

UNIVERSIDAD DE CAMERUNA

FACULTAD DE DERECHO

DECANO DE LA FACULTAD: Dr. Eduardo Hernández Male

SECRETARIO: Dr. Jorge Echeverri Mora

PRESIDENTE DE TESIS: Dr. Menseñor Domingo Gándara Romero

EXAMINADORES:

Drs. Augusto Fernández Díaz

Alvaro Angulo Bossa

Rafael H. De Lavalie Gómez

FACULTAD DE DERECHO

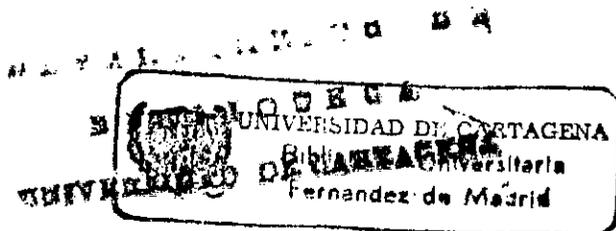
REGLAMENTO

Artículo 83.--"La Facultad no aprueba ni desaprueba los conceptos emitidos en esta tesis, tales conceptos se considerarán propios de su autor".

T
346.2
L925

SCIB 3

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA



" LA FAMILIA "

Por: Diomedes Lozano Romero

SCIB
00018667

45547

Apuntes Jurídicos Sociales
presentado como Tesis de
Grado para recibir el Título
de Doctor en Derecho.

Cartagena, Agosto 1. 974

LA FAMILIA

No es muy exacto el concepto de familia que esta puede ser entendido en diferentes sentidos.

En el sentido más amplio se entiende por familia un grupo de personas con las cuales se tiene un vínculo jurídico y, en este sentido afirmar que cada uno viene a ser el centro de una familia.

Pero, familia en el concepto más restringido implica el núcleo paterno-filial, compuesto por el padre, la madre y los hijos que se encuentran bajo la potestad paterna, o los hijos que conviven con los padres. Aquí cabe afirmar que respecto de este núcleo se han referido todos los enjuicios legales y constitucionales que han buscado su amparo y reglamentación.

En el derecho positivo, en cuanto a reglamentación de la familia, los lazos jurídicos que estructuran determinan el parentesco y el límite del derecho sucesorio.

En la práctica se mantenía la definición del derecho romano, el cual determinaba como familia el grupo social que bajo la autoridad del señor de la casa, o sea que entendía por familia aún a los siervos.

Ciertamente, el lazo que unía a la familia en principio fue algo más poderoso que el nacimiento mismo. Fue la religión lo que hizo que la familia formara un solo organismo tanto en esta vida como después de la muerte. El fundamento de la familia antigua no podemos negárselo en tan solo en el afecto o en los sentimientos naturales, que bien sería absurdo negarlos, la verdad es que en el derecho no eran

precisamente determinantes entre los romanos ni entre los griegos del mundo antiguo, cuando el padre no podía legarle sus bienes a su hija por más que la amara entrañablemente.

ORIGEN. - El Matriarcado.

Para muchos este es un problema insoluble. Los sociólogos han emitido muchas hipótesis tomando como ejemplo las formas de vida de los pueblos que han permanecido en estado primitivo de organización social y, así una teoría sostiene que en una lejana época de la humanidad, se pierde en la proto-historia, se produjo una promiscuidad sexual en determinado momento de la evolución, en que solo se podía afirmar el hecho de la maternidad, lo que hacía que la madre fuera el centro no solo del parentesco sino centro y origen de la familia, y que solo en un período más avanzado, el padre habría entrado a sustituir a la madre como cabeza de la familia.

Otros Sociólogos han afirmado que la forma primitiva de convivencia humana se hallaba representada por la horda que vivía en promiscuidad sexual; que la práctica del infanticidio con la descendencia femenina, traía la escasez de mujeres, que conducía a la poliandria. Lo cual afectaba la vida de la tribu y que por este motivo fueron recibidas mujeres fuera del grupo, lo cual a su vez originó la exogamia y de inmediato la prohibición de tener relaciones sexuales con mujeres de la misma horda. De aquí, pues, a la monogamia se llegó paulatinamente y la mujer limitó sus relaciones a un solo hombre.

Según Morgan, del estado de promiscuidad se pasó a la fami

lla punalúa, matrimonio entre un grupo de hermanos y otro de hermanas, de distintas familias, ~~entre arigrupos~~ la sindiáemica, parejas monógamas de relación temporaria, y por último al matrimonio monógamico estable como consecuencia del robo y la compraventa de las mujeres. En este punto se hallaría el tránsito de la familia matriarcal a la patriarcal, al estabilizarse la familia, determinarse la paternidad, de pertarse en el varón el sentimiento paternal y sustituirse el parentesco uterino por el paterno.

TEORIA PATRIARCAL

El principal exponente de la teoría patriarcal parece que fué Sumner Maine, quien rechaza la promiscuidad primitiva y sostiene que desde los tiempos más remotos, el padre ha sido el centro de la organización familiar, y el origen de la sociedad se encuentra en unión de las familias distintas, las cuales están unidas bajo la autoridad del varón de más edad en el grupo.

Si bien es cierto que se han encontrado pueblos en los que la promiscuidad sexual es casi absoluta, Westermarck, sostiene que esto no prueba que dicho estado haya, sido general en desenvolvimiento de la humanidad y, que esto más bien podría ser la consecuencia de las relaciones con pueblos de civilizaciones más avanzadas.

Lo cierto que muchos pueblos salvajes, las relaciones sexuales fuera del matrimonio son verdaderamente raras, además que el hecho del parentesco por la línea materna no implica necesariamente la

7

seguridad o incertidumbre de la paternidad o primiscuidad, además que la pasión de los celos existe no solo entre los salvajes, sino en todas las especies de mamíferos.

LA EVOLUCION HISTORICA

Solo en los tiempos históricos parece que la familia va reduciendo paulatinamente el grupo en su extensión. De acuerdo con las hipótesis anteriores nos encontramos frente a las agrupaciones humanas primitivas, agrupaciones de las cuales necesariamente surgió la familia y que con la gens, el clan y la tribu.

El clan era una basta familia o grupo de familias unidos bajo la autoridad de un jefe común. Podemos decir que era un grupo social, políticamente y económicamente determinado, en que todos los individuos descienden y están unidos por una línea de consanguinidad con las influencias y características que determinan las familias de estos días.

La tribu igual que el clan es una agrupación social que se encuentra unida por el parentesco. La familia debió necesariamente surgir de esas agrupaciones para darse la organización que la determina como tal, con el aspecto social que la constituye en el núcleo de la sociedad.

LA ORGANIZACION

Siendo como son varios los factores que señalan como determinantes en los grupos humanos primitivos para la formación de la familia. Tenemos que reconocer que la causa fundamental en la unión

de las parejas conyugales, que se hacen duraderas y por lo mismo independientes, o sea que la familia tiene su origen principal en el matrimonio dando origen a las distintas modalidades de tipos de matrimonios o uniones conyugales, hasta llegar a la monogamia, que como ya lo dijimos aparece con la apropiación de la mujer por compra de la misma o por raptó respecto del cual ejerce el derecho de conquista.

Varias circunstancias contribuyen a mantener la unión conyugal que determina la familia cuando la aparición del Estado norma las relaciones y derechos de los conyuges, de sus hijos y demás personas dando a la familia contenido jurídico, de la cual el tipo clásico parece ser la familia romana primitiva, que tiene como última etapa de su evolución la forma actual del núcleo paterno-filial, cuya función principal es la procreación y educación de los hijos con asistencia moral y espiritual entre sus integrantes.

Su importancia desde el punto de vista social, político y económico fué cambiando.

En la etapa del clan su importancia fué primordial en el aspecto político. Las tribus y gens en Roma, las fratrias en Grecia eran verdaderas unidades políticas, y aún después de formados los estados la importancia política se sostuvo como se puede apreciar en las funciones correspondientes al paterfamilias. -

El matrimonio que se funda en el consentimiento de los contrayentes es relativamente reciente, y se presenta muy claro y definido en el derecho romano, siendo en esta etapa cuando la mujer adquiere cierta

figuración o dignificación de la familia fundada en el matrimonio.

IMPORTANCIA SOCIAL

La familia representa el más importante medio social y natural para el desenvolvimiento del hombre y del cual puede y debe servir para alcanzar su fin, en el sentido que, mediante la unión orgánica con la sociedad a todos se les haga posible la actuación por la mutua colaboración que en la sociedad encuentra para el desarrollo de todas las dotes individuales y sociales que sobrepasan el inmediato interés momentáneo.

Como ya dijimos la familia fué la primera sociedad política y, podríamos decir que hasta cierto punto aún conserva su carácter, representado como en el derecho romano por la autoridad del jefe del hogar. La familia es, pues, el primer modelo de las sociedades políticas/

El hombre, animal político, es algo que se viene repitiendo hace mucho tiempo, a partir de la frase de Aristóteles. Pero por ese mismo hecho la familia es como la primera y más significativa y útil asociación humana.

Como célula primogénica de la sociedad humana la familia tiene terminante importancia de orden jurídico, económico y moral, además de facilitar la primera división del trabajo y aumentar la posibilidad de rendimiento y producción laboral tanto del hombre como de la mujer.

Refugio es de sus miembros en los momentos difíciles además de haber cuidado siempre de todos desde cuando nacen les acompaña

cuando ya en edad avanzada no se pueden valer por sí mismos. En una sociedad necesaria, indispensable para la transmisión de la vida en modo ordenado ante la ley natural, y positiva, que fortalece los afectos recíprocos en la asistencia mutua y el cuidado de los hijos, no obstante que es imposible afirmar que la familia tenga un solo tipo o forma que haya evolucionado de manera semejante en todas partes.

LA SOCIEDAD Y EL HOMBRE

No es posible concebir la sociedad sin el hombre como persona libre y responsable, como la más grande realidad, como ser social por naturaleza y por lo tanto inclinado naturalmente a vivir en sociedad.

El hombre es, pues, o sea realidad que existe en sí misma, presente y operante en la materia que es su cuerpo y, es realidad consciente y libre que se termina por su propia iniciativa y resulta ante sí mismo dueño y señor de sus actos. La sociedad humana no es un conglomerado ni una suma de individuos colocados como frente a otros, sino una multiplicidad en la unidad, es el conjunto de hombres en actividad, por lo tanto es imprescindible estudiar, conocer al hombre para poder entender la sociedad.

La sociedad humana es una unidad orgánica y moral y sobre todo una compenetración, una convivencia espiritual y económica, solamente cuando el hombre se encuentra en la sociedad es cuando se le puede estudiar para el efecto de una constante psicología general, que señala las características comunes humanas en general, para constituir al hombre como elemento primario y céntrico del estudio social,

porque si bien la sociedad se compone de la agrupación de individuos para poder entenderla es necesario el conocimiento del individuo mismo en su personalidad psicológica y biológica.

A este hombre en la historia de la humanidad, y en la historia de cada individuo, no le encontramos nunca solo, a no ser en el momento de su creación, y no podemos reducirlo tampoco al cuerpo y al sentido para mirarlo como una de las tantas realidades del universo como un conjunto nervioso, digestivo y circulatorio, como un complicado sistema de glándulas tejidos y órganos. También debemos mirar por su espíritu y la naturaleza de su espíritu, de sus actividades, de sus exigencias.

El hombre de hoy vive prácticamente fuera de sí mismo, como si fuera un extraño a aquello que es dentro y en los más profundo de sí, y muchos, sino la mayoría de ellos, son incapaces de tener conciencia clara de lo que verdaderamente son. Tal parece que el hombre en la época de la máquina zivlera solamente entre máquinas, como si hubiera perdido conciencia de lo que él ^{es} en realidad y de lo que debe ser.

Penetrado de todas las tendencias filosóficas positivista, idealista, histórica, materialista, el hombre no tiene presencia o conciencia existencial, no es más que un momento de la realidad existente en eterna evolución. Su conocimiento debe considerar también al hombre primitivo en su relación de igualdad de conformación mental con el hombre civilizado en cuanto a inteligencia se encuentra relativamente en los animales, en estos no se encuentra la reflexión que permite al

hombre crear nuevas ideas y determinar acciones que lo conducen a la perfección o progreso constante.

Per del espíritu humano nada se dice en los círculos científicos, al hombre se le mira solamente como un fenómeno yañ cuando se hable de independencia existencial, se le reproduce solamente en atención con el instinto, el sentido, el sentimiento y la fantasía; se le ignora como persona, y por eso no es raro que se le encierre en sí mismo para que acabe en la angustia de su soledad.

Se hace, pues, perentorio rellevar la dignidad humana como razón que regula la vida del hombre y le permite enfrentar la gran responsabilidad de buscar siempre la verdad y el bien, sin vanas lamentaciones y con el corazón y el pensamiento puestos hacia su propia realización más seguro del mañana y de sí mismo.

EL LENGUAJE

Los animales llevan una vida de rutina. Solamente el hombre habla, los demás animales solo emiten sonidos diversos que denotan los estados de su sensibilidad o denotan simple comportamiento instintivo. La palabra no es simple sonido, con ella se expresa el pensamiento que comunica el alma del hombre con los demás hombres y lleva a la realización del amor: la palabra comunica la vida espiritual.

La palabra une a los hombres en la acción, en el desarrollo de la inteligencia y aplicación de la voluntad para la realización del progreso. Todas las investigaciones adelantadas hasta hoy afirman científicamente que el estado de naturaleza pura nunca ha existido así se remonte hasta el límite extremo que permita la historia siempre el hombre se encuentra vinculado a una orden social. Todos están com-

puestos de cuerpo y espíritu, tienen las mismas necesidades elementales en cuanto al vestido, habitación y alimento y, de igual manera viven las mismas exigencias de bondad, de justicia, anhelan la verdad, quieren la felicidad.

El Lenguaje dá a los hombre unidad con comunidad de fin e interdependencia en la acción no como organismo físico, sino como unidad moral en la cual cada uno tiene consistencia existencial como principio originario de actividad con un fin intrínseco propio en la misma sociedad de la cual es parte. La sociedad existe, pues, en los hombres y es función de su desarrollo integral.

