sido condenados por perjurio o falso testimonio (Código Civil Art. 127).

Solo pueden alegar esta causal, los cónyuges, y la ley no señala término de prescripción, lo cual equivale a decir que no es subsanable por el transcurso del tiempo.

Esta nulidad tiene cabida cuando el matrimonio se celebra ante juez municipal distinto del juez del domicilio de la mujer, o cuando se efectúa ante juez civil, pero sin testigos o con testigos inhábiles. Por que el celebrado ante funcionario distinto es un matrimonio inexistente. Ej: Un notario, un alcalde, un gobernador, etc. distinto del juez municipal del domicilio de la mujer.

10. SEPARACION DE CUERPOS

Es esta una figura introducida por la ley primera de 1976 de la legislación colombiana.

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

87

de los cónyuges, pero deja incólume el vínculo y las demás obligaciones emanadas de aquél aun que se puede tomar como un medio o causal para llegar al divorcio.

La separación judicial de cuerpos es de gran importancia para el derecho colombiano, por varios motivos. En primer término, los casados canónicamente, al no poder divorciarse, solo pueden recurrir a la separación. En segundo término los casados civilmente bien pueden recurrir a la separación como etapa preparatoria del divorcio, ya que conforme a la causal octava del Art. 154 puede pedirse el divorcio cuando la separación de cuerpos decretada judicialmente ha durado más de dos años.

A. Causas de la Separación de Cuerpos.

Conforme a los Arts. 4 y 15 de la ley 1 de 1976, hay lugar a la separación de cuerpos: a) por las causales que autorizan el divorcio; b) por mútuo consentimiento de los cónyuges manifestado ante juez competente.

El cónyuge inocente podrá, en consecuencia elegir, dentro del mismo término establecido para invocar el divorcio, según sus propias conveniencias, resentimientos o propósitos, entre el divorcio y la separación de cuerpos, con la advertencia de que si opta por la separación, luego de dos años de vigencia podrá acudir o transformarla en divorcio, mientras que si opta de una vez por el divorcio solo puede impedir o exterminar sus efectos con la reconciliación; no tiene,

88

en tal evento, facultad para transformar el divorcio en separación de cuerpos.

El doctor Arturo Valencia Zea, no está de acuerdo en que las causales para el divorcio sean las mismas para la separación de cuerpos. "Sin duda, las causales de separación de cuerpos y de divorcio han debido ser diferentes en el sentido de hacer más estrictas y limitativas las del divorcio y más amplias y fáciles las de separación. Por ejemplo, si uno de los cónyuges alega incompatibilidad de caracteres para hacer vida común, pero el otro se opone, se niega la separación, cuando debiera otorgarse; en cambio el simple acuerdo de ambos es causal de separación".

B. Obligaciones que se suspenden.

Tenemos en primer lugar, que el vínculo del matrimonio no se disuelve, queda vigente; pero hay obligaciones que por el hecho de la separación de cuerpos extinguen como es: a) la cohabitación decreto 2820 de 1974 Art. 11 "y dice salvo causa justificada los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos tiene a ser recibido en la casa del otro". Pues en este caso ya no están obligados a vivir juntos, desapareciendo por ello también; b) La de asistencia o ayuda y c) La fijación del domicilio conyugal, cada uno de los cónyuges seguirá en su domicilio personal.

C. Obligaciones que perduran.

Según la ley 1ª de 1976; basta con que los cónyuges, en cualquier tiempo, expongan y

confiesen por escrito su propósito ante el juez y le informen la manera como atenderán en adelante; el cuidado de los hijos comunes, la cuota o proporción en que contribuirán a los gastos de crianza educación y establecimiento de los mismos hijos y de ser preciso el sostenimiento de cada cónyuge, igualmente el estado en que queda la sociedad conyugal, si quieren la separación definitiva o temporal caso este último, por cuanto tiempo, siempre que no exceda de un año quedando así facultados para que a su expiración la tornen definitiva o prolonguen su vigencia y si guardan silencio, se presume que hubo reconciliación, al tenor del Art. 16 de la ley antes mencionada. Ante lo cual el juez debe acoger la pretensión y decretar la separación sin información ni prueba alguna sobre la razón y contenido de la misma, en virtud de que; la causa o motivo que permite invocarla y decretarla es precisamente el acuerdo de los cónyuges, el cual por su propia naturaleza se demuestra eficazmente con la manifestación que hacen ambos del deseo que tienen de separarse. En este caso, pues son innecesarias, vale decir, supérfluas, las demás pruebas que se deduzcan para acreditar ese mutuo consentimiento.

Ora, por el matrimonio los cónyuges se conceden recíprocamente el don de sus cuerpos y de una manera exclusiva.

