

T.-D

087

1

MATRIMONIO, CONCORDATO Y DIVORCIO

TESIS PRESENTADA POR

NORA C. VELEZ DE MENDOZA

PARA

OPTAR EL TITULO DE DOCTOR EN DERECHO
Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD
DE CARTAGENA.

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS.-

S C I B
00018898

CARTAGENA, DE 1.979

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

RECTOR : Dr. Luis H. Arreut Esquivel
SECRETARIO CRAL. : Dr. Hernando Thorné Campo
DECANO ENCARGADO : Dr. Rafael Ballesteros Morello
SECRETARIO ACADÉMICO : Dr. Pedro Maciá Hernández
PRESIDENTE HONORARIO : Dr. Alfonso Nieves Gómez
PRESIDENTE DE TESIS : Dra. Carlota Verbel Ariza
PRIMER EXAMINADOR : Dr. Rafael H. de Lavalle
SEGUNDO EXAMINADOR : Dr. César Arrieta Vásquez
TERCER EXAMINADOR :

Cartagena, Junio de 1979

CAPITULO I DEL MATRIMONIO

HISTORIA

En todo tiempo y a través de la gran mayoría de las civilizaciones, el régimen jurídico familiar ha estado recibiendo un notable influjo de la religión.

Los hermanos Mazeaud, se refieren a las civilizaciones primitivas, las que consideraban el matrimonio como un acto — muy grave, del que dependía la perpetuidad de la familia y de los cultos y por esta razón se le daba un carácter religioso.

Al lado de este aspecto religioso, el Estado presenta una reglamentación del matrimonio, como potestad suprema que aspira a regular, mediante las normas jurídicas, la convivencia de los asociados, cuyos orígenes erranca del derecho romano. Aquel concepto puramente idealista no perduró por mucho tiempo en Roma. En las últimas épocas se sustituyó por un concepto realista y puramente humano de la unión conyugal, en la que el matrimonio, —el cual existía solo para las personas libres— podía contraerse no en una

forma determinada, sino por la convivencia vivificada por el elemento intencional, un hecho puramente jurídico, una relación productora de consecuencias jurídicas; en otras palabras, la convivencia de un hombre y una mujer, animada por el affectio maritalis, pero sin llegar a dar una disciplina civil.

Con el surgimiento del Cristianismo, la Iglesia crea e impone para los cristianos un ordenamiento jurídico especial del matrimonio.

La Iglesia afirma que el matrimonio no es un negocio mundo-nó, es decir, un acto meramente civil gobernado por las leyes del Estado, sino un asunto especialmente religioso que debe gobernarse por las leyes eclesiásticas; pero sólo hasta el Siglo XIX no tuvo ninguna influencia sobre el régimen civil del matrimonio. A partir de este Siglo, la Iglesia se desconvulsa con la idea de que el matrimonio entre cristianos es un sacramento y por esta razón, debe estar sujeto totalmente a la legislación y a la jurisdicción eclesiástica, salvo en lo relativo a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

GRACIANO estableció que el matrimonio exigía consentimiento previo, seguido de la consumación. Luego PEDRO LOMBARDO conceptualizó que el matrimonio es Sacramento que los

esposos se confieren por un acto de voluntad. El Concilio de Letran de 1215, sancionó con la excomunión a los esposos casados clandestinamente, aunque el matrimonio continúara siendo válido. Después, el Concilio de Trento (1542 - 1563), exigió una formalidad: con el fin de impedir todas las consecuencias clandestinas desastrosas que solían seguirse de los matrimonios clandestinos y para quitar toda duda acerca de la validez o invalidez, el Tridentino dispuso cueno "solamente era ilícito sino también inválido, todo matrimonio que no se celebrara ante el Párroco o ante Sacerdote delegado del Párroco de la filigrana de uno de los esposos y ante dos testigos". Así lo dispuso mediante el decreto TAMETSI, que por una parte resolvió muchos problemas existentes.

No obstante este predominio absoluto de la Iglesia sobre el derecho civil durante gran parte de la Edad Media, se rompe y de nuevo muchos Estados recobran una potestad absoluta para reglamentar el matrimonio. Con el nacimiento de la religión protestante se afirma la jurisdicción del Estado para celebrar el matrimonio reglamentario. En 1530, LUTERO afirma que el matrimonio "es una cosa externa mundana, como el vestido, la comida, sujeta a la autoridad secular". Sin embargo, el protestantismo no se desprende del todo del ma-

matrimonio, pues predica que el Estado debe ordenarlo con el espíritu Evangélico y subsiste la bendición eclesiástica del matrimonio y la vigencia del derecho canónico de la Iglesia Católica como derecho subsidiario.

* La doctrina Anglicana intentó dividir el matrimonio en un sacramento, cuya validez depende de la Iglesia y de la jurisdicción Laica. Esta reforma intenta un cambio radical.

El Edicto de Nantes permitió a los protestantes contraer matrimonio ante sus pastores. Pero con la expulsión de los ministros de la religión, se tornó la situación muy difícil para los protestantes a los que en 1698 se les obligó a casarse de nuevo ante los sacerdotes Católicos. Los parlamentos, a partir del siglo XVIII, sancionaron con nulidad los matrimonios de los protestantes celebrados en el "Desierto", es decir, clandestinamente. Situación censurada duramente por todos e inclusive por la Iglesia.

En vísperas de la Revolución de 1789 un edicto les puso fin.

En 1500 surgió el matrimonio civil en Holanda, como un medio para regular la posición de los desidentes religiosos, o sea, la posición de aquellas minorías que carecían de un ordenamiento u organización regulada por el Estado, en forma que no pudiera atribuir a sus ministros la facultad de celebrar uniones con efectos ante el Estado. Esta era una forma

de tolerancia religiosa y la tutela del Estado era formal.

A mediados del siglo XVII, en la Inglaterra de Cromwell se estableció el matrimonio civil obligatorio, previa la afirmación del derecho del Estado a regular plenamente la institución.

Los grandes teóricos alemanes del derecho natural de los siglos XVII y XVIII, contribuyeron a crear una nueva doctrina del derecho matrimonial independiente de los cánones de la Iglesia. La mayoría de estos tratadistas niegan que el matrimonio sea un sacramento y afirman que es un contrato, aunque no lo desligan completamente del aspecto religioso. Al lado de estos escritores figuran otros que niegan todo aspecto religioso del matrimonio y lo consideran como un contrato civil. Tal es el caso de ROUSSEAU, cuya doctrina repetirá el civilista de POTIER, en quien se inspiraron los autores del Code de Napoleón. Para Rousseau "el matrimonio es el más excelente y antiguo de los contratos".

Desde los siglos XVI, en Francia se libró una batalla entre la potestad civil y la eclesiástica. La Revolución Francesa termina esta labor al laicizar totalmente la Institución matrimonial. Así, la constitución de 1791 declaró que "la Ley no reconoce el matrimonio más que como un acto o contrato civil", reafirmada esta norma por la Ley 20 del 25 de Septiembre de

1972. Esta concepción civil y Laica del matrimonio, fue reconocida por el Código de Napoleón, de 1804 al considerar el matrimonio como un acto puramente civil.

Este pensamiento ha tenido notable influencia en Bélgica, Holanda y en otros países donde el matrimonio civil es obligatorio.

En Italia el Código Albertino, que estuvo en vigor hasta 1865, remitía a la Iglesia la celebración del matrimonio, exaltuyendo sobre los efectos civiles de esto. El Código Civil que entró en vigencia el 1º de Enero de 1886, solo reconoce el matrimonio civil. La Ley 27 de Mayo de 1929 reconoció efectos civiles al matrimonio católico, y el Concordato de ese mismo año, consagró dualidad de regímenes: el civil y el católico.

II. DEFINICION SEGUN EL ART. 113 DEL CODIGO CIVIL COLOMBIANO.

El matrimonio es definido según el Art. 113 del Código Civil Colombiano como "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". Al respecto dice Fernando H. Restrosa, que esta definición del Código implica el concepto

natural y social del matrimonio: la procreación y la educación de la prole, la mutua ayuda y el remedio para la concupiscencia. Añade nuestro citado autor, que, el matrimonio es un contrato e institución a la vez. Tomado desde el punto de vista como contrato, se analizan su formación, sus requisitos, su regularidad, su validez e ineffecto, y las consecuencias de estas cuestiones. Visto como institución se examinan sus efectos, los deberes correlativos que crea para los cónyuges entre sí y delante de los hijos comunes.

De acuerdo con lo expuesto, sostiene A. Valencia Zea en su obra Derecho de Familia, que la definición traida por el Código no es un tanto acertada, debido a que la palabra CONTRATO es bastante discutible la conveniencia de usarla, y habría sido preferible que nuestro Código tomara la expresión ACUERDO DE VOLUNTADES, teniendo en cuenta, claro está, que este acuerdo debe ser solemne, es decir, expreso ante funcionario competente. Añade que el contrato es acuerdo de voluntades mediante el cual se establecen obligaciones patrimoniales entre los contratantes (Art. 1495 CC); éstas pueden disolverlo, acordado por mutuo disenso (Art. 1603 CC) o también imponer términos y condición, a las mutuas obligaciones que contraen, con el único límite del orden público y las buenas costumbres. "Y tomando como

base lo anterior, este concepto de contrato no es aplicable al matrimonio, por las siguientes razones: a) Si bien es cierto que el matrimonio supone un acuerdo de voluntades, dicho acuerdo más que todo origina obligaciones que no son matrimoniales, sino obligaciones de fnnde moral, que no pueden evaluarse en dinero ni directa ni indirectamente, como son la infidelidad, la cohabitación, la de socorro y mutuo respeto entre los cónyuges; b) El matrimonio a diferencia de los demás contratos no puede resolverse por el mutuo consentimiento de los contrayentes; c) Al matrimonio no puede imponerse términos ni condiciones. Por las anteriores razones, fácilmente se comprende que por ninguna razón se puede equiparar el acuerdo de voluntades que presupone el matrimonio, al acuerdo de voluntades que presupone cualquier otro contrato, y resulta también falso de lógica recurrir al vano-expediente de decir que el matrimonio es un contrato de características del Género". Y concluye que el matrimonio tomado como contrato por el Código Civil Colombiano ha de tomarse en su sentido más amplio queriendo expresar que es necesario, para su perfeccionamiento el consentimiento de los cónyuges.

Nuestro Código Civil define el matrimonio civil a la luz del derecho positivo Colombiano, tomando como un contrato for-

mal solemne, porque ha de llenar todos los requisitos exigidos en la ley ad substantiam actus. Y es puro, es decir, - que este contrato no puede ser sometido a términos ni condiciones, y en caso de que así se hiciere, se tendrán por no-escritos o propuestos. A diferencia del Derecho Canónico, el cual establece en el Canon 1042, que se admite en el matrimonio una condición suspensiva propia y fscita, y lo atribuye el efecto de suspender la existencia del matrimonio.

III. OTRAS DEFINICIONES.

Numerosas son las definiciones que se le han dado al matrimonio, ya sea tomado en su sentido religioso, ya tomado en un sentido civilista o puramente material:

En el Digesto, Modestino lo definió: "El matrimonio es la sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse por el mutuo socorro, a llevarse el peso de la vida, y para compartir su mutuo destino."

Esta definición de Modestino que es pre cristiana, es tomada como un consorcio entre el hombre y la mujer, para su unión de toda la vida, en el que coinciden el derecho divino y el humano.

Pero a esta definición de Modestino adiciona el Derecho Ca-

nómico una nota peculiar que es el contrato sacramental.

Para CAPPELLO, el matrimonio es "la legítima unión permanente y exclusiva entre hombre y mujer, nacida de su mutuo consentimiento, ordenada a la procreación y educación de la prole". Así, el S. J. Liborio Restrepo Uribe lo define "como un contrato legítimo, entre un varón y una mujer, mediante el cual se entegan mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo de sus cuerpos, en orden a los actos que por su naturaleza son aptos para engendrar hijos".

Teniendo en cuenta el matrimonio como una institución jurídica, el tratadista Fernando Hinestrosa lo define como "una regulación jurídico-social de las relaciones hetero-sexuales y de la educación de la prole, que se traduce en una unión de la vida, de hombre y mujer para convivir, procrear y ayudar mutuamente".

El tratadista Monroy Cabra, se refiere al matrimonio como "una unión estable entre los cónyuges, para la satisfacción de las necesidades sexuales, la comunidad de vida, la reciproca asistencia y la procreación, educación y crianza de los hijos".

El Código de Familia de Cuba, expedido el 14 de Febrero de 1975, define el matrimonio en su Art. 2º, así: "El matrimonio es la unión voluntaria concertada de un hombre y una mu-

jer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común? Así, vemos como todos los derechos del mundo regulan el matrimonio mediante un sistema de prohibiciones de ciertos vínculos, estableciendo derechos y deberes de los cónyuges, posición de los hijos frente a sus progenitores y potestad de estos sobre aquéllos. Así, también nos damos cuenta, que el matrimonio no es una institución puramente jurídica, así como tampoco es solamente religiosa, sin owo atañe a la costumbre y a la vida moral interior, de donde se deducen que todas las definiciones del matrimonio parten de bases comunes como son: unión de la vida de un hombre y una mujer para la procreación, la ayuda mutua y el entendimiento carnal.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL MATRIMONIO.

