

**MONOGRAFÍA DE GRADO**  
**ASPECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO Y DE LA UNIÓN**  
**MARITAL DE HECHO (ANÁLISIS CRÍTICO)**

**VIVIAN PAOLA BARCO ACOSTA**

**LENIN ALEJANDRO RODRÍGUEZ CRUZ**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**CHÍA**

**ENERO DE 2003**

**MONOGRAFÍA DE GRADO**  
**ASPECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO Y DE LA UNIÓN**  
**MARITAL DE HECHO (ANÁLISIS CRÍTICO)**

**VIVIAN PAOLA BARCO ACOSTA**  
**LENIN ALEJANDRO RODRÍGUEZ CRUZ**

**Director**

**ROBERTO SUÁREZ FRANCO**

**Abogado. Ex consejero de Estado. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana. Profesor titulado y distinguido en la misma Universidad. Ex profesor de las Universidades de los Andes y Sergio Arboleda. Profesor de las Universidades Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y de La Sabana.**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**CHÍA**

**ENERO DE 2003**

## **DEDICATORIA**

Queremos dedicar este trabajo a nuestras familias  
y especialmente a nuestras madres, quienes con  
su esfuerzo y dedicación hicieron posible nuestro crecimiento  
personal y permitieron que este momento llegara a nuestras vidas.

## **AGRADECIMIENTOS**

Queremos agradecer de manera especial a:

Doctor Roberto Suárez Franco, Maestro y Director de la Investigación,  
por sus valiosas enseñanzas en el estudio del Derecho y en la orientación  
de esta Monografía.

Doctor Eduardo Devis-Morales, de quien aprendimos con su ejemplo a lo  
largo del tiempo que compartimos con él como maestro, docente y amigo;  
muchas cosas valiosas, pero primordialmente dos enseñanzas de vida:  
que la calidad humana y la sencillez son primordiales en el trato con los  
demás y a ser éticos profesionales al servicio de la verdad y la justicia.

A todos nuestros docentes que compartieron con nosotros a lo largo de  
esta etapa de crecimiento personal e intelectual y quienes nos instruyeron  
en la ciencia del Derecho.

## **ADVERTENCIA**

El contenido de este trabajo es de responsabilidad exclusiva de los autores, la Facultad de Derecho, vela porque éste sea válido y acorde con el nivel profesional exigido a sus estudiantes.

## TABLA DE CONTENIDO

**Págs.**

### **RESUMEN**

**ABSTRACT**

xii

### **INTRODUCCIÓN**

<b>1. LA FAMILIA</b>	<b>6</b>
<b>1. 1. ¿QUÉ ES LA FAMILIA?</b>	<b>6</b>
1. 1. 1. Etimología.	6
1. 1. 2. Nociones.	6
1. 1. 2. 1. Sentido amplio.	7
1. 1. 2. 2. Sentido restringido o estricto.	7
1. 1. 2. 3. Sentido intermedio.	7
1. 1. 3. Definición de Familia.	7
<b>1. 2. IMPORTANCIA DE LA FAMILIA</b>	<b>7</b>
1. 2. 1. Importancia de la Familia en la Persona.	8
1. 2. 1. 1. La transmisión de la vida.	
1. 2. 1. 2. La transmisión y enseñanza de los valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos.	9

1. 2. 2. Importancia de la Familia en la Sociedad.	10
<b>1. 3. CLASES DE FAMILIA</b>	<b>12</b>
1. 3. 1. Según su Evolución.	12
1. 3. 1. 1. La Familia agnaticia.	12
1. 3. 1. 2. La Familia cognaticia.	12
1. 3. 1. 3. La Familia nuclear.	12
1. 3. 2. Según el Vínculo que la Constituye.	13
1. 3. 2. 1. Familia legítima o matrimonial.	13
1. 3. 2. 2. Familia extramatrimonial o Familia de hecho.	14
1. 3. 2. 3. Familia adoptiva.	14
<b>1. 4. LA FAMILIA EN EL DERECHO</b>	<b>14</b>
1. 4. 1. Naturaleza Jurídica de la Familia.	14
1. 4. 1. 1. Teoría de la Familia como persona jurídica.	15
1. 4. 1. 2. Teoría de la Familia como organismo jurídico.	15
1. 4. 1. 3. Teoría de la Familia como institución.	16
1. 4. 2. La Familia en la Constitución Política de Colombia.	17
1. 4. 3. La Familia en la Legislación Colombiana.	23
1. 4. 3. 1. Clasificación del Derecho y ubicación del Derecho de Familia	24
1. 4. 3. 1. 1. Derecho objetivo.	24
1. 4. 3. 1. 1. 1. Definición.	24
1. 4. 3. 1. 1. 2. Clasificación.	24
1. 4. 3. 1. 2. Derecho subjetivo.	26

1. 4. 3. 1. 2. 1. Definición.	26
1. 4. 3. 1. 2. 2. Características.	26
1. 4. 3. 1. 2. 3. Clasificación.	27
1. 4. 3. 2. El Derecho de Familia en el Código Civil y Legislación Complementaria.	30
<b>2. EL MATRIMONIO</b>	<b>34</b>
<b>2. 1. QUÉ ES EL MATRIMONIO</b>	<b>34</b>
2. 1. 1. Etimología.	34
2. 1. 2. Nociones.	34
2. 1. 3. Definición.	35
2. 1. 3. 1. El Matrimonio es una institución natural.	36
2. 1. 3. 2. La esencia del Matrimonio estriba en la unión jurídica de las naturalezas	37
2. 1. 3. 3. La comunidad de vida.	40
2. 1. 3. 4. El amor conyugal.	41
<b>2. 2. PACTO CONYUGAL Y CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL</b>	<b>43</b>
<b>2. 3. PROPIEDADES ESENCIALES DEL MATRIMONIO</b>	<b>46</b>
2. 3. 1. La Unidad.	47
2. 3. 2. La Indisolubilidad.	48
<b>2. 4. FINES DEL MATRIMONIO</b>	<b>48</b>
2. 4. 1. Bien de los Cónyuges.	48
2. 4. 2. Transmisión de la Vida y Educación de los Hijos.	49

<b>2. 5. EL MATRIMONIO EN EL DERECHO</b>	49
2. 5. 1. Naturaleza Jurídica del Matrimonio.	50
2. 5. 1. 1. El Matrimonio como contrato.	50
2. 5. 1. 2. El Matrimonio como institución.	52
2. 5. 1. 3. Teoría acogida por el Derecho Civil Colombiano.	53
2. 5. 2. Formas de Matrimonio.	53
2. 5. 2. 1. Matrimonio Religioso no Católico.	53
2. 5. 2. 2. Matrimonio Canónico.	55
2. 5. 2. 3. Matrimonio Civil.	63
2. 5. 3. Requisitos de Existencia y Validez y Requisitos Formales del Matrimonio.	64
2. 5. 3. 1. Matrimonio Canónico.	64
2. 5. 3. 1. 1. Requisitos de existencia.	65
2. 5. 3. 1. 1. 1. La diferencia de sexos.	65
2. 5. 3. 1. 1. 2. El consentimiento.	65
2. 5. 3. 1. 1. 3. Cumplimiento de las solemnidades.	65
2. 5. 3. 1. 2. Requisitos de validez.	66
2. 5. 3. 1. 2. 1. Consentimiento libre de vicios.	66
2. 5. 3. 1. 2. 1. 1. La ignorancia.	67
2. 5. 3. 1. 2. 1. 2. El error.	67
2. 5. 3. 1. 2. 1. 3. El dolo.	68
2. 5. 3. 1. 2. 1. 4. La violencia o miedo grave.	68
2. 5. 3. 1. 2. 2. El consentimiento simulado	69

2. 5. 3. 1. 2. 3. Capacidad.	70
2. 5. 3. 1. 2. 4. Ausencia de impedimentos dirimentes entre los contrayentes.	72
2. 5. 3. 1. 2. 4. 1. La dispensa.	72
2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. Clasificación de los impedimentos.	73
2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 1. Impedimento de edad.	73
2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 2. Impedimento de impotencia.	74
2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 3. Impedimento de vínculo o ligamen.	75
2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 4. Impedimento de disparidad de cultos.	75
2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 5. Impedimentos de orden y votos solemnes.	76
2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 6. Impedimento de rapto.	77
2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 7. Impedimento de crimen.	77
2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 8. Impedimento de parentesco.	78
2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 9. Impedimento de pública honestidad.	79
2. 5. 3. 1. 2. 4. Cumplimiento de las formalidades.	79
2. 2. 5. 3. 2. Matrimonio Civil.	80
2. 5. 3. 2. 1. Requisitos de existencia.	81
2. 5. 3. 2. 1. 1. La diferencia de sexos.	82
2. 5. 3. 2. 1. 2. Consentimiento.	82
2. 5. 3. 2. 1. 3. Cumplimiento de formalidades esenciales.	82
2. 5. 3. 2. 2. Requisitos de validez.	83
2. 5. 3. 2. 2. 1. Requisitos generales del Matrimonio.	83
2. 5. 3. 2. 2. 1. 1. Capacidad.	83

2. 5. 3. 2. 2. 1. 2. Consentimiento libre de vicios	84
2. 5. 3. 2. 2. 1. 2. 1. El error.	85
2. 5. 3. 2. 2. 1. 2. 2. La fuerza.	85
2. 5. 3. 2. 2. 1. 2. 3. Objeto Ilícito.	87
2. 5. 3. 2. 2. 1. 2. 4. Causa Ilícita.	87
2. 5. 3. 2. 2. 2. Requisitos especiales del Matrimonio.	87
2. 5. 3. 2. 2. 2. 1. Existencia de un Matrimonio anterior no disuelto.	87
2. 5. 3. 2. 2. 2. 2. El parentesco en grado prohibido.	87
2. 5. 3. 2. 2. 2. 3. Conyugicidio.	88
2. 5. 3. 2. 2. 2. 4. Rapto.	88
2. 5. 3. 2. 2. 2. 5. Caso de segundas nupcias.	89
2. 5. 3. 2. 3. Requisitos formales.	90
2. 5. 3. 2. 3. 1. Celebración de Matrimonio Civil ante juez.	90
2. 5. 3. 2. 3. 2. Celebración de Matrimonio Civil ante notario.	93
2. 5. 4. Inexistencia e Invalidez del Matrimonio.	95
2. 5. 4. 1. Inexistencia e invalidez en el Matrimonio Canónico.	95
2. 5. 4. 1. 1. Inexistencia.	95
2. 5. 4. 1. 2. Invalidez.	95
2. 5. 4. 1. 2. 1. Matrimonio atentado.	95
2. 5. 4. 1. 2. 2. Matrimonio putativo.	95
2. 5. 4. 1. 2. 3. Matrimonio nulo.	95
2. 5. 4. 2. Inexistencia e invalidez en el Matrimonio Civil.	97
2. 5. 4. 2. 1. Inexistencia.	97

2. 5. 4. 2. 2. Invalidez.	97
2. 5. 4. 2. 2. 1. Nulidad.	97
2. 5. 4. 2. 2. 1. 1. Clasificación de las nulidades en el Matrimonio Civil.	98
2. 5. 4. 2. 2. 1. 1. 1. Nulidades absolutas.	98
2. 5. 4. 2. 2. 1. 1. 2. Nulidades relativas.	98
2. 5. 4. 2. 2. 1. 2. Efectos de la nulidad en el Matrimonio Civil.	99
2. 5. 5. Los Efectos del Matrimonio.	100
2. 5. 5. 1. Efectos Personales del Matrimonio.	100
2. 5. 5. 1. 1. Obligaciones y derechos entre los cónyuges.	104
2. 5. 5. 1. 1. 1. Cohabitación.	104
2. 5. 5. 1. 1. 2. Fidelidad.	104
2. 5. 5. 1. 1. 3. Socorro.	104
2. 5. 5. 1. 1. 4. Ayuda.	105
2. 5. 5. 2. La cesación de efectos civiles en el Matrimonio Canónico.	105
2. 5. 6. Disolución del Matrimonio.	106
2. 5. 6. 1. Casos especiales de disolución en el Matrimonio Canónico.	106
2. 5. 6. 2. Disolución del Matrimonio Civil.	108
2. 5. 6. 2. 1. Muerte real o presunta de uno de los cónyuges.	109
2. 5. 6. 2. 2. Divorcio.	109
2. 5. 6. 2. 2. 1. Causales del divorcio.	110
2. 5. 6. 2. 2. 2. Efectos del divorcio.	111
2. 5. 7. Separación de cuerpos.	112

<b>3. UNIÓN MARITAL DE HECHO</b>	113
<b>3.1. ORIGENES</b>	113
3. 1. 1. Concubinato.	113
3. 1. 1. 1. Características del concubinato.	113
3. 1. 2. Amancebamiento.	114
<b>3. 2. ANTECEDENTES DE LA LEY 54 DE 1990</b>	114
<b>3. 3. NOCIÓN</b>	117
3. 3. 1. Análisis de la Definición de la Ley 54 de 1990.	117
3. 3. 1. 1. A partir de la vigencia de la presente ley.	118
3. 3. 1. 2. Y para todos los efectos civiles.	118
3. 3. 1. 3. Se denomina Unión Marital de Hecho.	118
3. 3. 1. 4. La formada entre un hombre y una mujer.	119
3. 3. 1. 5. Que sin estar casados.	119
3. 3. 1. 6. Hacen una comunidad de vida permanente y singular.	121
3. 3. 2. Nociones Doctrinales.	123
3. 3. 2. 1. Pedro Lafont Pianetta.	123
3. 3. 2. 2. Gustavo A. Bussert.	123
3. 3. 2. 3. Aroldo Quiroz Monsalve.	123
<b>3.4. CARACTERÍSTICAS DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO</b>	123
<b>3.5. NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO</b>	
<b>214</b>	
3. 5. 1. La Unión Marital de Hecho Entendida como un Hecho Jurídico.	124