Desde las nupcias los casados solo pueden tener relaciones sexuales entre sí; en ello con

siste precisamente el deber de fidelidad en ese campo, obligación que de manera concreta les impone el Art. 9 del decreto 2820 de 1974 y cuya violación está sancionada permitiendo al cónyuge inocente de mandar con fundamento en la infidelidad del otro, la simple separación de bienes, la de cuerpos o a ún el divorcio que hoy disuelve el vínculo matrimonial.

La obligación de fidelidad que tiene su raíz en la unión matrimonial misma y nace y muere con ésta, no puede suspenderse por el decreto de separación, como otras obligaciones que nacen de la vida en común, tales como las de cohabitación, socorro y auxilio. La separación de cuerpos, como lo declara el Art. 17 de la ley 1 de 1976, deja intacto el vínculo matrimonial, pues su alcance solo va hasta suspender la vida en común de los casados, quienes desde entonces no están obligados a vivir juntos. En tales circunstancias, la obligación de cohabitar queda suspendida para los consortes; la de fidelidad, en cambio sigue vigente, intacta, ella tiene operancia mientras el matrimonio perdure.

El separado de cuerpos que, infringiendo el deber de fidelidad que le obliga aún en el estado de separación, realiza relaciones sexuales extramatrimoniales, con su proceder, al tenor de lo dispuesto en el Art. 4 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

91

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 se nece el vínculo matrimonial, sea por muerte de uno de los cónyuges por declaración de nulidad del matrimonio, o por la declaración judicial de divorcio.

El estado civil de los hijos en cuanto a separación de cuerpos no se afecta en nada.

La patria potestad y los demás derechos y obligaciones, al igual que en el divorcio subsisten en forma íntegra; a menos que en la sentencia el juez disponga alguna variación en cuanto a la guarda y cuidado de los hijos menores.

Subsistiendo el matrimonio, dentro del estado de separación; lo que impide nueva unión y al mismo tiempo origina la bigamia; y con él varias obligaciones que el matrimonio impone, como fidelidad que ya hablamos arriba, ayuda; a ese estado de separación de cuerpos pone fin; el fallecimiento de uno de los cónyuges, la reconciliación, que no requiere de formalidad ni prueba alguna, pues la ley no lo exige y a los cónyuges les basta obtener su registro con el fin de impedir los efectos legales de la inscripción de la separación de cuerpos, y la conversión de la separación de cuerpos en divorcio.

El divorcio, solo puede demandarlo el cónyuge inocente respecto de la separación, luego

de dos años contados a partir de la ejecutoria de la sentencia que la decretó.

D. En cuanto al Patrimonio.

La sociedad conyugal se disuelve, a menos que los cónyuges en mútuo acuerdo; siendo la separación temporal, manifiesten su voluntad de mantenerla vigente. (ley 1 de 1976 Art. 17 inciso 2).

Con respecto a los derechos hereditarios y expectativas sucesorales se pierden o extinguen para los cónyuges (ley 1 de 1976 Art. 12 párrafo - y 18).

III. DIVORCIO

1. Que es Divorcio

El divorcio supone la disolución absoluta, plena y total del vínculo del matrimonio y habilita a los cónyuges divorciados, salvo específicas prohibiciones, para contraer nuevas uniones. Considero que el divorcio es tan antiguo, como antigua es la civilización del hombre; tenemos en el texto bíblico que es algo que nos legó la época antigua, escritores hablando acerca del divorcio; así en el libro Deuteronomio capítulo 24 versículo 1º y 2º. que dice: "Cuando alguno tomare mujer y se casare con ella, si no le agradare por haber hallado en ella alguna cosa indecente, le escribirá carta de divorcio, y se la entregará en su mano, y la despedirá de su casa". El segundo dice: "y salida de su casa, podrá ir y casarse con otro hombre". En el libro de San Mateo en el capítulo 19 versículo 9 dice: "Y yo os digo que cualquiera que repudia a su mujer, salvo por causa de fornicación, y se casa con otra, adúltera; y el que se casa con la repudiada, adúltera"; esto ya en el nuevo testamento nacimiento de la época feudal.

La iglesia católica no comparte con esta tesis, manteniendo su doctrina incólume de la indisolubilidad del matrimonio; opinan que solo la muerte pueda destruir tan sagrado vínculo. Aunque la misma doctrina admite la separación del matrimonio, pero como simple suspensión de la vida familiar, con vigencia del ligamen tanto

espiritual como legal exigiendo celibato for
soso para dejar así el camino y la esperanza
para que los cónyuges se vuelvan a reunir ba
jo acuerdo, perdón y olvido de sus faltas.