Con respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio, existen varias teorías, entre otras:

a) MATRIMONIO CONSIDERADO COMO CONTRATO.

Tiene el matrimonio como fundamento a esto, en que para llegar a su perfeccionamiento es necesario la voluntad de los contrayentes, entonces nos preguntamos: ¿Es el matrimonio un contrato? Para algunos autores y tratadistas como Valencia Zea, sostienen que la palabra "Contrato" no debería

Ir inclusa en las definiciones que da matrimonio se haga, argumentando que resulta impuesto, ya que no se puede equiparar el acuerdo de voluntades que presupone el matrimonio, al acuerdo de voluntades que presupone cualquier otro contrato y en base a ésto, propone una modificación a este término.

Pero para algunos otros autores como Vasalli y De Ruggiero, consideran el matrimonio como un contrato, equiparando a éste con el consentimiento de los contrayentes, el cual es necesario para la formación del matrimonio. El nuevo Código Civil Italiano se refiere también al matrimonio como un contrato familiar.

Para el Derecho Canónico el matrimonio es un contrato consensual con exigencias, formales, que por su naturaleza es elevado a sacramento teniendo un origen divino antes que jurídico. Lo jurídico viene a ser una adición que aunque indispensable, es accesoria frente a lo fundamental que es lo religioso, así, vemos que su regulación en el Código de Derecho Canónico se encuentra dentro de los sacramentos y no dentro de los contratos de las personas. Finalmente sostiene que este contrato se da entre personas individuales, específicamente calificadas por la diversidad de sexos, por su identidad y por la exigencia de una doble capacidad, la mental

y la fletica, vínculo que se ve afectado por cualquier diferencia entre los contrayentes el cual afecta no sólo a las partes, sino al contrato mismo.

Nuestro Código Civil define el matrimonio en su Art. 113, - como un contrato solemne, admitiendo por ello al igual que el Código Civil Italiano, que se trata de un contrato familiar pero distinto de los demás contratos que tienen carácter patrimonial. Este por su carácter solemne y puro, en cuanto a sus condiciones de existencia y validez, y, en cuanto a la capacidad de los contrayentes, sus vicios, forma y efectos, tiene una regulación jurídica propia diferente para los demás contratos y aunque es de derecho privado, tiene carácter de orden público, porque sus normas son inmodificables por simple acuerdo entre los particulares.

b) MATRIMONIO CONSIDERADO COMO INSTITUCIÓN.-

Aparece el matrimonio considerado como institución jurídica en un momento dado de la evolución de la humanidad, - como la institución mediante la cual se regulan las satisfacciones de las necesidades propias de la conservación de la especie y del apetito hetero-sexual que vienen a complementar la definición.

Al respecto sostiene Valencia Zea, que, de acuerdo con el origen del matrimonio, éste es un acuerdo o pacto, puesto-

que implica un acuerdo de voluntades; pero si se le examina por el aspecto de sus consecuencias, necesariamente habría que admitir que no sólo es el simple acuerdo o pacto. Así, vemos, que quienes celebran pactos o convenios suelen indicar sus efectos o consecuencias que han de producirse de ello; pero en el acuerdo matrimonial no ocurre lo mismo, ya que los contrayentes no pueden indicar qué resultados o fines han de producirse, ya que éstos se encuentran directamente regulados por la Ley y los contrayentes no pueden modificarlo, porque son normas de orden público familiar. Además, los efectos del matrimonio van más allá de las personas que lo celebran, ya que éste abarca a personas distintas de los cónyuges, como ocurren con los hijos habidos en el matrimonio, quienes quedan protegidos por el estado matrimonial de sus padres aunque éstos no lo quieran.

Así vemos, cómo la institución del matrimonio es superior a un simple acuerdo de voluntades, ya sea por sus efectos, así como por su duración. Lo es por sus efectos porque se ha dicho que no depende de la voluntad de los contrayentes, ya que generalmente éstos los desconocen en el momento de contraer matrimonio; y, lo es por su duración, porque a pesar de que el matrimonio se extinga, sus efectos perpetúan en los hijos legítimos habidos en él. -

c) TEORIA MIXTA:-

Numerosos son los autores y tratadistas, así como la doctrina moderna que predicen que si el matrimonio por su fuente es considerado como un contrato por cuanto existe una voluntad creadora de efectos jurídicos y por dichos efectos jurídicos es también una institución, puesto que es la Ley la que regula sus efectos y su duración, así vemos cómo se combinan ambas teorías teniendo en cuenta que no es el matrimonio comparable a los demás contratos, sino, a un negocio jurídico de familia. Este negocio no es derogable por la voluntad de las partes ya que se encuentra regido por normas superiores de orden público.

Uno de los que sostienen esta teoría mixta es el tratadista Fernando Hinestrosa, el cual dice que "el matrimonio es un contrato e institución a la vez: Tomado como contrato, se analizan su formación, sus requisitos, su regularidad, su invalidez e ineficacia y las consecuencias de estas sanciones. Visto como institución se examinan sus efectos, los deberes correlativos que crea para los cónyuges entre sí y delante de los hijos comunes.

V. FINES DEL MATRIMONIO.

En el derecho romano el fin fundamental del matrimonio era la indisolubilidad de vida de los cónyuges. Para el Derecho Canónico los fines principales son: la procreación y la educación de la prole. Los fines secundarios son la mutua ayuda y el remedium concupiscentiae.

De acuerdo con los fines primarios del Derecho Canónico, hay que tener en cuenta que la procreación se contempla como eventualidad y no como necesidad; basta que se realicen estos idóneos para la reproducción aunque ésta no llegue a alcanzarse. De esta manera lo que se exige desde el punto de vista de la potencia física, es la posibilidad de copulación y no la fecundación. En cuanto a los fines secundarios, la ayuda mutua se toma desde un sentido ético-social en términos de amor, de la consideración, de la dignidad personal y del entendimiento constante, de la necesidad de espiritualizar y exaltar el amor entre los cónyuges.

De acuerdo con el Art. 113 del Código Civil Colombiano, los fines del matrimonio son: la comunidad de vida, la mutua asistencia tanto física como moral, la procreación, es decir, la satisfacción de las necesidades sexuales aún que no sea de la procreación, crianza y educación de la prole.

Se ha discutido mucho sobre cuál es el fin esencial del matr

monio. Para Valencia Zea, el fin principal del matrimonio es la cohabitación, o sea, la mutua satisfacción sexual de marido y mujer; de este fin se deriva el de la procreación. Continúa diciendo nuestro citado autor que todo matrimonio debe ser capaz por lo menos en potencia para obtener dichos fines, se dice en potencia porque puede suceder que la cohabitación sexual no siga necesariamente la procreación, — ya bien sea por acuerdo entre los cónyuges o por causas ajenas a su voluntad. Con todo esto se cumple la función primordial que es el de la cohabitación.

Algunos otros autores sostienen que los fines principales del matrimonio son la comunidad de vida y el auxilio mutuo, pero en pro de esto se argumenta que dichos fines no existen en el matrimonio *in extremis*, que es aquél que se realiza urgentemente dado el peligro de muerte de uno de los concubinos que desean casarse; pero generalmente ésto se hace con el fin de otorgar el beneficio de la legitimación de los hijos naturales que han tenido los concubinos, se puede decir que estos fines fueron realizados de antemano y por ello no se hace más que revalidar lo que se había hecho al margen de la Ley.

Otros como Calogero Gangi, consideran que "el fin esencial y fundamental del matrimonio es la constitución de una fami-

lla legítima, y de ésta la adquisición por parte de los contrayentes del estado de cónyuges, y la condición de hijos legítimos por parte de la prole que eventualmente nazca". "Así, el fin de todo matrimonio abraza toda la vida; está asentado en el complemento de dos personalidades, recíprocamente atraidas por la fuerza del sentido y del instinto, dotadas de cualidades físicas y de tendencias diferentes... No es, pues, la procuración de los placeres sexuales, ni un mudeble y caprichoso sentimiento de amor, sino la realización más perfecta entre el hombre y la mujer en todas las vías esferas - dentro de las que se cumple el destino humano".

VI. CARACTERES DEL MATRIMONIO CIVIL. -

Se puede decir que las características del matrimonio son - las siguientes: a) La calificación específica de las personas, es decir, dos partes, constituidas por dos personas individuales, necesariamente de sexos diferentes, un hombre y una mujer, solo dos personas precisamente determinadas, lo cual es consecuencia de la monogamia que rige en nuestro derecho familiar, rechazando tanto la poligandria como la poligamia. b) Es un contrato solemne. Lo que se hace al matrimonio civil celebrarse válidamente, es el consentimiento prestado de manera solemne por ambos contrayentes ante el

funcionario del Estado competente, con las formalidades legales para el caso, en el cual dicho funcionario no es un simple espectador o testigo de la declaración mutua de las partes, sino un interviniente que celebra la ceremonia y declara el matrimonio. -

Estos requisitos del matrimonio agrega Fernando Hinegroso, son condiciones para su existencia jurídica: la diversidad de sexos de los contrayentes y la solemnidad, requisitos quo hacen parte de la definición del Código, de modo que su ausencia se traduce en que el acto fué tentativo, pero no la figura preventida social y jurídicamente.

La doctrina suele agregar como requisito el del consentimiento, que al faltar implicaría inexistencia. Sin embargo, el hecho es que la falta de consentimiento, está tratada por las leyes, como motivo de nulidad relativa y no se propone como inexistencia.

Como requisitos esenciales para la validez del matrimonio, es decir, los antecedentes personales y jurídicos de los contrayentes, es indispensable para que el vínculo sea genuino y produzca efectos plenos, tenemos: la capacidad, la cual puede ser física en el sentido de la edad y potencia sexual e intelectual. En cuanto a la edad hay que distinguir entre la capacidad matrimonial libre y la no libre sujeta a la autoriza-

ción de otras personas. En la segunda quedan comprendidos los varones de catorce años y las mujeres mayores de doce pero menores de dieciocho. Debido a esta incapacidad para obtener libremente el matrimonio deberán obtener autorización de sus padres ya legítimos, naturales o adoptivos. — En la capacidad libre quedan incluidos todos los mayores de dieciocho años.

Nuestro código no dice nada al respecto de la necesidad de aptitud sexual, para realizar o consumar el matrimonio, o para realizar actos idóneos para la procreación, aún cuando ésta no se logre por causas ajenas a la voluntad de los contrayentes, como si lo hacen el Código y otros ordenamientos civiles. En cuanto a la capacidad intelectiva y volitiva, nuestro Código hace diferencia entre la capacidad absoluta, que la comprenden los impúberes, dementes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito; y los relativamente incapaces, como los menores, adultos o púberes e interdictos por disipación. El matrimonio sólo se ve afectado por la incapacidad absoluta, ya que la incapacidad relativa no tiene ninguna relevancia.

En cuanto al consentimiento no solo debe darse en sí, sino que debe ser concordante, espontáneo y libre de todo vicio. Los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el

dolo. El único error relevante en el matrimonio es el error en cuanto a la persona o acerca de las personas de ambos contrayentes, sin hacer alusión a que si el error tiene alcance solo cuando versa sobre la identidad o también recae sobre la calidad o estado de la persona como si lo hacen otras disposiciones. El dolo en el matrimonio no es causa de vicio y por lo tanto no genera nulidad, pero sin embargo no hay que dejar a un lado las trascendencias de este vicio, como el engaño provocado por una de las partes o por terceros. La violencia, fuerza o miedo capaz de anular la voluntad de los contrayentes o uno de ellos, constituye vicio de la voluntad y anula el matrimonio, a menos que una vez sobrepasada y libre al contrayente de la coacción ajena, ratifique el matrimonio por medio de una declaración oral o escrita o simplemente con la declaración manifiesta de la cohabitación.

Otro requisito importante para la validez del matrimonio es que ambos contrayentes tengan libertad de estado, es decir, hablando en términos canónicos, que no exista con respecto de ninguno de ellos el impedimento de ligamen o vínculo matrimonial. También establece nuestro código que los cónyuges no han de estar ligados entre sí por vínculos de parentesco, es decir, que todo matrimonio celebrado entre parentes dentro

de cierto grado es nulo, así tenemos que no pueden contraer matrimonio con parientes en línea directa indefinida, y hasta el segundo grado de colateralidad y primero de afinidad; civil o por adopción.

También carece de validez del matrimonio, el adulterio formalino declarado con anterioridad al nuevo matrimonio, o cometido con el otro contrayente, así como, el homicidio perpetrado por uno de los contrayentes en la persona del cónyuge del otro.

Finalmente se tiene como presupuesto de validez la plenitud de las formas, es decir, celebrarse ante Juez competente y con el lleno de todas las formalidades y ante los testigos competentes, sin lo cual el matrimonio será inexistente.

CAPITULO III

DEL MATRIMONIO CANONICO

I. CONCEPTO. -

Como ya lo habfamos anotado en el Capítulo anterior, el concepto del matrimonio es de suyo un concepto histórico, el cual va evolucionando a través de la humanidad, regulando las satisfacciones de las necesidades propias de la especie. El matrimonio aparece como una justificación natural, social, ética, pero también con una justificación eminentemente religiosa.