3. 5. 2. La Unión Marital de Hecho Entendida como un Acto Jurídico.	125
<b>3. 6. REQUISITOS DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO COMO ACTO JURÍDICO</b>	126
3. 6. 1. Requisitos de Existencia.	126
3. 6. 2. Requisitos de Validez.	126
3. 6. 2. 1. Capacidad.	126
3. 6. 2. 2. Consentimiento.	127
3. 6. 2. 3. Objeto lícito.	127
3. 6. 2. 4. Causa lícita.	127
3. 6. 3. Requisitos formales.	128
<b>3.7. EFECTOS DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO</b>	128
<b>3.8. ESTADO CIVIL Y UNIÓN MARITAL DE HECHO</b>	133
<b>3.9. DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO</b>	134
<b>4. ANÁLISIS COMPARATIVO DEL MATRIMONIO Y LA UNIÓN MARITAL DE HECHO EN SUS ASPECTOS PERSONALES</b>	135
<b>4. 1. EN CUANTO A SU NATURALEZA JURÍDICA</b>	135
4. 1. 1. El Matrimonio como Realidad Natural y la Unión Marital de Hecho como Realidad Positiva.	135
4. 1. 2. El Matrimonio como Institución Jurídica y la Unión Marital de Hecho como Acto Jurídico.	136

<b>4. 2. EN CUANTO A SU CONSTITUCIÓN</b>	137
4. 2. 1. CAUSA EFICIENTE: CONSENTIMIENTO.	137
4. 2. 1. 1. El consentimiento matrimonial encaminado a la entrega y aceptación mutua y la Unión Marital de Hecho como voluntad encaminada a la producción de efectos jurídicos patrimoniales.	137
4. 2. 2. CAUSA MATERIAL: UN HOMBRE Y UNA MUJER.	137
4. 2. 2. 1. Concepción de impedimentos en el Matrimonio y ausencia de estos en la Unión Marital de Hecho.	137
<b>4.3. EN CUANTO A LOS REQUISITOS DE SU CONFORMACIÓN</b>	138
4. 3. 1. CAUSA FORMAL: REQUISITOS FORMALES.	138
4. 3. 1. 1. Previstos en el Matrimonio y ausentes en la Unión Marital de Hecho.	138
<b>4. 4. EN CUANTO A SUS EFECTOS</b>	139
4. 4. 1. CAUSA FINAL: EFECTOS PERSONALES.	139
4. 4. 1. 1. El Matrimonio genera derechos y obligaciones entre cónyuges contrario sensu a la Unión Marital de Hecho.	139
<b>4. 5. EN CUANTO A SU DISOLUCIÓN</b>	140
4. 5. 1. El Matrimonio por naturaleza es indisoluble y la Unión Marital de Hecho es disoluble.	140
 <b>CONCLUSIONES</b>	141
 <b>BIBLIOGRAFÍA</b>	144

## LISTA DE ABREVIATURAS

Art., Arts. Artículo, Artículos.

Can. Canon.

C.C. Código Civil.

C. Const. Corte Constitucional.

C. de D. C. Código de Derecho Canónico.

C. N. Constitución Nacional.

D. Decreto.

D. O. Diario Oficial.

G. J. Gaceta Judicial.

Inc. Inciso.

L.Ley.

lit. Literal.

Nº Número.

Num. Numeral.

Ord. Ordinal.

Par.Parágrafo.

Sec. Sección.

Sent. Sentencia.

S. Plena S. Plena.

ss. Siguiete.

## RESUMEN

La presente monografía hace un análisis crítico del Matrimonio y de la Unión Marital de Hecho, desde el punto de vista de sus aspectos personales.

Para esos propósitos se revisó el tratamiento que sobre la Familia, el Matrimonio y la Unión Marital de Hecho, ha dado la Constitución, Legislación y Jurisprudencia Nacional, así como las posiciones doctrinales de los estudiosos del tema.

Reunidas las herramientas jurídicas anteriormente señaladas, llegamos a importantes conclusiones que proponen dar una mirada a la actual situación jurídica de nuestra institución familiar en lo que respecta a los aspectos personales de los miembros que la constituyen y entender que se hace necesaria una reforma con el fin de proteger la estabilidad de la Familia.

## **ABSTRACT**

This monograph wants to make a critical analysis about marriage and marital union in fact from the personal aspects.

For those purposes the treatment given from constitution, legislation, and national jurisprudent about family, marriage and marital union in fact has been reviewed.

Our positions about subjects collected in studies were kept on mind. Gathered juridical tools before exposed, we found important conclusions which said that is important to put at a glance the current juridical situation of our family's institution about personal aspects of all members which compose it and too understand that it needs an improvement whit the purpose of protecting the family's stability.

## **PALABRAS CLAVES TESIS**

1. FAMILIA
2. MATRIMONIO
3. UNION MARITAL DE HECHO
4. SOCIEDAD
5. ESTADO
6. INSTITUCION NATURAL
7. EFECTOS PERSONALES
8. NATURALEZA HUMANA
9. PACTO CONYUGAL
10. INSTITUCION JURIDICA

## 1. LA FAMILIA

### 1. 1. ¿QUÉ ES LA FAMILIA?

**1. 1. 1. Etimología:** El termino familia viene de la acepción latina *fámulos* el cual a su vez proviene del antiguo latín *famel*, que significa esclavo o siervo <sup>1</sup>

-El diccionario de la real academia española define la familia como:

1. Grupo de personas emparentadas entre si que viven juntas. // 2. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. // 3. Hijos o descendencia. // 4. Número de criados de uno, aunque no vivan dentro de su casa. // 5. Conjunto de individuos que tienen alguna condición común. // 6. Cuerpo de una orden o religión, o parte considerable de ella. // 7. Fam. Grupo numeroso de personas.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> El profesor J. Corominas, sostiene que la voz familia descende de la palabra familia, y esta a su vez del antiguo latín famulus (esclavo). Esta última voz latina tuvo su origen en la palabra osca famel, que significó esclavo. (COROMINAS J. Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Castellana. Madrid: Editorial Gredos. 1954 s.v.familia)

<sup>2</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima primera edición. Madrid: Editorial Unigraf. S. L. Tomo I. 1992. Página 949.

**1. 1. 2. Nociones:** Estas nociones responden más que todo a la forma como esta integrada la familia y son:

**1. 1. 2. 1. Sentido Amplio:** Es el conjunto de personas que se encuentran unidas entre si por vínculos naturales y jurídicos y que a su vez están sujetos a la potestad de uno. En este sentido la familia comprende al conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje incluyendo a los del otro cónyuge.

**1. 1. 2. 2. Sentido Restringido o Estricto:** Es el conjunto de personas cuya generación es común por descender de un mismo tronco o raíz, comprendiendo así a los padres y a los hijos; a esta familia también se le atribuyen los nombres de familia paterno filial, familia conyugal, familia básica y familia nuclear.

**1. 1. 2. 3. Sentido Intermedio:** Es el grupo de personas que viven juntas en una casa sin que importe el vinculo de sangre o jurídico y que se encuentran sometidas a la autoridad de uno de ellos.

**1. 1. 3. Definición de Familia:** La familia aparte de ser la célula básica por excelencia, de carácter permanente que se da en una sociedad y que constituye su núcleo esencial, es una institución de carácter natural, social, jurídico y moral fundada en el vínculo indisoluble entre un hombre

y una mujer quienes a partir de esa unión desarrollan una comunidad de amor capaz de transmitir la vida y de garantizar la enseñanza y transmisión de valores éticos, espirituales sociales y culturales.

## **1. 2. IMPORTANCIA DE LA FAMILIA:**

De la definición anterior se puede deducir la importancia que cumple la familia tanto para la persona como para la sociedad.

**1. 2. 1. Importancia de la familia en la persona:** Como lo anota Rafael Alvira:

La familia es aquella forma o estructura en la cual el ser humano se personaliza y se socializa, es decir, como el lugar primario del devenir del individuo y de la sociedad; en la familia se aprende el significado y la bondad esencial de la persona individual y de la sociedad al mismo tiempo. El hombre al no vivir en sentido propio de instintos sino de aprendizaje ha de aprender a humanizarse lo que quiere decir que ha de personalizarse.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> ALVIRA Rafael. Sobre la Esencia de la Familia, en Metafísica de la Familia. Pamplona: Editorial Eunsa. 1995. Página 15.

El lugar más adecuado para aprender esto es la familia.

La familia concreta su importancia en la persona y en la sociedad a partir de las funciones que esta llamada a cumplir como es el de transmitir la vida y el de transmitir y enseñar los valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos.

**1. 2. 1. 1. La transmisión de la vida:** La familia tiene encomendada una función muy especial y de gran trascendencia cual es la transmisión de la vida. Pero esta función solo es posible con la unión comprometida entre un hombre y una mujer, unión comprometida que se explica por la naturaleza misma “los hijos nacen por el amor comprometido de sus padres fundado en el matrimonio y esto es así porque el ser humano nace inhabilitado para subsistir por si mismo, necesita del otro para su subsistencia, el compromiso matrimonial de los padres es la única garantía de los hijos para su subsistencia y humanización.

Es importante destacar la unión comprometida de los padres pero es aun mas importante destacar la unión entre un hombre y una mujer de carácter exclusivo y excluyente, única unión apta de por si para generar la familia basada en la donación mutua de la feminidad y virilidad personales y la complementariedad corporal y espiritual de los sexos abierta a la vida.

**1. 2. 1. 2. La transmisión y enseñanza de los valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos:** No es suficiente el transmitir la vida, además de esto cabe hablar de la responsabilidad, “los padres son responsables de sus hijos por el hecho de traerlos a la vida”, esta responsabilidad no solo se cumple con el suministro de alimentos, vestido, vivienda y medios de subsistencia, teniendo en cuenta que el ser humano es un ser racional que se alimenta en gran parte del afecto de las demás personas, es necesario proporcionar otros bienes de tipo espiritual como son el afecto especialmente y otros bienes como son la cultura la ética y la religión entre otros. Esto es el contenido de la paternidad y la maternidad.

Es de anotar que los establecimientos educativos no pueden de ninguna manera suplir esta función que pertenece exclusivamente a los padres, estos simplemente complementan esta función por lo que es importante una constante comunicación entre los padres y profesores en lo atinente a la educación de los hijos.

**1. 2. 2. Importancia de la familia en la sociedad:** La familia es el factor más importante en la organización de la sociedad y del Estado.

Es la primera y única agrupación natural de personas; como lo afirma J.J. Rousseau en el Contrato Social “*La familia es el primer modelo de las*

*sociedades políticas, el jefe es la imagen del padre, el pueblo es la imagen de los hijos habiendo nacido todos iguales y libres*".<sup>4</sup>

La Constitución Nacional refleja la gran importancia que desempeña la familia en la sociedad al establecer en su Artículo 5 que *"La familia es la institución básica de la sociedad"*<sup>5</sup> y en el Artículo 42 que *"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad"*.<sup>6</sup>

La Ley 74 de 1968, mediante la cual se aprueba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de Diciembre de 1966, hace ver también esa importancia al establecer en el numeral primero del Artículo 23 que: *"La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del estado"*.<sup>7</sup>

La Corte Constitucional en varias de sus sentencias se ha referido a la familia como una institución básica de la sociedad, en efecto en la sentencia T - 502 del 21 de Agosto de 1992 la Corte Constitucional señala que: *"La familia es la base de la sociedad, por otra parte la familia es el escenario de la protección y del desarrollo de la especie humana"*.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. El Contrato Social o Principios de Derecho Político. Traducción de Enrique De La Rosa. Buenos Aires: Editorial Los Libros del Mirasol. 1961. Página 154.

<sup>5</sup> COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Colección Códigos Básicos. Séptima Edición. Bogotá D.C.: Editorial Legis. 2001. Artículo 5.

<sup>6</sup> *Ibíd.* Artículo 42.

<sup>7</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 74 DE 1968 "Por la cual se aprueba el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de Diciembre de 1966". En: MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia y de Menores. Séptima Edición. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional. 2001. Página 18.

<sup>8</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T. 502 del 21 de Agosto de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. En:

También en la sentencia T-179 del 7 de Mayo de 1993 este concepto se hace latente:

La familia es la institución básica de la sociedad, en términos del artículo 5 constitucional, ella es quizá el término intermedio entre la persona y el Estado. Por eso se obliga a los poderes públicos a asumir una protección en tres aspectos: social, económico y jurídico, a saber: Social en la medida en que se protege su intimidad (Art. 15 C.Nal.) y la educación de sus miembros, económico en cuanto se protege el derecho al trabajo, a la seguridad social etc.... y jurídica ya que es obvio que de nada serviría la protección familiar si los poderes públicos no impidiesen por medios jurídicos los ataques contra el medio familiar.<sup>9</sup>

Los aspectos más importantes de la familia como célula jurídico-social tal como lo anota el doctor Roberto Suárez Franco son los siguientes:

1. En las relaciones de su vida privada, el hombre encuentra en la familia la satisfacción de sus legítimas aspiraciones y la complementación de sus afectos.

---

<http://www.juridicacolombiana.com/página/jurisprudencia/Lc-constitucional/1992/t-502-92.asp>. Consultada el: 20 de noviembre de 2002.