Varias son las escuelas sociológicas y filosó
ficas que han tratado este tema Ej: los malthu
sianos afirman: "que es necesario reducir el
número de comensales en el banquete de la vida
es deber de todo individuo de la especie huma
na no pensar en matrimonio más que cuando se
tiene con qué sobrevivir a las necesidades de
la progenitura".

El anarquismo propende por la multiplicidad de
goces a que haya que atribuirle los hijos a la
sociedad y no a los cónyuges, para así llegar
a que la sociedad no dirija su amor y su aten
ción a los individuos que salgan de sus propias
entrañas sino que el amor maternal se convierta
en amor social.

El libertismo sexual se propone la supresión
del vínculo matrimonial porque se opone a la
satisfacción de ciertos institutos o por lo me
nos se reclaman facilidades para el amor, lle
gando a considerar inmoral el vínculo del ma
trimonio, o en forma moderada considerará que no

Es moral el matrimonio que obliga a mantener
el vínculo una vez extinguido el amor, o que
debe imponerse el amor libre.

Al decir de Marx; "El feminismo, se espera el
día en que el vínculo sea totalmente libre en
plenitud de amor y total liberación económica;
O en el que la unión sea libre sobre el afecto

mútuo, el respeto propio y la dignidad ajena y en que el divorcio puede pedirse en favor del vínculo libre porque nadie puede enajenar irrevocablemente su libertad.

En Colombia el divorcio data desde la segunda mitad del siglo pasado; cuando el estado colombiano se da una legislación propia y es en el año 1853 bajo el gobierno del doctor José Hilario López mediante la ley 20 que estableció el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular; tenía como causales para ese divorcio; el adulterio de la mujer, amancebamiento del marido injurias graves y frecuentes maltratos físicos, se vicia y ausencia por más de tres años. Asimismo se estableció el divorcio vincular por mútuo consentimiento de los cónyuges. En esta época la sociedad colombiana no estaba preparada para tal innovación, y se presentó un verdadero caos. Por esta razón en 1856 fué abolida y se dispuso; que el matrimonio solo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y lo que pactara en contrario sería nulo; para ésta época el estado colombiano estaba organizado en pequeños estado confederados.

Se siguió la pugna en la legislación de esos estados y solo en 1886 cuando la reforma constitucional donde se constituye la nación en república unitaria, constitución ésta liberal y de corte social, en el Art. 53 dispone: inciso 1º "el estado garantiza la libertad de conciencia"; y en último inciso dispone: "El gobierno podrá celebrar con la santa sede convenios su

96

jetos a la posterior aprobación del congreso para regular, sobre bases de recíproca diferencia y mútuo respeto, las relaciones entre el estado y la iglesia católica". Aquí se le da preponderancia a la iglesia católica y de esta forma recobra su prestigio perdido (Ver historia del matrimonio pág. atrás).

Solo hoy a partir de la ley 1 de 1976 se institucionaliza el divorcio en virtud de la cual se disuelve el matrimonio válido. Esto en el matrimonio civil porque en el matrimonio celebrado por los ritos canónicos solo admite la separación de cuerpos.

Existen varias tendencias sobre el divorcio; desde la antigüedad existió el divorcio repudio, ya comentado capítulo 24 versículo 1 y 2 del libro Deuteronomio.

En segundo lugar tenemos el divorcio por mútuo consentimiento. Hoy existente en nuestra legislación, gracias al numeral 8 del Art. 154 del Código Civil conforme a la ley primera, de 1976. Claro está que una indirecta dice: "la separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure más de dos años"; esto como causal de divorcio.

Y tenemos ya estudiando la separación de cuerpos que se puede dar por mútuo consentimiento de las partes.

En varios países es aceptado el divorcio por mútuo consentimiento; como son: Los países Socialistas, Mexico, Francia, Brasil, Perú, Costa Rica, etc. Se fundamentan en la idea de que el matrimonio es un contrato que puede formar

- se y disolverse por mútua voluntad.

En tercer lugar tenemos la tendencia del divorcio sanción y opinan que el divorcio debe decretarse cuando es precedido por faltas graves de alguno de los cónyuges, como maltrato físico, embriaguez habitual, etc. y el divorcio remedio que obedece a hechos ajenos a todo concepto de culpa. Ej: cuando alguno de los cónyuges padece de una enfermedad incurable.

Como última tendencia tenemos a aquella que mantiene el vínculo incólume; sin tener en consideración cuales hechos suceden después de haberse consumado el matrimonio.

Es partidaria de esta tendencia la iglesia católica. Para la iglesia católica, el matrimonio rato y consumado es indisoluble (cánón 1118). Según el cánón 1015, "El matrimonio válido de los cristianos se llama rato si todavía no se ha consumado; rato y consumado, si entre los cónyuges ha tenido lugar el acto conyugal, al que por su misma naturaleza se ordena el contrato matrimonial y por el que los cónyuges se hacen una sola carne". Este mismo cánón trae una presunción y dice: "Si los cónyuges han cohabitado después de haber celebrado el matrimonio, se presume que lo han consumado, mientras no se demuestre lo contrario".