LA CONCEPCION CRISTIANA

Los cristianos consideramos la sociedad unificada interiormente y nos como una simple suma de seres individualizados y considerados solo como simples elementos funcionales del grupo social. La concepción cristiana de la familia da una interpretación objetiva de los que el hombre es en su totalidad, ser que existe en sí mismo, que es persona que tiene iniciativa y que debe pues alcanzar su fin propio y constituye la sociedad como una expresión de la humanidad y de su actuación. -

Los hombres aislados nunca estarían en condiciones de llenar a satisfacción sus necesidades ni podrían atender sus exigencias. Un ser autosuficiente, que pudiera perfeccionarse así mismo fuera de la sociedad, no podría ser un hombre, sería un ser muy superior al hombre. -

En la sociedad se realizan los afectos del hombre, como sentimientos que expresan su amor, su temor y aversión por ciertas cosas

o hechos que busca o rechaza según el caso. Podríamos decir que los afectos determinan en mucho la conducta del hombre quizá con mayor poder que la inteligencia, como lo podemos apreciar en los constantes errores de hombres reconocidos como inteligentes y culto bajo la presión de compulsivas fuerzas afectivas. -

LOS AFECTOS

Los esenciales elementos sociológicos que delimitan la solidaridad humana o su quebrantamiento bajo el odio o la venganza, que a su vez determinan dolorosas situaciones sociales. Este aspecto es estudiado desde dos puntos de vista totalmente diferentes, pero que parten de la manifestación de la voluntad libre del hombre, o determinada por hechos o factores ajenos a su arbitrio. -

No falta quien afirma que el egoísmo es el determinante biológico de la personalidad que conduce al hombre a la consecución de su propio bien aún en detrimento del bien de los asociados, lo que vendría a poner al egoísmo como base definitiva de la sociedad, excluyendo así la única y verdadera fuerza cohesionante de ella; el amor. -

Si fueran acaso los instintos, cuya existencia en ningún caso podemos negar, nos veríamos obligados a negar la inteligencia en el ordenamiento que el hombre ha dado a la sociedad y a la familia en especial, y negaríamos toda categoría moral para ubicar de manera excluyente el control y movimiento de hechos y fuerzas materiales.

Como cristianos podemos afirmar que la familia encuentra su fundamento en la naturaleza del hombre y de la mujer, como dos seres

creados por Dios, y que presenta determinantes y claras diferencias orgánicas y psíquicas, igual que presentan al mismo tiempo sentimientos e instintos que igualmente se atraen e integran recíprocamente.

La familia pues se forma, organiza o constituye con el acto sagrado del matrimonio como vínculo jurídico y espiritual entre el hombre y la mujer. El mismo fin del matrimonio por la naturaleza del amor conyugal reafirma y solidifica la unidad y la indisolubilidad espiritual.

SU NATURALEZA

La familia es una sociedad natural que surge por el impulso de la naturaleza y por la exigencia de la misma y que tiene su terminación y reglas en la organización jurídica, que enseña los deberes y derechos entre los miembros de la familia. -

ASPECTOS JURIDICOS

CONCEPTO

Debido a los distintos sentidos en que puede entenderse la familia, el concepto de esta no es muy preciso como fuera de desear. En amplia apreciación se puede entender como el conjunto de parientes entre los cuales o con los cuales existe un vínculo jurídico. Así, desde este punto de vista cada individuo es el centro de una familia, diferentes según dicha persona.

Si restringimos el concepto de familia tendríamos que esta es el grupo formado por el padre la madre y los hijos que viven con ellos o se encuentran bajo la patria potestad, o lo que es lo mismo el

núcleo paterno ilial.-

En nuestro Código Civil no aparece definición alguna sobre la familia, aunque frecuentemente se hace mención a ella. -

Solo encontramos en el Código las definiciones amplia y restringida que arriba hemos explicado y que se pueden señalar la primera como originada en el concepto de la gens antigua y la segunda, limitada entre los esposos y sus descendientes, como el núcleo más restringido de la organización social y que se ha hecho acreedor a la atención de destacados constitucionalistas que tienden a imponer al estado la obligación de su defensa. -

Sería oportuno citar aquí el sentido de la familia romana que se encontraba aún en la definición de la Partidas, que entienden por familia el grupo social integrado por todas las personas que viven en una casa bajo la autoridad del señor de ella. -

FAMILIA LEGITIMA E ILEGITIMA.

La familia legítima o matrimonial encarna el ideal jurídico y ético como organización de la misma sobre la base del matrimonio. Pero esto no implica, naturalmente, que la unión de hecho y la procreación de hijos fuera del matrimonio no den lugar, a la presencia de vínculos jurídicos y sociales que constituyen y determinan también la presencia de una familia con vínculos que exigen una regulación jurídica, cualquiera fuere el criterio que se siga para su ordenamiento frente a la ya señalada familia legítima ajustada a los preceptos jurídicos matrimoniales. -

En nuestro Código Civil, el artículo 61 nos dice las personas que la ley considera como parientes:

Exceptuando al Conyuge.

- a. - Los descendientes legítimos;
- b. - Los ascendientes Legítimos;
- c. - El Padre, La Madre y el Hijo natural;
- d. - El Padre y la Madre Adoptantes y el Hijo Adoptivo;
- e. - Los colaterales legítimos hasta el Sexto grado;
- f. - Los hermanos naturales y;
- g. - Los afines legítimos dentro del segundo grado. -

Poedemos apreciar en ésta casi minuciosa enumeración como se excluye a personas vinculadas por lazos de sangre mientras se seña la a otros, que solo pertenecen a familias diferentes de aquella, como los afines de origen innegablemente distintos de aquellos cuyo parentezco se predica. Entonces esto puede llevarnos a saber quienes son legalmente parientes, pero no podrá llevarnos a determinar la familia. -

En casación de 16 de Octubre de 1. 957, afirmó que en parte alguna del Código Civil exista definición que precise la familia y que en ausencia de éste criterio la familia se entiende formada por el conyuge, los ascendientes y descendientes, ya sean legítimos o naturales, los padres adoptantes y los hijos adoptivos, los colaterales en cuarto grado y los afines hasta el segundo grado. -

Otro criterio al respecto encontramos en cuanto a la sucesión, ya que parece que las leyes dieran un límite exacto para establecer las leyes de la vocación para la sucesión y, en efecto las leyes que norman

el derecho de sucesión determinan y garantizan la transmisión del patrimonio familiar. Así, el que no tuviere vocación para suceder no será considerado como familiar, y aquí nos encontramos que la familia aparece determinada por la vocación o posibilidad de heredar. -

En nuestro derecho esta es una posibilidad siempre presente para los descendientes, los ascendientes, el conyuge, el hijo adoptivo, y los colaterales hasta el cuarto grado inclusive, según la ley 60 de 1.935, sobre reformas civiles, derecho herencial de los colaterales, ajustado a la letra del artículo 1.061 del Código Civil. -

Si observamos que algunos euno muchos de los tales parientes jamás se conocen por estar siempre separados nos daremos cuenta que esto no encaja en ningún principio de lógica para establecer esa unión familiar entre sus miembros. -

Un tercer concepto podría ser el económico, según el cual la familia podría ser considerada como agrupación que permanece gracias a esa vinculación que se determina por necesidades económicas entre sus miembros. Aquí cabe decir que la familia es, en realidad célula viva de la sociedad civil, pero no podemos dejar de tener cuenta la realidad espiritual aún cuando es preciso reconocer, deteniéndonos en la relación con la sociedad civil, que es indudable que existe una doble serie de derechos y deberes entre familia y sociedad civil y a la inversa. Así la familia podría reducirse al ya señalado concepto del derecho romano que reduce la familia a las personas que se encuentran sujetos a una autoridad común, viven bajo un mismo techo y para su sub

istencia dependen de las mismas fuentes de producción, lo cual incluiría aún a los servidores domésticos. -

Pero la seguridad económica que encierra uno de los aspectos más trascendentales para la familia, no lo es todo para el cumplimiento de su misión. Toda familia humana, aún la más modesta, encierra todo un mundo de valores morales y espirituales que encierran el mejor respaldo y seguridad para la sociedad civil. -

Nuestro Código Civil en su artículo 874 presenta la base para una teoría de las personas a cargo de otra que nos permite deducir como el derecho de uso o el de habitación según el caso son limitados a la simple necesidad del usuario y a las de su familia, o al habitador y la familia de este, en la cual se comprende a su mujer y a sus hijos igual que a sus sirvientes y demás personas que vivan a costa del uno o del otro y que se hace extensivo a las personas a quienes se debe alimento. Pero observamos que no advierte entre hijos legítimos y naturales, como tampoco entre aquellos que existen al determinarse o constituirse el derecho y los que vinieren después. -

Esta familia así determinada es naturalmente la familia de un período superado y no puede ser la familia de la sociedad actual, por que no se funda en los lazos naturales del afecto ni en los valores espirituales sino tan solo lo que pudieramos llamar aspectos de una económía doméstica. -

Era sería pues una familia artificial que la ley presenta como algo exclusivo para el ya dicho derecho de uso o de habitación y, en ningún caso sería aplicable al concepto que de allí se desprende como am-

plio criterio para adaptar en el campo del derecho civil, y naturalmente inaplicable en el dercho de familia. -

El único y quizá exclusivo criterio que nos permitiera en verdadera lógica ubicar y distinguir la familia sería el concepto de autoridad que en unión con el concepto de moral nos permite entender la existencia de una asociación estable, basada en el sentido axiológico de la vida y por lo tanto sería como ya antes lo expusimos la familia legítima basada en el matrimonio. -

Teniendo como base el matrimonio y el parentesco vemos la familia compuesta por el esposo, la esposa y los hijos sujetos a la autoridad paterna, esto naturalmente nos da un grupo reducido y opuesto al del parentesco y, además de un grupo que goza de la protección de la ley y el estado porque tiene como base la sujeción a las normas jurídicas que reglamentan el matrimonio. Así pues, en este concepto y definición de la familia encontramos que el jefe de ésta es el esposo en su condición de tal y de padre. Esta familia permanece mientras sus componentes no se separen y permanezcan agrupados. -

De tal manera, podríamos dar como clásica la definición dada por los hermanos Mazeaud:

"Se entiende por familia la agrupación de Personas que, con razón del parentesco o por su calidad de esposos se encuentran sometidas a la autoridad de otra, que es el jefe de la familia". -

Cuando por algún motivo se produce la separación de la fami

lia o disgregación de la misma, sea como consecuencia de situaciones legales como lo sería la emancipación de los hijos o la separación de los esposos por causa del divorcio, o también porque sus miembros se han separado, podríamos afirmar entonces que la familia ha dejado de ser como tal por la desaparición de la autoridad que cohesionaba y agrupaba a sus miembros. -

EL MATRIMONIO

Forma y Prueba. Antecedentes Históricos y derecho comparado.

Una mirada retrospectiva a la más lejana antigüedad, nos permite ver como el matrimonio ha estado rodeado de festejos, formalidades y solemnidades de la más alta importancia. Así lo han entendido en todo momento, como un acto de la más alta importancia quienes han tenido en sus manos la orientación de la sociedad, y por eso las formas han permanecido a través del desenvolvimiento histórico de la base esencial de la familia como institución. -

Entre nosotros todo lo referente a ella se encuentra esparcido en disposiciones muy distanciadas en el Código Civil que no consagra uno de sus libros en especial a la familia, como sí lo hace la legislación Suiza, la Italiana y la Alemana. -

En nuestro Código Civil solo hayamos un enfoque indirecto respecto del régimen de la familia, como por ejemplo la reglamentación del matrimonio y sus efectos en los Arts. 113 y siguientes, y de igual manera la reglamentación de los esponsales en los Arts. 110 y siguientes y, lo referente a las distintas clases de filiación en los Arts. 213-269-218.

En el libro IV encontramos lo referente a la gestión patrimonial de los esposos dándonos así una gran semejanza en su ordenación con el código Civil Francés que sirvió de base esencial para el Código Chileno del cual fué tomado el Código Civil Colombiano. Por eso tanto en el Código Civil Chileno como en el nuestro, tratanto del Código de Napoleón se manifiesta el concepto individualista que orientó ese concepto jurídico durante el siglo pasado como reflejo de la revolución Francesa, que miró con profundo respeto la prelación individual del ciudadano y dejó a la vera el concepto de la familia como célula esencial de la sociedad. -

Para volver a épocas anteriores tenemos que en Grecia el ca- ma- mien- to estaba encerrado en tres actos:

- a. - El primero que se cumplía en casa del padre de la novia.
- b. - El segundo en el tránsito de la casa del padre de la novia a la del marido y;
- c. - El tercero que se cumplía en la casa del marido.

En la casa paterna, en presencia del novio, el padre de la no- via, generalmente acompañado de su familia, ofrecía un sacrificio y pronunciaba una fórmula sacramental declarando que entregaba a su hi- ja al pretendiente. -

La conducción de la novia a la casa del novio era hecha por el mismo (el padre), o por los heraldos, hombres revestidos de carácter sacerdotal, generalmente en un carro, con el rostro cubierto con

un velo y una corona en la cabeza, con traje blanco. El vehículo era precedido por la antorcha nupcial y se cantaba un himno religioso llamado himenco. La novia no entraba por sí al hogar del novio, sino que éste la alzaba simulando un rapto, ella profería gritos y las mujeres que la acompañaban simulaban defenderla y, la entrada en casa del novio se hacía que los pies de la novia no tocan en el umbral. -

La tercera etapa o tercer acto, era la verdadera ceremonia celebrada en el hogar del novio, en presencia de la divinidad doméstica se rociaba a la novia con agua lustral ella tocaba el fuego sagrado, se recitaban algunas oraciones y los esposos compartían una torta y pan, algunas frutas. Con esta comida los esposos quedaban en comunión religiosa con los dioses domésticos. -

En Roma las formas del matrimonio primitivo eran dos:

- a. - La "confarreatio", ceremonia religiosa, y
- b. - La "coemptio", acto civil. -

La primera o "confarreatio" eran muy semejante al matrimonio Griego, e igual que este constaba de tres actos o etapas, denominadas sucesivamente "traditio", "deductio in domum" y "confarreatio". -

La "traditio", era la formalidad cumplida en el hogar paterno de la mujer donde el padre la entregaba de su familia. -

La "deductio in domum" era la conducción de la novia a la casa del novio, que igual que en Grecia, iba velada, llevaba una corona una antorcha precedía el cortejo y se cantaba un himno religioso. Frey

te a la casa del novio, el cortejo se detenía y se presentaba a la novia el fuego y el agua. El primero, emblema de la divinidad doméstica, la segunda, el agua lustral utilizada en los actos religiosos. Igualmente se simulaba el rapto y, ya en el hogar del novio, los contrayentes ofrecían un sacrificio ante el fuego sagrado de los dioses domésticos, hacían la libación, pronunciaban oraciones y comían juntos una torta, que asociaba a la mujer al culto familiar del marido. Todo ello se cumplía ante 10 testigos y el sacerdote. -

La "coemptio", en cambio era simplemente un acto civil, una compra ficticia con ciertas formalidades, muy parecidas a la "mancipatio" y el "nexum". -