<sup>9</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T. 179 del 7 de Mayo de 1993. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. En: <http://www.juridicacolombiana.com/página/jurisprudencia/Lc-constitucional/1993/t-179-93.asp>. Consultada el: 20 de noviembre de 2002.

2. La familia es el medio moral y legítimo idóneo para cumplir con la conservación de la especie humana, función que conduce a la perduración de la sociedad.

3. La familia es el medio idóneo de mas trascendencia de que disponen las personas para recibir educación, son los padres quienes durante la niñez y la adolescencia de sus hijos les transmiten el conocimiento de los valores morales de la vida, cuya perduración en las personas es por toda su existencia.

4. En el orden social, la familia es continuadora de las tradiciones sociales y políticas, las cuales se van transmitiendo de generación en generación. Los padres infunden a los hijos ideas religiosas y políticas, convicciones morales y sociales, ejerciendo influencia decisiva en la formación de los nuevos ciudadanos quienes serán los continuadores de la civilización de sus antepasados. Ello no quiere decir que en la sociedad familiar siempre se presente una identidad ideológica, no, por el contrario las diferencias entre padres e hijos suelen ser profundas y más en una época como la actual, pese a ello, la influencia familiar impone su carácter indeleble.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis. 1998. Página 5

### **1. 3. CLASES DE FAMILIA:**

**1. 3. 1. Según su Evolución:** Desde el punto de vista de su evolución, la familia se ha clasificado así:

**1. 3. 1. 1. La Familia Agnaticia:** Familia conocida en los primeros tiempos del Derecho Romano donde la familia estaba integrada por el conjunto de todos los miembros que se encontraban sujetos a una misma autoridad, autoridad que emergía del *Pater Familias*.

**1. 3. 1. 2. La Familia Cognaticia:** Bajo este esquema familiar el poder de mando que ejercía el *Pater Familias* se va debilitando y se vuelve más fuerte el vínculo de consanguinidad, la familia comprende todos los parientes unidos por el vínculo de sangre.

**1. 3. 1. 3. La Familia Nuclear:** Integrada por el padre, la madre y los hijos exclusivamente.

En virtud de esta clasificación ha surgido otra, se trata de la que clasifica a la familia por el número de miembros que la conforman. Por ello se le han dado diversos sentidos, es así como se habla de sentido amplio para

referirse a la familia cognaticia, y sentido restringido o estricto para referirse a la familia nuclear.

De la clasificación anterior cabe plantearnos la siguiente inquietud: ¿La familia tiene un límite de miembros?

Para responder a esta pregunta basta simplemente recordar como se origina la familia. La familia se origina por el amor comprometido entre un hombre y una mujer el cual se abre a la vida, por lo tanto la familia es ante todo vida y la vida tiene la característica de crecer y evolucionar.

La familia es más que el padre, la madre y los hijos, la familia se abre a las demás personas y se proyecta a la comunidad por ello constituye el núcleo fundamental de la sociedad.

Es importante resaltar la influencia que ejercen los demás miembros de la familia en la formación y la humanización de los hijos, por ejemplo el caso de los abuelos quienes cumplen una función complementaria a la de los padres que resulta insustituible, siendo completamente injusto aislarlos del entorno familiar y abandonarlos en residencias y ancianatos que solo reflejan la descomposición familiar.

**1. 3. 2. Según el Vínculo que la Constituye:** Según el vínculo que le da origen o la constituye, la familia se ha clasificado en:

**1. 3. 2. 1. Familia Legítima o Matrimonial:** Es aquella que surge del vínculo matrimonial de los padres, es por ello que también se le ha llamado familia matrimonial.

**1. 3. 2. 2. Familia Extramatrimonial o Familia de Hecho:** Es aquella que se origina por fuera del matrimonio, es lo que ocurre con la unión marital de hecho o unión libre. A esta familia también se le conocía como familia natural, pero con gran razón fue suprimida tal expresión, la cual tan solo haciendo ver en la familia de hecho la forma natural de constituir la, ignora por completo la verdadera y natural forma cual es la unión comprometida.

**1. 3. 2. 3. Familia Adoptiva:** Al lado de estas dos clases encontramos la familia adoptiva la cual tiene su fuente en la figura de la adopción. Es así como los miembros de una familia ya sea matrimonial o extramatrimonial deciden adoptar a un hijo quien en virtud a la ley entra a hacer parte de dicha familia y gozar de los mismos derechos y deberes de cualquier hijo matrimonial o extramatrimonial.

Cabe señalar que tanto los hijos matrimoniales como extramatrimoniales gozan de los mismos derechos y obligaciones (L. 45 de 1936 y L. 29 de 1982).

## **1. 4. LA FAMILIA EN EL DERECHO:**

**1. 4. 1. Naturaleza Jurídica de la Familia:** La doctrina ha creado diversas teorías que explican la naturaleza jurídica de la familia, de las cuales las más importantes son las siguientes:

**1. 4. 1. 1. Teoría de la familia como persona jurídica:** Esta teoría es sostenida por *Rene Savatier*<sup>11</sup> para quien la familia es una persona moral.

La familia es una persona jurídica o moral debido a que reúne los atributos que le son propios como son el nombre la capacidad y el patrimonio.

Critica: Esta teoría ha sido criticada en primer lugar porque la familia no es una ficción legal, es decir de creación legal, sino que es una institución natural que el Estado solamente reconoce y protege.

Además la familia no posee los atributos propios de la personalidad como lo son el nombre la capacidad y el patrimonio.

---

<sup>11</sup> SAVATIER René. Citado por MONROY CABRA, Marco Gerardo. Op. cit. Página 17.

En cuanto al nombre, si bien la familia goza de un nombre patronímico conformada por los apellidos, es un nombre que pierde su identidad con el correr de las generaciones.

En cuanto a la capacidad, la familia como tal no tiene una capacidad jurídica propia para adquirir derechos y contraer obligaciones, el ordenamiento jurídico de la familia es eminentemente individualista ya que se le otorgan derechos a las personas de sus miembros más no a la célula como un todo, sin perjuicio de la protección que le da el Estado y la sociedad a la familia. En cuanto a la representación legal si bien se habla de un jefe de hogar, los actos que aquel ejecute no obligan a la familia como tal.

Finalmente en cuanto al patrimonio familiar, en realidad de lo que se trata es de un patrimonio afectado que forma parte del patrimonio individual de los cónyuges y de los hijos.

**1. 4. 1. 2. Teoría de la familia como Organismo Jurídico:** Esta tesis es sostenida por el profesor *Antonio Cicu*,<sup>12</sup> para quien la familia es un organismo jurídico de formación anterior y superior al estado.

Es un organismo jurídico porque entre los miembros de la familia no hay derechos individuales sino vínculos recíprocos de interdependencia entre los sujetos y subordinación de todos ellos a un fin superior con asignación

---

<sup>12</sup> CICU Antonio. El Derecho de Familia. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa- América. 1947. Página 22.

de funciones que son ejercidas por aquellos de sus miembros a quienes la ley se las confiere.

La familia es un organismo jurídico de formación anterior y superior al Estado, unidos por vínculos recíprocos de interdependencia y subordinados a un fin superior sin que se generen derechos individuales para cada uno de ellos y en donde cada integrante de la misma tiene unas funciones propias que la ley les ha conferido

Crítica: La principal crítica a esta teoría radica en que los fines a los cuales esta llamado cada miembro que la compone son de orden natural y por tanto anteriores a la ley positiva, además la familia tiene unas funciones y fines totalmente distintos a los del Estado y que están dirigidos a la humanización de la persona.<sup>13</sup>

**1. 4. 1. 3. Teoría de la familia como Institución:** La familia es una Institución Natural, Social, Moral y Jurídica de carácter permanente.<sup>14</sup>

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre y de las Naciones Unidas en su Artículo. 16 Inciso. 3 define la familia como "*El elemento natural*

---

<sup>13</sup> El tratadista Díaz de Guijarro critica ésta teoría al sostener que el paralelismo entre el organismo estatal y el organismo familiar conduce a una abstracción de la familia en la cual los poderes se deshumanizan, abstracción inadecuada ante un hecho social tan concreto y tangible como la familia. (DÍAZ DE GUIJARRO. Citado por MONROY CABRA Marco Gerardo. Op. cit., Página 18).

*y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”<sup>15</sup>*

Es una institución connatural al hombre como ser social y que el Estado al reglamentar sus diferentes aspectos no la crea sino la reconoce (la familia es anterior al Estado) *Heinrich Lehmann* advierte que “*históricamente la familia es anterior al Estado, es mas antigua que él. Es la célula germinal de la comunidad estatal y en ella ha encontrado satisfacción el innato espíritu social*”.<sup>16</sup>

Consideramos que esta última teoría es la más acertada.

**1. 4. 2. La Familia en la Constitución Política de Colombia:** El Artículo 2 de la Constitución Nacional refiriéndose a los fines esenciales del Estado menciona a la familia y el Artículo 5 de la Constitución Nacional le atribuye a la familia la calidad de institución básica de la sociedad, así mismo el Artículo 42 de la misma, establece que:

---

<sup>14</sup> El tratadista Díaz de Gujarro define la familia como la institución social, permanente y natural, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación. (Ibíd. Página 18).

<sup>15</sup> DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217A (III). De 10 de Diciembre de 1948. Artículo 16, Numeral 3.

<sup>16</sup> HEINRICH Lehmann. Derecho de Familia. Vol. IV. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1953. Página 13.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas de matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de

los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.<sup>17</sup>

Esta norma de carácter innovador en Colombia, donde se radica la suprema importancia que representa la familia en Colombia, difiere notablemente de la Constitución Política de 1886, en la cual solo se hacía alusión a la familia en dos Artículos cuales eran el Artículo 23 y el Artículo 50, este último Artículo hacía referencia explícitamente al tema del patrimonio de familia inalienable e inembargable. El Artículo 23 establecía que *“nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en las leyes”*.<sup>18</sup>

Como se puede observar la familia no cobraba un valor tan importante como el que cobra hoy por hoy en Colombia con la Constitución Nacional de 1991.

---

<sup>17</sup> COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Op. cit. Artículo 42.

<sup>18</sup> RESTREPO PIEDRAHITA Carlos. Constituciones Políticas Nacionales de Colombia, Segunda Edición. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Página 348.

Ahora del análisis del Artículo 42 de la Constitución Nacional, vale la pena preguntarnos ¿que tipo de familia quiso proteger el constituyente?

De la interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita cuya redacción es bastante confusa se llega a varias conclusiones como las siguientes:

a). La familia que quiso proteger el constituyente es aquella que tiene origen en:

- Vínculos naturales o jurídicos

- La que surge del matrimonio (como la unión comprometida)

- La que surge de la voluntad responsable de conformarla.

Lo que la hace ver evidentemente como 3 situaciones totalmente distintas e incompatibles.

b). La familia que quiso proteger el constituyente es aquella que tiene origen en:

- Vínculos Jurídicos (matrimonio)

- Vínculos naturales (voluntad responsable de conformarla o lo que se ha entendido como unión marital de hecho).

Esta interpretación que se le da a la norma constitucional, ha traído gravísimos problemas siendo a la Corte Constitucional a la que le ha correspondido interpretarla y es así como en la sentencia T-008 de 1992

afirma la Corte que *“La familia tiene 2 categorías, la natural y la jurídica; la natural corresponde a la voluntad responsable de conformarla y la jurídica que corresponde al vínculo institucional del matrimonio”*,<sup>19</sup> interpretación que no es suficiente ni satisfactoria, presentando deficiencias tales como dar a entender que la unión marital de hecho o simplemente la unión libre hace parte de lo natural, desconociendo por completo la forma de unión natural que se da entre el hombre y la mujer cual es la unión comprometida de carácter exclusivo y perpetuo; por el contrario le da al matrimonio (institución que si cumple los presupuestos mencionados) el carácter puramente jurídico como si se tratara de un simple legalismo, cosa que si merece decirse de la unión marital de hecho la cual fue resultado de la simple voluntad legislativa expresada en la Ley 54 de 1990.

En la exposición de motivos de la ponencia para primer debate en plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente se explicó claramente el sentido de la norma constitucional, así:

Las personas unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad; o unidas por vínculos

---

<sup>19</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional. Sentencia T. 008 del 18 de Mayo de 1992. Magistrado Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez. En: <http://www.juridicacolombiana.com/página/jurisprudencia/Lc-constitucional/1992/t-008-92.asp>. Consultada el: 20 de noviembre de 2002.

jurídicos, que se presentan entre esposos, afines o entre padres adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que el hombre y la mujer se unen con la decisión de vivir juntos, tiene pleno derecho a conformar y desarrollar esta base en la sociedad, aunque no tenga entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales, si llenan los requisitos de ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias.

Siendo ello así, es apenas obvio determinar la protección del Estado y la sociedad para esa familia y fijar la inviolabilidad para su honra, dignidad e intimidad, así como sentar las bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes.

Interpretándose una necesidad nacional debe reflejarse en la constitución la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.<sup>20</sup>

Es necesario resaltar tres cosas del texto anteriormente citado:

---

<sup>20</sup> COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. En: Gaceta Constitucional. Miércoles 17 de Abril de 1991. Bogotá. No. 52. Pág. 2.

a). Nótese como el constituyente a diferencia de lo que hace la Corte Constitucional, tiene una concepción distinta de lo que son los vínculos naturales y jurídicos.