2. Separación de Bienes.

(Ley 8ª de 1922 y ley 1ª de 1976).

La simple separación de bienes es la que se efectúa sin divorcio, en virtud de decreto judicial o por disposición de la ley. Según el

Art. 200 del Código Civil había dos causales: La insolvencia del marido, o su administración fraudulenta. Nada más con el fin de mejorar la condición de la mujer como socia, no como cónyuge fué dictado el Art. 2º de la ley 8ª de 1922, merced al cual se aumentaron las causales de separación agregando el divorcio por hechos imputables al marido de acuerdo con el Art. 154 del Código y la disipación y el juego habitual de que trata el Art. 534 del mismo código.

Hecho ese aumentó las causales de separación de bienes no son ya únicamente dos, sino muchas más, a saber: insolvencia, administración fraudulenta, disipación, juego habitual y hechos imputables al marido de los que autorizan al divorcio según el Art. 154 del Código Civil Colombiano. La ley 8ª de 1922 se redujo a crecer el número de causales, pero no varió el fenómeno. Este continuó siendo de simple separación de bienes. Este decreto fué modificado por el decreto 2820 de 1974 que derogó el Art. 2º y 3º del mencionado decreto Art. 70.

3. Causales de Divorcio.

El Art. 154 del Código Civil enumera las causas cuya presencia daña los fines matrimoniales, fines que la ley protege en nombre del interés público. La mayoría de esas causas están inspiradas en el principio de culpabilidad, según el cual se exige la conducta intencionada para perturbar la vida común, y se apoya en la serie de actos o circunstancias estimadas por el legislador contrarios al derecho conyugal, que

99

deben darse en la persona del cónyuge culpable para que constituya infracción jurídica. Tenemos, que la culpa de ambos cónyuges no se compensa. Tanto el trato cruel como los ultrajes pueden no ser actos de violencia, pero sí índice de brutalidad incorregible o revelar una total omisión de las consideraciones esenciales para la convivencia espiritual del matrimonio. Hay otras causales que son menos numéricamente que no están inspiradas en ese principio de culpabilidad, sino a factores ajenos al cónyuge que genera la causal; el doctor Valencia Zea, "causales no debidas a la comisión de un ilícito familiar. Dentro de las primeras causales tenemos: causales primera, segunda, cuarta y séptima del Art. 154 según la nueva redacción que incluyó la ley primera de 1976; y dentro de las segundas causales tenemos: la sexta, la octava y la novena.

La ley primera de 1976 fue posible en virtud del nuevo concordato de 1974 aprobado según la ley 20; que establece como derecho común el matrimonio civil, y da efectos civiles al matrimonio celebrado según el código de derecho canónico; ya que el concordato de 1887 reconocía como válido y que solo podrían casarse los bautizados por los ritos católicos los que se sometían al concilio de trento; más tarde la excepción de la ley 54 de 1924 o ley Concha o sea los que apostataran de la religión católica, podían contraer por la ley civil.

A. Relaciones Sexuales Extramatrimoniales de uno de los Cónyuges.

Es la primera causal de divorcio que nos trae el código en el Art. 154 numeral 1,

Siendo ^{De la lo admisión} el matrimonio, la unión de dos personas de sexo distinto para todos los fines de la existencia, incluyendo la entrega y el don de sus cuerpos en forma exclusiva en aras de la sexualidad y de la procreación ^{y la crianza de los hijos e hijos, por lo cual} es lógico y se justifica que el incumplimiento de la naturaleza y finalidad propios

^{del matrimonio se constituyen y eleva como causal de disolución del mismo.} del matrimonio se constituyen y eleva como causal de disolución del mismo.

Además de aplicar la violación ^{de la obligación de fidelidad} e incumplimiento de la obligación de fidelidad emanada e impuesta por el matrimonio, consiste esta causal en la unión sexual de uno de los casados con persona distinta de su propio cónyuge. Pero aquella infracción al don exclusivo, para en cambio entregar o conceder su propio cuerpo a persona distinta de su consorte, debe ser cuando menos; 1. Voluntaria; esto es, aceptada, tolerada o provocada por el cónyuge infiel; para así distinguir las conductas delictivas que sanciona el nuevo Código Penal en sus Arts. 298 acceso carnal violento; el 299, acto sexual violento y 300 acto sexual en persona puesta en capacidad de resistir, también se requiere que el cónyuge inocente no haya provocado y sentido las relaciones sexuales extramatrimoniales de su consorte e infiel. A diferencia de la legislación anterior en que los actos de infidelidad recibían un trato diverso por cuanto un solo acto de la mujer originaba