Pero en la época histórica, ya esa formalidad no fueron necesarias para que hubiese matrimonio sino para que la mujer quedase desligada de la patria potestad de su pater familias y entrase en la mano del marido o del pater familias de éste. -

EL CRISTIANISMO

En los primeros tiempos del cristianismo la Iglesia no intentó establecer formalidades para el matrimonio o sino que aceptó que este tuviese lugar del modo que lo aceptaba la legislación civil pero entraron en conflicto los dos criterios: el que buscaba que el acto matrimonial tuviese lugar ante la Iglesia en presencia del sacerdote y con la bendición de éste, y el principio de derecho natural de que el matrimonio se perfecciona por la libre prestación del consentimiento por los contrayentes. -

Ello dió lugar a dos formas de celebración del matrimonio: La pública o "Infacie Ecclesiae" y la clandestina. -

El concilio de Trento por decreto de 1.563 dispuso que la única forma matrimonial admitida en la celebración del matrimonio era "Infacie Ecclesiae", es decir en presencia del sacerdote y dos o tres testigos. La actuación del sacerdote era simplemente pasiva, y se diferenciaba de los demás testigos en que lo era calificado. -

Pío X dispuso por decreto de 1.907 que la intervención del sacerdote fuese activa. -

ANTIGUO DERECHO ESPAÑOL

Una vez introducido el cristianismo, el antiguo derecho reconocía dos formas de matrimonio: el solemne, ceremonia religiosa celebrada en la parroquia de uno de los contrayentes conforme a las normas de la Iglesia, y el matrimonio "a juras", puramente civil, consistente en la celebración de esponsales, de presente y de futuro, seguidos de la unión sexual de los contrayentes. Ambos producían iguales efectos. -

El fuero real sancionado por Alfonso X a mediados del siglo XIII, estableció la obligatoriedad de la forma eclesiástica, pero mantuvo la validez del matrimonio clandestino, al que llamó "a furto" al cual impuso una sanción de multa. -

Por último por real cédula de Felipe II expedida el 12 de Julio de 1.564 (ley 13 de la novísima recopilación), mandó cumplir como

ley del reino las disposiciones tomadas por el Concilio de Trento a cerca del matrimonio. Desde entonces solo tuvo valor la forma eclesiástica. -

EL CONCEPTO MODERNO

No fué posible dar á la familia una organización científica porque no se tenía un concepto claro de su existencia como organismo que superaba los conceptos individualistas y, que como institución tenía fines superiores que cumplir en la colectividad. Quizá demasiado tarde la escuela francesa comprendió que el derecho de familia entiende todas las instituciones que a ella se refieren. -

La concepción individualista está siendo sustituida por los juristas modernos que presentan una nueva concepción que podemos señalar como un enfoque socialista de la familia. Pero entre nosotros el exceptuamos al doctor Valencia Zea quien se ha esmerado por presentar un derecho de familia y, la obra del doctor Eduardo Rodríguez Piñeres quien también dedica parte de su obra al estudio del derecho familiar no encontramos mayores aportes al respecto. -

En el derecho moderno muchos juristas sostienen que de la misma manera en que no se entiende el concepto de nación como un sencillo conjunto o agregado de personas, y por lo contrario se lo entiende como agrupación u organización política y económica, de igual manera la familia debe entenderse no como un agregado de personas sino como una célula social con sentido y personalidad propia de gru

po social, y por lo tanto se hace necesario una reglamentación jurídica que en consecuencia norme la vida en el mismo sentido de los demás grupos sociales por ser la familia el más trascendental de todos ellos como lo es igualmente en el orden moral y cuyo fin necesariamente tiene que realizarse por el grupo y no por el individuo comparadamente, ni por la simple interrelación económica de los individuos. -

En consecuencia los juristas que defienden esta manera de pensar declaran que las normas que protegen de modo inmediato los intereses de los organismos sociales, es necesario que tengan en cuenta y reglamente las relaciones de los individuos miembros o partícipes de los grupos sociales. En consecuencia la reglamentación o el derecho de familia no debe ser solamente limitado dentro del derecho civil sino que debe ser reglamentado con claro sentido social. -

Así pues, la familia no debe estar restringida al interés estrictamente privado sino que debe ser protegida por el derecho social y por eso corresponde al estado de obligación de organizar la familia tanto para reglamentar sus aspectos vitales como para que esta pueda cumplir los fines a que esta llamada. -

BASES DE LA FAMILIA

El clan era una basta familia o agrupación de familias que estaban unificadas por la autoridad de un jefe común, era un grupo social político y económico. -

En los tiempos históricos se da una evolución paulatina de la familia que reduce poco a poco las dimensiones o extensión del grupo. -

La familia en el sentido jurídico aparece con el Estado. Su tipo clásico sería la familia romana primitiva sometida a la autoridad del pater-familia antecesor común de todos sus miembros, que gozaba de los poderes más amplios sobre las personas que componían la familia; era en realidad el propietario exclusivo de todos los bienes del grupo e igualmente era, magistrado y sacerdote. Esta familia comprendía no solo a los descendientes del pater-familia sino a las esposas de sus descendientes, a clientes y esclavos. -

La última etapa en la evolución de la familia sería la familia actual o núcleo paterno filial, que aparece haber perdido su unidad política y económica encontrándose limitada a la función biológica y espiritual y, en el aspecto social continúa siendo el núcleo de la organización de la sociedad. -

En el aspecto jurídico, permanece su destacada importancia como fuentes de relaciones jurídicas con los impedimentos matrimoniales según el grado de consanguinidad. -

El vocablo familia tiene una variada significación. Algunos juristas la determinan por su origen como familia legítima y familia natural o simplemente civil, buscando una correspondencia con la filiaciōn. -

Pero en el sentido amplio del término, la familia, significa un grupo diverso de personas unidas por el parentesco, incluyendo todos los parientes y los afines y, en algunas ocasiones aún con incluidos los servidores. -

Pero en realidad cuando se habla de familia la mayoría de las veces entendemos solamente las personas padres e hijos bajo patria potestad. -

Pero es indudable que hoy estamos frente a un hecho social que constituye una fuente de la familia como lo es la unión natural y la filiación natural que se origina por la unión libre de un hombre y una mujer y los hijos nacidos en esta unión. Naturalmente que no siempre estas uniones constituyen una familia en el sentido moral, por carecer de la voluntad para la permanencia, estabilidad y durabilidad del grupo para su entrega a la formación de sus hijos en el sentido no a implemente de criarlos sino de educarlos y someterse a una formación jurídica para la consecución del verdadero fin de la familia, que pueden realizarse en la familia legítimos por el matrimonio. -

También tenemos que reconocer la familia adoptiva cuando los interesados se someten a los principios jurídicos y sin que exista la base natural los padres pueden tener como hijos, criarlos y educarlos como tales a los hijos adoptivos. -

No faltan juristas que sostengan no ver diferencias entre la familia legítima y la familia natural, alegando que toda familia es

simplemente una familia y nada más que eso. -

En nuestra Legislación se da sino absoluta, si muy destacada preeminencia a la familia legítima en consideración a sus fines morales, haciendo indisoluble el lazo matrimonial con miras a la permanencia y estabilidad de la familia. -

Pero se puede apreciar en nuestra legislación una verdadera preocupación por hacer mejor la situación jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio o hijos naturales. Es así como para mejorar su situación fueron aprobadas las leyes 45 de 1.936 y la más reciente ley 75 de 1.963 que buscan una verdadera reorganización de la filiación adoptiva, y la ley 140 de 1.960. -

Sin embargo, a pesar de esas leyes reglamentarias de la filiación natural o la adoptiva, solo se ha reconocido su existencia y la importancia social, pero por ningún motivo se le ha dado igualdad con la familia legítima y en fin de cuentas se ha prevenido la obligación y responsabilidad de los padres respecto de sus hijos para evitar el abandono de estos y otorgar al hijo algunos derechos esenciales. Aunque la realidad es que las relaciones que se han reglamentado entre sus hijos y sus progenitores no son determinadas por el vínculo que obliga a los progenitores sino por la existencia misma de dichas relaciones como hechos que tienen lugar fuera del matrimonio y que el estado y el derecho no pueden pasar por alto. -

En nuestro derecho civil no existe ningún precepto que da mar

gen para alegar relaciones jurídicas por la unión de un hombre y una mujer fuera del matrimonio, concubinos, y menos aún por aquellas relaciones simplemente accidentales entre hombre y una mujer, porque estas relaciones se limitan exclusivamente a los descendientes y sus padres. -

Por los motivos expuestos se puede afirmar que en sus relaciones los concubinos tienen la más amplia independencia para contraer entre ellos como dos personas extrañas, siempre que esos actos no tengan nada que ver con sus relaciones alicitas ni tengan por objeto perjudicar a terceros. Así los concubinos pueden tener entre ellos la ganancia y ajustados sus actos a las leyes, pero en ningún momento habrá una sociedad resultante, o como resultado natural y beneficiaria del concubinato mismo. No se podrá jamás entender como la sociedad existente entre los conyuges y, cuando hay hijos en el concubinato las relaciones entre los padres naturales y sus hijos no ván más allá de la filiación. La obligación de alimentar al hijo natural y la sucesión de este por uno y otro aspecto señalan el pensamiento del legislador colombiano. -

El Art. 22 de la ley 45 de 1. 936 enseña que la sucesión del hijo natural está regida por las mismas normas que la del causante legítimo, y no pasa más allá de los progenitores del hijo natural, que de esta manera ocupan el mismo lugar de los padres legítimos en la sucesión del hijo legítimo. Cuando uno de los padres tiene calidad de natural, es a este solo a quien corresponde la asignación respectiva y, si hay falta de descendientes o de padre, entonces la ley llama a

sucedan los hermanos. Los hermanos llamados por falta de descendientes o de padre, en este caso, suceden simultáneamente sin distinguir entre los que son hijos legítimos o los que son únicamente naturales del mismo padre o madre, según el Art. 1050 del Código Civil. -

No es ningún descubrimiento afirmar que la familia del hijo natural está limitada por sus propios padres y no encierra a los descendientes del hijo mismo, si nos atenemos al Art. 61 del Código Civil. El derecho para reclamar alimentos se extiende como regla general a todos los parientes consanguíneos e ilimitadamente en línea directa. Pero respecto de la descendencia del hijo natural, se suspende a no ser que ésta descendencia sea legítima, según lo expuesto por el Código Civil en su Art. 411, porque si bien el Art. 25 de la ley 45 de 1.936 pudiera dar base para creer que se extiende a todos los ascendientes naturales cuando determina asignarle alimentos congruos, lo único cierto es que tal beneficio llega solo hasta los padres, como podemos entenderlo por el número VI del citado Art. 411 del Código Civil y, el Art. 15 de la ya citada ley 45. -

De igual manera nuestro legislador considera ficticia la adopción como génesis familiar. El mismo vocablo deja la sensación de ficticio porque enseña o precisa la existencia del adoptante. -

La ley 40 de 1.963 establece que la adopción únicamente configura relaciones de parentesco entre adoptantes y adoptados. Y después de lo ya visto es muy claro observar que solo existe una familia

aún cuando tengamos tres diferentes casos de filiación, los cuales pueden tener lugar dentro o fuera del matrimonio, pero siempre estarán determinados como relaciones con especiales derechos subjetivos. -

No depende del matrimonio la filiación que en su esencia es siempre igual y genera relaciones de parentesco. Así pues podemos decir que al estudiar la familia se debe tener en cuenta en su más amplia concepción si queremos tener claro concepto del parentesco teniendo en cuenta que se puede originar fuera de la familia legítima. -

EL PARENTESCO Y SUS FUENTES

No es necesario resaltar la importancia que tiene dentro del derecho de familia el parentesco.

- a. - Por la vocación hereditaria, el Art. 1040 del Código Civil llama a heredar a los parientes consanguíneos más próximos. -
- b. - Por la obligación de dar alimentos a los parientes pobres, que no tienen medios para sostenerse mediante su propio trabajo; obligación que pesa sobre los parientes con posibilidad económica según el Art. 411 del Código Civil. -

d. - Pocos según lo establecido por la constitución nacional en su art. 25, en lo procesal "nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra su parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. -

En cuanto a las clases de parentesco, este no puede técnicamente decirse sino respecto de la consanguinidad o vínculo de la sangre que se establece con la descendencia. Pero generalmente se señalan tres clases de parentesco: por consanguinidad, por afinidad y por adopción. La afinidad es un vínculo entre personas de familias diferentes y, la llamada adopción es apenas un reflejo o copia del parentesco por adopción es lo que hace que en el Código Civil no se le mencione y se le señale como simple relación, como lo podemos apreciar cuando enseña que la adopción ubica a determinadas personas en el puesto que pertenecería al padre, a la madre y a los hijos. -

Pero la verdad es que las diferencias se establecen generalmente teniendo en cuenta las tres clases de parentesco, como se puede apreciar en las diferentes disposiciones del Código. -

Es imprescindible tener en cuenta la línea y el grado de parentesco entre dos personas para poder determinar el mismo. Se entiende por línea según la ley, "la serie y orden de las personas que descienden de una raíz o tronco común", Art. 41 del Código Civil.

Cada generación indica un grado o sea el número de nacimientos anteriores, Código Civil Art. 37. Ambos conceptos se aplican aún a la afinidad aún cuando son deducidos por la ley de consanguinidad, que se fundamenta en los vínculos de sangre para determinar la descendencia y que naturalmente desaparece cuando no hay descendientes. La ley establece que la consanguinidad es la conexión que existe entre personas de un tronco común, o que están unidos por los vínculos de la sangre según Art. 35. Vale la pena aclarar que este parentesco puede darse en línea recta o en línea colateral, transversal u oblicua. -

La línea recta está separada en ascendientes y descendientes los primeros o ascendientes, con todas las personas que se encuentran dentro de la misma línea tomando como punto de partida uno de los miembros para subir hasta el tronco común, como el padre, el abuelo, visabuelo etc.. Los descendientes serán todas las personas que se encuentran bajando del tronco común a los demás miembros como hijos, nietos, bisnietos, etc, según el Art. 53 del Código Civil

Pero a los parientes por parte del padre se los cuenta en línea recta igual que a los parientes por parte de la madre, que forman la línea paterna y la línea materna como indica el Art. 45 del Código Civil.