El tratadista Monroy Cabra, se refiere al matrimonio canónico, diciendo que la Iglesia en todas sus enseñanzas es unánime al sostener que el matrimonio es un contrato natural de origen divino que se halla regulado por las leyes del derecho natural, teniendo en cuenta las prescripciones del Derecho Canónico. Sostiene la Iglesia que esa misma razón natural es la que proclama el origen divino de esta institución y esta misma Ley natural es la que sostiene que hay que abstenerse de toda unión sexual que no estén dentro del matrimonio legítimo. De ahí que la unidad y la indisolubilidad sean

de las propiedades esenciales del matrimonio canónico.

La definición de matrimonio canónico no la hallamos de manera expresa en el Código de Derecho Canónico, como si lo hace el Código Civil, pero si contiene la regulación del tema del matrimonio diciendo que "Cristo Nuestro Señor elevó a la dignidad do Sacramento el mismo contrato matrimonial - entre bautizados" Canon 1012 Párrafo 1º.-

Al respecto, el Reverendo Padre Hernán Arboleda Valencia, considera el matrimonio de dos maneras:

- " a) En el acto de la celebración: un matrimonio como contrato.
 - b) En su subsistencia o permanencia, ya quo produce un vínculo, establece: es el matrimonio como una institución o sociedad permanente".
- " Es muy oportuna la consideración de este doble aspecto: contrato y vínculo permanente. Los antiguos teólogos y canonistas que afirmaban que el matrimonio era un contrato, llamaban a esta institución de derecho natural. Es ciertamente una institución de derecho divino cuya naturaleza y, propiedades, derecho y obligaciones, fueron instituidas por Dios, no por voluntad de los hombres. Pero en concreto tal hombre y tal mujer no abrazan esta institución tal cual es, - sino por medio del contrato. Puede ser cuestión de nombre,

No rousaremos llamarla institución contractual o contrato institucional, con tal que de uno y otro modo se llame contrato". Agregó así el Sacerdote Jesuita Eduardo Regatillo en su obra titulada "Derecho Matrimonial Eclesiástico".

El concepto del matrimonio ha sido tomado desde diversos puntos de vista en la era actual generalizándolo muchas veces para mayor comprensión, pero eso si conservando sus bases esenciales como ya lo hablamos anotado, como son la unidad y la indisolubilidad.

Refiriéndose al matrimonio canónico hay que hacer distinciones entre el matrimonio como contrato dentro de sus lineamientos jurídicos, en todo lo concerniente a su celebración, requisitos y presupuestos y, del matrimonio como institución, sus consecuencias tanto personales como patrimoniales, entre los cónyuges y entre éstos y su descendencia.

II. CONTRATO SACRAMENTAL.

Ya tomado desde un punto de vista general, puede definirse el matrimonio como un contrato legítimo, entre un varón y una mujer, mediante el cual se entregan mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos, en orden a los actos que por su naturaleza son aptos para engendrar hijos.

De esta definición bastante completa del matrimonio canónico, se refiere el Padre Jesuita Liborio Restrepo Uribe, re cogiendo así los siguientes elementos:

1. Una pluralidad de personas, constituidas naturalmente por un hombre y una mujer.
2. Objeto propio, es decir, el derecho sobre los cuerpos que mutuamente se otorgan.
3. Y consentimiento mutuo, que se manifiesta por medio de palabras, gestos o signos exteriores.

El contrato es en efecto un convenio o un pacto entre las partes que se obligan sobre la materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser competidas. Agrega el citado canonista, que no obstante ser el matrimonio un contrato legítimo, ya que reúne todos sus elementos, se diferencia este de todos los demás contratos, lo que lo hace Sul Génario, es decir, un contrato especial, singular con características propias, que comprende cierto número de obligaciones que una vez aceptadas por el consentimiento legítimamente manifestado, no se pueden renunciar a ellas, ni siquiera por mutuo acuerdo de los contrayentes.

El contrato matrimonial tiene de especial:

- a) Un convenio natural impuesto por la misma naturaleza para la propagación del linaje humano.

- b) Presupone el contrato mismo que no se puede rescindir por voluntad de las personas que lo celebraron.
- c) El matrimonio por la sustancia del contrato no puede ser cambiado o modificado por autoridad social alguna.
- d) El consentimiento debe darse personalmente los contrayentes y nadie más aún el celebrado por medio de procurador; en cuyo caso "si antes de que el procurador haya contraído matrimonio en nombre del poderdante, revoca este poder o cae en demencia, es inválido el matrimonio, aunque el procurador o la otra parte ignoran ésto" (Canon 1089), porque no hay consentimiento requerido ni esencial al acto mismo.

El Vaticano II considera el matrimonio como una institución pero aunque no menciona la palabra contrato, señala que "del acto humano por el cual los esposos se dan y se reciben mutuo monto (hoy aquí el contrato) nace aún ante la sociedad, una institución confirmada por la Ley Divina".

Teniendo en cuenta todo lo visto anteriormente, el R.P. Hernán Arboleda Valencia resume que:

1. El matrimonio en su celebración es el contrato legítimo o indivisible entre el varón y la mujer que produce comunidad indisoluble de vida.

Es un contrato bilateral. Al respecto, dice el Canon 1081 – que: "El matrimonio lo produce el consentimiento entre par-

cones hábiles según derecho, legítimamente manifestado; —
consensoimiento que es el acto de la voluntad por el cual am-
bas partes dan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo so-
bre el cuerpo en orden a los actos que de suyo son aptos pa-
ra engendrar prole".

Es contrato legítimo, es decir, celebrado entre varón y mu-
jer, con el fin a que se ordena por disposición divina, quo
es engendrar y educar la prole.

Es contrato del todo singular:

- a) Es para siempre.
- b) Nunca puede claudicar, es decir, producir derecho y —
obligación en una sola parte.
- c) Es natural, fundado en la misma naturaleza.

2. El matrimonio en su subsistencia, como vínculo o socio-
dad conyugal, es la unión legítima e indivisible de varón y mu-
jer para engendrar y educar la prole, y auxiliarse mutua-
mente.

Refiriéndonos al matrimonio ya como contrato sacramental, —
dice al respecto el Canon 1012 del Código Canónico: "Cristo
Nuestro Señor elevó a la dignidad de Sacramento el mismo —
contrato matrimonial entre bautizados. Por consiguiente, en
entre bautizados no puedo haber contrato matrimonial válido; —
que por el mismo hecho no sea sacramento. "

Antes del Concilio de Trento y dentro del mismo Concilio, teólogos católicos como Melchor Cano, sostienen que el sacramento del matrimonio no es el contrato solo, sino el contrato con la bendición del sacerdote. De allí que entre bautizados admitieran la separabilidad del contrato y del sacramento, cuando faltaba la bendición del sacerdote.

Hubo muchos partidarios de esta doctrina de la separabilidad del sacramento y del contrato, pero así también fueron muchos los que refutaron esta doctrina, sosteniendo que el contrato y el sacramento eran una sola cosa y no se podían separar, de manera que no existía lo uno sin lo otro.

Así, el Tridentino sostuvo la identidad e inseparabilidad del contrato y del sacramento. Esta doctrina del Tridentino ha sido sostenida por los Papas desde Pío VI y numerosos teólogos modernos.

Al respecto, sostiene el R.P. Hernán Arboleda Valencia, que el sacramento es el mismo contrato. Sacramento y contrato son dos formalidades o aspectos de la misma cosa, de manera que si no es sacramento tampoco será contrato válido, y si no es contrato válido, tampoco será sacramento.

Vemos que el matrimonio se perfecciona por "el acto de la voluntad por el cual ambas partes dan y aceptan el derecho perpetuo y exclusivo sobre el cuerpo en orden a los actos de suyo-

aptos para engendrar proleⁱⁱ (canon 1001, párrafo 2º). De acuerdo con esto, es pues, el matrimonio en acto de su celebración, un contrato. Pero precisamente el mutuo consentimiento que constituye el contrato, es la materia y forma del sacramento como signo natural sensible, elevado por Cristo a la dignidad de sacramento. Luego es imposible separar el contrato del sacramento, pues los mismos elementos son a la vez contrato y sacramento.

El consentimiento mutuo es contrato en cuanto produce derechos y obligaciones de justicia en ambos contrayentes; y sacramento, en cuanto confiere la gracia, como instrumentos de Cristo.

Así vemos como los ministros del matrimonio son los mismos contrayentes. Son los sujetos pasivos del sacramento, por cuanto ellos son los que reciben la gracia sacramental. La materia está representada por las manifestaciones de los contrayentes, significando con ésto la mutua entrega de los cuerpos; y la forma está representada por esas mismas manifestaciones, en cuanto significan la aceptación de la entrega.

En el matrimonio canónico tiene cumplida aplicación los elementos fundamentales del contrato; dice al respecto el estadista Monroy Cabre, que el principio de la inseparabilidad —

entre el sacramento y el contrato se encuentra de manera expresa en el Codex en el Canon 1012, Párrafo 2º, el cual dice: "Entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento". Esto quiero decir que el matrimonio canónico se rige por principios teológicos y de derecho divino y que la Iglesia tiene potestad para regular los aspectos sustanciales del matrimonio, así como también todos aquellos aspectos que son insuperables a éste.

Concluye así nuestro citado autor, que el matrimonio válido entre dos bautizados será siempre sacramento, independiente de la confesión que profesan, católicos, protestantes, etc., - y el matrimonio de dos personas que no han sido bautizadas - tiene naturaleza de unión simplemente natural, desde luego honesta y legítima.

III. INSTITUCION DIVINA DEL MATRIMONIO.

El matrimonio por su naturaleza es cosa sagrada. En las legislaciones antiguas se presenta siempre el matrimonio como un acto solemne rodeado de ritos sagrados; así vemos - como entre los Hebrewos, la ceremonia del matrimonio incluía la conducción de la esposa a la mansión del marido, donde tenían lugar los últimos ritos nupciales acompañados de preces

sagradas. Entre los romanos, la ceremonia más solemne en el matrimonio era la llamada conforratio, que consistía en el sacrificio de pan que hacía el supremo sacerdote a Júpiter. Y así en la mayoría de los pueblos antiguos el matrimonio era considerado como algo sagrado, o al menos como algo intimamente relacionado con la religión.

"El matrimonio es instituido por Dios, el cual no es considerado como un simple y vulgar contrato, sino como un contrato sagrado y religioso". Así lo dijo el S. G. León XIII en la Encíclica ARCANUM DIVINAE SAPIENTIAE: "Teniendo el matrimonio a Dios por autor y habiendo sido desde el principio sombra y figura de la encarnación del Verbo Divino, por ésto tiene un carácter sagrado; no adventicio sino ingénito; no recibido de los hombres sino impreso de la misma naturaleza... Siendo, pues, el matrimonio por su propia naturaleza, y por su esencia, una cosa sagrada, natural es que las Leyes por la cual debe regirse y temporarse sean puestas por la divina autoridad de la Iglesia y que sola tiene el magisterio de las cosas sagradas y no por imperio de los principios seculares" (p. 569, n 11).

Se considera el matrimonio por una parte como una institución natural, y de otra, como institución de origen divino.

El carácter natural del matrimonio es un resultado secundario

rio frente al aspecto más importante y más destacado como es su sacramentalidad.

El matrimonio como medio para la propagación de la especie, es de creación divina e instituido por mandato divino, y por este mismo origen divino el matrimonio cualquiera que sea es sacramento, sometido claro está a las prescripciones del derecho canónico.

IV. CONSIDERACIONES DE LA IGLESIA DEL MATRIMONIO

CIVIL. -

La Iglesia desde mucho tiempo atrás ha negado considerar como matrimonio, toda unión que se celebrece civilmente.

Pero vemos cómo el Codex admite que los matrimonios celebrados por personas súbditas a la Iglesia, los cuales por alguna razón no se encuentren obligados a observar las normas de la forma canónica, este matrimonio así celebrado, tiene relevancia ante el derecho canónico, y no precisamente por su forma civil, sino por su naturaleza canónica, y en caso de que los contrayentes no fueren súbditos de la Iglesia, tendrá igual relevancia en ésta por su carácter de legítimo; teniendo en cuenta que matrimonio legítimo según el Codex, es aquel matrimonio que siendo natural y válido, se ha efectuado entre no bautizados. Pero algunas voces la Iglesia utiliza la expre-

sión LEGITIMA para referirse a aquéllos matrimonios realizados entre bautizados o para expresar de una manera general sus cualidades de validez de acuerdo con las normas del derecho natural.

El Tratadista Monroy Cabra, en su obra sobre el matrimonio civil en Colombia hace referencia sobre algunos puntos tratados por el autor español Enrique Lalaguna Domínguez, en su obra sobre "Estudios del derecho Matrimonial", el cual, al respecto nos dice que en el siglo XVIII, Benedicto XIV, estableció que todas aquellas personas que encontrándose obligadas a las disposiciones estipuladas en el Concilio de Trento, realizaron un matrimonio civil y no ante el párroco y con dos testigos como lo disponía aquél, no podía ser considerado como válido, ni como contrato ni como sacramento.