el divorcio o la separación y respeto del marido se requería del amancebamiento el nuevo estatuto consagra como causal el divorcio de separación de cuerpos y, de separación de bienes, las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges (Art. 4 de la ley 1ª de 1976) y, a pesar que la mencionada causal no viene revestida de absoluta claridad, por cuanto impropia mente utiliza la locución, relaciones sexuales, cuya forma plural pudiera dar margen para reflexionar y afirmar que tales relaciones debe ser múltiple, lo cierto resulta ser que la referida causal va orientada a sancionar, en igual forma, la reprobable conducta de infidelidad de uno de los cónyuges, motivo por el cual un solo acto de adulterio de la mujer o del varón la configura, y así debe entenderse, maxime en la presencia de la legislación que consagró la igualdad jurídica de los sexos (ley 24 de 1974, decreto 2820 de 1974 y decreto 722 de 1975).

Esta causal solo puede invocarla el cónyuge inocente, siempre que no haya provocado, consentimiento o perdonado la infidelidad del cónyuge culpable, dentro del término de un año, contado a partir del momento en que tuvo conocimiento de la infidelidad o de las relaciones sexuales extramatrimoniales de su consorte.

Esta causal no admite la confesión como medio único de prueba, en consecuencia si existe confesión, debe estar complementada y de

bidamente demostrada por otros medios ordinarios de prueba.

B. Grave e Injustificado Incumplimiento, por parte de alguno de los Cónyuges, de los Deberes Conyugales. *de acuerdo con los deberes de esta causal*

Esta es la segunda causal y el numeral segundo del Art. 154 la enuncia así: "El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges, de sus deberes de marido o de padre o de esposa o madre".

El ilustre doctor Valencia Zea considera que la amplitud de esta causal contempla las otras causales culposas; dice así: "debe observarse que la amplitud de esta causal va hasta el extremo de que las demás causales debidas (1^a, 3^a, 4^a, 5^a y 7^a) no son sino especializaciones de ella, pero que el legislador, en virtud de su gravedad, estimo oportuno enunciarlas específicamente."

Cuales son los deberes u obligaciones del padre y esposo o de madre y esposa.

Como tales deben tenerse todas y cada una de las obligaciones que para los cónyuges nacen del matrimonio, a excepción ^{de la fidelidad} que genera la causal anterior; ^{entre ellas} se cuentan ~~la~~ de ayuda, socorro y fé recíproca entre los cónyuges; y todas las inherentes de los padres para con los hijos (comprendidas dentro de la patria potestad, tales como la crianza, educación, alimentos, etc.).

Pero el incumplimiento debe ser grave e

injusto, es decir que revista peligro inminente para los beneficiarios y no tenga razón alguna que lo motive Ej: enfermedad, incapacidad, desprotección social, etc. que impida al cónyuge el incumplimiento y normal atención de sus obligaciones.

Ha dicho la corte en sentencia de 8 de julio de 1977 M.E. doctor German Gerardo Z. "la ley impone a los casados ciertas obligaciones que brotan naturalmente de la relación jurídica matrimonial, como la recíproca de fidelidad, socorro y ayuda.

Si el marido, pues, como sucede en el caso que se estudia abandona el hogar doméstico, desde luego que se ausentó de él sin justificación, y además, dejó de atender su obligación de socorro que mira al sostenimiento de las necesidades materiales de su esposa y de sus hijos, y decontera a aquella institucionalmente de todo trato, hasta llegar al extremo de retirarle la palabra, con lo que infringió ciertamente su deber de asistencia o ayuda para su cónyuge, es menester concluir que de manera injustificada y materia grave, ha concluido para con su esposa los siguientes deberes que la ley le impone como marido:

- a) La obligación de vivir junto con ella (Art. 11 del decreto 2820 de 1974).
- b) La obligación de socorrerla, es decir de darle lo necesario congrua subsistencia (Art. 175 del Código Civil).

104

c) La obligación de ayudarla o de asistirle, vale decir de prestarle apoyo moral, intelectual y afectivo en todas las circunstancias de la vida (Art. 176 ibidem)".

C. Los Ultrajes o trato Cruel.

Esta es la causal tercera de divorcio, se refiere a los ultrajes el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ello se pone en peligro la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges, o de sus descendientes, o se hace imposible la paz y el sosiego doméstico.

Si la recíproca estimación entre marido y mujer languidecen hasta el extremo de extinguir la lumbre del hogar al propio tiempo se arruina por completo el afecto en que descansa la existencia jurídica de la sociedad conyugal.