El constituyente entiende por vínculos naturales los que unen a las personas por los diferentes grados de consanguinidad y por vínculos jurídicos los que se presentan entre esposos, afines o entre padres adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos.

b). El constituyente de 1991 tuvo una clara intención al proclamar como formadores de la familia al hombre y a la mujer desechando por completo la posibilidad de formar una familia a partir de las uniones homosexuales al expresar *“los vínculos jurídicos son los que se presentan entre esposos, afines o entre padres adoptivos, o por la voluntad responsable de constituirla, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos”*. Por lo anterior se rechaza la posibilidad de darle una interpretación aislada de la frase *“o por la voluntad responsable de conformarla”*, interpretación esta, según la cual se haría alusión a la constitución de familias distintas a las heterosexuales y monogámicas.

De no aceptar esto se cometería una gran equivocación y un gran perjuicio a la sociedad en general ya que los niños que estuviesen al amparo de una pareja homosexual estarían privados de todo tipo de

valores que se han de dar en una familia y además estarían expuestas a unas consecuencias irreparables en su desarrollo personal.

Y peor aún si se pretende extender el régimen matrimonial a los homosexuales. Sería un absurdo que mediante leyes se cambiara la esencia del matrimonio cual es la unión del hombre y la mujer en su feminidad y virilidad personales y complementariedad corporal y espiritual de los sexos abierta a la vida.

Muchos creen que el no reconocer a las parejas homosexuales el derecho a casarse y a conformar una familia a partir del matrimonio es injusto, pero aquí cabe preguntarnos primero que se entiende por justicia.

Justicia es dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde; si damos lo que corresponde en esencia al matrimonio “lo suyo” a las relaciones homosexuales les estaríamos dando lo que no les corresponde y en definitiva estamos tratando como igual a lo que en esencia es desigual.

c). El constituyente tuvo la intención de elevar a canon constitucional la protección ya no legal (cosa que ya se había logrado con la expedición de la L. 54 de 1990), sino constitucional a las familias que surgen de la unión marital de hecho, el propósito de esta protección es evidente en las siguientes afirmaciones: *Interpretándose una necesidad nacional debe reflejarse en la constitución la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales*

*vigentes sobre uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.*

Quizás la intención del constituyente al darle una protección constitucional a la unión marital de hecho se explique por los principios de la misma Constitución Política al proclamar a Colombia un país pluralista. Colombia al ser un Estado basado en principios como la libertad la igualdad y el pluralismo no puede darle privilegios a una sola forma de constituir la familia, sino que debe respetar ese principio pluralista y reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación, en la cual se cuentan otras formas de constituir familias como sería el caso de la unión marital de hecho.

Nótese como el constituyente da el carácter de constitucional a lo que ocurre con frecuencia en la sociedad, desconociendo por completo que las normas no pueden limitarse a reconocer todo tipo de comportamientos humanos por el hecho de su repetición, sino que han de reconocer las conductas orientadas al bien común de la sociedad.

En definitiva solo resta preguntarnos ¿Es la familia formada en la unión marital de hecho (unión que carece de compromiso) la que ha pretendido el constituyente colombiano de 1991, establecer como institución básica o

núcleo fundamental de la sociedad con el mismo *status* jurídico del matrimonio?

**1. 4. 3. La Familia en la Legislación Colombiana:** La familia entendida como el resultado de las relaciones sociales que se entablan en una comunidad organizada, es objeto de regulación por parte del derecho en general y especialmente del derecho civil como se verá a continuación.

**1. 4. 3. 1. Clasificación del derecho y ubicación del derecho de familia:** El derecho se ha clasificado de diversas maneras pero quizá la clasificación que más importa al tema es la que lo clasifica en derecho objetivo y el derecho subjetivo.

**1. 4. 3. 1. 1. Derecho Objetivo:**

**1. 4. 3. 1. 1. 1. Definición:** El derecho objetivo se ha definido como el conjunto de normas jurídicas que tienen como finalidad regular las relaciones que entablan los individuos en sociedad.

**1. 4. 3. 1. 1. 2. Clasificación:** El derecho objetivo se suele clasificar en Derecho Público y Derecho Privado, pero esta clasificación del derecho objetivo ha sido un tema muy discutido en la doctrina y es por ello que se han creado unos criterios de clasificación, a saber:

Criterio Orgánico: Mira la estructura de la organización social y distingue las dos vertientes jurídicas, según se trate de gobernantes o gobernados. Según este criterio, si en la relación intervienen los gobernantes, entonces será una relación de derecho público; si esta es solo entre gobernados, será de derecho privado...

Criterio Material: Se fundamenta en la naturaleza de las reglas que contiene cada derecho, en razón del interés que protege...

Criterio Formal: se basa en la diferencia de procedimientos utilizados para la elaboración de las reglas de derecho: en el derecho público esa regla se impone mediante la fuerza o coacción, recurriendo a menudo al acto unilateral, o sea aquel que impone obligaciones a los gobernados sin su consentimiento; el derecho privado, en cambio, se caracteriza por el principio de la autonomía de la voluntad, según el cual nadie puede crear obligaciones para otro sin su consentimiento.<sup>21</sup>

La clasificación más aceptada doctrinariamente es la expuesta por el tratadista Marco Gerardo Monroy Cabra, así:<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá D.C.: Editorial Temis. 1997. Página 14.

<sup>22</sup> MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Bogotá D.C.: Editorial Temis. 1990. Página 170.

## I. Derecho Público:

### 1. Derecho Público Interno:

- Constitucional
- Administrativo
- Financiero
- Penal
- Procesal
- Del trabajo (o Derecho Laboral, el cual para algunos autores es un

Derecho

Mixto y para otros es un Derecho Nuevo)<sup>23</sup>

### 2. Derecho Público Externo:

- Internacional Público
- Internacional Privado

## II. Derecho Privado:

- Civil
- Comercial

---

<sup>23</sup> Un sector no menos importante de la doctrina, se ha colocado al margen de la disputa jurídica dualista vista, y ha proclamado la aparición de un nuevo derecho o *tertium genus*, con motivo del surgimiento del derecho laboral.

Quienes participan de este criterio estiman que la división tradicional del derecho público y privado resulta insuficiente en la actualidad para explicar la naturaleza jurídica de algunas instituciones del derecho laboral, razón por la cual es necesario considerarlo como una nueva categoría o clase del derecho, distinta de las conocidas y de similar categoría a aquellas. (CAMPOS RIVERA, Domingo. Derecho Laboral Colombiano. Bogotá D.C: Editorial Temis. 1997. Página 103)

- Minero y agrario (Aunque para algunos es Derecho Público)<sup>24</sup>

#### **1. 4. 3. 1. 2. Derecho Subjetivo.**

**1. 4. 3. 1. 2. 1. Definición:** El derecho subjetivo consiste en un poder o facultad reconocida jurídicamente a un sujeto de derecho para tener hacer u omitir algo.

**1. 4. 3. 1. 2. 2. Características:** El derecho subjetivo se caracteriza por tener un aspecto interno y otro externo, en efecto como lo señala el profesor Valencia Zea:

El aspecto interno de los derechos subjetivos comprende tres cosas:

1. Un titular, es decir el sujeto de derecho que a su vez debe gozar de capacidad. La capacidad se refiere tanto a la de goce como a la de ejercicio.
2. Gobierno, mediante la exteriorización de un poder de voluntad o señorío de querer.
3. La función o contenido del derecho, esto es, la satisfacción de necesidades o intereses humanos de las personas físicas o intereses colectivos de las personas jurídicas.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Consúltese a CARREJO Simón. Derecho Agrario. Bogotá: Publicaciones Universidad Externado de Colombia. 1966.

El aspecto externo de los derechos subjetivos se traduce en la noción de deber jurídico. *“Todo derecho subjetivo supone una relación jurídica la cual tiene como sujetos, por una parte, al titular del poder de goce y por otra, a las personas obligadas a respetar aquel poder de goce, esto es, a no violarlo”*.<sup>26</sup>

Es importante señalar que el derecho subjetivo y el derecho objetivo están íntimamente relacionados, no siendo posible concebirlos de manera aislada, ya que de la norma jurídica emana la facultad o poder jurídico y la facultad jurídica no existe sino con relación a una norma jurídica.

**1. 4. 3. 1. 2. 3. Clasificación:** Así como el derecho objetivo, el derecho subjetivo ha sido objeto de muy diversas clasificaciones donde las más importantes son las siguientes:

1. Derechos Subjetivos Públicos y Derechos Subjetivos Privados:

a). Los Derechos Subjetivos Públicos son aquellos en los que las relaciones jurídicas se establecen entre el Estado y los particulares, el ejemplo mas claro de estos derechos es el derecho político al voto.

---

<sup>25</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil Tomo I. Derecho Civil General y Personas. Bogotá.: Editorial Temis. 1999. Página 232.

<sup>26</sup> *Ibíd.* Página. 235.

b). Los Derechos Subjetivos Privados a diferencia de lo que ocurre con los anteriores se entablan entre particulares, los principales derechos subjetivos de derecho privado están establecidos por el derecho civil y por el derecho privado en general, y comprenden los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

2. Derechos Subjetivos Patrimoniales y Derechos Subjetivos Extrapatrimoniales:

a). Los Derechos Subjetivos Patrimoniales son aquellos que tienden a satisfacer las necesidades materiales de los sujetos de derecho y son valuables en dinero, comprende los derechos reales, los derechos

personales o de crédito, los derechos universales y los derechos inmateriales.

b). Los Derechos Subjetivos Extrapatrimoniales a diferencia de lo que ocurre con los anteriores, no son susceptibles de ser valuados en dinero debido a que su contenido está íntimamente ligado a la persona, no siendo posible separarlos de ella, estos derechos comprenden los llamados derechos de la personalidad o derechos individuales y los derechos familiares

### 3. Derechos Subjetivos Absolutos y Derechos Subjetivos Relativos:

Esta clasificación agrupa los derechos subjetivos patrimoniales y extrapatrimoniales desde el punto de vista del deber jurídico.

a). Los Derechos Absolutos son aquellos que establecen un deber jurídico de respeto en relación con las demás personas comprendiendo así los derechos patrimoniales reales y los derechos de la personalidad o individuales.

b). Los Derechos Relativos son aquellos que crean un deber jurídico respecto a determinada persona, es el caso de los derechos patrimoniales personales o de crédito y los derechos familiares.

El Derecho Civil al encargarse de regular las diversas situaciones jurídicas privadas que se establecen entre los particulares considerados en si mismos, ha regulado de manera especial el derecho de familia.

El Artículo 1 del C.C. establece que *“El Código Civil comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles.”*<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Colección Códigos Básicos. Sexta Edición. Bogotá D.C.: Editorial Legis. 2001. Artículo 1.

Las relaciones que regula el derecho civil tal como lo anota el tratadista Arturo Valencia Zea, pueden clasificarse en cuatro grupos:

a) Las que el hombre establece con las cosas de la naturaleza, a fin de establecer sus necesidades de orden material, lo que se realiza mediante la apropiación de los objetos que le prestan alguna utilidad, de donde surge la posesión, la propiedad y los derechos reales en general; b) Las que establece con sus semejantes mediante el intercambio de cosas y servicios, de donde dimanar las obligaciones y los contratos; c) Las que los seres humanos establecen entre si a fin de satisfacer sus apetencias de orden heterosexual, dentro de un plano de ética social, lo que da lugar al derecho de familia; d) Las que surgen cuando el hombre muere, puesto que entonces es necesario reglamentar la suerte de los bienes que deja, y así tenemos la sucesión por causa de muerte.<sup>28</sup>

Por lo tanto el derecho civil regula de manera especial tres instituciones (la personalidad, la familia y el patrimonio), mediante normas jurídicas que colocan a los sujetos en relación con los demás en un plano de igualdad jurídica; es decir, cuando los individuos están autorizados por el ordenamiento jurídico para gobernar lo relativo a sus intereses privados,

---

<sup>28</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil Tomo V. Derecho de Familia. Bogotá: Editorial Temis. 1983. Página 2.

mediante el imperio de su propia voluntad, lo que no ocurre en el derecho público donde los particulares están subordinados a la voluntad del estado.

Sin embargo cabe aquí señalar el concepto de normas de orden público y de orden privado, las cuales están presentes en el ordenamiento jurídico privado.

Las normas de orden público son aquellas que imponen un límite a la voluntad individual con el fin de preservar el orden en la sociedad.

El derecho de familia nos da un claro ejemplo de esto: En el derecho de familia existe la libertad constituir una familia y de contraer matrimonio, por lo tanto se deja a la voluntad individual el ejercicio de esta facultad, pero una vez tomada la decisión de contraer matrimonio el individuo se somete a un conjunto de normas jurídicas de orden público imperativas no susceptibles de ser modificadas.

Las normas de orden privado son las propias del derecho privado, donde se deja a la voluntad del individuo el gobierno de sus bienes y relaciones jurídicas, es lo que ocurre en el caso de las obligaciones y contratos.

En el derecho de familia también existen normas de orden privado, por ejemplo la libertad de contraer matrimonio, o las libertades que tienen los cónyuges con relación al régimen de bienes en el matrimonio.

#### **1. 4. 3. 2. El Derecho de Familia en el Código Civil y Legislación**

**Complementaria:** La legislación en derecho de familia se encuentra principalmente contenida en el Código Civil y en las demás normas que lo han modificado y complementado.