Esta doctrina de Benedicto XIV se complementó a partir del siglo XIX principalmente por Pfo IX y León XIII, en su Encíclica Aeternum, los cuales consideraban todo matrimonio celebrado civilmente como un torpe y abominable concubinato. Pero a este la Sagrada Congregación de Sacramentos, ha hecho referencia de que aquellos fieles que contrálgan matrimonio civil en los países donde éste es obligatorio, era necesario acudir ante el magistrado del estado para la re-

pectiva ceremonia civil, a fin de que éstos no se sustrajan a los efectos de las leyes seculares y evitar de esta manera los daños que pudieran causarle a los contrayentes, así como también a su prole legítima.

Para Lalaguna esta doctrina "en modo alguno implica reconocimiento de la unión civil ni renuncia de la Iglesia a permitir a sus súbditos un nuevo matrimonio con tercera persona en el caso de haberse ligado sólo civilmente".

Pero vemos cómo en algunos países es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos para el caso que personas casadas civilmente quisieren contraer matrimonio canónico. Así como requisito indispensable es que dicha autorización deba darse el ordinario o quo el matrimonio civil se halla disuelto por sentencia definitiva anterior. Y concluye así Lalaguna, que el Codex ha tenido bien cuidado para no denominar como "matrimonio" al matrimonio contraído civilmente, tomando para ello diferentes expresiones tales como acto civil, vínculo civil o simplemente como unión civil.

Para la Iglesia el matrimonio canónico es uno e indisoluble. Al respecto nos dice el Canonista y Tratadista, Aurelio Tóbón Mejía, que "el matrimonio válido es uno e indisoluble, ya tratase de matrimonio sacramental, al cual están obligados los bautizados, ya tratase de matrimonio civil, llamado en la

Jurisprudencia canónica "vínculo natural válido", al que están obligados los no bautizados y los católicos cuando contraen entre sí, y al cual pueden acercarse conforme a la Ley concordataria aún los bautizados, sin perjuicio de las sanciones canónicas de conciencia, que en nada afectan la validez del acto jurídico. Vale la pena anotar que la jurisprudencia total no habla, como hace algunos años en medios eclesiásticos, del matrimonio civil como "torpe y vergonzoso concubinato". El católico puede, de acuerdo con el Concordato de 1973, optar: o se casa por lo civil o por lo católico. Pero si el católico se casa por lo civil queda sujeto a las sanciones canónicas".

La Conferencia Episcopal de Colombia, en la XXXI Asamblea Plenaria de 1975 dijo al respecto: "El Católico por consiguiente no está moralmente libre para contraer matrimonio civil. Sabe que para él el matrimonio es un sacramento y que ésta verdad constituye un principio fundamental de su fe. Por ésto la Iglesia afirma que, para que sea válido, debe celebrarse ante su representante debidamente autorizado y en presencia de la comunidad cristiana. Por tanto para los católicos, el único matrimonio es el matrimonio sacramento. Ante Dios y ante la comunidad eclesial de la cual son miembros, los católicos solo tienen la condición de esposos verdaderos".

deros y legítimos, cuando la celebración del matrimonio — cumple los requisitos correspondientes a su naturaleza sacramental."

V. EFFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO CANONICO.

La concreción sobre los efectos matrimoniales que caen solo bajo la potestad civil la expresaron entre otros el Papa Pío VI y demás pontífices diciendo que "solo corresponde a la potestad civil los efectos meramente civiles del matrimonio. Lo anterior se encuentra estipulado en el Canon 1016, el - cual dispone: "El matrimonio de los bautizados se rige no solo por el Derecho Divino, sino también por el canónico, - sin perjuicio de la competencia de la potestad civil sobre - efectos meramente civiles del mismo matrimonio".

La Iglesia ya desde el Concilio de Trento, ha venido sosteniendo la competencia exclusiva para conocer de las causas matrimoniales, con la sola atribución a la Jurisdicción civil de todas aquellas cuestiones derivadas de efectos civiles.

Así tenemos como en la sesión XXIV del Tridentino se expuso: "... Si alguno dijere que las causas matrimoniales no — corresponden a los jueces eclesiásticos, sea anatema". De aquí la competencia exclusiva que dí el Codex a los jueces eclesiásticos de todas las causas matrimoniales entre bauti-

zados.

Pero esta competencia exclusiva varía un poco debido a los concordatos que ha tenido la Iglesia con los diferentes Estados, renunciando en ocasiones a su competencia legislativa sobre algunos efectos que son por su naturaleza inseparables del matrimonio canónico, entre otros como los derechos y deberes entre los cónyuges; régimen de la filiación legítima; ciertos derechos dimanentes de la patria potestad. Así, como ha renunciado a las causas matrimoniales de separación - las cuales se les han atribuido a la legislación civil en la mayoría de los concordatos. Pero así, como ha renunciado a la competencia de muchos efectos matrimoniales, vemos que en ningún concordato ha renunciado a regular las propiedades inseparables de la válida constitución del vínculo matrimonial como son: la indisolubilidad, unidad, impedimentos dirimidos y demás.

De acuerdo con lo anterior vemos cómo en el Concordato de 1807 en su Art. XIX decía: "Serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales - que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como las que se refieren a la validez de los espousales. Los efectos civiles del matrimonio se regirán - por el poder civil". En vigencia de este Concordato se pre-

sentaron conflicto de competencia entre la jurisdicción de menores y los Tribunales Eclesiásticos, ya que éstos sostienen tener competencia exclusiva en lo relativo a la tenencia de los hijos, en tanto que la jurisdicción de menores sostiene a su vez tener competencia en lo relativo a la guarda y suspensión de la patria potestad, ésto en base del Art. 64, de la Ley 63 de 1946. El Tribunal Superior Eclesiástico pronunció al respecto lo siguiente: " 1.- Los Jueces de menores tienen cierta competencia para conocer de los juicios de suspensión de patria potestad y de guarda, en el sentido que jurídicamente se les da a la e respectivas acciones. Pero ni una ni la otra pueden ejercitarse para resolver los problemas de la tenencia de los hijos de familia, pues estos son distintos jurídicamente de la suspensión de la patria potestad o de la guarda. 2.- Los jueces de menores no tienen competencia para dictar medidas administrativas de protección de menores abandonados, pues esta función está adscrita hoy al Instituto de Bienestar Familiar. 3.- Los jueces de menores no pueden conocer de demandas de medidas precautorias que son parte adjetiva de los juicios matrimoniales. Tales juicios, las medidas preventivas y las causas accesorias a ellos, son de competencia de un juez civil del culto si son un matrimonio civil, y si son matrimonio católico son de la jurisdicción eclesiástica. 4.- Los jueces del cir-

culto civiles, en relación con el matrimonio eclesiástico, — dictar medidas preventivas de orden civil siempre y cuando el Juez eclesiástico que conozca de la causa principal no hubiere preventido la competencia de ellos, dictándolas por sí mismo en uso de la jurisdicción que para ello tiene. 5.-En cuanto a la cohabitación de los cónyuges y la tenencia de los hijos —erróneamente llamada guarda— no tienen facultad para intervenir ni los Jueces de menores ni los del circuito, ni el Instituto de Bienestar Familiar, a menos que medie una delegación o comisión de la competente autoridad eclesiástica. — 6.-Los juicios adelantados por jueces de menores sobre la cohabitación de los cónyuges y la tenencia o cuidado de los hijos que aquéllos se disputan, son nulos por carencia de jurisdicción y por extralimitación de sus funciones".
A este respecto considera el tratadista Monroy Cebrián que lo que había sucedido no era más que una confusión entre la jurisdicción de menores y de los Tribunales Eclesiásticos sobre la potestad paterna, patria potestad y guarda. La primera o sea la potestad paterna se encuentra regulada en nuestro código en el capítulo XII referente a los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos, como el derecho de exigir respeto y obediencia, así como el de socorro, crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos los cuales correspon-

den a la sociedad conyugal. La patria potestad se encuentra regulada en el título XIV y comprende la administración, representación judicial y extrajudicial y usufructo de los bienes del hijo que no formen su patrimonio profesional. La guarda en nuestro código tiene una especial reglamentación en el título XXII.

Resume así Monroy Cabra la regulación matrimonial dentro del nuevo sistema dado por el Concordato de 1973: a) De conformidad con el Art. VII del nuevo Concordato, "El Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico"; b) Las causas de nulidad o disolución del vínculo de matrimonios canónicos, incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio rato y no consumado, son de competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos y congregaciones de la Sede Apostólica; y c) Las causas de separación de cuerpos de matrimonios canónicos son de competencia del Tribunal Superior del respectivo Distrito en primera instancia y de la Corte Suprema de Justicia en segunda. Esto implica que, al no ser competentes los Tribunales Eclesiásticos para conocer de las causas de separación de cuerpos de matrimonios canónicos, ya no se presentan conflictos de jurisdicciones entre los jueces de menores y los Tribunales Ecle-

clásicos, puesto que la competencia es exclusiva y privativa de las autoridades ordinarias".

A todo esto debemos tener presentes que de acuerdo con la Ley 1a, de 1976 o Ley de Divorcio, las causas sobre la separación de cuerpos de matrimonio civil y católico son las mismas, en ambos se recurre al procedimiento abreviado, diferenciándose tan solo en que en el matrimonio civil, el Juez Civil del Circuito es competente para conocer de dichas causas para la separación de cuerpos; mientras que en el católico dichas causas las conoce la sala civil del respectivo tribunal superior de distrito judicial.

De acuerdo con la doctrina, la cual distingue entre efectos inseparables, por estar formado por las propiedades esenciales del matrimonio y los separables o sea los regidos por las normas civiles, vemos cómo aquí en este nuevo Concordato entre Colombia y la Santa Sede, renuncia ésta a regir sobre los efectos inseparables al matrimonio católico, al reconocer competencia de la jurisdicción civil para conocer acerca de los procesos sobre separación de cuerpos de matrimonios católicos.

CAPITULO III.

MATRIMONIO Y CONCORDATO

HISTORIA DE LAS RELACIONES ENTRE LA IGLESIA Y EL ESTADO ANTES DEL CONCORDATO DE 1887.

En la Nueva Granada, hasta el año de 1853, rigió la legislación española que reconocía en esta materia el Derecho Canónico, a partir del Decreto TAMETSI del Concilio de Trento, al cual ya nos habíamos referido en el capítulo I de esta obra. Decreto que exigía para la validez del matrimonio, el que este fuera celebrado ante el párroco propio o su delegado de la fíligresía de uno de los cónyuges. La Ley 15 de junio de 1853, decretó la separación entre la Iglesia y el Estado. Despúes la Ley 20 de ese mismo año estableció el matrimonio civil obligatorio y el divorcio vincular, que no duró sino un par de años. El divorcio se estatuyó por adulterio de la mujer, amancebamiento del marido, injurias graves y frecuentes maltratamientos físicos, servicia y ausencia por más de tres años. También se admitió el divorcio por mutuo consentimiento, salvo de que el varón sea mayor de 25 años y la mujer de 21, que no hayan transcurrido 2 años des-

de la celebración del matrimonio o que hayan transcurrido más de 20 a partir de entonces, o que la mujer tenga 40 años cumplidos, o que los padres de los cónyuges no convengan el divorcio.

Pero la Ley del 8 de Abril de 1856 en su Art. 4, derogó la anterior norma disponiendo "que el matrimonio solo podrá disolverse por la muerte de uno de los contrayentes; todo pacto en contrario es nulo".

Luego encontramos en el Art. 30 de la misma Ley: "que para los efectos civiles del matrimonio religioso del matrimonio religioso de los contrayentes, éstos después de la celebración del matrimonio debían comparecer ante el notario y el Juez de circuito de la vecindad de la mujer y dos testigos y, expresar que ha habido mutuo y libre consentimiento".

De acuerdo con las anteriores disposiciones, la Ley de 1856 estatuyó la indisolubilidad del matrimonio admitiendo el religioso facultativo. En 1857 se restablecieron las relaciones con la Santa Sede, pero en la Carta de 1958 se reafirmó la libertad religiosa y la separación de la Iglesia y el Estado, a la vez que prohibió a los Estados intervenir en los asuntos religiosos y a partir de 1859, por causa del régimen federal, la legislación varió en los diferentes Estados, predominando el matrimonio Civil pero admitiéndose

el religioso y en algunos de los Estados se implantó el divorcio vincular.

El Código del Estado del Cundinamarca de 1859, en su Art. 185, hace referencia a la separación o divorcio por el ministro o funcionario competente de la comunión religiosa, el cual tendrá la misma validez y surtirá el mismo efecto civil que si hubiera sido decretada por autoridad civil, si las partes sujetaren voluntariamente el negocio al conocimiento del expresado ministro o funcionario religioso.

A partir de la Constitución de Río Negro, los Estados establecieron el matrimonio civil obligatorio, entendiéndo que en 1877 no había matrimonio religioso facultativo sino en Boyacá, Cauca y Panamá. En el Código de 1873 o Ley 84 del 26 de Mayo, se consagró el matrimonio civil como único que producía efectos, lo cual duró hasta el año de 1887 con la Ley 57.

La Constitución de 1886, en sus Arts. 38, 53, y 56, declaraba la inspiración católica de la nación Colombiana.