Los ultrajes son las injurias que un cónyuge infiere al otro, estos pueden ser de palabra o de hecho. Todo ultraje o injuria de un cónyuge para con el otro implica una violación de los deberes mutuos de respeto y afecto.

Es una obligación entre los consortes, respetarse, amarse, comprenderse. /

Dentro de los parámetros de ultraje o injuria debe tenerse en cuenta caso como los siguientes: Todos los actos de infidelidad que no alcanza a constituir una relación sexual extramatrimonial Ej: ^{o que otro tanto se} la inseminación artificial de la mujer sin consentimiento del marido; también toda ofensa al honor u honra de uno de los cónyuges o de sus más próximos

parientes; tambien tenemos la contaminación venérea y otras conductas.

Al lado de estas conductas tenemos el trato cruel. Y los maltratamientos de obras.

El trato cruel es la conducta desconsiderada hacia el otro cónyuge; los maltratamientos de obra son igualmente ataques de injurias, pero provenientes de acciones materiales, Ej: los golpes, lesiones personales, etc. El juez apreciará cada caso en concreto de acuerdo a las costumbres imperantes en el medio en la cual se han producido, como tambien el grado de cultura de los consortes.

D. La Embriaguez habitual de uno de los Cónyuges.

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

La ingestión de alcohol o bebidas alcohólicas desarrolla en el organismo un proceso toxico que conlleva a la embriaguez y luego a la intoxicación, que puede ser aguda o crónica, con resultados y efectos acordes con el grado de resistencia o tolerancia del organismo al alcohol.

Cuando la embriaguez es crónica o habitual; o sistemático el consumo de bebidas alcohólicas; se llega al alcoholismo dentro del que, paulatinamente se debilitan las funciones psíquicas, la voluntad, la efectividad;



aparecen variaciones somáticas; temblores en las manos y en la lengua, enrojecimiento de la nariz, afecciones hepáticas; y a su lado aparece o sobreviene, el delirio alucinatorio, el delirio de celos, la demencia seudoparalítica.

En ocasiones en forma justificada, la embriaguez patológica o sea la reacción incontrolada producida por una determinada, en oportunidades mínima, dosis de alcohol y la especial intolerancia que puede ser permanente, constitucional o pasajera, del organismo al alcohol y no se puede confundir con la embriaguez antes analizada que es habitual y que sí es causal de divorcio.

El doctor Valencia analiza las tres causales al mismo tiempo la cuarta y la quinta y la séptima y la verdad que son afines; me faltaría por analizar la causal quinta y séptima uso de sustancias alucinógenas, y conducta tendiente a corromper al otro cónyuge.

En su orden; tenemos que estas sustancias son designadas con un nombre genérico y es de Estupefacientes, y son todas aquellas sustancias o elementos que aplicados o ingeridos por la persona producen alteraciones psicósomáticas y originan dependencia psíquica; o sea el hábito compulsivo para usarla sin que sus suspensión produzca alteración o cambio alguno o dependencia física o sea la adaptación del organismo a la droga, en tal forma que la suspensión de su uso produce alteraciones fisiológicas o psicológicas; todo ba

jo prescripción médica.

Dada 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".

Ora, la séptima causal; considera causal de divorcio, "toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir el otro, o a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado o convivan bajo el mismo techo.

Es una expresión demasiado genérica, múltiple y variada puede ser la conducta de uno de los cónyuges que tienda a pervertir o corromper al otro cónyuge, a uno de sus descendientes o a personas bajo su cuidado, pero también resulta relativa dicha conducta en razón del grado de cultura, del medio ambiente y demás circunstancias en que aquellas personas se encuentren.

Los jueces deberán atenerse a las buenas costumbres vigentes en la sociedad. El doctor Valencia dice que estas conductas pueden ser: La incitación que un cónyuge hace al otro para cometer cualquier delito (hurtar, estafar, matar, etc.).

E. Enfermedades o Anormalidades Síquicas o Físicas.

Esta es la sexta causal; ^{es} causa de divorcio toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o síquica de uno de los

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

Hasta el momento no ha trascendido enfermedad que se repute incurable-por lo menos en forma absoluta, ya que el grado de grave e incurable depende de las circunstancias de cada uno de los pacientes y que no puede distinguir y tener como tal la misma ciencia o que ponga en peligro la salud del otro cónyuge más si se tiene en cuenta que las enfermedades contagiosas, aunque conserven hoy tal característica, lo serán en forma relativa, pues la ciencia ha encontrado la manera de superar sus efectos aún para los allegados e inmediatos.

F. Pena privativa de la Libertad.

Esta es la causal novena-del Art. 154 establece que es causal de divorcio "La condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años, por delito común, de uno de los cónyuges, que el juez que conozca del divorcio califique como atroz o infamante".