En el Código Civil se halla distribuida en sus diversos libros, de manera tal que no obedece a un orden lógico, en ese mismo sentido el maestro Valencia Zea opina:

Lo primero que cabe observar en relación con la distribución de materias, es que los títulos de los libros no corresponden a lo enunciado. Así, en el libro 1° no solo se trata de las normas jurídicas aplicables a las personas, sino también de las aplicables al derecho de familia puro; por otra parte, en el libro 4° (tit.22, arts.177 y ss.), dentro de los contratos corrientes se estudia lo relativo a la sociedad conyugal es decir, el régimen económico matrimonial. Aparece así desmenuzado el estudio del derecho de familia, que constituye lógicamente una sola parte esencial del derecho civil.<sup>29</sup>

Debido a esto, consideramos que se hace necesaria una reforma con el fin de unificar las normatividad jurídica relativa al derecho de familia, de

---

<sup>29</sup> VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil Tomo I. Op. cit., Páginas 38 y 39.

tal manera que resulte un cuerpo lógico incluyendo temas como la institución del matrimonio, la unión marital de hecho, el régimen económico matrimonial, la filiación, la adopción, patria potestad y autoridad paterna, derechos y obligaciones entre padres e hijos y el derecho de sucesiones.

Algunas de las principales normas jurídicas que lo han modificado y complementado son entre otras las siguientes:

1. Ley 57 de 1887 que complementa el Código Civil en diversas materias, pero se conserva la estructura del mismo.
2. Ley 95 de 1890 que regula algunos aspectos de la separación de cuerpos.
3. Ley 8 de 1922 en donde se otorgan algunos derechos a las mujeres casadas.
4. Ley 70 de 1931 regula la constitución del Patrimonio de Familia no embargable.
5. Ley 28 de 1932 ley que sin duda alguna marcó una nueva etapa en la vigencia del Código Civil debido a los cambios socioeconómicos que se evidenciaron en aquella época. Esta ley concede plena capacidad civil a las mujeres casadas y otorga la libre administración de los bienes en la sociedad conyugal al marido y a la mujer.

6. Ley 75 de 1968 regula lo referente a la filiación y crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.)
7. Ley 20 de 1974 mediante la cual se aprueba el Concordato entre la República de Colombia y la Santa Sede. Haciendo importantes reformas en materia matrimonial.
8. Decreto 2820 de 1974 expedido en virtud de la Ley 24 de 1974 por la cual se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República, se podría decir que ésta ley introdujo la más profunda reforma con relación las absurdas discriminaciones existentes en el Código Civil (discriminaciones entre hombre y mujer, esposo y esposa, hijos matrimoniales y extramatrimoniales), es así como se estableció el ejercicio de la dirección del hogar conjunta a los dos cónyuges, las obligaciones originadas en el matrimonio se establecieron a cargo de los ambos cónyuges en igualdad de condiciones.
9. Ley 5 de 1975 que regula la adopción pero que fue derogada posteriormente por el Decreto 2737 de 1989.
10. Ley 1 de 1976 que estableció el divorcio del matrimonio civil pero que fue modificada posteriormente por la Ley 25 de 1992.
11. Ley 7 de 1979 que reorganizó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.).
12. Ley 29 de 1982 la cual otorga igualdad de derechos entre los hijos extramatrimoniales y los hijos matrimoniales.

13. En virtud de la Ley 30 de 1987 el gobierno expidió varios Decretos los cuales atribuyen competencias a los notarios públicos, a saber:
- Decreto 2458 de 1988 mediante el cual se autoriza ante el notario la separación de cuerpos por mutuo consentimiento en el matrimonio civil, fue derogado posteriormente por la Ley 25 de 1992
  - Decreto 2668 de 1988 autoriza la celebración del matrimonio civil ante notario.
  - Decreto 1900 de 1989 autoriza ante notario el divorcio de matrimonio civil cuando exista mutuo consentimiento entre los cónyuges, fue derogado al igual que el Decreto 2458 por la ley 25 de 1992.
14. Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor).
15. Ley 54 de 1990 que regula la Unión Marital de hecho y especialmente el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.
16. Ley 25 de 1992 la cual desarrolla el artículo 42 de la Constitución adaptando el régimen matrimonial a las directrices trazadas por la nueva Constitución.
17. Ley 82 de 1993 desarrolla el artículo 43 de la Constitución apoyando de manera especial a la mujer cabeza de familia, fue modificada por la Ley 755 de 2002.

18. Ley 248 de 1995 aprobatoria de la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra mujer suscrita en la ciudad de Belem do Pará (Brasil) el 9 de junio de 1994.
19. Ley 258 de 1996 sobre régimen de los inmuebles destinados a afectación familiar. (Ley de la doble firma).
20. Ley 311 de 1996 sobre registro nacional de protección familiar.
21. Ley 294 de 1996 mediante la cual se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, ley que fue modificada parcialmente por la Ley 575 de 2000.
22. Ley 721 de 2001 sobre filiación.
23. Ley 640 de 2001 que regula entre otras la conciliación en materia de derecho de familia.

## 2. EL MATRIMONIO

### 2. 1. ¿QUÉ ES EL MATRIMONIO?

**2. 1. 1. Etimología:** Son varias las acepciones por las cuales surgió la palabra matrimonio, entre ellas están las siguientes:

El tratadista Roberto Suárez Franco, señala que *“La palabra matrimonio proviene de las acepciones latinas matris munium que significa oficio de madre.”*<sup>30</sup>

Para el tratadista Castán Tobeñas *“Son muchas otras las hipótesis por las que se puede explicar la formación de la palabra matrimonio, pero la más aceptable, por ser la más sociológica, es aquella que la deriva de la frase matrem muniens, significando la idea de defensa y protección de la madre.”*<sup>31</sup>

**2. 1. 2. Nociones:** A la palabra matrimonio suele tomársela en dos sentidos: *“como sinónimo de acto, rito o solemnidad, y como estado permanente resultante de ese acto”*<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> SUÁREZ FRANCO, Roberto. Op. cit., Página. 51.

<sup>31</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José. La Crisis del Matrimonio. Madrid: Hijos de Reus Editores. 1914. Página. 45.

<sup>32</sup> SUÁREZ FRANCO, Roberto. Op. cit., Página. 52.

Es un hecho conocido que, con algunas excepciones, son muchos los ámbitos lingüísticos en los cuales la palabra matrimonio designa dos cosas, tan relacionadas y tan realmente distintas como suelen serlo la causa y el efecto. Se llama matrimonio a la unión de varón y mujer, esto es, a la sociedad o comunidad conyugal; y el matrimonio se llama también al acto de constituirla, al casamiento o momento de contraer matrimonio.<sup>33</sup>

El matrimonio como acto o rito (casamiento) y como estado consecuente a dicho acto, tienen sin duda mucha relación, sin embargo denotan dos cosas distintas que es conveniente aclarar.

En el acto o rito, está sumergido el tema del consentimiento matrimonial o pacto conyugal, la formación del vínculo, los requisitos formales y en general la celebración del matrimonio.

En el matrimonio como estado, se encuentra el tema de la vida matrimonial y los efectos que esta implica.

Estos dos sentidos que derivan de la palabra matrimonio, ciertamente *"corresponden a la clásica distinción de los teólogos y canonistas*

---

<sup>33</sup> HERVADA, Javier. Escritos de Derecho Natural. Pamplona: Eunsa. 1986. Página. 361.

*católicos entre el matrimonio in fieri y el matrimonio in facto esse, expresiones de difícil traducción que podríamos verter por las fórmulas: "acto constitutivo del matrimonio" y "estado de matrimonio".*<sup>34</sup>

**2. 1. 3. Definición:** *"El matrimonio es una institución natural que consiste en la unión jurídica, plena y total de un varón y una mujer en la virilidad y en la feminidad que comporta una comunidad indisoluble de vida, ordenada a la generación y educación de los hijos y a la mutua ayuda".*<sup>35</sup>

De la definición anterior caben los siguientes comentarios:

**2. 1. 3. 1. El Matrimonio es una Institución Natural:** Quiere ello decir, que se encuentra en la naturaleza humana; es una realidad natural que por lo mismo obedece a la ley natural.

Pero al decir que es una realidad natural, no quiere decir que sea algo meramente instintivo, lo instintivo es un presupuesto más de esa realidad natural; también esta la razón humana la cual precisamente por ser humana es natural.

---

<sup>34</sup> LECLERCQ Jacques. La Familia: según el Derecho Natural. Barcelona: Editorial Herder. 1979. Página. 38.

<sup>35</sup> HERVADA, Javier. Cuatro Lecciones de Derecho Natural (parte especial). Pamplona: Eunsa. 1989. Página. 121.

Su estructura jurídica primaria y nuclear no recibe ninguna fuerza de las fuentes humanas del Derecho, ni tampoco una forma histórica operada por las fuerzas que estructuran la sociedad. El matrimonio es el desarrollo normal y adecuado de la permanente e invariada tendencia de la persona humana a la unión con personas de otro sexo, de acuerdo con las exigencias de justicia que son inherentes a esa tendencia.

...la estructura jurídica matrimonial no reside primariamente en el sistema legal, sino en las personas, en cuanto ellas son el sujeto del Derecho natural (grabado en la naturaleza de todo hombre). La dimensión jurídica del matrimonio es un *prius* -es anterior- a cualquier sistema legal concreto. La legislación positiva no da origen al matrimonio, ni de ella recibe la fuerza su dimensión jurídica. Los “sistemas matrimoniales” o legislación positiva del matrimonio dentro de un ordenamiento jurídico concreto, se limitan a ser “sistemas de formalización” de la estructura jurídica del matrimonio y de su celebración. En cuanto sistemas de formalización regulan y ordenan el matrimonio y el *ius connubii* de los contrayentes, incluso con requisitos *ad validitatem*, pero sin sobrepasar esos límites; esto es, formalizan (regulan, ordenan), pero no crean el matrimonio ni su juridicidad<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> HERVADA, Javier. Escritos de Derecho Natural. Op. cit., Páginas. 149-150.

En efecto, el derecho positivo, regula la institución del matrimonio limitándose a las cuestiones formales, las cuales se encaminan a darle seguridad y proteger el derecho fundamental de contraer matrimonio y el matrimonio mismo.

El mismo Catecismo de la Iglesia Católica explica el porque de las formalidades en el matrimonio católico:

El matrimonio sacramento es un acto litúrgico. Por tanto, es conveniente que sea celebrado en la liturgia pública de la iglesia.

-El matrimonio introduce en un ordo eclesial, crea derechos y deberes en la iglesia entre los esposos y para con los hijos.

-Por ser el matrimonio un estado de vida en la iglesia, es preciso que exista certeza sobre él -de ahí la obligación de tener testigos-.

El carácter público del consentimiento protege el sí una vez dado y ayuda a permanecer fiel a él”<sup>37</sup>

*“En el caso del matrimonio civil contraído por quienes no están obligados a la forma canónica también existen formalidades y por razones*

---

<sup>37</sup> CONFERENCIA EPISCOPAL DE COLOMBIA. Catecismo de la Iglesia Católica. Editorial. Librería Editrice Vaticana. No. 1631. Página. 421.

*análogas –seguridad jurídica, nuevo estado ante la sociedad civil con las obligaciones que la misma ley civil determina, etc.”* <sup>38</sup>

### **2. 1. 3. 2. La Esencia del Matrimonio estriba en la Unión Jurídica de**

**las Naturalezas:** La naturaleza humana se nos presenta de dos formas (la virilidad y la feminidad), estas dos formas son accidentales, (se presentan como accidentes, ya que tanto la persona viril como la persona femenina comparten la misma naturaleza humana). Dichos accidentes no se refieren exclusivamente a la función reproductiva sino al ser psicológico de la persona.

Dichas formas que reviste la naturaleza humana son complementarias, pero solo son complementarias en orden a unos fines.

En virtud a la dualidad y complementariedad (los cuales provienen de la naturaleza humana) existe una inclinación natural a la unión que se manifiesta en una mutua atracción. Vale decir que la inclinación natural, abarca tanto lo instintivo como lo racional del hombre.

Varón y mujer poseen de modo pleno y total la naturaleza humana, ninguno de ellos es un ser humano incompleto o “malogrado” o menos pleno, ambos poseen totalmente la naturaleza humana, sin

---

<sup>38</sup> PRIETO MARTÍNEZ, Vicente. Divorcio, Separación, Matrimonio. Bogotá: Ediciones Universidad de La Sabana. 1995. Página. 20.

embargo, el sexo es una forma accidental de individuación del ser humano, el mismo bien, la naturaleza humana completa, tiene dos formas accidentales, dos modos parcialmente distintos por decirlo así, de pasar a la existencia, de estar en cada hombre concreto. En determinados aspectos psíquico-corpóreos –no en el alma espiritual- la naturaleza humana se realiza según el modo masculino o el modo femenino. Varón y mujer son iguales –sin superioridad ni inferioridad del uno respecto de la otra- porque ambos son personas humanas totalmente, con la misma e idéntica dignidad. No solo eso, sino que, como la distinción se refiere –según se dijo antes- a unos mismos aspectos o factores del ser humano, que se realizan según una forma accidentalmente distinta, lo femenino vale lo mismo que lo masculino, virilidad y feminidad son valores iguales. La mujer tiene la misma dignidad y valor que el varón, no solo como persona humana, sino como mujer, pero son distintos y complementarios.

Son complementarios porque virilidad y feminidad no son estructuras y valores absolutos y cerrados en sí mismos. La virilidad dice relación a la feminidad y la feminidad dice relación con la virilidad, lo cual no significa que tengan necesariamente que unirse, y esto por una razón fundamental, varón y mujer son individuaciones completas de la naturaleza humana, lo que

conlleva que la plena realización como persona humana, individualmente consideradas, no exige la unión mutua.<sup>39</sup>

Por la unión en las naturalezas, que es unión de las potencias naturales (principios naturales que componen la feminidad y virilidad); el hombre y la mujer se hacen mutuos partícipes de su ser, de tal suerte que siendo dos personas se hacen como uno solo.