En consecuencia si deseamos precisar el parentesco que existe entre dos personas, ya sea en línea recta, o será necesario contar el número de generaciones precedentes, y así encontramos

45547

que el hijo se encuentra respecto de su padre en primer grado, respecto de su abuelo en segundo grado y respecto del bisabuelo en tercer grado, Art. 37 del Código Civil. -

Todas aquellas personas que desciendan de un tronco común pero no las unas de las otras se encuentran en la línea colateral, así por Ejemplo hermanos entre sí que con hijos del mismo padre y madre; los sobrinos y los tíos que descienden del mismo abuelo, Art. 44 del Código Civil. -

Se debe también hacer notar entre los colaterales, parentesco de un solo vínculo y de doble vínculo como en el caso de quienes solo tienen el padre o la madre común, por ejemplo los hermanos que lo son únicamente de parte de madre o de parte de padre y, se llaman hermanos maternos o paternos según el caso que también se conocen los maternos como hermanos uterinos, Art. 54 del Código Civil. Los que tienen padre y madre común se llaman hermanos carnales. -

Los grados en la línea colateral se cuentan lo mismo que en la línea recta según el número de generaciones. Pero en este caso para determinar ese parentesco se debe tomar como punto de partida el tronco común y seguir en grado descendente hasta la persona cuyo parentesco se busca. Ejemplo: tío y sobrino estarán en tercer grado de línea colateral oblicua y, los hermanos entre sí estarán en segundo de línea colateral transversa según el Art. 46 del Código Civil. -

En el Derecho Canónico se cuenta de manera diferente pues se computan las generaciones de un solo lado, y así, dos personas se encuentran igualmente distantes del ascendiente común y, son parientes entre ellos según el grado que cada uno dista del ascendiente, por Ejemplo, dos hermanos estarán en primer grado de la línea colateral porque el ascendiente común, el abuelo, dista de cualquiera de ellos dos generaciones. Cuando exista desigualdad de dos personas en cuanto al grado con respecto al ascendiente, el grado de parentesco se determinará por el que une a aquel de ellos que está más distante con el ascendiente. El derecho canónico, para establecer este parentesco llama puro o simple el parentesco cuyas dos ramas son iguales y mixto el ramas desiguales. -

En cuanto al parentesco de consanguinidad se divide en legítimo e ilegítimo. Se entiende por legítimo cuando todas las generaciones que lo originan se encuentran autorizadas por la ley y, por lo contrario, se entiende que es ilegítimo cuando no ha sido autorizada por la ley una cualquiera de sus generaciones. Arts. 38 y 39 del Código Civil, y en consecuencia por ser ilegítimo uno solo de sus descendientes el parentesco es así considerado. -

En lo referente al parentesco por afinidad podemos decir que es de una relación existente, por ciertos hechos, entre personas de familia distinta. Estos hechos son de acuerdo con el Código Civil, el matrimonio y las relaciones sexuales, por lo que establece la diferencia entre la afinidad legítima y la ilegítima, igual que en mate-

ria de consanguinidad, Arts. 47 y 48 del Código Civil. -

La afinidad legítima o ilegítima se determina o califica, por la línea o grado de consanguinidad del consanguíneo con el hombre o mujer según el Art. 47 del Código Civil. Así al conocer el parentesco entre dos personas de una misma familia, se puede saber cual es la relación de afinidad con el miembro de otra familia que ha conocido carnalmente o desposado a un miembro de la anterior. -

Los suegros y el esposo de su hija estarán en primer grado de afinidad legítima, y en igual grado con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio. En segundo grado de afinidad legítima en línea colateral transversa con los hermanos legítimos de su mujer (sus cuñados). Con el hijo natural de su esposa, o con el padre de la concubina estaría en primer grado línea recta de afinidad ilegítima. -

Los hermanos ilegítimos de la esposa estarían en segundo grado línea colateral ilegítima con el esposo y, con los hijos legítimos o ilegítimos de su concubina. Aquí es bueno señalar que la afinidad ilegítima no produce consecuencias legales. -

Igualmente es prudente establecer que entre los conyuges no existe clase alguna de afinidad y por lo tanto no hay parentesco, ya que su estado civil es el de casados y sus derechos y obligaciones nacen del matrimonio que configura una situación jurídica es-

pecial. -

La adopción da origen al llamado parentesco civil, que nace al prolijar o adoptar el hijo que no lo es naturalmente. Pero como ya lo dijimos este parentesco es considerado ficticio por la ley y apenas si alcanza hasta el padre o madre adoptante y el hijo adoptado y, establece que estos se encuentran entre sí en las relaciones de padres e hijo según el Art. 59 del Código Civil y el 236 del mismo Código. -

No dejará el hijo adoptivo de formar parte de su familia de origen y conservará en ella sus derechos y obligaciones. Según lo establecido en la ley 140 de 1.960 derogatoria del Título XIII, libro I, del Código Civil, que forma parte de dicho Código. -

Aquí vale la pena precisar que es natural de toda persona tener parientes y que igualmente el número de estos se extiende casi de manera indefinida. Por ejemplo el hijo está en primer grado de parentesco consanguíneo con su padre, en segundo grado con todos los parientes que se encuentran en primer grado de consanguinidad con su padre, en tercer grado con todos los parientes en segundo grado de consanguinidad con su padre; en segundo grado de consanguinidad con su abuelo y así, en tercero cuarto grado, etc, con todos los parientes consanguíneos en segundo grado, tercero cuarto etc, de su abuelo, previa excepción de su padre. -

Pero actualmente, y a pesar de la indefinida gama del pa

rentesco, la verdad es que este dadas las costumbres y el derecho se encuentra bastante limitado en la línea directa. Porque generalmente, se tienen descendientes vivos hasta el segundo grado pero no siempre hasta el tercer grado, en que se encuentran los bisnietos. Podríamos afirmar lo mismo en cuanto a los ascendientes y, en lo que se refiere a los colaterales la significación del parentesco solo tiene importancia hasta el segundo grado, más en el tercer grado en que se encuentran tíos y sobrinos es muy poca y casi nula en el cuarto grado, o sea entre primos hermanos. Esto podemos notarlo cuando al hacer referencia de la familia, nos es fácil hacer cuenta de nuestros hermanos con mucha claridad, lo cual no podríamos igualmente decir de tíos sobrinos y mucho menos de nuestros primos. -

La significación y trascendencia del parentesco radica en la vocación hereditaria, puesto que por la ley los parientes consanguíneos más próximos son llamados a heredar y en consecuencia, los hijos legítimos constituyen el primer orden hereditario con la concurrencia de los hijos naturales y adoptivos llamados a recibir la mitad de la cuota a que tiene derecho el hijo legítimo. -

Cuando faltan los hijos legítimos son llamados a heredar los ascendientes en primer grado, o sea los padres con quienes concurren los hijos naturales y los hijos adoptivos para recibir una cuota igual a la que recibe cada padre, siendo estos los que forman el segundo orden hereditario. -

El tercer orden está formado por los hijos naturales con los cuales concurren los adoptivos. Los hermanos legítimos o naturales y los hijos adoptivos corresponden al cuarto grado. El quinto corresponde a los parientes colaterales en tercero y cuarto grado. El quinto corresponde a los parientes colaterales en tercero y cuarto grado, el sexto corresponde por lo dispuesto en la ley 75 de 1.938 en su Art. 86 al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Podemos deducir de lo anterior que quienes se encuentran más allá del cuarto grado de consanguinidad no tienen vocación hereditaria. -

Igualmente es importante señalar que aquellos parientes con recursos económico bastantes tienen la obligación de suministrar alimentos a sus parientes incapacitados para trabajar. Antes los parientes consanguíneos tenían vocación hereditaria hasta el octavo grado de consanguinidad, lo cual fué ampliado hasta el décimo grado de consanguinidad por la ley 153 de 1.887, pero esto fué derogado por la ley 60 de 1.935 al reducir la vocación hereditaria hasta el cuarto grado. Aquí es importante hacer notar, como antes lo manifestamos que para efectos del matrimonio el parentesco de consanguinidad produce impedimentos hasta el tercer grado y por eso no pueden contraer hermanos con hermanas, o sea parientes consanguíneos en la línea recta o consanguíneos colaterales en segundo grado. En lo que al parentesco por afinidad se refiere está prohibido el matrimo

nio entre aquellas personas entre sí unidas por el primer grado de línea recta de afinidad legítima, ordinal II Art. 13 de la Ley 57 de 1. 887. Así el viudo está impedido de contraer con la madre legítima de esposa, más puede hacerlo con la hermana de su esposa muerta. También está prohibido el matrimonio del padre adoptante y la hija adoptiva, el hijo adoptivo y la madre adoptante y, entre la mujer que fué esposa del adoptante y el hijo adoptivo de su esposo, Art. 140 del Código Civil. -

De igual manera y en atención al parentesco es prohibición legal taxativa tanto el acceso carnal como cualquier ejecución de actos heréticos sexuales entre personas unidos por el parentesco de concanguinidad en línea directa, padres e hijos, entre consanguíneos que se encuentran en el segundo grado por línea colateral, hermanos con hermanas, igual que entre los parientes afines en línea directa. Cualquiera de estos actos está señalado por el Código penal que los sanciona según su art. 357. -

EL MATRIMONIO Y EL DERECHO

Como lo expresamos ya, el matrimonio está rodeado desde la más remota antigüedad de ciertas solemnidades de índole religiosa en gran parte y de efectos jurídicos según el pueblo y el período histórico respectivo. Al hacer un poco de historia ya hablamos de estos hechos en Grecia, en Roma en las Siete Partidas y por aplicación del Derecho Español en las Indias, habiendo explicado de igual manera aspectos importantes de su evolución por la intervención del cristia

nismo. -

Aún cuando muchas y sino la mayoría, de las legislaciones dan al matrimonio un carácter formalista, y la verdad es que a ésto respecto existe una gran controversia en atención al carácter que se le dé ya sea civil o religioso. Durante la Edad Media, la Iglesia impone su propia concepción sobre la familia y el matrimonio y da a los tribunales eclesiásticos la competencia pertinente en la materia que reglamenta por el derecho Canónico. Es de aquí de donde deriva la orientación del matrimonio actual, habiendo desaparecido en gran parte todo lo que al respecto mantuvo el derecho civil romano, y por lo tanto en sus aspectos fundamentales responde a las formas del derecho canónico y, en una realidad permanente como las personas atienden preferentemente al matrimonio de su fe religiosa aún en donde solo es tenido como válido legalmente, el matrimonio civil. -

A partir del comienzo del cristianismo se afirmó la idea del matrimonio como institución religiosa y por ende sagrada, lo que ha extendido gran influencia sobre el matrimonio civil, siendo que éste es un reflejo del primero. -

En nuestro país, como en todas las Colonias, el matrimonio estuvo primeramente orientado o regido por la legislación española.

Pero en el derecho indiano es digno de mencionar que en principio se gozó de gran libertad en cuanto a los matrimonios, más

hubo restricción, dispuesta por la real cédula en cuanto a los llamados matrimonios mixtos que tenían lugar entre españoles mujeres negras o mulatas. --

CONCEPTO DEL MATRIMONIO

En cuanto al matrimonio en sí mismo, dice el doctor Augusto Cesar Belluscio, de la Universidad de Buenos Aires:

"Que la palabra matrimonio pueda tener tres significados diferentes, de los cuales solo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. En un primer sentido, matrimonio es el acto de celebración, en un segundo es el estado que para los contrayentes deriva de ese acto y en el tercero es la pareja formada por los esposos". --

Por su etimología algunos han indicado que el vocablo matrimonio viene del latín, se deriva de la unión de "matri" (madre) y "monium" (carga o gravamen), deduciendo que el aspecto más pesado o las cargas resultantes de la unión recaen sobre la madre. También como sinónimos del término matrimonio se conocen y emplean otras palabras, así, por ejemplo, nuptiae (del latín "nuptiae" que parece indicar el velo que desde tiempos muy remotos, hasta hace algún tiempo cubría el rostro de la novia durante la celebración de dicho acto, y no falta comentario respecto del término ca

samiento an el sentido de hogar, como indicando la casa. -

En verdad existe una variedad de ideas en cuanto al significado del término igual que variedad de ideas morales, religiosas y jurídicas que indudablemente tienen gran influencia en el matrimonio y no siempre hacen fácil la definición. A simple manera de información podríamos presentar la de Modestino, que aparece en el digesto y según la misma las nupcias con la unión del hombre y la mujer en consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano. -

LA NATURALEZA JURIDICA

En cuanto a la naturaleza jurídica del matrimonio tambien se han encontrado tesis diferentes. Por ejemplo se determina jurídicamente al matrimonio como contrato y en éste sentido una se la apreciación del derecho civil y otra la del derecho canónico. Pero también se presenta una tesis que considera al matrimonio como institución. -

En el derecho canónico la celebración del acto matrimonial es un sacramento y a la vez es un contrato. Es un contrato en cuanto se considera como fundamental la manifestación o expresión del consentimiento por los cónyuges, en atención a que existe una declaración unilateral de la voluntad, aún cuando nó quiera éste indicar que se trata de un contrato más. Por lo contrario el matrimonio es totalmente diferente de cualquier otro contrato por los fines que per

sigue, por su naturaleza y porque los demás contratos conocidos proceden de la sola expresión de la voluntad del hombre. Porque el consentimiento en el matrimonio no puede ser suplido por autoridad humana alguna y, porque el matrimonio es celebrado a perpetuidad y por ellos se caracteriza por su firmeza y duración. -

En cuanto al aspecto meramente civil podemos señalar que el matrimonio surgió como una concepción contractual cuando en la Revolución Francesa se atacó el poder de la Iglesia Católica, en particular su derecho para legislar en lo referente al matrimonio y la sujeción a las autoridades eclesásticas en las causas matrimoniales. Y fué aquí cuando buscando la disolución del vínculo en vida de los esposos por el divorcio, surgió la concepción contractual en el derecho civil, porque en cuanto dicho acto fuere sujeto a la aplicación de las reglas de los contratos, el consentimiento manifestado para su realización, lógicamente podía dar lugar para su extinción.

Es de destacar la gran importancia que el cristianismo ha tenido en la formación del matrimonio. El derecho canónico dió lugar a innovaciones que dignificaron la existencia de la familia fundada en el matrimonio, aña cuando la desaparición de las uniones desiguales no fué tan rápido como era de desear, lo cierto es que sin el cristianismo aquellas uniones como el concubinato, que existía en el derecho romano y permaneció largo tiempo tiempo en el derecho español antiguo no hubiesen sido eliminados. El derecho canónico dió al consentimiento personal carácter fundamental en el

acto de la celebración para los contrayentes. De igual manera erigió la igualdad jurídica de los esposos y consideró el matrimonio como un sacramento que rechaza el divorcio absoluto. -

El matrimonio es una institución elevada por nuestro Señor Jesucristo a la categoría de Sacramento.