Esta causal como vemos exige unos determinados requisitos:

- a. Un delito común.
- b. Como consecuencia de tal delito haya recibido condena a pena privativa de la liber

tad con duración superior a cuatro años.
c. Que el juez califique como atroz e infamante.

a) Son delitos comunes: aquellás conductas punibles que atentan lesionar o dañan - en forma exclusiva los intereses de derechos propios o de los que son titulares de la sociedad o del individuo, de los delitos políticos o conductas que atentan contra el orden público, bien externo como en la traición a la patria, en cualquiera de sus modalidades Ej: la instigación a la guerra, el menoscabo de la integridad nacional, la hostilidad militar, etc. o las que atenten contra la seguridad del estado, como el espionaje, la violación de treguas o de inmunidades, etc. - o ya contra el orden público interno, como en la revelión, sedición, etc. Cuando uno de los cónyuges ha cometido y ha sido condenado por delito político, no opera esta causal.

b) Pena privativa de la Libertad.

La pena es la consecuencia, como sanción o castigo, de la conducta punible cometida y puede ser privativa de la libertad, como la prisión o arresto, o bien pecuniaria, como multa.

c) La calificación del Juez.

Aunque la norma no indica ni impone pautas para que el juez pueda o no calificar el delito cometido por el cónyuge

como atroz e infamante, es obvio que el fallador no pueda a su arbitrio establecer qué determinado delito, por su naturaleza misma o por las circunstancias en que fué cometido se califique y se tenga como atroz; no es posible ni aceptable que el juez vea atrocidad o infamia en donde no la hay, sino que tal calificación debe hacerla conforme a las reglas sobre el particular previstas por el Derecho Penal.

Una vez ejecutoriada la sentencia que imponga la condena o pena privativa de la libertad como duración mayor de cuatro años, el cónyuge inocente podrá invocar esta causal.

G. Incompatibilidad de Caracteres.

Como adelante se analiza, la separación de cuerpos viable conforme a las mismas causales de divorcio a las que se agrega el mútuo consentimiento de los casados. Requisito indispensable para que opere esta causal, son en consecuencia:

- a. La existencia de sentencia judicial mediante la cual se decreta la separación definitiva de cuerpos.
- b. Que la separación de cuerpos haya perdurado por un término mínimo de dos años continuos a partir de la ejecutoria de la sentencia que lo declara. Si la separación es de hecho o la sentencia, en virtud del mútuo consentimiento de los cónyuges, la declara en

111

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

Más consideraciones en el tema separación de cuerpos.

IV. CONCLUSIONES

112

He tomado el tema matrimonio y divorcio en Colombia, por ser un tema muy insistido en las últimas décadas; tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que ha hecho cambios sustanciales a la legislación civil; la firma del nuevo Concordato entre la Santa Sede y el gobierno colombiano y su posterior aprobación por el congreso de 1974, la promulgación del decreto 2820 de 1974 consagran do la igualdad de sexos; la expedición de la ley 1ª de 1976, del divorcio y de la separación de cuerpos, sus causas y efectos; que vino a institucionalizar nuevamente el divorcio vincular que tanta falta hacía en la sociedad colombiana; también la forma como el estado va recuperando paso a paso la jurisdicción perdida con el concordato de 1887 donde la iglesia católica entra a regir sobre los destinos de la vida civil de los colombianos; porque es al estado quien le compete regular la situación del estado civil en todos sus campos de sus coasociados ya que el derecho de familia es de carácter público y por lo tanto no puede delegar esa facultad e instituciones de carácter privado. Por lo que se hace necesario una nueva legislación que cumpla con las exigencias de la sociedad actual. Que se institucionalice la inexistencia del matrimonio, que se construyan límites entre las causales de divorcio separación de cuerpos y de bienes, que aunque instituciones afines son diferentes en cuanto grado se refiere; unos de mayor grado en cuanto sus efectos al contrato de matrimonio.

En este trabajo se le tomó más interés a los temas pilares como son el matrimonio que viene definiendo el Art. 113 del Código Civil y el divorcio tema

113

este nuevo a raíz de la ley 1ª de 1976 que modificó sustancialmente el Art. 154 del Código Civil.