Pero esa unión en las naturalezas se hace por un vínculo jurídico, es decir, se crea una relación jurídica de participación y coposesión en la virilidad y la feminidad.

Por el matrimonio varón y mujer hacen al otro partícipe del dominio sobre su propio ser; y por virtud de esto ocurre un fenómeno que da un rasgo particular al matrimonio: cada uno de ellos se hace como parte del otro. Ciertamente, ambos siguen siendo dos, pero ese varón y esa mujer que siguen siendo dos, de cierta manera y en cierto sentido, se han hecho uno. De suerte que la mujer, si bien es otra con respecto al varón, ya no es enteramente otra; y el marido, si bien es otro con respecto a la mujer, ya no es enteramente otro, porque al estar unidos jurídicamente, cada uno ha pasado a ser como parte del otro.

---

<sup>39</sup> HERVADA, Javier. Escritos de Derecho Natural. Op. cit., Páginas. 116-117.

...varón y mujer constituyen así la más profunda unión en sus personas y forman una unidad en las naturalezas mediante un vínculo jurídico.<sup>40</sup>

La unión en las naturalezas, a la vez que es coparticipación y coposesión mutuas, participación en el dominio que cada uno de los cónyuges tiene sobre su propio ser, respeta el carácter de persona de cada uno de ellos.<sup>41</sup>

Esta unidad, aunque tiene un fundamento ontológico, no es, como resulta evidente, ontológica, en el sentido de que no hay fusión de seres o de naturalezas... varón y mujer, como es obvio siguen siendo dos personas humanas y, bajo otro punto de vista, dos naturalezas individualizadas; se trata de una unidad de índole jurídica –producida por un vínculo jurídico–, en cuya virtud dos naturalezas, permaneciendo individualmente distintas, quedan unidas por una relación de comunicación y participación que las constituye en una unidad. Ahora bien, tampoco se trata de una unidad meramente jurídica, si por tal se entendiese que es pura creación del Derecho aunque se trate del Derecho natural; si bien el vínculo de unión es jurídico, en la ontología de la persona existe un fundamento, esto es, la complementariedad entre virilidad y

---

<sup>40</sup> *Ibíd.* Página. 503-504.

<sup>41</sup> *Ibíd.* Página. 367.

feminidad, la ordenación de la mujer hacia el varón y viceversa, de manera que las características, la fuerza y los fines de la unión dimanen de las exigencias inherentes a ese fundamento ontológico. El vínculo jurídico une lo que por fundamento real está ordenado a unirse (no a fusionarse). Es, pues la unidad en las naturalezas, una unidad jurídica con fundamento ontológico. Y si por el vínculo jurídico los cónyuges se unen en la naturaleza, los yo personales se unen por el amor, dando así lugar a la doble unión, en la naturaleza y en el amor, que es propio del matrimonio.<sup>42</sup>

... Un vínculo de derecho solo puede unir aquello que es capaz de ser objeto de un deber de justicia. Por lo tanto, el vínculo matrimonial únicamente puede unir lo que, siendo constitutivo de la unidad en las naturalezas, puede ser objeto de una deuda en sentido estricto. De acuerdo con esto, parece claro que el vínculo matrimonial no une a los cónyuges ni en sus temperamentos, ni en sus cualidades, ni en su belleza, ni en su salud.<sup>43</sup>

La unión de las naturalezas que se produce en virtud del vínculo jurídico comprende tanto el cuerpo como el alma, pues ambos pertenecen a la naturaleza humana; sin embargo esa unión se da de manera diferente en cada una de ellos.

---

<sup>42</sup> *Ibíd.* Página. 60.

<sup>43</sup> *Ibíd.* Página. 369.

La unión de las naturalezas se da principalmente en la unión de cuerpos ya que en éste se da plenamente la coparticipación y coposesión mutua. Esta unión se manifiesta en el derecho que tienen los cónyuges recíprocamente sobre el cuerpo, limitado, claro está, a la procreación.

La unión de las almas se manifiesta en el amor comprometido, el amor hecho deuda.

**2. 1. 3. 3. La Comunidad de Vida:** Comunidad de vida y amor podrían tomarse como una definición descriptiva de lo que es el matrimonio, pero no son la esencia del matrimonio. La esencia del matrimonio radica en la unión jurídica de las naturalezas y es de esa unión jurídica de la que se deriva la comunidad de vida y amor.

En este sentido "*quienes son uno en sus seres, son uno en sus destinos y sus vidas*".<sup>44</sup>

*"La comunidad de vida y amor, la divini et humani iuris communicatio, el consortium omnis vitae, etc., están contenidos (continens) en la unidad de las naturalezas (coniunctio maris et foeminae), de ella surgen como manifestaciones propias y como atributos suyos, pero no son su esencia, ni por tanto, el constitutivo formal del matrimonio"*.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Ibíd. Página. 454.

<sup>45</sup> Ibíd. Página. 65.

**2. 1. 3. 4. El Amor Conyugal:** Es el amor propio de los cónyuges que se da en el matrimonio. la nota característica del amor conyugal por la cual se diferencia de otro tipo de amor es su carácter sexual y procreador. En efecto, lo amado es la entera persona del varón en cuanto varón y la entera persona de la mujer en cuanto mujer.

El amor conyugal se distingue de otro tipo de amor en su específico carácter sexual y, por tanto, procreador. Varón y mujer se unen como dos personas, pero en cuanto son distintas. En este sentido, tan falso es situar el amor conyugal sólo en que varón y mujer son distintos, como únicamente en lo que tienen de común (ser personas humanas). En el primer caso el amor conyugal se degrada y se despersonaliza; en el segundo, es otro género de amor.<sup>46</sup>

El amor conyugal es un amor de dilección, no es un amor sensible:

Su constitutivo esencial es la decisión voluntaria de querer al otro como esposa o esposo<sup>47</sup>

No es un amor que nazca espontáneamente, sino un acto complementario original de la persona, que se orienta al otro reflexivamente, mediante un raciocinio o juicio de razón.

Advirtiendo que el posible ser amado es verdaderamente digno de

---

<sup>46</sup> *Ibíd.* Página. 74.

<sup>47</sup> BENETTI ANGEL, Julio. *Op. cit.*, Página. 237.

amor, la persona se abre voluntariamente a él. Lo que ha producido el amor es la decisión voluntaria de amar, fundada en la reflexión, es decir, en el juicio de razón. El movimiento amoroso no es, por tanto, un movimiento espontáneo sino producido por la voluntad misma. Este tipo de amor no es espontáneo ni pasivo (en el sentido antes indicado) y reside sólo en la voluntad. Es característico de la dilección llevar consigo una elección -una decisión libre-; consiste en un acto electivo y de ahí le viene el nombre. El amor pasivo reside principalmente en el sentimiento, pero también en la voluntad; la dilección, en cambio, es solo voluntad.<sup>48</sup>

No quiere decir que el amor espontáneo y de dilección sean incompatibles, de hecho el amor espontáneo o sensitivo perfecciona el amor conyugal, pero no es esencial en él.

Siendo el matrimonio una unión en las naturalezas y teniendo en cuenta que por el matrimonio el hombre y la mujer se hacen uno. *"El amor conyugal ya no es el amor al enteramente otro, sino que tiene un componente de amor a sí mismo, porque para la esposa el marido no es solamente "el otro" sino que es también como parte suya; y para el marido, la esposa no es "la enteramente otra", sino que es cuerpo de su cuerpo, carne de su carne, hueso de sus huesos"*<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> HERVADA, Javier. Escritos de Derecho Natural. Op. cit., Página. 81.

<sup>49</sup> *Ibíd.* Página. 503-504.

El amor conyugal tiene una virtud específica, que responde a la esencia misma del amor conyugal y a la dignidad de la persona humana, -la castidad-, la cual implica que el amor conyugal sea pleno, total y ordenado a cumplir los fines del matrimonio.

El amor conyugal es total en el sentido que comprende toda la dimensión de la femineidad y virilidad de los cónyuges, excluyendo a las demás personas. Es pleno en el sentido de que es para toda la vida y, finalmente esta ordenado a cumplir los fines del matrimonio, por ello el amor conyugal se realiza a través de los fines del matrimonio, a saber, la mutua ayuda y la procreación.

Las notas de plenitud y totalidad están en el amor conyugal como potencias. Todo amor conyugal, si se desarrolla conforme a su recto y potencial dinamismo es un amor pleno y total al otro cónyuge, capaz de ser vivido conforme a esas notas en todo el tiempo que dura el matrimonio. Están también como tendencia: no representan una simple capacidad o potencia, que puede ser o no actualizada de acuerdo con la libre elección de los cónyuges. Cuando el verdadero amor conyugal nace, surge ya con la tendencia a la plenitud y a la totalidad, esto es como un amor que aspira a conseguir la unión plena y total con el otro.

Por ultimo, la plenitud y la totalidad están contenidas en el amor conyugal como exigencia. No sólo como tendencia o aspiración, sino como características exigidas por la relación interpersonal en cuyo seno nace y se desarrolla dicho amor.<sup>50</sup>

Los fines del matrimonio son amores conyugales. La frase, hay que reconocerlo, no es literalmente demasiado afortunada, pero puede servir para poner de relieve dos puntos importantes.

En primer lugar, que la primordial y más nuclear manifestación del amor conyugal reside en el cumplimiento de los fines del matrimonio; tales fines representan el servicio a los demás -al otro cónyuge, a los hijos-, que constituye la perfección y el ordenado despliegue del amor conyugal.

El segundo punto podría resumirse diciendo que la ordenada dinámica del amor conyugal consiste en el recto desarrollo de la vida conyugal hacia los fines del matrimonio; y por ello, en la misma medida en que los hijos representan el fin primario, el amor conyugal está ordenado -como hemos recordado con palabras del Vaticano II- al fin procreador y educador del matrimonio.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> *Ibíd.* Página. 93.

<sup>51</sup> *Ibíd.* Página. 107.

## **2. 2. PACTO CONYUGAL Y CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL:**

El pacto conyugal marca la diferencia entre la unión de hecho y la unión propia de lo conyugal –unión en las naturalezas-; pero el pacto conyugal no es una unión legalizada, ese no es el paso que diferencia la unión conyugal con la unión marital; aunque entrañe eso, el pacto conyugal es algo más:

Lo que era una posibilidad se hace una realidad; lo que era un encuentro se hace unidad; lo que era gratuito se hace deuda; lo que era o podía ser un mero devenir, un simple hecho, se hace compromiso. Antes del pacto, en la naturaleza hay una apertura y ordenación del uno al otro; el amor nacido aparece como un don gratuito; dos personas de distinto sexo se encuentran en su vida. Por el pacto, la apertura y ordenación se hace unión; el simple encuentro se hace unidad en las naturalezas; el amor queda comprometido en una deuda de amor y se transforma en un amor debido. Es entonces cuando aparece lo conyugal, que es una profunda transformación de lo núbil y de lo meramente sexual.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> *Ibíd.* Página. 456.

La esencia del pacto conyugal es el consentimiento matrimonial. (La unión de las naturalezas, se da por un vínculo jurídico que produce el consentimiento). Por lo tanto el consentimiento hace nacer el vínculo jurídico matrimonial que esta previsto en la naturaleza, por lo tanto el consentimiento no crea el vínculo matrimonial, sino que es su causa eficiente.

El consentimiento es la causa eficiente del matrimonio. Cuando varón y mujer dan su consentimiento, entonces se produce el vínculo matrimonial. Y no puede ser de otra manera, si el matrimonio consiste en ser partícipe del dominio de la persona de su propio ser; dado que la persona es por naturaleza dueña del propio ser, solamente el propio consentimiento puede hacer que alguien entre a participar en ese dominio de cada uno sobre su propio ser. Pero a la vez no es menos claro que la persona, siendo dueña de su propio ser por naturaleza, sólo por una disposición y aptitud de la misma naturaleza, pueda hacer a otra partícipe de ese dominio. Únicamente si por naturaleza el varón está destinado a unirse de esa manera con la mujer y la mujer lo está a unirse con el varón, puede el consentimiento producir el vínculo; sin este fundamento natural el solo consentimiento no produciría ese vínculo de coparticipación. El mutuo consentimiento es verdadera causa eficiente del vínculo, pero lo causa, no creando radicalmente

ese vínculo, sino haciendo nacer lo que está en la naturaleza en potencia, para que la misma naturaleza actualice lo que la naturaleza contiene en potencia.<sup>53</sup>

Al ser el consentimiento la causa que produce un vínculo jurídico previsto en la naturaleza, es evidente que el matrimonio tiene un origen en la naturaleza humana, y no en el consentimiento, por lo tanto el consentimiento no puede disolver esa unión; lo que forma la naturaleza solo lo puede romper la naturaleza.

Ahora bien, el objeto sobre el cual recae el consentimiento es *“la persona del otro cónyuge, en cuanto varón o en cuanto mujer, o sea en su conyugalidad”*<sup>54</sup> por lo tanto la identificación del objeto del matrimonio se logra identificando la conyugalidad y la persona.

*“Identificar la conyugalidad consiste en identificar la inclinación natural. Y como la inclinación natural tiende a la unidad en las naturalezas, la identificación de la conyugalidad se produce cuando se han identificado los rasgos básicos de dicha unidad.”*<sup>55</sup>

En cuanto a la identificación de la persona, es preciso distinguir el error en las cualidades de la persona, el cual es irrelevante ya que el matrimonio es unión de las naturalezas a través de las potencias naturales más no de

---

<sup>53</sup> Ibíd. Página. 504.