Podemos señalar como propiedades y características esenciales del matrimonio la monogamia y la indisolubilidad mientras vivan los esposos, y la diversidad de sexo. -

Sería consecuente tener en cuenta igualmente, que si bien el matrimonio requiere de un acuerdo de voluntades, las consecuencias que ello implica no constituyen obligaciones civiles o patrimoniales sino estrictamente de orden moral y, sería absurdo establecer un precio en el sentido económico para las mismas como lo sería por ejemplo estipulación para evaluar la fidelidad, el respeto mutuo y por muchas otras razones como el concepto de fidelidad y la cohabitación podemos decir que nos es posible equiparar el matrimonio con los otros contratos porque en ese caso el acuerdo de voluntades no es igual desde ningún punto de vista. -

Si volvemos a las fuentes originarias del matrimonio tenemos que admitir que por sus consecuencias el matrimonio es mucho más que un simple acuerdo de voluntades, ya que, en los acuerdos pactos o convenciones las partes determinan de antemano las

consecuencias y resultados. -

Los contratos no pueden llevar sus consecuencias o efectos más allá de las personas que los han pactado y el matrimonio alcanza, van mucho más allá de los cónyuges y así es como se reflejan en los hijos habidos en el matrimonio la protección que el estado matrimonial de sus padres conlleva para ellos. -

La concepción religiosa del matrimonio por la Iglesia Católica, como lo dijimos anteriormente es de contrato y sacramento, sin que en ningún motivo se esté indicando que sean elementos independientes sino que el acuerdo de voluntades que llevan al matrimonio celebrado entre bautizados tiene este carácter de sacramento y contrato. -

Entre nosotros el matrimonio celebrado en armonía con lo dispuesto por el Código de Derecho canónico tiene plenos efectos civiles según la ley 57 de 1. 887 art. 12. -

EL MATRIMONIO DE UNA INSTITUCIÓN

Quiénes celebran pactos o convenciones de manera general indican los efectos que sus acuerdos han de producir. Si miramos a la fuente u origen del matrimonio es fácil darse cuenta y se puede afirmar, que es un acuerdo o pacto matrimonial que naturalmente conlleva un acuerdo de voluntades. Más al examinar las consecuencias de este acuerdo no damos perfecta cuenta que el matrimonio es algo más que ese simple acuerdo, y que no ocurre en este

acuerdo lo que en los otros en los cuales las partes indican los resultados que deben producirse, porque en el acuerdo matrimonial los resultados son expresamente determinados por la ley y no los pueden indicar los contrayentes, ni modificarlos por ser de orden público familiar. -

También podríamos observar que en el matrimonio sus efectos van más allá de las personas que lo celebran, y en cambio generalmente los efectos de los contratos y las convenciones no afectan a personas fuera del círculo de quienes lo celebran. Entonces el matrimonio es una institución de mayor envergadura que un simple acuerdo de voluntades si nos atenemos a su duración y sus efectos, porque, como lo dijimos, no depende absolutamente de la voluntad de los contrayentes para sus efectos y, lo es en cuanto a su duración, porque, aún cuando el matrimonio se extinga, no pasa lo mismo con sus efectos que se prolongan en la existencia de los hijos habidos en dicho matrimonio. -

REQUISITOS EN CUANTO A LA FORMA Y EL FONDO

Para la celebración y validez del matrimonio deben llenarse determinados requisitos que han sido clasificados para su mejor comprensión, como requisitos de forma y de fondo, los primeros son los que hacen referencia a la ritualidad forma o modo de celebrar el matrimonio y los segundos determinan las cualidades que deben reunir entre los contrayentes. -

Los requisitos de fondo a su vez son divididos en requisitos positivos y requisitos negativos, que deferran las cualidades en los contrayentes para que se pueda dar vida jurídica al matrimonio, y los negativos se refieren a circunstancias que de existir en los contrayentes impedirán la celebración válida del matrimonio. -

Así, para la celebración del matrimonio se exige la existencia física de las personas que lo han de celebrar, o sea que exista, en forma real y positiva, determinados requisitos como la diferencia de sexo, la capacidad para contraer y voluntad manifiesta, declarada de celebrarlo, y que no existan hechos impedimentos como el matrimonio válido anterior, parentesco por la línea directa o colateral de consanguinidad hasta el segundo grado. -

En cuanto a los requisitos de forma se hace distinción entre aquellos anteriores al matrimonio y los que pertenecen al tiempo de la celebración del matrimonio, o lo que es lo mismo que son coetáneos. -

En lo que hace referencia a los ya predichos requisitos anteriores al matrimonio podemos citar al aviso al juez que deben dirigirse él el hombre y la mujer que hayan decidido contraer para manifestarle verbalmente o por escrito su decisión. Aviso en el cual los pretendientes además de las cualidades y condiciones personales indicarán los nombres de sus padres y testigos según el Art. 126 del Código Civil. Cabe aquí señalar que de acuerdo con el Concordato aún vigente, ley 85 de 1.938 y la ley 54 de 1.924 quienes

sean bautizados en la Iglesia Católica Romana deben declarar haberse separado de dicha religión. -

Dentro de las formalidades legales el juez competente para la celebración del matrimonio, que lo es el juez municipal, dará aplicación al Art. 129 del Código Civil en caso de ser menor de edad los contrayentes o uno de ellos y, siguiendo las formalidades legales deberá informar a dichos contrayentes de lo dispuesto en el Art. 140 y 133 del mismo Código. -

Los llamados requisitos de forma coetáneos a la celebración del matrimonio, estos hacen referencia al funcionario que debe autorizar dicho acto y que debe presenciarlo, que debe ser el juez municipal del domicilio de la mujer según Art. 128 del Código Civil. Los contrayentes deberán expresar su voluntad ante el juez y en presencia de dos testigos y, de dicha celebración se levantará un acta de acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 135 y 137 del Código Civil. -

Por lo ya dicho que la forma del matrimonio debe ajustarse al reconocimiento por el estado, cualquiera que ella fuere. Y al efecto algunos comentaristas distinguen tres formas de matrimonios: La Religiosa, La Laica o Civil y la Opcional. La forma religiosa es determinada por la obligación y necesidad de acudir al rito religioso aceptado en el país. Forma religiosa a la cual se entiende pertenecer los habitantes de una nación por lo menos en su gran mayoría.

Es un hecho notable como en la historia de casi todos los pue

blos la religión ha influido en el régimen jurídico familiar de manera trascendente. -

Con el auge del cristianismo se impone por la Iglesia Católica y para los fieles un ordenamiento jurídico particular, ya que para nosotros los cristianos el matrimonio no es un acto simplemente civil o un acto mundano normado por la reglamentación estatal, sino un acto profundo y esencialmente religioso que debe gobernarse con éste sentir por las enseñanzas del cristianismo. Se debe pues tener en cuenta que para nosotros los cristianos el acto del matrimonio, es un acto sagrado y que solo debe ser normado por el Estado en lo que a las relaciones patrimoniales hace referencia. Las formalidades para la celebración por lo civil se deben cumplir por el aspecto únicamente señalado y para el cumplimiento de las leyes que rigen la sociedad. -

En el siglo XVI algunos teólogos franceses enseñaron la distinción entre contrato y sacramento, observando que el matrimonio es o tiene por una parte los aspectos de un contrato por el consentimiento de los conyuges y, el segundo aspecto, o sea el sacramento es una gracia o bendición. De aquí arrancó la teoría para la intervención del estado para reglamentar lo pertinente en cuanto a la celebración del matrimonio como un contrato, dejando a la Iglesia lo relacionado con el aspecto sacramental. -

Pero teóricos alemanes, en los siglos XVII y XVIII crean una gran actividad del derecho natural que desemboca en una nueva teoría

matrimonial distinta de la enseñada por la iglesia y, sostiene que el matrimonio no es un sacramento, y que es un verdadero contrato aún cuando no le quitan el aspecto religioso. Así por ejemplo para F. Ahrens

"El matrimonio, en cuanto a su esencia, es una institución ética que comprende toda las relaciones del hombre, y por consiguiente también la religión. La más alta dignidad del matrimonio reside en su naturaleza moral y religiosa, e importa mucho conservar le este carácter en la vida social. Pero la base del matrimonio es el contrato, el cual representa la salvaguardia jurídica de la libertad moral."

El mismo autor dice:

"La forma de la celebración civil no envuelve ningún ataque a la naturaleza moral y religiosa del matrimonio, y las buenas costumbres, como los verdaderos sentimientos religiosos, guiarán siempre a los esposos a certificar la forma civil del matrimonio por la celebración religiosa". -

No faltan los pensadores del derecho natural que niegan el contenido religioso del matrimonio y para los cuales esto es simplemente un contrato civil. En Francia a partir del siglo XVI se libró una verda

dera batalla entre las autoridades civil y eclesiástica, y se terminó estableciendo la diferencia entre el aspecto espiritual y el aspecto temporal en el matrimonio, dejando el elemento espiritual para la iglesia y el temporal para el estado. -

En Francia, ya en el 1. 791 se puede leer en la constitución: "La Ley considera el matrimonio unicamente como un contrato Civil". Esto fué acogido por el Código de Napoleón en el 1. 804. -

En lo que a la forma opcional hace referencia se determina por la libertad para escoger la forma que mejor convenga a los contrayentes. Y de esta manera el matrimonio civil establecido por el estado no es excluyente porque permite la coexistencia de credos religiosos diferentes y acepta que el creyente se acoja a sus creencias. Debemos aquí aclarar que esta forma puede ser lo suficientemente amplia como restringida, como ya lo dijimos, por ejemplo cuando se permite la coexistencia de diversas religiones o que solo, exista una religión principal reconocida y amparada por el estado, caso este último en el cual se puede acudir para la celebración matrimonial a la forma religiosa en defectos de la civil. -

EL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

En la historia y evolución del matrimonio en la legislación Colombiana, como ya lo dijimos, durante la colonia el matrimonio estaba normado, o regido por las mismas leyes que regían en la Península, y el matrimonio era de carácter estrictamente religioso, aspecto

que se mantuvo después de cumplida la independencia, por los legisladores de la república. -

En el año de 1.853 cuando la presidencia del General José María Obando, por disposición constitucional se separó el poder eclesiástico del civil y, por Ley de 20 de Junio del mismo año fué reconocido como únicamente válido el matrimonio civil y se aceptó el divorcio vincular por mutuo consentimiento. Los jueces civiles ordinarios fueron facultados para conocer de las controversias, incidencias e igualmente de los derechos y obligaciones resultante de la aplicación de dicha ley. -

En el año de 1.856 por ley de 8 de Abril el país vuelve a la forma opcional, aceptando como válido por disposición la referida ley todo matrimonio celebrado conforme al rito o credo religioso de los contrayentes, además del matrimonio civil que podían celebrar lícitamente todas las personas de acuerdo con las formalidades legales. -

La referida ley de 8 de Abril de 1.856 dice que como el matrimonio es un contrato, es válido cuando se celebre conforme al credo de los contrayentes siempre que estos celebrada la ceremonia religiosa se presenten ante el juez o notario de la vecindad de la mujer para que declaren que en la celebración de ese matrimonio hubo libre y mutuo consentimiento. Para contraer un nuevo matrimonio se requería la disolución del matrimonio celebrado primeramente, y esto solo tenía lugar por la muerte de uno de los conyuges; por lo cual se vino a

eliminar el divorcio por mutuo consentimiento reconocido por ley anterior. -

La separación de cuerpos o la nulidad del matrimonio podía ser decretada por las autoridades pertinentes o por la jerarquía religiosa de la denominación a la cual se acogieron los contrayentes. En consecuencia este acto producía los mismos efectos ante las autoridades civiles o religiosas. -

Siendo presidente el General Tomás Cipriano de Mosquera, cuando la constitución de 1. 863, (Constitución de Rionegro) es eliminada la forma opcional para contraer matrimonio y todos los estados fueron autorizados para legislar en asunto civil, y así algunos como Bolívar, Panamá, Cauca y Cundinamarca exigen como matrimonio válido el celebrado conforme a la ley civil. La unión dejó como obligatorio para los territorios que no estaban dentro de los límites de los estados soberanos su código civil. -

En el año de 1. 886 se realiza la unificación legislativa con la centralización política determinada por la constitución de dicho año. Los matrimonios contraídos con anterioridad conforme al rito católico tienen plena validez para los efectos civiles por disposición de la ley 56 de 1. 887 que, así restituye la forma opcional del matrimonio, sin distinción alguna en cuanto a las personas. -

La validez del vínculo católico, fué interpretado restrictivamente por algunos interpretes de la ley, quienes manifestaron que si

ese validación en realidad era retroactiva, solo a partir de la promulgación de la ley dicha, se manifestarían los efectos tanto civiles como políticos del matrimonio católico. -

Pero, en explicación promulgada por el Art. 53 de la ley 153 de 1. 837, el legislador aclara su criterio explicando con los Arts. 12 y 19 de la ley 57 diciendo:

" Los matrimonio celebrados en la República en cualquier tiempo, conforme al rito católico, se reputan legítimo, y surten, desde que se administró el sacramento, los efectos civiles y políticos que la ley señala al matrimonio, en cuanto este beneficio no afecta derechos adquiridos por actos o contratos celebrados por ambos conyugos o por uno de ellos con terceros, con arreglo a las leyes civiles que rigieron en el respectivo estado o territorio antes del 15 de Abril de 1. 837". -

Naturalmente que así el matrimonio católico que se había celebrado con anterioridad adquirió plena validez y, produjo los efectos pertinentes a partir del momento de su celebración, y todos los actos y contratos cumplidos teniendo en cuenta su validación retroactiva adquirieron firmeza legal. -

A excepción del estado de Santander, el matrimonio católico había recibido plena validez de todos los estados a partir del año de 1. 856, en que se dió pleno valor legal al matrimonio católico. -

EL CONCORDATO

De acuerdo con el concordato celebrado entre la Iglesia Católica y el Estado Colombiano, el matrimonio canónico o celebrado de acuerdo con las normas de la Iglesia Católica, produce los mismo efectos civiles que el matrimonio celebrado por la ley civil, obligaciones y derechos entre los conyuges y obligaciones y derechos entre padres e hijos, e igualmente en cuanto a la sociedad conyugal. -

En Colombia quienes profesan la Religión Católica, de acuerdo con el concordato vigente están obligados a contraer por las normas del derecho Canónico. -

Indudablemente que el Concordato firmado el 31 de Diciembre de 1.887 estableció privilegios para la Iglesia con respecto al Estado al exigir que las leyes se ajusten en diversos aspectos en su opinión, sin que tenga la obligación de someterse a ellas, con lo cual la potestad civil quedó subordinada. -

Es interesante traer a colación el pensamiento del señor Arzobispo de Hartford, Connecticut, aparecido en la publicación "Informaciones Católicas Internacionales" de Julio de 1.965:

"Hay diferencia entre la ley moral y la ley civil.