En tanto se daban Leyes unificadas se dispuso que en cada departamento sigulera rigiendo las estipulaciones del antiguo Estado. La Ley 57 de 1887 adoptó las disposiciones del Código Civil de 1873.

En el Art. 13 de dicha Ley se dispuso que "Son válidos para

todos los efectos civiles y políticos, los matrimonios que se celebren conforme al rito católico". Y el Art. 19 dispuso que "la disposición contenida en el Art. 12 tendrá efectos retroactivos. Los matrimonios católicos, celebrados en cualquier tiempo, surtirán todos los efectos civiles y políticos desde la promulgación de la presente ley. La mujer que al tiempo de la expedición de esta Ley se halle casada católicamente más no civilmente, podrá conservar la administración de sus bienes, y celebrar con el marido, dentro del término de un año capitulaciones matrimoniales".

También la Ley 57 en su Art. 17 y 18 concedió a la Leyes de la Iglesia y al Tribunal Eclesiástico la competencia exclusiva de las causas de nulidad de los matrimonios católicos y de los juicios de divorcio. Igualmente en su Art. 22 le dió a las certificaciones parroquiales el valor de pruebas principales del estado civil.

La Ley 153 de 1887 en su Art. 16 consagró la Independencia de la legislación canónica y su acatamiento y respeto por las autoridades civiles; en su Art. 21 reiteró la validez y eficacia civiles de los matrimonios celebrados en cualquier tiempo de acuerdo con la costumbre religiosa y general del país; se reiteró el principio de la competencia exclusiva de la Leyes y Tribunales eclesiásticos sobre los procesos de -

nullidad y divorcio de los matrimonios católicos, cuyas decisiones producen efectos civiles inmediatos, previa inscripción en el registro (Art. 51); redujo la legitimación por matrimonio subsiguiente de los padres al matrimonio válido y a los hijos de personas que cuando procrearon habrían podido casarse entre sí (Art. 52); y en su Art. 79 reafirmó el valor principal de las pruebas del estado civil de origen eclesiástico.

Más tarde la Ley 30 de 1888, estableció en su Art. 34 que: "El matrimonio contraído conforme a los ritos de la religión católica anula ipso jure el matrimonio puramente civil, celebrado antes por los contrayentes con otra persona", dejando a salvo la legitimidad de los hijos de éste y el alimentario del marido respecto de aquéllos y de la primera esposa, mientras ésta no se case por el sistema católico. Y por último, la Ley 35 de 1888 del 27 de Febrero, aprobó el Concordato del 31 de Diciembre de 1887.

III. MATRIMONIO SEGUN EL CONCORDATO DE 1887.

Desde este momento aparece en Colombia el régimen concordatario, en virtud del cual, las relaciones entre el Estado y la Iglesia se reglamentan por medio de un pacto bilateral,

verdadero tratado internacional, así llamado Concordato. En estos tratados de carácter especial se fijan los límites de las prerrogativas tanto del Estado correspondiente como de la Iglesia.

Capello define el Concordato como "Una convención nacida de pacto público y solemne entre la Iglesia y el Estado, para ordenar sus mutuas relaciones acerca de las materias que interesan a ambas sociedades."

En este régimen Concordatario se inició en Colombia en 1887 con el Concordato firmado por la Santa Sede el 31 de Diciembre de ese mismo año. A nombre de Colombia lo firmó como plenipotenciario del presidente Rafael Núñez, el doctor Joaquín F. Vélez, y como plenipotenciario de Su Santidad el Papa León XIII, el Cardenal Rampolla del Tindaro.

Este Concordato fué celebrado en desarrollo del Art. 56 de la Constitución de 1886, el cual se expresaba así, "El gobierno podrá celebrar convenios con la Santa Sede Apostólica a fin de arreglar las cuestiones pendientes, y definir y establecer las relaciones entre la potestad civil y la eclesiástica".

Este Concordato ha sido adicionado en varias ocasiones: en 1892 por una Convención; luego en 1924 por otra Convención firmada por el Dr. José Vicente Concha, que dio origen a la Ley 24 de ese mismo año llamada "Ley Concha", sobre matrícula

monio civil; más tarde otra convención en 1928 sobre misiones. Luego vino el Tratado Echandía- Magallone en 1942, el cual no entró en vigencia; a pesar de haber sido aprobado - por el Congreso mediante la Ley 50 de ese mismo año, por no haberse hecho el canje de ratificaciones de común acuerdo entre las dos altaspartes contratantes. En 1953 se firmó otro convenio sobre misiones. Por último, después de prolongadas negociaciones, se firmó el día 12 de Julio de 1973, un nuevo Concordato para reemplazar el de 1887 y los actos adicionales del mismo.

El Concordato de 1887 que regulaba las relaciones las estipulaciones contenidas en los convenios adicionales, tenían muchas normas que han caído en desuso y otras contrarias a las normas constitucionales vigentes.

Las principales normas del Concordato relacionadas con el matrimonio, son las siguientes:

Art. 17.- "El matrimonio que celebren los que profesan la Religión Católica producirá efectos civiles respecto a las personas y bienes de los cónyuges únicamente cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento. El acto de la celebración debe ser presenciado por un funcionario que la Ley determine con el solo objeto de verificar la inscripción del matrimonio en el registro civil".

La norma anterior díó lugar a dificultades de interpretación, habiendo dado lugar a un nuevo acuerdo entre la Santa Sede y el Gobierno Colombiano, el cual como ya lo habíamos comentado, quedó contenido en el cruce de notas entre el Secretario de Estado de Su Santidad y el Ministro de Colombia ante la Santa Sede, notas fechadas el 27 de Febrero y el 10 de Junio de 1924, respectivamente, habiendo tomado la iniciativa el Doctor José Vicente Concha.

En virtud del expresado acuerdo y de la Ley citada, son Católicos los bautizados en la Iglesia y religión Católica, pertenecieren a la misma y fueron educados en élla. Estas personas podían contrar matrimonio civil indisoluble, previa adjuración de la Iglesia y de la Religión Católica, siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido órdenes sagradas, ni sean religiosos que hayan hecho votos solemnes, los que están sometidos en todo caso a las prescripciones del Derecho Canónico, según el art. 1º de la Ley 54 de 1924.

Art. 19.º "Se establecen que son de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como las que se refieren a la validez de los espousales. En cambio los efectos civiles del matrimonio se regularán por el Poder Civil.",

III. LEY CONCHA O LEY 54 DE 1924. -

Para aclarar las posibles confusiones originadas por la interpretación de la palabra "PROFESAN", se recurrió, de acuerdo con el Art. 24 de la convención adicional al Concordato, promulgada como Ley el 10 de Octubre de 1893, a un convenio con la Santa Sede, acerca de la interpretación del Art. 17 del Concordato, al que dio origen a la denominada "Ley Concha" o Ley 54 de 1924, la cual establecía lo siguiente: "Art. 1º. - No es aplicable la disposición de la primera parte del Art. 17 del Concordato, cuando los dos individuos que pretendan contraer matrimonio declaren que se han separado formalmente de la Iglesia y religión Católica, siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido ordenes sagradas, ni sean religiosos que hayan hecho votos solemnes, los que están en todo caso sometidos a las prescripciones del Derecho Canónico.".

"Art. 2. - La declaración de que trata el apartado precedente se hará por escrito, por los dos individuos que pretendan contraer matrimonio, ante el juez municipal respectivo, en la solicitud que presenten para la celebración del contrato, y se expresara en élla la época en que se separaron de la Iglesia y de la religión Católica. Tal declaración se insertará en el edicto que se debe publicar conforme a la Ley; se comu-

nicara por el Juez inmediatamente al ordinario eclesiástico respectivo, y la ratificaren los contrayentes en el acto de la celebración del matrimonio, que no se podrá celebrar sino transcurrido un mes desde el día en que la declaración dicha haya sido oficialmente comunicada al ordinario, dejando constancia de la misma declaración en la diligencia o partida respectiva."

"Art. 3.- Derogase el Art. 34 de la Ley 30 de 1908". El Nuncio con fecha del 13 de Diciembre de 1924, hizo saber a los ordinarios, el alcance del Art. 2º de dicha Ley así: "De conformidad con el canon 1099, número 1, del Código de Derecho Canónico, es nulo el llamado matrimonio civil de todos aquéllos que fueran bautizados en la Iglesia Católica o que se convirtieron a ella, aunque después hayan defecionado de ella, sea pasando a la herejía o al cielo, sea abandonado toda religión. Cuando el ordinario reciba la noticia de la declaración rendida de los contrayentes respecto de haber abandonado la fe Católica y la época en que se separaron de la Iglesia, procurara del mayor modo posible, inducir a una y otra parte a que tomen una más prudente determinación, haciéndoles presentes, que siendo su unión eclesiásticamente nula, podrán ser gravísimas las consecuencias a que se exponen. Pero si una y otra parte persisten en sus propósitos,

el ordinario antes de que éllas procedan al acto civil, aplica el Canon 2314, número 1, del Código de Derecho Canónico, el cual los declara incurso ipso facto en la excomunión speciali modo reservata sanctae sedi. Pero si después, arrepentidos del mal hecho, mostraren deseos de tomar a la Iglesia Católica, el ordinario se regirá por el citado Canon 2314 número 2, y si el llamado matrimonio civil se hubiere efectuado ya, "se aplicará el derecho común".

A todas estas para Monseñor Arteaga Yepes, la citada "Ley Concha" se opone en muchos aspectos al derecho de la Iglesia, en una manera general, en cuanto es Ley Civil que regula el matrimonio de las personas bautizadas, en algunos aspectos que cubren infinitamente los efectos meramente civiles que a éllas corresponden. En una manera especial:

- "a) En cuanto admite la forma civil del matrimonio a personas obligadas a la forma Canónica de la Iglesia; b) En cuanto se opone a la realización del privilegio Paulino en Colombia; - c) En cuanto pretende imponer a personas bautizadas un impedimento dirimente de ligamen con el matrimonio civil de apostados que es nulo ante Dios y ante la Iglesia". Y agrega Monseñor Arteaga Yepes que desde el punto de vista Jurídico, que la Ley de matrimonio civil para los apostatas se encuentre en contradicción con las normas civiles, que es la

católica. Al igual se encuentra en abierta contradicción - con el texto y el espíritu de nuestra constitución bajo el cual se promulgó la Ley y "se opone también al texto y al espíritu del Concordato con la Santa Sede que, además de ser Ley de la nación, es un tratado público internacional". Concluye así monseñor Arteaga; La "Ley Concha ha sido duramente criticada por muchos juristas así como por los canónigos Arboleda Valencia y Liborio Restrepo Uribe. Dicha Ley trajo como consecuencia, la inconformidad en los Colombianos, fué tachada de absurda y demandada por inconstitucional por el señor Pablo Jaramillo Salazar, quien alegó" que no era Ley aprobatoria de un tratado internacional, sino una Ley que no podía derogar ni modificar el Concordato de 1837"; y también alegó que "era violatoria de la libertad de conciencia consagrada en el Art. 53 de la Constitución Nacional."

En sentencia del 26 de Abril de 1971, la Corte Suprema de Justicia se pronunció con respecto a la Ley 24 de 1924, reconociendo que refleja un convenio del gobierno con la Santa Sede, ajustado mediante un cambio de notas, reproducido textualmente por dicha Ley, y conforme, desde los principios de la negociación hasta su remate, al procedimiento constitucional que precede, acompaña y termina esa clase -

de actos, los cuales tienen una índole peculiar; no obstante de emanar de un acuerdo concertado entre potestados diferentes, traducen de ordinario relaciones que solo conciernen al orden jurídico del Estado, que los concluya y adopta como normas internas de su competencia exclusiva." Circunstancias que aclaran el título de la Ley de 1924 el cual reza: "Por la cual se aclara la legislación existente sobre el matrimonio civil".

A pesar de todo lo dicho por la Corte, ésta no objetó a profundizar y estudiar la cuestión de la acción de inexequibilidad, terminando por declararla ejecutible, alegando que dicha Ley no obligaba a los católicos a apostatar de la religión, sino simplemente el Juez respectivo a comprobar un hecho anterior a la solicitud que le formulen, limitándose a establecer la prueba de esta situación. Al respecto el Jurista M. G. Monroy Cabra se pronuncia diciendo que "hubiera sido más técnico que la Corte se hubiera abstenido, por cuanto se trata de un acuerdo interpretativo del Art. 17 del Concordato, que es un tratado y por tanto, por la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno, la Corte no podía entrar a analizar su constitucionalidad por no poder variar sus estipulaciones sin violar el principio pacta sunt servanda comprometiendo la responsabilidad del

Estado. II.

La Iglesia había aceptado la "Ley Concha" para evitar males mayores. Y la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 31 de Mayo de 1947, estableció la nulidad del matrimonio civil de Católicos, que no hayan observado los requisitos en toda su plenitud, exigidos por la Ley 54 de 1924 indispensable para la existencia y validez del matrimonio.

Con todo lo que hemos visto hasta ahora nos podemos dar cuenta que durante la existencia del Concordato de 1887 coexistía la forma canónica para el matrimonio de los católicos y la forma civil para el de los no católicos o los católicos - apóstatas.