<sup>54</sup> Ibíd. Página. 464.

las cualidades; y el error en las cualidades que redundan en la identificación de la persona, cualidades en el sentido ontológico, relacionadas con las potencias naturales, las cuales si son relevantes.

Ceñirse a la persona en sentido ontológico no es como a algunos ha podido parecer, una especie de trampa de la naturaleza, de automatismo natural o cosa por el estilo. Se trata sencillamente del claro juego entre lo naturalmente dado y la libertad del hombre. La naturaleza hace capaces a todos los seres humanos para el matrimonio al dotarlos de las potencias naturales. Se da así el máximo supuesto posible para la libertad de elección: cualquier varón puede elegir a cualquier mujer y cualquier mujer puede aceptar a cualquier varón. Las cualidades son motivo de elegibilidad, cuya responsabilidad recae sobre quien elige, no siendo función de la naturaleza prevenir tales riesgos, pues la prevención sólo podría haberse hecho disminuyendo la libertad. La naturaleza, al crear al hombre libre, ha corrido el riesgo de la libertad. Es una apuesta sin duda fuerte, pero honesta para el hombre. Dios creó al hombre –dice la Escritura- y le dejó en manos de su albedrío.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> *Ibíd.* Página. 466.

<sup>56</sup> *Ibíd.* Página. 471.

## 2. 3. PROPIEDADES ESENCIALES DEL MATRIMONIO

Las propiedades esenciales del matrimonio, constituyen las notas que lo identifican; hacen parte del contenido mismo que entraña esa unidad en las naturalezas que es el matrimonio.

A las propiedades del matrimonio, también se les suelen llamar “los bienes del matrimonio”

El matrimonio se identifica por tres rasgos, enunciados con precisión y claridad envidiables por San Agustín y llamados los tres bienes del matrimonio: el bonum proles (ordenación a los hijos), el bonum fidei (unidad) y el bonum sacramenti (vínculo indisoluble).<sup>57</sup>

El bonum proles, como era lógico y según una constante muy antigua, fue incluido dentro del principio de finalidad (con las consiguientes precisiones y distinciones). En cambio el bonum fidei y el bonum sacramenti, identificados con la unidad (monogamia y fidelidad) y la indisolubilidad, fueron categorizados como propiedades esenciales (dentro del predicable llamado propio).<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> *Ibíd.* Página. 385-386.

<sup>58</sup> *Ibíd.* Página. 155.

Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad, la indisolubilidad y la fecundidad. A continuación, nos referiremos al tema de la unidad e indisolubilidad del matrimonio; el tema de la fecundidad lo trataremos en los fines del matrimonio.

**2. 3. 1. La Unidad:** Decimos que el matrimonio es una unidad jurídica de las naturalezas entre el hombre y la mujer. Mediante el matrimonio varón y mujer se hacen coparticipes y coposadores mutuos en la virilidad y feminidad.

La unidad, aunque desde una óptica muy general pueda parecer unidad matemática; es decir uno con una, no es simplemente eso, dicha unidad tiene como fundamento la plenitud y totalidad que emerge del matrimonio mismo.

Es tan pleno y total el matrimonio, que no admite un tercero; siendo por tanto contrario a la naturaleza del matrimonio la poligamia y la infidelidad.

Siendo varón y mujer iguales en cuanto personas humanas y valiendo lo mismo el varón como varón y la mujer como mujer, lo justo -lo debido en justicia- es que a un varón corresponda una mujer. Cuando el varón, por el consentimiento, se entrega a la mujer, esta recibe un bien (el varón) que –en el plano de la naturaleza, que es el que cuenta por ser el matrimonio una unidad en las naturalezas, no en los de las cualidades- es igual a ella. Y al

entregarse la mujer al varón, éste recibe asimismo un bien igual al que recibe. La poligamia es injusta, de modo que para que fuese justa, tanto habría de valer más el varón que la mujer, cuantas mujeres tuviese (y viceversa), lo cual es una manifiesta aberración.<sup>59</sup>

**2. 3. 2. La indisolubilidad:** Asimismo, en virtud a esa plenitud y totalidad que se da en el matrimonio, éste está llamado a la perpetuidad.

El matrimonio es indisoluble porque siendo éste una unión en las naturalezas, hecho por la naturaleza misma, solo a ésta le es dado romper.

Si el varón y la mujer participan del dominio que la persona humana tiene sobre su propio ser –al formar una unidad en las naturalezas – cada uno de ellos es –decíamos- como parte del otro; o lo que es lo mismo; ésta es la idea fundamental. La mujer ya no es enteramente otra con respecto al varón, sino que es parte del varón; es –jurídicamente- ser del varón; y al varón le ocurre lo mismo con respecto a la mujer; no es enteramente otro sino como parte de la mujer.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> *Ibíd.* Páginas. 506-507.

<sup>60</sup> *Ibíd.* Página. 507.

Con esto queda claro, la total injusticia que representa el divorcio en el matrimonio.

#### **2. 4. FINES DEL MATRIMONIO:**

Los fines del matrimonio, es decir, aquello que se quiere conseguir por el matrimonio, son el bien de los cónyuges, la transmisión de la vida y la educación de los hijos.

**2. 4. 1. Bien de los Cónyuges:** Puede decirse que el bien de los cónyuges es el mismo bien del matrimonio ya que la unidad y la indisolubilidad del vínculo matrimonial conlleva a una comunidad de vida y amor, ordenada a la procreación y educación de los hijos.

**2. 4. 2. Transmisión de la vida y educación de los hijos:** La fecundidad, como se anoto antes, hace parte de las propiedades esenciales del matrimonio, pues es claro que la unidad en la virilidad y la feminidad, vale decir, en las potencias naturales, esta dirigida u ordenada a la procreación y educación de los hijos.

Puesto que hay matrimonios estériles y matrimonios fecundos ¿Cómo es posible hablar de la fecundidad como esencial? La pregunta –que no debería hacerse, al cabo de varios siglos de respuesta- proviene del error de perspectiva que se delata por la terminología utilizada: matrimonios estériles y matrimonios fecundos. En efecto, los matrimonios estériles no existen; todo matrimonio sin hijos, con algunos hijos o con numerosa prole, es igualmente fecundo, ni más ni menos. Del mismo modo que no hay matrimonios ricos o matrimonios pobres, ni matrimonios altos o matrimonios bajos –salvo en el lenguaje vulgar, que no es del caso-, porque la riqueza o pobreza son circunstancias que nada tienen que ver con el matrimonio –unión de varón y mujer unidos en una unidad en las naturalezas- y la altura o la bajura se predicen de los cónyuges y no del matrimonio –no hay unidad en las naturalezas altas o bajas-, tampoco hay diferencias de fecundidad en lo que constituye el matrimonio, esto es, en la unidad en las naturalezas.

Porque la fecundidad que se predica del matrimonio como esencial no son los hijos habidos, no son los frutos (la fecundidad efectiva), sino la ordenación o disposición de los factores esenciales del matrimonio a los hijos (la fecundidad potencial o tendencial). Lo que tiene que ser fecundo, es decir, ordenado –tendiente- a la generación y educación de los hijos son las potencias naturales unidas por el vínculo jurídico, que es lo que constituye la unidad en

las naturalezas. Pues bien, el vínculo jurídico solo puede unir las potencias cuya actuación depende de actos humanos, ya que el objeto propio del derecho son, en último término, conductas y comportamientos humanos.<sup>61</sup>

## **2. 5. EL MATRIMONIO EN EL DERECHO.**

**2. 5. 1. Naturaleza Jurídica del Matrimonio:** Con relación al tema de la naturaleza jurídica del matrimonio, se han desarrollado dos teorías fundamentales; aquella que parte de la noción de contrato, y la que parte de la institución.

**2. 5. 1. 1. El Matrimonio como Contrato:** Sus principales exponentes fueron los civilistas franceses del siglo XIX y XX, como son Pothier, Josserand y Colin y Capitant.

Para Colina y Capitant *“El matrimonio es el contrato civil y solemne por el cual el hombre y la mujer se unen para vivir en común y prestarse mutua asistencia y socorro bajo la dirección del marido, jefe de la familia y del hogar”*<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> *Ibíd.* Páginas. 392-393.

El matrimonio es un contrato, en efecto, de una parte es el resultado de una concordia de voluntades, por otra, produce obligaciones. ¿No es esto precisamente la concepción clásica de contrato?

No puede negarse que el matrimonio presenta una importancia infinitamente mayor que la de los contratos corrientes de la vida jurídica, una arrendamiento, una sociedad. Pero en ello no hay nada exclusivo de la idea de contrato.

En toda operación jurídica, la actuación de la voluntad humana tiene por límite el interés general, el orden público, las partes no siempre pueden hacer que se produzcan los efectos que ellas quieren, su libertad, en este respecto, está sometida a restricciones aun en ciertos contratos de orden exclusivamente patrimonial, como los relativos a la propiedad inmueble. Con mas razón debe estarlo en un contrato como el matrimonio, que interesa a las personas más que a los bienes y cuyo alcance excede de los intereses de los esposos y se extiende a toda la sociedad, la cual ha podido decirse es siempre parte en todos los matrimonios, aunque se celebre por simples particulares.<sup>63</sup>

Crítica: Autores como Julien Bonnecase, no comparten esta teoría; por el contrario sostiene que:

---

<sup>62</sup> COLIN Y CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil. T.I. Madrid: Editorial Reus S.A. 1923. Página. 256.

El contrato es reglamentado por el Código Civil, con motivo del derecho del patrimonio. Por tanto, el contrato ha sido considerado por el legislador como esencialmente relativo a la vida social vista desde su aspecto económico.<sup>64</sup>

a) Es principio general en el derecho que para el perfeccionamiento de todo contrato, el consentimiento debe presentarse libremente, vale decir, exento de los vicios de error, fuerza y dolo. Sin embargo, esta norma sufre modificaciones para el caso del matrimonio, puesto que el error vicia el consentimiento matrimonial solo cuando recae sobre la persona física o civil del cónyuge, mas no sobre sus cualidades individuales. b) El objeto, que en los contratos son las obligaciones que de ellos se derivan, obedece a un contenido de carácter económico; efectivamente, la prestación de las obligaciones derivadas de todo contrato consisten en dar, hacer o no hacer una cosa que debe hallarse en el comercio; cuyo incumplimiento por parte del deudor ocasiona la indemnización de perjuicios. En el matrimonio, las obligaciones recíprocas entre cónyuges son ante todo de carácter eminentemente personal. c) La manifestación de la voluntad en todo contrato y la determinación de

---

<sup>63</sup> *Ibíd.* Página. 257-258.

<sup>64</sup> BONNECASE, Julien. *Traité Élémentaire du Droit Civile*, Traducción y compilación : Enrique Figueroa Alfonzo. México: Biblioteca Clásicos del Derecho -Distribuidor Harla S.A.- 1997. Página 228.

sus efectos, están sometidos a la libre voluntad contractual, sin otro límite que el orden público y las buenas costumbres. El matrimonio exige requisitos muy particulares, como son entre otros, la presencia del juez; y lo que tal vez le sea más característico, es que sus fines están expresamente determinados por la ley, sin que sean susceptibles de modificación contractual. d) Todo contrato puede disolverse mediante un acuerdo entre quienes lo celebraron. La disolución del matrimonio no está sometida al libre juego de la voluntad contractual; requiere siempre la intervención judicial. e) Por lo demás, existen aspectos que hacen del matrimonio un acto de naturaleza particular distinta del común de los actos contractuales; tal ocurre con las solemnidades especiales exigidas para su celebración; la intervención de un funcionario encargado del registro civil, la publicidad y, en fin, todo un conjunto de requisitos y solemnidades ajenas al común de los contratos.<sup>65</sup>

**2. 5. 1. 2. El Matrimonio como Institución:** Tesis sostenida principalmente por Georges Renard y Maurice Hauriou.

Las instituciones jurídicas son cuerpos de derecho jerarquizados, formados por un conjunto de normas jurídicas debidamente sistematizadas que regulan determinados aspectos de la vida social y buscan una finalidad única.

---

<sup>65</sup> BONNECASE, Julien, La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia. Puebla (México): Editorial José M. Cajicá. 1945. Página. 178.

Es así como las normas jurídicas que regulan varios aspectos del matrimonio forman un cuerpo normativo que es la institución matrimonial, la cual, junto con otras instituciones jurídicas forman la institución de la familia.

Julien Bonnecase afirma que:

Por matrimonio se designan dos cosas distintas: 1. La institución del matrimonio, es decir, el conjunto de reglas que presiden, en el derecho positivo francés, la organización social de la unión de sexos; 2. El acto jurídico de una naturaleza especial, que expresa la adhesión a la institución del matrimonio, por parte de los futuros contrayentes. Es natural que institución y acto jurídico formen un todo, ya que el acto jurídico está regido por la institución.

Podría darse un tercer sentido al término matrimonio:

Contrato de matrimonio, contrato solemne por el cual los futuros cónyuges determinan con anterioridad la condición jurídica de sus bienes, mientras dure el matrimonio y hasta su disolución.<sup>66</sup>

El matrimonio es ante todo, una institución jurídica, en el sentido verdadero del término, tal como ha sido definido con anterioridad.