La Iglesia no puede utilizar el poder del Estado para que se conforme a sus puntos de vista en cuestiones morales". -

El legislador colombiano dispuso por la ley 30 de 1.888, sea

con anterioridad a la vigencia del Concordato: "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. -

Por lo ya visto la indisolubilidad del matrimonio civil terminaba cuando cualquiera de los conyuges celebraba un nuevo matrimonio pero para los efectos puramente civiles la ley 30 de 1. 888 en su Art. 35 dispuso que los hijos habidos en el matrimonio civil eran legítimos para los efectos civiles aún cuando el matrimonio civilmente celebrado por uno cualquiera de los conyuges. En la misma ley se dispuso que el hombre cuyo matrimonio civil había sido disuelto por un matrimonio católico posteriormente celebrado, permanecía obligado a suministrar alimentos congruos a la esposa del matrimonio civil anulado y a los hijos habidos con ella en dicho matrimonio mientras ella no se casara católicamente. -

El Concordato de 1. 888 para efectos del matrimonio señaló dos jurisdicciones, la civil para aquellas personas que no profesan la religión Católica, y la Eclesiástica, para que quienes sí profesan dicha religión puedan celebrar su matrimonio. Con la expedición de la ley 35 de 1.888 el Estado solo puede autorizar el matrimonio de quienes no pertenecen a la Iglesia Católica porque no han sido bautizados en ella o porque se hubiesen apartado de la misma. -

En cuanto al matrimonio civil de los católicos, el Estado, renunció autorizar dicho matrimonio y, solo puede señalar jurídicamente

los impedimentos para celebrarlo. También debe señalar los efectos civiles e igualmente conocer y decidir de las causas de validez o nulidad de dicho vínculo. -

El Estado ha conservado su competencia para señalar también los matrimonios celebrados por el derecho canónico, más no puede señalar impedimentos y menos decidir sobre la validez o invalidez del matrimonio canónico. -

La celebración del vínculo matrimonial por el derecho apárece en el canon 1.049:

"Solamente son válidos aquellos matrimonios que se celebren ante el Párroco, o ante el ordinario del lugar, o ante un sacerdote delegado por uno y otro, y además ante dos testigos por lo menos, según las reglas establecidas en los cánones que siguen y salvo las excepciones contenidas en los cánones 1.098 y 1.099. -

Según el Canon 1.098 el matrimonio celebrado únicamente ante dos testigos es válido en peligro de muerte. -

El concordato dice que quienes profesan la religión Católica, para que su matrimonio sea válido ante el derecho canónico y el derecho civil deben celebrarlo por el rito católico. -

Antes de la ley 54 de 1.924 los jueces civiles de la República estaban legalmente impedidos, carecían de competencia para celebrar

el matrimonio civil entre católicos, y quienes profesando la religión Católica celebraban matrimonio por la ley civil dejaban afectado de nulidad dicho vínculo, según la ley 35 de 1. 888 aprobatoria del concordato.

La Ley ante dicha, 35 de 1. 888 en su Art. 18 dispuso: respecto de matrimonios celebrados en cualquier tiempo de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento y que deban surtir efectos Civiles se admiten de preferencia como pruebas supletorias las de origen eclesiásticas. Con lo cual se atribuye jurisdicción civil al derecho canónico. -

Fue eliminada la forma opcional de matrimonio, estatuida por la ley 57 de 1. 887 y se estableció en su lugar el matrimonio de carácter religioso. Sin embargo el Art. 19 de la ley 35 de 1. 888 dispuso: "Serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los conyuges, así como las que se refieren a la validez de los esponsales. Los efectos civiles del matrimonio se regirán por el poder civil. -

Entre los citados efectos civiles de ese Art. se pueden considerar el cumplimiento entre marido y mujer, entre padres e hijos, lo relativo a la sociedad conyugal y todo lo relacionado con la validez o nulidad de las capitulaciones matrimoniales, separación de bienes, liquidación de bienes y gananciales, etc. -

El Concordato cuando dispuso que el matrimonio de Católicos para que pudiera tener efecto civiles debía cumplirse de acuerdo con

las normas de dicho concilio, hizo de éste contrato concensual un contrato solemnare siempre que pudieran cumplirse las formalidades pertinentes:

" Celebración en presencia del Parroco, ante el ordinario del lugar o ante un delegado por uno u otro y ante dos testigos", -

En consecuencia el matrimonio Civil solo estaría vigente y podía ser celebrado para quienes no pertenecieran a la Iglesia Católica. Esta situación ocasionó problemas, porque si bien, quienes profesaban la religión católica eran obligados por la ley 35 de 1. 398 a celebrar su matrimonio en la forma religiosa, dicho acto no era impuesto a quienes la habían abandonado. -

El Estado Colombiano consideró que aquellos que habían dejado la religión Católica no estaban obligados a guardar la forma canónica para la celebración del matrimonio y, fué aceptado por los funcionarios judiciales, en éste caso los jueces municipales la sola manifestación de haberse separado de la Religión Católica, hecha por los contrayentes, muy especialmente cuando no existía declaración de pertenecer o reconocer una religión distinta. En consecuencia el problema se planteaba en cuanto a la prueba suficiente que debería ofrecerse a los jueces civiles por los contrayentes que no pertenecían a la religión Católica, cuando no estaban obligados a celebrar la forma religiosa. -

Fuó pues necesario que tanto el poder Eclesiástico como el

Estado acordarán en cuanto al procedimiento para reglamentar la situación, y se vino en acuerdo de la naturaleza de la prueba de apostasía. La Santa Sede no fué acorde en cuanto a aplicar dicha prueba a quienes habiendo pertenecido a la Iglesia Católica y se apartaron de ella para celebrar otro matrimonio válido que no fuera el religioso por lo tanto y "debían atender a la dolciosa tristeza de los tiempos y para evitar mayores males", se toleraba por la Santa Sede que fuera permitido a los apóstatas celebrar el matrimonio civil, pero de ninguna manera, y por ningún motivo "El llamado matrimonio civil" se hiciera extensivo a quienes habían renegado de los votos religiosos.

La Santa Sede señaló el procedimiento a seguir tal como fué acogido por la ley 54 de 1.924: "...cuando los dos individuos que pretenden contraer matrimonio declaren que se han separado formalmente de la iglesia y de la religión católicas...", Art. 1.º ley 54 de 1.924. "la declaración se hará por escrito, por los individuos que pretenden contraer matrimonio ante el juez municipal respectivo, y se expresara en ella 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 con forme a la ley. . . "Respecto a los ordenados o religiosos no era aplicable el precepto legal antes citado: "...no hayan recibido órdenes sagradas ni sean religiosos que hayan hecho votos solemnes, los que están sometidos a las prescripciones del derecho canónico.

Por ello los jueces no podían celebrar el matrimonio de religiosos ordenados o de votos solemnes porque no pertenecían a su jurisdicción. Tampoco podía celebrar matrimonio civil un apóstata

de la iglesia catolica sin producir solemne y formal declaración de su apostacia. -

El estado entendía y así lo expresó el legislador en la ley 35 de 1.888, Art. 17, que podía celebrar el matrimonio de quienes no pertenecieran a la Iglesia Católica, y entendía profesar la religión Católica como algo personal, subjetivo, algo que hacía relación exclusivamente a la persona como Católico quien profesa esa creencia, y practica de acuerdo a las normas de la Iglesia y, no pertenecer a pesar de haber sido bautizado a aquel que no profesa los dogmas de la Iglesia por practicar otra religión o no profesar alguna. Interpretación ésta que se ajusta al ordenamiento del Código Civil que advierte: "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en esta su significación legal. -

La Iglesia con base en el Art. 17 del Concordato en armonía con el canon 1.000 del Código de Derecho Canónico insistió que: "todos los que han sido bautizados en la Iglesia Católica y todos los que se han convertido a ella de la herejía o del cisma, aunque tanto éstos como aquellos después la hayan abandonado, si es que contraen matrimonio entre sí. Estos mismos si contraen matrimonio con Católicos, están bautizados o no, aunque hayan obtenido dispensa del impedimento de mixta religión o del de disparidad de cultos". O sea que todos los bautizados aunque se hayan separado de la Iglesia y no profesen la reli-

gión católica estarían obligados a celebrar matrimonio católico, sería esta la interpretación correcta de la disposición del Concordato según la legislación Canónica y, del Art. 17 de la ley 35 de 1. 888. -

La ley 54 de 1. 924 acogió la interpretación que el estado venía sosteniendo ante la interpretación sostenida por las autoridades eclesiásticas del país: "pueden casarse en forma válida ante los jueces civiles de la República los no bautizados los que en el momento de casarse no profesan la religión Católica. Los que se hubieren separado de la Iglesia Católica deberán declarar la época en que se separaron de la misma; declaración que debe comunicarse a las autoridades eclesiásticas respectivas. -

Las personas que hubieren recibido órdenes sagradas o los religiosos que hubieren hecho votos solemnes están obligados a celebrar su matrimonio por la forma Canónica previa autorización de la Iglesia. Mas la misma ley 54 de 1. 924, conocida como ley Concha establece que el estado Colombiano no puede autorizar el matrimonio Civil de esas personas. -

El Art. 16 de la ley 57 de 1. 887, establece: "fuera de las causas de nulidad de matrimonio enumeradas en el Art. 140 del Código Civil y en el Art. 13 de esta ley, no hay otras que invaliden el contrato matrimonial. Las demás faltas que en su celebración se cometan, someterán a los culpables a las penas que el Código penal establezca. Es principio establecido en el derecho colombiano que las nulidades deben ser

expresas en la ley y, vale la pena anotar que la ley 54 de 1.924 no dió carácter de nulidad para el matrimonio civil al hecho de omitir la formal declaración de apostasía, mas sí se admite en los demás contratos de anulidades tácitas. En verdad, es actitud general de la mayoría de las legislaciones no admitir las nulidades virtuales o tácitas en lo que respecta al matrimonio y, naturalmente esto permite afirmar que al respecto solo se admiten las nulidades señaladas expresamente en el código civil. -

En el código civil dice el Art. 60. "en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley". Y, "hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes", según el Art. 1.523 del mismo código y, "hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación", Art. 1519 de igual manera hay nulidad absoluta cuando esta es producida por un objeto o causa ilícita. -

Algunos juristas han sostenido que el Art. 2o de la ley Concha dispone que la formalidad de la apostasía encarna requisito esencial para la celebración del matrimonio por lo civil, y que no es, de ninguna manera formalidad simplemente procedimental. Olvidan, cuando así piensan, que el Art. 2o de la ley Concha al exigir apostasía hace referencia al estado de las personas y que el Código Civil establece en el Art. 1741, ser nulidad absoluta la "producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriban para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecuta o acuerdan". -

El Concordato establece en su Art. 17, ratificado por la ley 54 de 1.924 que el católico es incapaz con incapacidad absoluta para contraer matrimonio Civil en tanto sea Católico o permanezca Católico y, afirma que el matrimonio Civil de quién es absolutamente incapaz no es simplemente nulo sino inexistente. Dispone que la apostasía de que habla la citada ley Concha no es solo un requisito sino algo esencial de la incapacidad misma del Católico para celebrar el matrimonio Civil. -

La ley enseña que la inexistencia jurídica del matrimonio es como si este no se hubiere celebrado. En consecuencia esta Tesis con lleva la idea que quienes han celebrado matrimonio civilmente nunca han adquirido la calidad de conyuges y que sus hijos no son legítimos. -

Pero, por lo contrario, de acuerdo con la tesis de la nulidad se considera válido el matrimonio mientras una sentencia judicial no declare lo contrario, que los casados durante la existencia de su matrimonio tuvieron la calidad de tales y que sus hijos son legítimos según el Art. 149 del Código Civil. Que además es necesario liquidar la sociedad conyugal. -

Como lo dijimos antes para la ley Colombiana no existen otras incapacidades que las expresamente determinadas por la misma ley, Art. 1.503 del Código Civil. -

No existe en la ley Colombiana, para los bautizados la incapacidad para celebrar el matrimonio por lo civil y nuestro código civil establece como regla general plena libertad de querer y obrar, con las excepciones legales. -

Aquí encontramos que se considera incapaces a los menores de 21 años por considerar que carecen de la madurez mental o Psicológica según el Art. 1504 del Código Civil que también la establece para los cor domudos, enfermos mentales etc, y no sería imposible alegar que no cabe, y con base en lo anterior enseñar una capacidad absoluta para la celebración del matrimonio Civil por los bautizados cuando ello no se relaciona con factores de orden mental. En verdad existen situacio jurídicas que determinan ciertas prohibiciones para celebrar algunos negocios; como por ejemplo en la ley 28 de 1. 932 con las enajenaciones de inmuebles entre los conyuges que se enseñan como incapacidades particulares o especiales, pero que son realmente prohibiciones. Además no está establecida incapacidad absoluta, no determina prohibición taxativa para el matrimonio civil de los católicos ni por la ley 54 de 1. 934 ni la ley 35 de 1. 888. -

TRASCENDENCIA DE LAS RELACIONES FAMILIARES:

Desde cualquier punto de vista que se mire o considere, las relaciones trascendentales dentro de la familia surgen y exigen una normación jurídica esencial del matrimonio, por ser éste de donde nacen todas las relaciones, obligaciones y derechos de los conyuges, entre sí, empezando por el significado y seguridad del principio de autoridad estipulado en la potestad marital por el Código Civil en su Art.177 que conlleva la existencia de la comunidad doméstica, de la cual se desprende la comunidad de bienes económicos o sociedad conyugal. Por las mismas razones surgen obligaciones y derechos entre padres e hijos, como la patria potestad, que dá al padre, especialmente sobre sus hijos legítimos autoridad para evitarlos y llevar la representación de ellos. -

Más debe quedar claramente entendido que existe para el hombre como para la mujer la libertad para formar una familia, que está debe ser por el matrimonio, pero que formada por co. cúbinate o unión libre no se debe eludir las responsabilidades que implican dichas relaciones en el orden familiar. -

Es la Ley que expresamente ha establecido dichas obligaciones, las cuales en ningún momento pueden depender de la voluntad de las personas que forman la familia. -