Pese a que el matrimonio-se reitera-es comunidad de vida o participación recíproca de los casados en todos los campos del existir, pueden presentarse ciertas circunstancias que, por sí mismas, conllevan o generan las propias para el rompimiento de la vida y unidad familiar e impiden alcanzar el propósito inicial o permanente de los consortes y conservar la naturaleza del matrimonio, de lograr la mutua complementación, la armonía y el bien de los hijos, y por el contrario, siembran las sobras, la incomprensión, la angustia, el odio, la violencia y el caos entre los casados y su prole, para lo que el legislador ha buscado solución acorde con el grado de aquellas, siendo las más severas y definitivas el divorcio que, por su naturaleza también se hace exigente y solo viable ante los siguientes requisitos;

1. La existencia y plena prueba de una o varias de las causales-ninguna de tales es susceptible solo de prueba de confesión-antes indicados (ley 1ª de 1974 Art. 4º).
2. Que los hechos constitutivos de la causal invocada y probada haya producido desquiciamiento en la comunidad matrimonial, tan grave y profundo que se descarte y no sea posible el restablecimiento de la unidad de vida de los casados.
3. Que la acción de divorcio no haya caducado. Muy afortunado el legislador de 1976.

En este trabajo de tesis para optar el título de abogado he sido partidario del matrimonio civil y el divorcio; claro está que con todo el respe

114

to que merece la legislación canónica, mientras no se oponga a los principios constitucionales y leyes nacionales, porque la independencia del estado así lo exige. La actual carta constitucional señala como bases de las relaciones entre el estado y la iglesia recíproca deferencia y el respeto mutuo.

115

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

1. VALENCIA ZEA, Arturo.
Derecho Civil Tomo V Sexta Edición
2. ENGELS, Federico.
El Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado. Ediciones ANTEO.
3. ORTEGA TORRES, Jorge.
Código Civil Sexta Edición.
4. DE LA VALLE, Rafael h.
Conferencias de Familia 5º año 1983.
5. PEREZ ESCOBAR, Jacobo,
Constitución Política de Colombia, Tercera Edición.
6. CASTRO, José Felix,
Nuevo Código Penal Decreto 100 de 1980.
7. DICCIONARIO ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.
8. MONROY CABRA, Marco Gerardo,
Matrimonio en Colombia, Última Edición.

C O N T E N I D O

	PAG.
PROLOGO	
DEDICATORIA	
TITULO DE LA OBRA	
CONTENIDO	
I. INTRODUCCION	1
II. EL MATRIMONIO	3
1. QUE ES EL MATRIMONIO	3
A. Según la Legislación Colombiana	5
B. Según la Doctrina	12
2. ANTECEDENTES HISTORICOS	14
3. EL MATRIMONIO COMO SACRAMENTO	21
4. EL MATRIMONIO COMO CONTRATO	24
5. REQUISITOS DEL MATRIMONIO	26
A. Requisitos de Fondo y de Forma	27
B. Requisitos de Forma anteriores al matrimonio.	35
C. Requisitos Coetáneos a la Celebración del matrimonio.	40
6. PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	43
A. Activo de la Sociedad Conyugal	45
B. Bienes que no pertenecen a la Sociedad Conyugal	46

117

	PAG.
C. Bienes y deudas frente a Terceros	48
7. DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES	51
8. INEXISTENCIA DEL MATRIMONIO	53
9 NULIDAD DEL MATRIMONIO	59
A. En que Consiste	59
B. Nulidades Absolutas y Relativas	59
1. En que Consisten	60
2. Titulares de la Acción	62
a) De la nulidad Absoluta	62
b) De la nulidad Relativa	65
C. Causales de nulidad Absoluta e Insubsanables.	66
1. El Adulterio	66
2. Homicidio	67
3. El parentezco por Consanguinidad	67
4. El parentezco por Afinidad	68
5. La Bigamia	68
D. Nulidades Relativas y Subsanables	70
1. La falta de Consentimiento	70
2. Error	73
3. La Fuerza	75
4. Rapto	77
5. La Impubertad	77
6. La Celebración entre Curador y Tutor o Pupilo	79

	PAG.
7. La Incompetencia del Juez o de los Testigos.	80
10. SEPARACION DE CUERPOS	81
A. Causas de la Separación de Cuerpos	82
B. Obligaciones que se suspenden	83
C. Obligaciones que perduran	83
D. En cuanto al Patrimonio	87
 III. DIVORCIO	 88
1. QUE ES EL DIVORCIO	88
2. SEPARACION DE BIENES (Ley 8 ^a de 1922 y ley 1 ^a de 1976)	92
3. CAUSALES DE DIVORCIO	93
A. Las relaciones Sexuales Extramatrimoniales	94
B. Grave e Injustificado incumplimiento, por parte de alguno de los Cónyuges, de los deberes Conyugales.	97
C. Los Ultrajes o trato Cruel	99
D. La Embriaguez Habitual de uno de los Cónyuges.	100
E. Enfermedades o Anormalidades Síquicas o Físicas.	102

	PAG.
F. Pena Privativa de la Libertad	103
G. Incompatibilidad de Caracteres	105
IV. CONCLUSIONES	107
BIBLIOGRAFIA	