IV. ASPECTOS GENERALES DEL NUEVO CONCORDATO.

El 12 de Julio de 1973, el Gobierno Colombiano suscribió con la Santa Sede un nuevo Concordato. En nombre de la República firmó el Ministro de Relaciones Exteriores, Dr. Alfredo Vásquez Carrizosa; en el Vaticano Monseñor Ángel Palmas, Nuncio Apóstólico en Bogotá. La comisión negociadora, designada por el gobierno, estuvo constituida por los doctores Antonio Rocha y Aurelio Caicedo Ayerbe. El nuevo pacto sustituye al Concordato de 1887, invalida el régimen

matrimonial de la "Ley Concha" y deroga el convenio de mijaciones de 1953.

La Ley de 1974 aprobó el nuevo Concordato y su vigencia comenzó el 2 de Julio de 1975, en que fue firmada en el Vaticano el Acta de Canje.

Las Ideas fundamentales del nuevo Concordato en relación al aspecto del matrimonio son:

1. El Estado Colombiano asume el ejercicio de la función jurisdiccional matrimonial; lo cual quiere decir que toda persona en territorio Colombiano puede celebrar libremente el matrimonio de acuerdo con las normas del Código Civil. Es el derecho común.

Hagámos una declaración al respecto y recordemos que la Ley 35 de 1880, que aprobó el Concordato del 31 de Diciembre de 1887, en su Art. 17 dispuso que el Gobierno Colombiano se compromete a no emplear la jurisdicción matrimonial civil para aquellas personas que profesaban la Religión Católica, pues estos estaban obligados a contraer matrimonio por la jurisdicción matrimonial Canónica; la jurisdicción civil solo podía emplearse para el matrimonio de los infieles.

Luego esta disposición fue reformada por la Ley 54 de 1924, o "Ley Concha", en la que se autorizó el empleo de la jurisdicción civil para personas bautizadas, pero con la condi-

ción de que dichas personas antes de celebrar el matrimonio apostataran de la Religion Católica.

Hoy en día en virtud del nuevo Concordato de 1974, los Católicos y no Católicos pueden celebrar el matrimonio civil.

II.- De acuerdo con el Art. VII del nuevo Concordato, "El Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del Derecho Canónico. Para la efectividad de este reconocimiento la competente autoridad eclesiástica transmitirá copia autenticada del Acta al correspondiente funcionario del Estado quien deberá inscribirla en el Registro Civil".

El protocolo final de este Art. dispone la inscripción de un matrimonio Canónico que haya sido anotado en el Registro Civil en el momento de su celebración, podrá siempre efectuarse a requerimiento de uno o ambos cónyuges o de quien tenga interés legítimo en dicho matrimonio. Para esto será suficiente la presentación de una copia debidamente autenticada del acta eclesiástica. La muerte de una de las partes o de ambos cónyuges no será obstáculo para efectuar dicha inscripción en el respectivo Registro Civil. Agrega además este artículo, que los efectos civiles del matrimonio eclesiástico debidamente inscrito en el Registro Civil comenzarán a partir de la celebración del matrimonio.

Aquí podemos observar que en Colombia producen plenos efectos civiles tanto los matrimonios civiles de católicos, como de los no católicos y de los matrimonios de católicos casados de conformidad con las normas del Derecho Canónico.

III.- El Art. VIII de la misma Ley dispone: "Las causas - relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos, incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio rato y no consumado, son de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos y Congregaciones de la Santa Sede Apóstolica. Las decisiones y sentencias de éstos, cuando sean firmes y ejecutivas, conforme al Derecho Canónico, serán trasmítidas al Tribunal Superior del Distrito Judicial territorialmente competente, el cual decretará su ejecución en cuanto a efectos civiles - y ordenará su inscripción en el registro civil".

Haciendo relación con la parte final de este artículo, se reconoce competencia exclusiva a la autoridad eclesiástica en cuanto se refiere a los aspectos del Privilegio de la F6. De acuerdo con los Cánones 1120 y ss. del Código de Derecho Canónico, es Privilegio de la F6 el denominado Paulino, consistente en que el matrimonio de personas no bautizadas puede disolverse si uno de los cónyuges se convierte a la

Religión Católica. Para la aplicación del Privilegio de la Fe, se exige que el cónyuge convertido y bautizado intercante al cónyuge no bautizado para que reciba el bautismo o que por lo menos coabite con él pacíficamente sin ofensas al Creador. De acuerdo con el Cánon 4.1125, "El vínculo del matrimonio anterior celebrado en la infidelidad se disuelve en el momento en que la parte bautizada celebra vígilamento nuevo matrimonio".

IV. - Encambio, establece el Art. IX de la respectiva Ley 20 de 1974 que "Las Altas Partes Contratantes convienen en que las causas de separación de cuerpo de los matrimoniales católicos sean tramitadas por los Jueces del Estado, en primera instancia ante el Tribunal Superior respectivo y en segunda instancia ante la Corte Suprema de Justicia."

El nuevo texto de 1973 estudió las distintas alternativas: - civil o religioso facultativo, divorcio vincular para los matrimonios civiles y religiosos o solo para éstos, coexistencia del matrimonio civil obligatorio para todo ciudadano, y voluntario canónico para los católicos, o denuncia del concordato. Pero a pesar de estudiar todas estas alternativas, se aprobó el matrimonio civil facultativo en el nuevo texto - de conformidad con el Art. VII antes comentado. Esto significa que el Estado tiene plena competencia de legislar sobre

todos aquéllos efectos civiles del matrimonio civil, y por ello estableció el divorcio vincular con la Ley 1a. de 1976 para este matrimonio.

El eminentísimo jurista Antonio Rocha, a quien correspondió negociar en el nuevo concordato, comenta que la Santa Sede no aceptó que en el texto se estableciera explícitamente que los Católicos escogieran libremente el rito Eclesial o Civil. Igualmente dice que la Iglesia no aceptó establecer matrimonio civil obligatorio seguido del optional Católico.

De esta manera el Concordato de 1973 se aprobó con estas condiciones: a) La persona católica puede optar o por casarse por lo católico, aceptando la indisolubilidad del vínculo, o casarse por lo civil sin que tenga que apostatar, en cuyo caso tiene la posibilidad de divorciarse vincularmente de acuerdo con la Ley 1a. de 1976; y b) El no católico nacional o extranjero, debe casarse por lo civil de conformidad con las normas sustanciales del Código Civil Colombiano y siguiendo el procedimiento allí señalado para la celebración del matrimonio y, desde luego, teniendo la posibilidad de divorciarse vincularmente.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el Art. IX del nuevo Concordato, la separación de cuerpos del matrimonio católico, será de competencia del Tribunal Superior de Dis-

trito judicial respectivo, en primera instancia y en segunda de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia, sea de común acuerdo o sea contencioso, en cuyo caso hay que alegar una de las causas previstas en la Ley 1a. de 1976 (CC. Art. 165). En cambio en los matrimonios civiles la separación - de cuerpos es de competencia de los jueces civiles del circuito del domicilio del demandado o del domicilio común anterior si el demandado lo conserva, alegando las causales establecidas en el Art. 165 del CC. (Ley 1a. de 1976).

La nulidad o disolución del matrimonio católico, así como lo relativo al privilegio de la Fe, según el Art. VIII del nuevo Concordato, será de exclusiva competencia de los Tribunales Eclesiásticos y Congregaciones de la Sede Apostólica, en cambio en cambio en lo referente al matrimonio civil, la nulidad y disolución de este será de exclusiva competencia - de los jueces civiles del circuito según el CC. Art. 140 y Ley 1a. de 1976; y la separación de bienes tanto del matrimonio civil como eclesiástico, compete exclusivamente a los jueces civiles del circuito, a menos que las partes resuelvan de común acuerdo disolver y liquidar la sociedad conyugal, siguiendo el procedimiento indicado en el numeral 5º del Art. 1020 - del CC y la Ley 1a. de 1976, que se hace ante el Notario y - por Escritura Pública.

V. DILEMA.

Algunos autores y juristas sostienen que el país necesita la abolición del régimen concordatario, a la cual habría podido llegar mediante diálogos frances con la Iglesia, o también mediante el procedimiento jurídico de la denuncia asegurando que lo que ha hecho el nuevo Concordato es una pálida reforma del caduco Concordato de 1887. Al que se le añado al nuevo texto que es a la vez, inconveniente e incog^titucional como lo veremos más adelante según las versioⁿnes del jurista Andrés Holguín.

Una de las ventajas que presenta el nuevo Concordato consiste en que el colombiano bautizado podrá contraer matrimonio civil sin la adjuración establecida en la Ley 54 de 1924. Pero conserva la Iglesia el Privilegio de la Fe, en sus aspectos canónicos, o sea aquella facultad que tiene la Iglesia de disolver un matrimonio civil anterior para que el nuevo conjayente contraiga vínculo religioso. Se reconoce a la Iglesia como elemento fundamental del "Desarrollo Integral de la comunidad" reconocimiento que para algunos autores es muy grave, que no existía ni en la Constitución de 1886, ni en el Concordato de 1887.

Se acepta paralelamente a la legislación y jurisdicción colombiana, la legislación y jurisdicción eclesiástica no solo

en materia matrimonial sino también en lo penal, lo que resulta violatorio de la constitución como lo veremos más adelante.

El Congreso de la República quedó así colocado ante un gran dilema con respecto a la aprobación del nuevo texto concordatario, anacrónico para algunos autores, ya que debía aprobar o improbar en su integridad el nuevo pacto presentado a su consideración por el Gobierno. Así el doctor Darío Echandía en el debate de la Comisión II del Senado, expresó que el nuevo pacto debía aprobarse como "un mal menor". Luego con la expedición de la Ley 20 de 1974, se dio aprobación al nuevo Concordato dejando sin vigencia el Concordato de 1887 y la Ley 54 de 1924 o "Ley Concha".

VI.

UN CONCORDATO INCONSTITUCIONAL.

El jurista Andrés Holguín, así como algunos otros autores sostienen que el nuevo texto concordatario no está bien avvenido a los cánones constitucionales, y así con varios los cargos que formulan con respecto al nuevo texto, entre otros, sostienen que: Las Cláusulas del nuevo Concordato, como las del anterior, violan las normas constitucionales sobre la organización misma del Estado Colombiano, en especial a lo que se refiere a la administración de justicia y a la fami-

III.

El Art. 2 de la Carta, establece que: "La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ellaemanan - los poderes públicos, que se ejercen en los términos que - esta constitución establece". El Art. 10 de la misma Carta dice: "Es deber de todo nacional y extranjero en Colombia, vivir sometidos a la Constitución y a las Leyes". El Art. 55 señala que: "Son ramos del poder público la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional", y el Art. 58: "La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la Ley, administran Justicia." Sostiene Andrés Holguín, que estas fundamentales disposiciones de la Carta no permiten que en el país funcionen Tribunales distintos de los Colombianos, ni que haya persona - no sometida a los jueces nacionales, ni que otra legislación distinta de la Colombiana se aplique con carácter general. Estas normas exige que solo hayan unos jueces: Los Colombianos; una legislación la expedida por el Congreso; y - que nacionales y extranjeros quedan sujetos a la legislación Colombiana.

En el nuevo Concordato se reconocen efectos civiles al matrimonio católico (Art. VII), o sea al celebrado de conformidad con una legislación distinta de la Colombiana, y se estipula

blece que las causas relativas a la nulidad y a la disolución de los matrimonios católicos (creadores de derechos civiles) "son de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos y Congregaciones de la Sede Apostólica" (Art. VIII). — O sea que esta cuestión es importante, ya que regula los derechos de familia y se reconoce una legislación distinta de la Colombiana, como es la Canónica, y una jurisdicción también distinta de la que señala nuestro constituyente, como es la eclesiástica. En estos casos se viola la Constitución; los poderes públicos se ejercerán como lo establece la constitución y no puede por lo tanto, establecerse otra jurisdicción, como es la eclesiástica, paralela a la Colombiana por medio de un tratado internacional.

VII. CONCLUSIONES. —

De acuerdo con todo lo que hemos establecido anteriormente, nos podemos dar plena cuenta sobre la situación actual respecto del matrimonio civil y del matrimonio eclesiástico en Colombia.

Esta nueva situación no obstante, de representar un notorio avance para nuestro país, no resulta del todo la más adecuada. Bien es cierto que en la época actual la Iglesia Católica regula sus relaciones con muchos Estados por medio de

estos Concordatos, como son los casos de Italia, Francia, España, etc., también es cierto que muchos otros Estados han prescindido de estos concordatos o han controlado sus relaciones con la Iglesia, con el fin de evitar las limitaciones que los Concordatos establecen.

Nuestro país es un país joven en vía del desarrollo en donde las circunstancias sociales no son del todo favorables, — para conllevar a la eliminación del régimen Concordatario; pero si es necesario que estas relaciones con la Santa Sede sean encaminadas a acordar nuevas normas teniendo en cuenta la situación social de nuestro país y teniendo en cuenta — así mismo las libertades de conciencia del pueblo.