Es verdad que el derecho no constituye la familia y solo la

Organiza. En el código civil Colombiano se define el matrimonio civil y la ley establece su regulación, pero podemos afirmar que la mayor parte de los habitantes del país ignora completamente todo lo que diga la ley respecto del matrimonio civil. Y los contrayentes católicos, naturalmente, son atraídos para celebrar su matrimonio por dicho rito, siendo que pueden ser excomulgados. Pero, también aparte y con desconocimiento de las formas legales y canónicas existen y son practicadas formas como el concubinato. Aquí podemos citar el comentario del doctor Arturo Valencia Z. en el Tomo V de su Obra Derecho Civil (Derecho de Familia):

" Además de la familia legítima, cuya fuente única es el matrimonio, existe la familia natural que surge de la unión sin vínculo matrimonial, entre un hombre y una mujer que se comportan ante los demás como esposos, fenómeno por lo demás frecuente. Tanto las uniones matrimoniales como las que se forman al margen del matrimonio, suelen cumplir unos mismos fines; procreación de hijos, sustentación de estos, fidelidad de la mujer al hombre, obligación del marido de proveer a los gastos del hogar, etc". -

También enseña el Dr. Valencia que al realizarse comercio sexual sin comunidad de habitación o en forma muy transitoria, entre

un hombre y una mujer, no existe concubinato y solo hay una unión libre. -

Dada la existencia de esas uniones que pueden tener verdadera importancia para los hijos así procreados la ley debe tenerles en cuenta como una realidad social y proceder a su reglamentación. -

Ha sido el cristianismo el que más ha influido en la solución de este problema al señalar la responsabilidad de quienes así conviven y con respecto a la crianza y formación de sus hijos. -

En nuestro país el legislador ha tenido en cuenta estas realidades sociales en las leyes expedidas en el 1.887, y en las leyes reformativas 45 de 1.936 y 75 de 1.968, en cuanto al amparo de los hijos habidos en esas uniones extralegales. En cuanto a la idea dual para la organización de la sociedad, sostenida por la filosofía por los padres de la Iglesia, para la protección de los valores espirituales que se amalgaman con la misma salvación eterna, y los temporales que implican la seguridad de la paz y la justicia, estas jurisdicciones de la Iglesia y del Estado se encuentran obligadas a prestarse ayuda recíproca respetando cada una los derechos dados por Dios a la otra. -

La revolución Francesa, influyó durante el siglo pasado en las luchas partidistas, polarizando las tendencias ideológicas. Los que surgían de abajo, los del pueblo en rebelión en contra de la aristocracia criolla verdadera prolongación de la aristocracia Española, solo tenía

interés en prolongar sus privilegios y el estado de cosas existentes y, fué denominada radicalismo liberal cuya máxima expresión se dió en la constitución de 1. 863 al establecer total separación entre la Iglesia y el estado, tomando como lema la "Iglesia Libre en el Estado Libre". -

Pero esta Constitución fué criticada como atea por la corriente opuesta "La corriente conservadora". La razón fué que la citada constitución había retirado o suprimido de su preámbulo el nombre de Dios como fuente de toda autoridad, y lo había sustituido por el del "Pueblo". -

De esta manera los partidos políticos existentes delimitaron su pensamiento en lo referente al problema religioso. Pero en la constitución de 1. 886 el Estado renuncia a legislar sobre la familia y su régimen matrimonial. Esto trajo como consecuencia el coartar la libertad de los ciudadanos para contraer cierta intranquilidad que se agudizó con las luchas políticas que tomaron características de fervor religioso que ocasionaron verdadero desconcierto. -

No obstante, es necesario reconocer el efecto benéfico que tiene la religión en la sociedad por cuanto constituye para los asociados un freno en la vida social, más la religión debe alcanzar a los asociados siguiendo el noble ejemplo del Redentor: por medio del amor la persuasión el diálogo y la comprensión, para así llegar a un profundo fervor religioso. -

La rebeldía se manifiesta en donde quiera que aparece la imposición. En Colombia actualmente se ha abierto el campo para un

debate sobre reformas al matrimonio civil y, en los centros universitarios como la Javeriana se adelantó un Seminario de Derecho de Familia en el 1.970. El exprocurador General de la Nación Dr. Andrés Holguín, el destacado Canonista Leopoldo Uprimi intervinieron en la mesa redonda adelantada en 1.968 en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Sociedades Colombianas de estudios Sociedad Económica de Amigos del País y el Centro de Estudios Colombianos han adelantado magnífico diálogo al respecto pero ello no ha llegado al pueblo colombiano ni este ha proferido opinión alguna. -

En el Concilio Vaticano II se dialogó y estableció con reconocimiento la libertad religiosa y de conciencia, y por estos antecedentes podemos pensar que aquellos aspectos que controla la libertad por aplicación del Concordato están llamados a desaparecer muy pronto. -

Los más destacados e ilustres jefes de la Iglesia, y prominentes hombres públicos han manifestado su pensamiento en pro de cambios esenciales al respecto. No falta quienes se oponen a dichos cambios y empecinadamente defienden el Estado de cosas existentes y entre estos son muchos los que tienen siempre a mano una vieja frase utilizada por quienes no ven la realidad; "El País no está preparado para esos Cambios". Frase absurda desde todo punto de vista y, si nuestros abuelos se hubiesen atendido a quienes así pensaron cuando las luchas de independencia, aún seríamos colonia de la Península. -

Se debe dejar claramente establecido que por ningún motivo

se trata de suscitar problemas antireligiosos y menos de angustiar al país pues como antes lo manifestamos no son pocos los pastores de la Iglesia que ven con claridad la necesidad de estos cambios. Además destacados juristas como el Dr. Leopoldo Uprini, prominente Canongista ha manifestado que se debe establecer el matrimonio civil sin necesidad de apostasía. Y, que la Reforma del matrimonio Civil facultativo concretaría para este problema una solución acorde con el espíritu del Concilio Vaticano II que excluye por su espíritu toda clase de coacción.

Sin embargo el profesor Uprini piensa en la necesidad de aplicar esta solución jurídica del matrimonio civil facultativo, y llama la atención la poca importancia que parece dar a la realidad social vigente en el país por el crecido número de uniones libres y concubinatos.

El padre Darío Restrepo haciendo un comentario a esta situación dice en El Tiempo de Mayo 11 de 1.971:

" No se trata de un asunto que puede ser indiferente a una población. Se trata de decidir sobre aspectos tan vitales como el matrimonio en libertad o con coacción legal. Si la imagen de la Iglesia seguirá o no deformada por su dependencia o ingerencia respecto del Estado. "

También el padre Restrepo dice:

"Entre nosotros la discusión no ha desbordado el estrecho círculo de peritos convocados para estudiar el asunto, rodeado de un sigiloso silencio que solo han logrado interrumpir los periodistas. Pero una y otra vez, para sosegar la inquietud reflejada en sus preguntas, han escuchado la misma exclusiva respuesta: Es te es un problema privativo de las altas partes contratantes. Sin embargo, como expresión de que la visión conciliar comienza a ser asimilada por todos los niveles de la cristiandad, el asunto concordatario merece más que esporádicas escaramuzas y diplomáticas declaraciones". -

El padre Darío Castrillon Hoyos en comentarios de la Sociedad Económica de Amigos del País y publicados el 10. de Mayo de 1961 por el periódico El Espectador, habiendo hecho la aclaración previa que no actuaba como vocero de la Iglesia y que lo hacía en su propio nombre dijo:

"El Concordato naturalmente debe ser reformado para ponerlo de acuerdo en la nueva posición de la Iglesia asumida en el Concilio Vaticano II". . . . "El papa y los obispos Colombianos miran con respeto a quienes toman posiciones distintas de la cristiana católica para su

45547

uniones "... "El Concordato, tal como está hoy, ni impide ni regula el matrimonio civil. más aún los Obispos Colombianos en documento público oficial no se oponen a que el matrimonio civil tenga divorcio". -

El Dr. Leopoldo Uprimi se inclina por la adopción del matrimonio facultativo, y manifiesta que se podría resolver jurídicamente la situación aceptando la fórmula del tratado cumplido en Roma en el año de 1. 942 por el Dr. Darío Echandía como ministro de Colombia ante la Santa Sede que, nunca se aplicó no obstante ser aprobado por la ley 50 de 1. 942, al no cumplirse el canje de los instrumentos para la ratificación, por oposición de la jerarquía eclesiástica colombiana. En dicho tratado los católicos colombianos pueden sin verse obligados a la apostasía decidirse como a bien pudiesen escogiendo libremente entre el matrimonio civil y el matrimonio católico. -

También manifiesta el Dr. Uprimi: "Esta circunstancia demuestra el valor del régimen concordatario porque ni obligaría a la poptata de la religión católica a contraer en contra del mandato de conciencia, - como pretendieron algunos obispos antes de la ley Concha - ni obligaría al católico a contraer matrimonio civil, como sucedería en el caso del matrimonio civil obligatorio. Esto repugnaría al católico, toda vez que según dijo el Papa León XIII, el matrimonio civil del católico es un torpe y vergonzoso concubinato". -

El Dr. Andrés Olgún, se expresó en favor del matrimonio civil obligatorio igual que del divorcio vincular y manifestó "...

el concordato, por ser contrario a la constitución colombiana debe ser abolido porque de nada serviría reformarlo. -

El 28 de Febrero de 1.971 en el periódico "El Tiempo bajo el título "Concordato Sí, Concordato No", El padre Teófilo Escribano opina así:

"Al paso que marcha las conversaciones para la reforma del actual Concordato Colombiano parece que será oportuno cuando aparezca el nuevo iniciar una nueva revisión del mismo. Porque desde hace varios años se había de que el gobierno Colombiano y la Santa Sede están conversando sobre la revisión del antiquísimo documento". -

El anterior comentario que tuvo su importancia en el momento de su publicación, ya no tiene mayor vigencia puesto que recientemente en la prensa han sido publicados aparte del nuevo Concordato en estudio. -

Pero sí cabe tener en cuenta el comentario del Padre Teófilo Escribano respecto de la Ley Concha cuando dice: "Establece un complicado trámite para declarar que se ha adjurado de la religión anteriormente. Trámite que, además, dentro de una sociedad pegada a las tradiciones cristianas, constituye una obligación demasiado denigrante para la pareja". . . "son muy pocas las parejas que firman esa declaración, entre otras cosas porque muchas no quieren adjuar de

hecho. Se toman entonces uno de tres caminos: acercarse al sacramento del matrimonio, para cumplir externamente con un formulario legal y jurídico; realizar el contrato matrimonial civil en un país extranjero; unirse de hecho, al margen de las normas legales".

"Con esto sucede que la Iglesia ofrece el sacramento a quienes quieren realizar su matrimonio. Lo exige a sus fieles. Y el estado, convertido en su verdadero brazo secular, obliga bajo severas sanciones al cumplimiento de los deberes religiosos". -

Continúa el padre Teófilo Escribano de esta manera: "...

El primer artículo del Concordato es ambiguo. Afirma: "La religión Católica Apostólica y Romana es la de Colombia; los poderes públicos la reconocen como elemento esencial del orden social. -

"Si esto es apenas el reconocimiento de un hecho sociológico no tiene necesidad de cometerse a un acuerdo, cuando más dará motivo de éste. Si algo que oficialmente se tiene por influyente en la marcha del Estado Colombiano, puede atentar contra la libertad psicológica de quienes no sean católicos: porque un ser no puede existir sin sus notas esenciales. Siendo la religión Católica "elemento esencial del orden social", cualquier intento, así sea pacífico, de socavarla se constituiría en crimen social. -

En cuanto a la ley Concha, no solo los juristas connotados han pedido su inconstitucionalidad. Con base en el Art. 214 de la Constitución, un estudiante de la Universidad Javeriana, instauró demanda por inconstitucionalidad. -

En su pretensión, el estudiante Pablo Jaramillo Salazar que así se llama el demandante, alega que la citada Ley Concha, (n.º 54 de 1.924) viola seis normas de la constitución:

Art. 53 inciso 1o, que a la letra dice: "El Estado garantiza la libertad de conciencia". -

Art. 53 inciso 2o, que a la letra dice: "Nadie será obligado a observar prácticas contrarias a su conciencia". -

Art. 53 inciso 4o, que da a la rama ejecutiva las facultades necesarias para llevar acabo con la Santa Sede los acuerdos o convenios necesarios para regular las relaciones entre las dos potestades (El Estado y la Iglesia). -

Art. 73 numeral 2, que prohíbe al Congreso su intervención en asuntos que son privativos de otras ramas del poder público. -

Art. 76 numeral 16, que establece que en materia de convenio o tratados internacionales que el gobierno celebre, solo corresponde al Congreso aprobar o improbar nunca modificar. -

Art. 120 numeral 20 que otorga al Ejecutivo y no al Congreso, la facultad de dirigir las relaciones internacionales, celebrar tratados concordatos y modificarlos de acuerdo con las normas del Derecho Internacional. -

En su explicación el señor Jaramillo Salazar dice:

"Antes del Concordato existía en Colombia un matrimonio civil claramente establecido a la par que el contrato canónico, ambos con efectos civiles y pudiendo los Católicos acogerse a cualquiera de los dos.

El Art. 17 del Concordato estableció el deber que tienen "todos" los que profesan la religión Católica, entendiéndose por católicos a los simplemente bautizados de contraer matrimonio de conformidad con el rito católico, terminando así prácticamente con el antiguo matrimonio civil. Presentando entonces el problema de los que al decir no profesar la religión Católica habiendo sido bautizado por ella, no podían celebrar un matrimonio civil, se causó una tremenda conmoción en la práctica judicial ya que algunos jueces admitían a dicho acto a los católicos que decían no pertenecer a esa religión, a pesar que el Art. 17 del Concordato lo prohibía". -

Sin embargo, para ese fin de dejar sin vigencia dicha norma concordataria debía haberse modificado el concordato según los procedimientos establecidos por la Constitución y el Derecho Internacional y no mediante una ley. -

La tantas veces citada Ley Concha que modifica el Concordato, un tratado internacional, viola lógicamente la constitución porque esta establece según su Art. 120 numeral 2º otro procedimiento para estos actos. -

Dice la constitución nacional al garantizar la libertad de conciencia: "Nadie será obligado a observar prácticas contrarias a las suyas". -

mas", (Art. 53). -

Monseñor Alonso Ortega Yepes, Obispo de Iplales, en Narifio opina así:

"La Ley Concha, la más mala que se conoce en nuestra legislación civil vigente y la que más abiertamente contradice el espíritu netamente católico del pueblo colombiano", -

De acuerdo con lo anteriormente expuesto las mas altas autoridades jurídicas y eclesiásticas rechazan los procedimientos de la Ley Concha, que parece haber contribuido muy eficazmente a los amañebamientos y disolución de la unidad familiar porque muchos se han visto obligados, al no haberse a la apostasia, a optar por el concubinato. -

Es pues no solamente una ley que contraría la constitución, sino las costumbres cristianas. Y la Procuraduría General de la Nación, siendo que la Corte Suprema de Justicia ha negado tener competencia para conocer de la Inconstitucionalidad de las leyes que apueban tratados internacionales, ha manifestado que la Corte si es competente para proferir una decisión de fondo sobre la inconstitucionalidad de tales leyes. Y así lo sostuvo el Dr. Mario Aramburo Restrepo, Procurador General de la Nación:

"Evidente, expresó el Procurador Aramburo, como lo afirma el demandante, que la ley 54 de 1.924 no es aprobatoria de un tratado o convenio internacional y, en consecuencia, la Corte Suprema de Justicia es competente para asumir el conocimiento de la acusación de inconstitucionalidad de acuerdo con la doctrina que la misma entidad

ha venido costeniendo. Pero aún en el supuesto de que la ley 54 de 1.924 lleve implícita la aprobación de un convenio internacional e la Procuraduría conceptua que la Corte Suprema de Justicia tiene competencia para pronunciarse sobre la alegada inexecutableidad. -

Fuó así como cambiando su doctrina, con la noble dignidad que corresponde a Magistrados de tan alto tribunal la Corte decidió en pleno abocando dicho estudio, y con la intervencion de todos los magistrados, dió a conocer su nuevo criterio con los siguientes argumentos jurídicos:

"La Ley 54 de 1.924 refleja un convenio del gobierno con la Santa Sede ajustado por medio de un intercambio de notas reproducido textualmente por dicha ley y conforme los principios de la negociación hasta su remate, el procedimiento constitucional que precede acompaña y termina esta clase de actos. Procediendo el gobierno así de una forma constitucional a la adopción de una disposición legislativa a cuyo tenor se fijó de antemano. -

"No viola la libertad de conciencia por dos razones: 1o. La Ley no obliga a portatar sino que reconoce la situación especial de los apostatas; 2o. No se forza a nadie a realizar ningún acto inspirado en una fe que no profesa". -

En consecuencia la Corte declaró executable, o constitucional, la Ley Concha y naturalmente este fallo tiene fuerza de cosa juzgada y obliga a su obediencia. -

Como quiera que el Concordato entre Colombia y la Iglesia

Católica fué aprobado en el año de 1. 888, se puede afirmar que todas sus normas habían quedado fuera de la Constitución. Y así, el año de 1. 931 el Dr. Alfonso Icasa presentó ante la Corte demanda contra la Ley 35 de 1. 888 por la cual había sido aprobado el Concordato. -

En su demanda el Dr. Icasa hace un recuento de la Doctrina anterior, por la cual la Corte se declara incompetente para conocer en esta clase de negocios. La querrela del Dr. Icasa fué admitida en Junio de 1. 971 y la Corte, por escaso margen de votación el 10 de Agosto del mismo año ser incompetente para decidir si el Concordato con la Santa Sede es Constitucional o inconstitucional. -

Estamos pues en presencia de un regreso, de parte de la Corte por la cual sostenía carecer de jurisdicción Constitucional para conocer de leyes o decretos que aprueban pactos internacionales. Y decidió que debería darlo traslado al Presidente de la República en atención al numeral 20 del Art. 120 de la Constitución Nacional. -

En su mensaje de 29 de Julio de 1. 971 dirigido al Congreso, el Presidente Pantrana anunció las conversaciones que se estaban adelantando con la Santa Sede para la reforma del Concordato, ya que la misma Iglesia ha manifestado verdadero interés para abrir el camino de la reforma concordatoria que el país necesita, no solo por la modificaciones y cambios que en el aspecto jurídico han tenido lugar, sino porque este ha sido el espíritu de animo concretado en las conclusiones del Concilio Vaticano Segundo.

Es cierto que también la jerarquía eclesiástica se encuentra inclinada a favor de la revisión y reforma del Concordato pero no de su abolición. Así se desprende del documento emanado del Episcopado y publicado en Septiembre de 1.971 en el diario El Espectador en donde se lee....

"...El carácter religioso del matrimonio es para los católicos un principio de fe. No existe para ellos un matrimonio que no sea ante Dios, ante la Iglesia y ante sus propias conciencias solo tiene la condición de espóso reales y legítimos cuando el matrimonio cumple los requisitos de la validez sacramental". -

"Por consiguiente, la libertad religiosa exige que se reconozcan los efectos civiles al matrimonio -sacramento de los católicos imponerles un doble matrimonio el sacramental y el civil sería un contra sentido, además de un desconocimiento de la potestad espiritual de la Iglesia y una contradicción al principio de la libertad religiosa". -

La Iglesia rechaza el divorcio vincular igual se muestra también en lo referente al matrimonio civil obligatorio. -

Sin embargo debemos reconocer que la Iglesia en estos últimos tiempos está dando muestras de profunda transformación, lo cual se aprecia en su manifestación por renovarse si bien lentamente, por encontrarse en una sociedad en crisis como la moderna que se agita en medio de increíbles problemas que le exigen nuevas y peren-

torias soluciones. La iglesia no quiere apartarse, equivocadamente de su tradición y de su doctrina, y quiere ofrecer su solución en contexto de las mismas. Por ello no se puede precipitar en atención a contradicciones o diferencias de tipo intelectual y, con respecto al matrimonio y al divorcio es necesario entender que no trata de un asunto considerado exclusivamente eclesiástico, sino para su estudio deben tenerse en cuenta los profundos conflictos humanos. Además hechos de esta clase conllevan verdadero interés público si lo vemos a través de la doctrina que nos enseña la permanencia de la iglesia en la tierra, y no simplemente como algo temporal. -

Naturalmente que con el espíritu que anima a la iglesia se puede garantizar que todos estos problemas, aun cuando den lugar a muchas discusiones de tipo intelectual, encontrarán su solución por la acción progresista de la iglesia y el buen interés del Estado. -

En cuanto al divorcio, esto plantea nada insoluble, pues solo implicaría el reconocimiento por el Estado y la sociedad de una situación de hecho que parece abarcar una gran parte de todos los Estamentos sociales. La separación se impone siempre cuando los conyuges no se soportan el uno al otro, cualquiera que fuere el motivo que los distancia y llegan incluso a odiarse aún viviendo bajo el mismo techo. -

El Dr. Alberto Suarez Franco, profesor de la Universidad Javeriana en su obra *Derecho de Familia*, refiriéndose a la posibilidad de establecer el divorcio vincular en Colombia: "Han curcado en nuestras

cámaras numerosos proyectos de ley con los que se pretende institucionalizar el divorcio vincular. En la actualidad duermen en los archivos del Congreso varios proyectos creadores del divorcio vincular que no han prosperado. Nosotros creemos que una simple ley no es el medio legalmente idóneo para establecer el divorcio vincular". -

"En razón de principio constitucional todos los Colombianos son iguales ante el Derecho; no pueden crearse normas que sancionen diferencias entre los nacionales por razón de su credo religioso; no podría concederse el Derecho a divorcio de los Colombianos no católicos negandoselo a los Católicos. Por tal motivo, la vía más acorde con nuestra actual estructuración legislativa para introducir el divorcio tendría que encaminarse previamente a lograr la reforma del Concordato en el sentido de que el régimen matrimonial sea de resorte del Estado, para luego al instaurar el divorcio vincular mediante una ley de lo contrario, podría llegar a comprometer a la Constitucionalidad de la ley". -

CONCLUSION

Mientras ^{no} se busque con espíritu cristiano la solución de tan doloroso problema tan social y humano como el hombre mismo, la pareja separada pero no realmente independiente, buscarán y encontrarán de alguna manera la realización de sus necesidades de amor y de hogar, y bajo el impulso de estas necesidades se dejarán arrastrar a la iligitimidad, destruyendo así los verdaderos fines a que Dios detij

nó la pareja humana. -

Como cristianos reconocemos que el divorcio representa una solución de emergencia, lamentable en verdad y que tiene su origen en el egoísmo humano como lo enseña nuestro Señor Jesucristo cuando respondió a la pregunta sobre el divorcio como aparece en la Biblia Evangelio de San Marcos Capítulo Décimo del Versículo 2 al 12:

"Y se le acercaron los fariseos y le preguntaron ,
para tentarle, si era lícito al marido repudiar a su
mujer.

El, respondiendo, les dijo: Que os mandó Moisés?
ellos dijeron: Moises permitió dar carta de divorcio
y repudiarla. -

Y respondiendo Jesús, les dijo: por la dureza de vuestro
corazón os escribió este mandamiento;
pero al principio de la creación varón y hembra los hizo
Dios.

Por esto dejará el hombre a su padre y a su madre,
y se unirá a su mujer,
y los dos serán una sola carne; así que no son ya más
dos sino uno.

Por tanto, lo que Dios juntó, no lo separe el hombre.

En casa volvieron los discípulos a preguntarle de lo mismo,
y les dijo: cualquiera que repudie a su mujer y se casa
con otra comete adulterio contra ella;
y si la mujer repudia a su marido y se casa con otro,

comete adulterio". -

Pero no sería prudente, además, reconocer que el divorcio conlleva una secuela de problemas indudablemente tan graves como delicados, especialmente para con los hijos. Igual que en algunas circunstancias podría convertirse en causa de disolución para la familia, porque amenaza el amor como base protectora de la familia. Y la secuela de faltas e irresponsabilidades que pudieran presentarse, deberán ser objeto de muy severo y detenido estudio, más si se tiene en cuenta que en los tiempos que corren, la familia como institución se encuentra amenazada por cambios inesperados que amenazan destruirla. La verdad es que no podemos perder de vista esta amenaza que se cierne sobre el mundo como una catástrofe social que quisiera destruir los valores éticos desquiciando el verdadero pilar de la sociedad como lo es la familia, unidad la más pequeña pero también la más antigua. -

Inclusive los mismos hechos demográficos son tomados actualmente como una razón de problema, y como fenómeno que se debe tener en cuenta para determinar el número de miembros o hijos de la misma. -

La verdad es que hoy por la prominencia de los hechos económicos, el número de matrimonios es cada vez menor. La sociedad parece dominada por una mentalidad que vive en trance, a la búsqueda de seguridad temporal y con muchas las parejas que desearían formar su hogar pero se abstienen de ello, pensando en la necesidad de

proveer anticipadamente a su seguridad económica. -

Destacados juristas han manifestado su pensamiento contra la idea de una familia estrictamente individualista y se manifiestan en favor de entender la familia como una persona jurídica, capaz de ser sujetos de derechos. Sin que ello implique el conocimiento de los derechos que pertenecen de modo especial a cada uno de sus miembros en particular. -

De convertirse en realidad éste criterio jurídico respecto de la familia, esta no solamente debería tener sus propios órganos de actuación sino también derechos de orden extra patrimonial como la patria potestad, etc. Y tendría intereses particulares, diferentes de los de sus miembros, jurídicamente definidos. -

De todas maneras, tenemos que reconocer que no es posible ocultar la situación que se plantea en el sentido social por las uniones ilegítimas, y por los matrimonios mal avenidos por diferencias graves que se hacen terriblemente peligrosas por la combra de la infidelidad.

Tampoco nos es posible negar las consecuencias que estas tristes situaciones implican no solo para la paz, la vida moral del hogar, sino también para la vida espiritual presente y futura de los hijos, porque en tales circunstancias son los mismos progenitores quienes se convierten en verdadera piedra de tropiezo. -

Esta delicada situación debe estudiarse con un claro sentido de lo que es el hogar, del fuero íntimo que conlleva su existencia y que necesita como base firme, más en los tiempos actuales, de una caracterizada defensa de su unidad, de la autoridad paterna y de una emocionada abundancia de amor que se derrame, que se desborde especialmente de los corazones paternos como una fuente inagotable que se alimente en la preeminencia y presencia de Cristo como guía y mentor de la eterna pareja humana creada por el amor divino.-

BIBLIOGRAFIA

PAVAN P. - PUCCINELLI M. - CAPORELLO E.

El Hombre y la Sociedad-La Sociedad Familiar, Argentina, Ediciones Paulinas, 1.960. -

BELLUECIO, Augusto Cesar.

Noc onos de Derecho de Familia, Argentina, Ed. OMEBA, 1.967

VALENCIA ZEA, Arturo.

DERECHO CIVIL, Derecho de Familia, Bogotá, Ed. Temis, 1.970

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel

Derecho de Familia, Chile, Ed. Nascimento, 1.963. -

SUAREZ FRANCO, Roberto.

Derecho de Familia, Bogotá, Ed. Temis, 1.971

WACH, Joachim.

Sociología de la Religión? Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1.946

CASO Antonio.

Sociología, Mexico, Editorial Limusa Wiley, S. A. 1.964

ENGELS, Federico.

El Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado, Argentina, Ed. Claridad, Cuarta Edición. - 301.42 534

La Santa Biblia. -

I N D I C E

- I.. LA FAMILIA..... 1
 - A. Or gen 2
 - 1. El Matr arcado..... 2
 - 2. Teor.a Patriarcal..... 3
 - 3. La Evo uc on Hi torica,..... 4
 - B. La Organ zacion..... 4
 - 1. Importancia focial..... 6
 - 2. La Soc edad y el Hombre..... 7
 - 3. El Lenguaje..... 9
 - C. La Concepc on Cri tiana..... 10
 - Lo Afectos..... 11
 - D. Su Naturaleza..... 12
- II. ASPECTOS JURIDICOS..... 12
 - A. Concepto 12
 - Fam lia Legitima e Ilegitima..... 13
 - B. El Matrimonio..... 18
 - C. El Cr tianismo..... 21
 - D. Ant guo Derecho E paol..... 22
 - E. El Concepto Moderno..... 23
- III. BASES DE LA FAMILIA..... 24
 - Fuentes..... 20

EL MATRIMONIO Y EL DERECHO.....	39
A. Concepto del Matrimonio.....	41
B. La Naturaleza Jurídica.....	42
C. El Matrimonio es una Institución.....	46
D. Requisitos en Cuanto a la Forma y el Fondo.....	48
E. El Matrimonio en la Legislación Colombiana.....	51
V. El Concordato.....	55
VI. TRASCENDENCIA DE LA RELACIONES FAMILIARES.....	68
VII. CONCLUSION.....	82

EL MATRIMONIO Y EL DERECHO..... 35

A. Concepto del Matrimonio..... 36

B. La Naturaleza Jurídica..... 37

C. El Matrimonio e una Institución..... 40

D. Requisitos en Cuanto a la Forma y el Fondo..... 40

E. El Matrimonio en la Legislación Colombiana..... 45

V. El Concordato..... 47

VI. TRASCENDENCIA DE LA RELACIONE FAMILIARE..... 53

VII. CONCLUSION..... 73