Una de las fórmulas que debería acoger el país después de sometida a un concienzudo estudio por parte de la Iglesia y el país, es qué el Estado reconozca plena validez al matrimonio civil como obligatorio dejando plena libertad al ciudadano para si lo desea, contraer matrimonio religioso de acuerdo con su conciencia y sus creencias religiosas, dejando a las personas escoger en virtud de las libertades consagradas en el Art. 53 de la Constitución Nacional el cual en su parte primera reza así: "El Estado garantiza la libertad de conciencia", llegando de este modo a la abolición del régimen — Concordatario o como ya lo habíamos dicho, a un acuerdo —

franco con la Santa Sede.

A esta fórmula sencilla han llegado la mayoría de los países del mundo desde hace muchos años y sobre todo países latinos como Panamá, Venezuela, Ecuador, Bolivia, etc., y no tenemos idea por qué Colombia no ha adoptado un sistema igual o al menos sólido haya pronunciado al respecto.

Esta fórmula queda complementada con la Ley 1a. de 1976 o Ley de Divorcio y separación de cuerpos, fórmula bastante adecuada como lo veremos más adelante al tratar sobre el tema de divorcio y sus consecuencias. Por lo demás no vemos en qué el matrimonio civil y su divorcio puedan afectar a los verdaderos creyentes de la Iglesia, ya que si ésta le reconoce plena validez al matrimonio eclesiástico del bautizado, vemos que para el creyente el matrimonio canónico - que realice es único e indisoluble de acuerdo a las normas establecidas por la Iglesia.

CAPITULO IV

DEL DIVORCIO

I. LA PALABRA DIVORCIO. DISTINTAS CONCEPCIONES.

La Institución del divorcio, por medio de la cual se disuelve un matrimonio válidamente celebrado, fué establecida en nuestro país en virtud de la Ley 1a. de 1976, dando una redacción nueva a los Arts. 152 a 169, 198 a 200, 411 art. 4º 423, 1620 del Código Civil y 423 y demás del Código de Procedimiento Civil.

El término de la palabra divorcio, etimológicamente, quiere decir separación o disolución de lo que está junto; cuando se trata del matrimonio bien puede significar el restablecimiento de la libertad de estado y la desaparición del ligamento -divorcio propio, disolvente o vincular-, como también la simple separación de cuerpos o cesación de la cohabitación o vida en común.

¿Qué se entiende por Divorcio? Podemos definirlo como la cesación total o parcial de los efectos del matrimonio válidamente celebrado, por hechos posteriores a su celebración que llegan a imposibilitar su continuación normal.

Mucho se ha discutido sobre este tema del divorcio, sobre el cual numerosos autores se pronuncian, entre otros podemos citar al tratadista A. Valencia Zea, el cual hace un estudio de este tema teniendo en cuenta la historia del derecho y las diversas legislaciones tanto pasadas como presentes, dentro de las cuales se distinguen tendencias al respecto, desde el denominado divorcio fácil hasta la absoluta indisolubilidad matrimonial.

En las antiguas legislaciones existió el llamado divorcio repudio; el cual consistía en la facultad que tenía el marido para disolver el matrimonio mediante el repudio de la mujer. Para un mejor estudio del divorcio es preciso expresar las diferentes modalidades que se presenta en el derecho comparado, a saber:

- a) Primero que todo tenemos el divorcio por voluntad unilateral, es decir, deja a los esposos la facultad de recuperar su libertad.
- b) El divorcio por mutuo consentimiento, es el basado en la teoría del matrimonio contrato, permitiendo a los esposos desatar el vínculo del matrimonio que por mutuo acuerdo celebraron.

Durante una época fuó rechazado este tipo de divorcio pero en la actualidad es adoptado por países como Francia y Alemania Federal, admitido en el primero por la Ley del 11 de Julio de

1975, sobre divorcio y separación de cuerpos. En la República Federal Alemana, comenzó a regir la Ley del divorcio a partir del 1º de Agosto de 1977.

c) El divorcio-remedio de aquél que tiene en cuenta solo aquellos acontecimientos que han hecho difícil o imposible la vida conyugal, sin tener en cuenta los hechos ajenos a todo concepto de culpa, como por ejemplo, la enfermedad mental, la separación prolongada, etc. Este sistema de tal naturaleza se encuentra vigente en países como la Unión Soviética y demás países socialistas, en donde solo tienen en cuenta la conveniencia social y no el interés particular.

d) Y por último, el divorcio-sanción, que no acepta como causal sino las faltas graves cometidas por uno de los esposos.

A. Valencia Zea, a estas distintas concepciones señala una última tendencia que rechaza en forma sistemática toda posibilidad de disolución del matrimonio por hechos posteriores a su celebración. A esta teoría se acoge la legislación del Derecho Canónico. Para la Iglesia Católica el matrimonio, rato y consumado es indisoluble, según los Cánon 1118 y 2º Parr. del Cánon 1013. Esta doctrina de la absoluta indisolubilidad del matrimonio por hechos posteriores a su celebración, es acogida por numerosos países del mundo, entre otros

España, Irlanda, Argentina y otros países de América Latina, que rechazan el divorcio y lo hacen por el notable predominio de la religión católica, no existiendo para ello doctrina diferente que defienda la absoluta indisolubilidad.

En América Latina existen distintos regímenes, que vienen a ser una combinación de las normas mencionadas anteriormente. De esta manera vemos como en México es el único país que admite la disolución del matrimonio sin la presencia de los interesados, por medio de apoderado, sin el requisito del domicilio en el lugar donde se demanda o en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos, situación que es inquietante por su proyección en el ámbito internacional.

Así las cosas, nos dice Monroy Cabra, ¿Cuál es el sistema consagrado en la Ley 1a. de 1970. Existen tres categorías de causas de divorcio: a) Divorcio-sanción, en el caso de las causales 1a., 2a., 3a., 4a., y 5a.; b) Divorcio-remedio, en el caso de las causales 6a. y 9a.; y c) Indirectamente, divorcio por mutuo consentimiento en la causal 8a., ya que es causal de divorcio la separación de cuerpos decreta judicialmente, que perdure por más de dos años.

Es decir, que existiendo la causal de mutuo consentimiento, indirectamente y mediante la causal 8a., podrán llegar los cónyuges al mutuo consenso.

II. ANTECEDENTES DE LA LEY 1a. DE 1976.

Durante mucho tiempo la Iglesia Católica rigió en todo lo relacionado al matrimonio, no dándole cabida al matrimonio civil en ningún aspecto. El Estado Colombiano, a partir de 1823, comenzó a controlar algunos aspectos del matrimonio católico, terminando así a controlar todo lo relacionado con el matrimonio civil por medio de la Ley del 20 de Junio de 1853, en donde se reglamentó el matrimonio civil para los habitantes de la Nueva Granada. Constaba esta Ley de 55 artículos dentro de los cuales se establece el divorcio vincular por el mutuo consentimiento de los cónyuges, salvo en el caso de que el varón sea menor de 25 años y la mujer de 21, que no hubieren transcurrido siquiera dos años desde la celebración del matrimonio, o que hubieran pasado más de 20 años a partir de entonces, o que la mujer tuviera más de 40 años cumplidos, o que los padres de los cónyuges se opusieran. También se estableció la dissolubilidad del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges o por disolución legalmente decretada, ya sea por acto ilícito de cualquiera de ellos como adulterio de la mujer, amancebamiento del marido, injurias graves y frecuentes, maltratamientos físicos, servicia y ausencia por más de tres años.

Posteriormente, la Ley del 8 de Abril de 1856 derogó esta Ley, estatuyendo que el matrimonio solo se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, estipulado así en el Art. 4º de la misma Ley. El Art. 2º otorgó validez y efectos civiles al matrimonio religioso, con la condición de que después de celebrado comparezcan ante el Notario o el Juez del Distrito de la vecindad de la mujer, y dos testigos, y expresen que hubo libre y mutuo consentimiento.

El 26 de Mayo de 1873 se expidió el Código Civil que actualmente rige, reglamentándose el matrimonio civil, estatuyéndose que el divorcio no disuelve el matrimonio, pero si suspende la vida en común de los casados. De acuerdo con esto, la palabra divorcio tuvo dos sentidos: Primero para indicar la separación de cuerpos y segundo para romper el vínculo del matrimonio, llamándose este último, divorcio vincular.

Posteriormente se presentaron varios proyectos que se relacionaban al divorcio del matrimonio y a la separación de cuerpos, no llegando a tener acogida dentro del parlamento. Mas tarde, en 1973, el Gobierno presentó por medio del Ministerio de Justicia, Dr. Samuel Hoyos Arango, el proyecto de Ley número 58 de 1973, "por el se establece el matrimonio civil, se regula la separación de cuerpos y se dictan otras

disposiciones". Esto proyecto fué elaborado por una comisión integrada por los doctores Carlos Holguín Holguín, - César Gómez Estrecha, Marco Gerardo Monroy Cabra, Germán Giraldo Zuluaga y Hernando Tapia Rocha, habiendo actuado como secretario del doctor Carlos Gallón Giraldo. El Senador Gregorio Becerra, lo introdujo algunas modificaciones, lográndose presentar un texto único, el cual fué aprobado tanto por la Cámara de Representantes como por el Senado, dando lugar a la Ley 1a. de 1976, que entró en vigencia el 18 de Febrero de 1976, cuando fué publicada en el diario oficial, num. 34.492.-

III. LEY 1a. DE 1976. -

Refiriéndose a la Ley 1a. de 1976 o Ley de divorcio y separación de cuerpos, nos dice Valencia Zea, que presenta las siguientes características:

- a) Rompe una sólida tradición favorable a la indisolubilidad del matrimonio, lo cual se justifica porque esta tesis de la indisolubilidad del matrimonio trajo, como consecuencias, el aumento de los casos de concubinato en el país.
- b) La expedición de esta Ley fué posible en virtud del nuevo Concordato celebrado con la Santa Sede y aprobado por la Ley 20 de 1974, el cual estableció como derecho común el

matrimonio civil, dando no obstante, efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Código de Derecho Canónico.

- c) La nueva Ley presenta un término medio entre las distintas concepciones ya estudiadas del divorcio. Por una parte, no establece un divorcio fácil, pues no contempla la causal de repudio de la mujer por parte del marido, ni la declaración unilateral de uno de los cónyuges o el mutuo consentimiento de ambos. Pero vemos como la causal 8a. del Art. 154 de esta Ley establece como causal la separación de cuerpos decretada judicialmente que haya durado más de dos años; y el Art. 165 establece como causal de separación de cuerpos el mutuo consentimiento manifestado ante el Juez competente. Tenemos así que las causales de divorcio son muy limitadas siendo sólo nueve, siendo consideradas las más graves las que atentan contra la paz doméstica. Además conforme al Art. 155, el Juez sólo decretará el divorcio cuando los hechos constitutivos de la causal probada hayan producido un desequilibrio profundo de la comunidad matrimonial, y que no sea posible su restablecimiento.
- d) La nueva Ley de divorcio, sólo puede aplicarse a los matrimonios celebrados por el Código de Derecho Canónico.

De acuerdo con esto tenemos en Colombia dos clases de matrimonios: los civiles, que son disolubles mediante el divorcio, y los matrimonios eclesiásticos o indisolubles - por el divorcio.

e) Esta Ley da diferentes nombres al divorcio y a la separación de cuerpos. El primero, es el que antiguamente se caracterizaba con el nombre de divorcio vincular; la separación de cuerpos se denominará en el futuro con ese nombre y lo reemplaza la palabra divorcio, que antes empleaba el Código Civil.

IV. MODIFICACIONES QUE PROPONE LA ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA A LA LEY 1a. DE 1976,-

"Durante el año de 1976 la Academia Colombiana de Jurisprudencia realizó un exhaustivo análisis de la Ley 1a. de 1976, habiendo sido designado relator el Académico MARCO GERARDO MONROY CABRA. Como conclusión de dicho foro y estudio de las propuestas de reforma presentadas por los académicos Hernando Davis Echandía, Marco Gerardo Monroy Cabra y Espinel Blanco, así como las sugerencias de otros académicos como el doctor Hernando Morales Molina, propuso algunas modificaciones para mejorar la Ley. Consideramos transcribir el texto de tales propuestas para contr

buir el avance legislativo en esta materia y por cuanto - cualquier sugerencia merece análisis a fin de determinar - si es o no aceptable a la luz de la ciencia Jurídica". Se - expresa así el Tratadista G. Monroy Cabra en su obra "MA-TRIMONIO CIVIL Y DIVORCIO EN COLOMBIA".

Las modificaciones que a este respecto se sugirieron, son las siguientes:

"Art. 1. - El Art. 152 del Código Civil quedará así:

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

Art. 4. - El Art. 154 del Código Civil quedará así:

Son causas de divorcio:

1) Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado.

5) El consumo habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.

6) Toda enfermedad o abnormalidad grave e incurable, física o espiritual de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud física o espiritual del otro cónyuge e imposibilite la convivencia matrimonial.

9) La condena privativa de la libertad personal, superior a

cuatro años, por delito común, de uno de los cónyuges, si ha producido un desquiciamiento grave de la comunidad matrimonial.

10) La celebración por el cónyuge demandado de un nuevo matrimonio, con tercera persona, cualquiera que sea su forma y eficacia.

Art. 6.- El Art. 156 del Código Civil quedará así:

El divorcio sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos, respecto de las causas 1a. y 7a., o desde cuando se sucedieron, en tratándose de las causas 2a., 3a., 4a. y 5a. Las causas de divorcio no podrán probarse sólo con la confesión de los cónyuges.

Los curadores de los incapaces no pueden demandar el divorcio a nombre de estos, salvo que siendo menores púberes estos ratifiquen personalmente la demanda.

Los interdictos no requieren la intervención del curador para demandar el divorcio, ni para actuar como demandados.

Art. 7.- Art. 157 del Código Civil quedará así:

En el juicio de divorcio serán parte únicamente los cónyuges, pero si éstos fueran menores de edad, podrán ser oídos los padres. El ministerio público será siempre parte en Interés.

de los hijos.

Art. 12.- El Art. 162 del Código Civil quedará así:

En los casos de las causales 1a., 2a., 3a., 4a., 5a., y -
7a., del Art. 154 de este Código, el cónyuge inocente po-
drá revocar las donaciones que por causas de matrimonio -
hubiese hecho al cónyuge culpable, sin que éste pueda invo-
car derechos o concesiones estipulados exclusivamente en
su favor en capitulaciones matrimoniales.

Art. 13.- El Art. 163 del Código Civil quedará así:

El divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero
se regirá por la Ley del domicilio conyugal. Para estos
efectos, entiéndese por domicilio conyugal el lugar donde -
ambos cónyuges viven y, en su defecto, se reputa como tal
el que tenga el cónyuge demandado en Colombia.

Art. 14.- El Art. 164 del Código Civil quedará así:

Cuando el matrimonio civil se haya celebrado en Colombia y
se solicite el divorcio en el exterior, este se regirá por la
Ley del domicilio conyugal y no producirá los efectos de di-
solución, sino a condición de que la causal respectiva sea -
admitida por la Ley Colombiana y de que el demandado haya
sido notificado personalmente o emplazado según la Ley don-
de curse el proceso. Con todo cumpliendo los requisitos de
notificación y emplazamiento, podrá surtir los efectos de la

separación de cuerpos.

Art. 21.- Como Art. 200 del Código Civil, quedará el siguiente:

Cualquiera de los cónyuges podrá demandar la separación de bienes en los siguientes casos:

Por haber incurrido el otro cónyuge en cesación de pagos, quiebra, oferta de cesión de bienes, insolvenza o concurso de acreedores, dissipación o juego habitual, administración fraudulenta o notoriamente descuidada de su patrimonio en forma que manoscabe gravemente los intereses del demandante en la sociedad conyugal.

Art. 25.- El Art. 1620 del Código Civil quedará así

.....
4.- Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del Art. 140 de este código. En este evento, no se forma sociedad conyugal, siempre que se trate de matrimonios celebrados con posterioridad a la vigencia de esta Ley.

.....
Lo dispuesto en este numeral también es aplicable a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por divorcio, separación de cuerpos o de bienes o nulidad judicialmente decretada.

dos.

Art. 27.- El Art. 423 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

En el proceso de divorcio se observarán las siguientes reglas:

1) Simultáneamente con la admisión de la demanda de divorcio, podrá el Juez decretar las siguientes medidas: a) Autorizar la residencia separada de los cónyuges.

Parágrafo 1.- A los procesos de separación de cuerpos de matrimonios civiles y canónicos, en lo que fuere pertinente, se aplicarán las normas del proceso del divorcio, con excepción de las audiencias de conciliación previstas en el art. 3º del Art. 432 del Código de Procedimiento Civil.

V. DISOLUCION DEL MATRIMONIO CIVIL, CATÓLICO Y SUS CAUSALES.

Existen dos grupos de causales de divorcio: las debidas o -falta de uno de los cónyuges contra la institución matrimonial como son las causales 1a., 2a., 3a., 4a., y 7a., del Art. 154 redacción nueva de la Ley 1a. de 1976; y las causales -no debidas a la comisión de un delito familiar como son las causales 6a. y 9a. -

Causal Primera: Infidelidad.-

"Art. 154. - Son causales de divorcio: 1.- Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado. Se presumen las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma y eficacia".

Causal Segunda: Incumplimiento de las relaciones familiares,-

"2.- El grave e injustificado incumplimiento por parte de algunos de los cónyuges, de sus deberes de marido o de padre o de esposa o madre".

Causal Tercera: Los ultrajes, trato cruel, etc.

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

Causal Cuarto: Embriaguez.-

"4.- La embriaguez habitual de uno de los cónyuges".

Causal Quinta: Uso de sustancias alucinógenas.-

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

Causal Sexta: Enfermedades o anomalías físicas o sí
sicas:

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

Causal Séptima: Conducta tendiente a corromper el otro -
cónyuge.

"7.- Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a co-
rromper o pervertir al otro, o a un descendiente, o a perso-
nas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo".

Causal Octava: La incompatibilidad de caracteres. -

"8.- La separación de cuerpos decretada judicialmente que
perdure más de dos años".

Causal Novena: Péndas privativas de la libertad personal.

"9.- 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 e infa-
mante".

Algunas de estas causales enumeradas se refieren a hechos
genéricos como son las causales 2a. y 3a. siendo las demás
referentes a hechos singulares y concretos.

VI. JUSTIFICACION MORAL.

"Artículo 5.- El Art. 155 del Código Civil que dará así:

Art. 155.- El juez solo decretará el divorcio cuando los hechos constitutivos de la causal probada hayan producido un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial - de tal gravedad que no sea posible esperar el restablecimiento de la unidad de vida de los casados. Sin perjuicio de la separación de cuerpos, solicitada en forma subordinaria, podrá el juez negar el divorcio, si lo considera moralmente no justificado, en atención al interés de los hijos menores, a la antigüedad del matrimonio y a la edad de los cónyuges".

Con todo esto, dice al respecto Monroy Cabra, que una vez que hayan desaparecido las anteriores circunstancias de no justificación como la de pretención de divorcio, establecidas en consideración de los hijos, de esta manera podrá decretarse el divorcio, aun por los mismos hechos que se alegaron con anterioridad.

Para G. Monroy Cabra, esta norma constituye una limitante muy importante, dentro de la cual se exigen la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Que el demandante debe demostrar los hechos constitutivos de la causal invocada para solicitar el divorcio ; 2. Si

los hechos que fundamentan esta causal están debidamente probados, deberá el Juez analizar el caso concreto para establecer si se ha producido o no un desquiciamiento de la comunidad matrimonial, que siendo grave no sea posible restablecer la unidad de vida de los casados; 3.- Y aun cuando en el procesoobre la prueba de los hechos 1 y 2, sin embargo podrá el Juez negar el divorcio si lo considera moralmente no justificado, teniendo en cuenta los hijos menores, así como la antigüedad del matrimonio y la edad de los cónyuges.

El profesor Davis Echandía al respecto dijo que el Art. 50. - "es un espejismo jurídico y lógico, que viene a desvirtuar en gran parte las posibilidades de divorcio que se otorgan en los cuatro primeros artículos de la Ley". Agrega que las razones de sus críticas son las siguientes: que si se prueba la causal, ello implica que produce un desquiciamiento profundo de la comunidad matrimonial; que los jueces pueden negar el divorcio por razones subjetivas y caprichosas; que la antigüedad del matrimonio y la edad de los cónyuges nada tienen que ver con la ruptura del vínculo.

Muchos autores no están de acuerdo con estas críticas alegando que la Ley 1a. es reguladora del divorcio sencillo, que es una solución a un matrimonio donde la comunidad doméstica no es posible. Para Monroy Cabra el divorcio- solución

se ibó pensando en dos directrices: 1. El desquiciamiento o ruina del matrimonio para ciertas causales y 2. La justificación moral por el interés de los hijos y de los cónyuges.

No se puede concluir que los jueces van a aplicar en forma subjetiva o arbitraria la norma sobre justificación moral, - aún más cuando se está pensando en la jurisdicción de familia integrada por jueces especializados.

VII. CONCLUSIONES. -

La Iglesia Católica reglamentó por muchos años todo lo concerniente al matrimonio, a su disolución y demás consecuencias, dando acogida así a la tesis de la absoluta indisolubilidad matrimonial, trayendo como consecuencia natural el excesivo aumento de los casos de concubinato en el país. Bien - es cierto que todos los matrimonios mal avenidos daban lugar, en la mayoría de los casos a una irremediable separación de hecho, lo que terminaban en una unión por parte de alguno - de los cónyuges, no autorizada por la Ley. En el matrimonio canónico no se posiblo el divorcio, pero comprende diferen - tes clases de disolución que bien pudieran englobarse dentro de lo que en matrimonio civil se llama divorcio.

La Ley 1a. de 1976, aunque para muchos autores debe ser - modificada con el fin de mejorarla, consideramos que es una

Ley que se ajusta a la realidad social de nuestro país y a las más modernas legislaciones modernas. En efecto el divorcio se ha impuesto en la mayoría de las legislaciones más serias de Europa, América y Asia, pero no con la idea de que el matrimonio es un simple y vulgar contrato, que puede disolverse por mutuo consentimiento y por capricho de los contrayentes, sino por el contrario, teniendo en cuenta la importancia del matrimonio dentro del ámbito social familiar, se considera a éste como una necesidad, por los efectos desastrosos que anteriormente se presentaban con la teoría de la indisolubilidad que sostienen causales aberrantes que impedían a los matrimonios que por alguna razón eran mal avinidos, los cuales no se podían organizar por medio de la separación legal del vínculo que lo unía, para así realizarse por medio de un nuevo matrimonio.

La razón básica del divorcio se encuentra en que es un hecho innegable de que en todas partes existen matrimonios que no pueden subsistir por diversas causas como el adulterio y de más, lo que fué necesario a que esta situación se reglamentara en forma franca y desprendida de todo dogmatismo, mediante de diferentes causales de divorcio, ilimitadas en cada caso y obrando el legislador con suma prudencia, con el fin de evitar que se le quiten al matrimonio su natural estabili-

dad.

Uno de los contra del divorcio, se encuentra en la situación en que quedan los hijos de padres divorciados y los posibles traumas que de ello pudieren originarles. El caso es debatido a nivel mundial, en donde el divorcio se ha establecido, y hasta el momento no ha habido conclusiones exactas que resuelvan aunque sea en parte este problema. Pero si se ha demostrado que la mayoría de los hijos de personas divorciadas, son personas con mayor clase de problemas que los hijos de matrimonios estables.

BIBLIOGRAFIA

-FERNANDO HINESTROZA.-

Concordato, Matrimonio y Divorcio.

-MARCO G. MONROY CAERA.-

Régimen Concordatario Colombiano.

Matrimonio Civil y Divorcio en la Legislación Col.

-LICORIO RESTREPO URIBE S. J.-

Matrimonio, Divorcio y Concordato.

-A. P. HERNAN ARBOLEDA VALENCIA.- C. ss. A.

Derecho Matrimonial Eclesiástico.

-ARTURO VALENCIA ZEA.-

Derecho de Familia.

-CALOCERO GANGI.-

Derecho Matrimonial.

-CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO.-

-CÓDIGO CANÓNICO.-

-CONSTITUCIÓN NACIONAL DE COLOMBIA.-

INDICE GENERALCAPITULO I
DEL MATRIMONIO

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| I. Historia | 1 |
| II. Definición según el Art. 113 del Código Civil Colombiano | 6 |
| III. Otras Definiciones | 9 |
| IV. Naturaleza Jurídica del Matrimonio | 11 |
| a) Matrimonio considerado como contrato, | 13 |
| b) Matrimonio considerado como institución, | 13 |
| c) Teoría Mixta | 15 |
| V. Fines del Matrimonio | 16 |
| VI. Caracteres del Matrimonio Civil | 18 |

CAPITULO II
DEL MATRIMONIO CANÓNICO

| | |
|--|----|
| I. Concepto | 23 |
| II. Contrato Sacramental | 25 |
| III. Institución Divina del Matrimonio | 31 |
| IV. Consideraciones de la Iglesia del Matrimonio Civil | 33 |
| V. Efectos Civiles del Matrimonio Canónico | 37 |

CAPITULO IIIMATRIMONIO Y CONCORDATO

| | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| I. Historia de las relaciones entre la Iglesia y el Estado antes del Concordato de 1887: | 43 |
| II. Matrimonio según el Concordato de 1887.. | 47 |
| III. Ley 54 de 1924 o "Ley Concha"..... | 51 |
| IV. Aspectos generales del nuevo Concordato: | 56 |
| V. Dilema | 63 |
| VI. Un Concordato Inconstitucional..... | 64 |
| VII. Conclusiones | 66 |

CAPITULO IVDEL DIVORCIO

| | |
|--|----|
| I. La palabra divorcio. Distintas Concepciones ... | 69 |
| II. Antecedentes a la Ley 1a. de 1976 | 73 |
| III. Ley 1a. de 1976 | 75 |
| IV. Modificaciones que propone la Academia Colombiana de Jurisprudencia a la Ley 1a. de 1976 | 77 |
| V. Dissolución del matrimonio Civil, Católico y sus Causales | 82 |
| VI. Justificación Moral | 85 |
| VII. Conclusiones | 87 |
| Bibliografía | 90 |