Únicamente que esta institución, como tantas otras es puesta en movimiento por medio de un acto jurídico. Por tanto, como hemos

---

<sup>66</sup> BONNECASE, Julián. Tratado Elemental de Derecho Civil. Op. cit., Página. 229.

indicado, definir el matrimonio como un acto jurídico es considerar únicamente uno de sus aspectos. Repetimos que en realidad, en el matrimonio interviene un acto jurídico, pero este acto no es sino la doble manifestación de voluntad individual que se produce en condiciones determinadas y por medio de la cual dos personas de sexo diferente se colocan bajo el imperio de la institución del matrimonio.<sup>67</sup>

**2. 5. 1. 3. Teoría acogida por el Derecho Civil Colombiano:** El Código Civil colombiano, en su Artículo 113 define el matrimonio como un contrato; acogiendo así la teoría contractual; esto en virtud a las tendencias individualistas del momento.

En efecto el Artículo 113 del C.C. reza así: "*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.*"<sup>68</sup>

Aunque el código civil acoge la teoría contractual, no le resta importancia el carácter de estado y de institución.

**2. 5. 2. Formas de Matrimonio:** El matrimonio es uno solo, sin embargo, reviste tres formas las cuales cobran importancia en su celebración, a saber:

---

<sup>67</sup> *Ibíd.*, Página. 247.

<sup>68</sup> COLOMBIA. CODIGO CIVIL. Op. cit. Artículo 113.

**2. 5. 2. 1. Matrimonio Religioso no Católico:** En virtud del derecho fundamental de libertad religiosa y de cultos consagrado en el Artículo 19 de la Constitución Política y desarrollado por la Ley 133 de 1994, Colombia reconoce plenos efectos civiles a los matrimonios religiosos celebrados por las Entidades Religiosas que tengan personería jurídica y que celebren convenios de derecho público interno con el Estado colombiano.

El derecho constitucional a la libertad religiosa y de cultos encuentra su desarrollo en la Ley 133 de 1994, en cuyo artículo 15 se autoriza al Estado colombiano para celebrar convenios de derecho público interno o, en su caso, tratados internacionales con entidades religiosas, entendiéndose por éstas las iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones y confederaciones de ministros, que tengan personería jurídica y ofrezcan garantía de duración por su estatuto y número de miembros.

Los respectivos convenios o tratados tienen por objeto cuestiones religiosas, especialmente las previstas para regular los siguientes aspectos: efectos civiles de los matrimonios que celebren las entidades religiosas; efectos civiles de las sentencias de nulidad de matrimonio que dicten las autoridades religiosas; posibilidad de

impartir enseñanza e información religiosa, y la asistencia religiosa ofrecida por las iglesias y confesiones a sus miembros, cuando ellos se encuentren en establecimientos públicos docentes, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y similares.

Una vez concluida la etapa de negociación, los convenios de derecho público interno deberán ser remitidos por el Ministerio del Interior -organismo gubernamental al que corresponde su negociación, coordinación y desarrollo- a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado para efectos de control previo de legalidad.

Surtido el control de legalidad y suscritos los convenios por las partes intervinientes (el Presidente de la República y los representantes legales de las entidades religiosas), entrarán en vigencia cuando el Gobierno Nacional los apruebe mediante decreto que contendrá los términos de los mismos, el cual regirá con su publicación en el Diario Oficial.<sup>69</sup>

En virtud del convenio de Derecho Público Interno No. 1 de 1997, aprobado por el Decreto 354 de 1998 el Estado colombiano reconoce plenos efectos civiles a los matrimonios religiosos celebrados por las diversas entidades religiosas que suscribieron dicho convenio.

---

<sup>69</sup> COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta número 1049 del 28 de Octubre de 1997. Asunto: Convenio de derecho público interno entre el Estado y entidades religiosas -Control previo de legalidad / Revisión de contrato-. Consejero Ponente.

En efecto, el Artículo 1 del convenio mencionado establece que:

Artículo 1. “El Estado reconoce plenos efectos civiles a los matrimonios celebrados a partir de la vigencia del presente convenio, por los ministros de culto de las entidades religiosas que suscriben el presente convenio, previo el lleno de los requisitos contenidos en sus doctrinas internas y el fiel cumplimiento de la Constitución Política y las disposiciones legales vigentes y las que se acuerdan en el presente convenio, sin perjuicio de la competencia estatal para regularlos”.<sup>70</sup>

**2. 5. 2. 2. Matrimonio Canónico:** El Código de Derecho Canónico, define el matrimonio como “*1. La alianza por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados.*”<sup>71</sup>

El matrimonio canónico supone a su vez un contrato y un sacramento.

---

Javier Henao Hidrón. En Anales del Consejo de Estado. Tomo 163. Bogotá D.C. 1997. Páginas 459 y ss

<sup>70</sup> COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 354 DE 1998 (Febrero 19), “Por el cual se aprueba el convenio de derecho público interno número 1 de 1997, entre el Estado Colombiano y algunas entidades religiosas cristianas no católicas”. En: Diario Oficial No. 43.245. Artículo 1.

<sup>71</sup> CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. Edición bilingüe y anotada. Quinta Edición. Pamplona.: Ediciones Universidad de Navarra S.A. 1992. Canon 1055 Num. 1.

Según la doctrina de la iglesia, entre los cristianos el contrato es inseparable del sacramento, de modo que si celebra verdadero contrato, hay sacramento y si no hay sacramento, tampoco existe verdadero contrato. El ministro del sacramento del matrimonio no es el párroco o sacerdote que lo bendice, sino los mismos contrayentes, puesto que son ellos los que hacen el contrato-sacramento.

La materia del sacramento es el cuerpo mismo de ambos esposos y la forma, la constituyen las palabras con que se expresa la entrega que los contrayentes se hacen recíprocamente de sí mismos.

No es pues, el sacramento un simple ornato o propiedad extrínseca del matrimonio, que pueda separarse del contrato, es el contrato mismo.

En consecuencia, no puede separarse el contrato del sacramento, reservando a la iglesia lo concerniente al sacramento y al poder civil lo relativo al contrato.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Encíclica Arcanum Divinae. Febrero 10 de 1980. León XIII y Pío XI. Diciembre de 1930. citado en sentencia de la C.S.de J., Agosto 11/72. reproducida por Cañon R, Pedro Alejo. Derecho Civil I. Personas y Familia. Bogotá D.C.: Editorial ABC. 1982. Páginas. 210 y ss.

Por la Ley 20 de 1974 se aprueba el Concordato y el protocolo final entre la República de Colombia y la Santa Sede, suscrito el 12 de Julio de 1973.

Esta ley fue declarada parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-027 de 1993.

La Corte Constitucional expuso lo siguiente:

...No obstante que el concordato, como tratado internacional, se encuentra vigente en el ámbito internacional y se rige para su enmienda, modificación, terminación y suspensión por lo previsto en las partes IV y V de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados del 23 de Mayo de 1969, en el ámbito interno, en cambio, los preceptos del mismo incorporados en la Ley 20 de 1974, que fueron declarados inexecutable por esta Corte en su sentencia C-027 del cinco (5) de Febrero de 1993, son inaplicables dentro del territorio nacional a partir de la fecha del citado fallo y como consecuencia de dicha declaratoria.<sup>73</sup>

Los últimos incisos del artículo 42 de la Constitución Política establecen que:

---

<sup>73</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA No. C-225 de 1994. Sala Plena. Sentencia C-225 del 5 de Mayo de 1994. Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. En <http://www.juridicacolombiana.com/página/jurisprudencia/Lc-constitucional/1994/c-225-94.asp>. Consultada el: 20 de noviembre de 2002.

Artículo 42. ...Las formas del matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.”<sup>74</sup>

*Conforme al Artículo 7 de la Ley 20 de 1974 “El Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas de derecho canónico. Para la efectividad de este reconocimiento la competente autoridad eclesiástica transmitirá copia auténtica del Acta al correspondiente funcionario del Estado, quien deberá inscribirla en el registro civil.”<sup>75</sup>*

*“Los matrimonios católicos surten efectos civiles desde el momento mismo de su celebración; la inscripción de la copia auténtica del acta matrimonial en el registro civil, única y exclusivamente tiene finalidad*

---

<sup>74</sup> COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA. Op. cit., Artículo 42.

<sup>75</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 20 DE 1974 (Diciembre 18), “Por la cual se aprueba el Concordato y el Protocolo final entre la República de Colombia y la Santa Sede, suscrito en Bogotá el 12 de Julio de 1973”. En: TORRADO Helí Abel. Código de Familia. - Comentado y Concordado-. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional. 2000. Página 26.

*probatoria del estado civil de casados de los cónyuges y de la existencia de la sociedad conyugal entre ellos”.*<sup>76</sup>

A este respecto la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

Es así entonces que el Artículo VII del Concordato (Art. 1 de la Ley 20 de 1974) reconoce efectos civiles a los matrimonios católicos y eso halla sustento constitucional en el Artículo 42 conforme al cual los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Lo propio hace la reciente ley 25 de 1992 por la cual se desarrollan los incisos 9, 10, 11, 12 y 13 del Artículo 42 de la Constitución Política, al prescribir que tendrán efectos jurídicos los matrimonios celebrados conforme a los cánones o reglas de cualquier confesión religiosa o iglesia, (Art. 1 que adiciona el Artículo 115 del Código Civil) dentro de las cuales obviamente se halla la iglesia católica. A renglón seguido el Artículo 2 de esta última ley previene que las actas de matrimonio expedidas por las autoridades religiosas deberán inscribirse en la oficina de registro del estado civil correspondiente al lugar de su celebración.

...Observa esta Corte que estas previsiones no ofrecen reparo de constitucionalidad y todavía más, cuando la disposición correspondiente fue declarada *exequible*”<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> BENETTI, ANGEL, Julio. Op. cit., Página. 192.

El Artículo 8 de la Ley 20 de 1974 establece que:

Artículo 8. Las causales relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos, incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio rato y no consumado, son de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos y Congregaciones de la Sede Apostólica.

Las decisiones y sentencias de éstas, cuando sean firmes y ejecutivas, conforme al derecho canónico, serán tramitadas al Tribunal Superior del distrito judicial territorialmente competente, el cual decretará su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará su inscripción en el registro civil.<sup>78</sup>

Conforme a este artículo la autoridad eclesiástica es autónoma e independiente de la autoridad civil, con relación a la nulidad y disolución del matrimonio.

Al ser el matrimonio canónico una forma de celebración del vínculo jurídico matrimonial debe tener independencia y autonomía frente a la nulidad del mismo y a su disolución como bien lo hace la

---

<sup>77</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-027 del 5 de Febrero de 1993. Magistrado Ponente Dr. Simón Rodríguez Rodríguez. En: <http://www.juridicacolombiana.com/página/jurisprudencia/Lc-constitucional/1993/c-027-93.asp>. Consultada el: 20 de noviembre de 2002.

<sup>78</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 20 DE 1974. Op. cit., Artículo 8.

legislación civil frente a la forma civil de celebración del vínculo jurídico matrimonial

Producto de esta independencia necesaria, las decisiones de las autoridades eclesiásticas con las cuales se afecta el matrimonio canónico, deberán comunicarse a las autoridades civiles para que las ejecuten respecto a los efectos civiles de los mismos, de igual manera como lo hacen con las partidas eclesiásticas cuando se celebra un matrimonio por la forma canónica.<sup>79</sup>

En efecto el Artículo 4 de la Ley 25 de 1992 establece que:

Artículo 4. La providencias de nulidad matrimonial proferidas por las autoridades de la respectiva religión, una vez ejecutoriadas, deberán comunicarse al juez de familia o promiscuo de familia del domicilio de los cónyuges, quien decretará su ejecución en cuanto a los efectos civiles y ordenará su inscripción en el registro civil. La nulidad del vínculo del matrimonio religioso surtirá efectos civiles a partir de la firmeza de la providencia del juez competente que ordene su ejecución”.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> BENETTI, ANGEL. Julio. Op. cit., Páginas. 198-199.

<sup>80</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 25 DE 1992 (Diciembre 17) “Por la cual se desarrollan los Incisos 9, 10, 11, 12 y 13 del Artículo 19 de la Constitución Política. En: Diario Oficial: 40.693. Artículo 4.

El Artículo 8 de la Ley 20 de 1974 fue demandado aduciendo que “...*el contraría el querer de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual defirió a las autoridades civiles la exclusiva competencia para reglamentar todo lo relacionado con las formas matrimoniales, rito, naturaleza, efectos, nulidad y disolución, haciendo abstracción de consideraciones religiosas*”.<sup>81</sup>

La Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

A. El inciso 1 del Artículo 8 del Concordato trata dos aspectos plenamente diferentes: el de las causales relativas a la nulidad y el de las referentes a la disolución del vínculo, en ambos casos, de los matrimonios canónicos. Distinción que se hace puesto que independientemente a lo que pueda considerar el derecho canónico, en el campo del derecho civil las expresiones “nulidad” y “disolución del vínculo” no tienen el mismo contenido y alcance. Ciertamente la utilización que de la disyuntiva hace el Código Canónico, cuando dice “las causales de nulidad o disolución del vínculo”, llevarían a pensar que para el derecho canónico esas instituciones corresponden a un solo concepto.

---

<sup>81</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-027 del 5 de Febrero de 1993. Op. cit.

1. En lo que concierne a las nulidades deferidas al conocimiento de la potestad católica y que consisten en las sanciones legales que se hacen recaer a través de sentencias de los tribunales eclesiásticos y congregaciones de la sede apostólica, sobre el matrimonio celebrado con omisión de las exigencias de validez, esta Corporación encuentra que la norma se ajusta a la Constitución Nacional.

El inciso 12 del Artículo 42 de la Constitución Nacional consagra que “también tendrán efectos civiles, las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictados por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley”. Significa que la norma concordataria que dispone la competencia para adelantar procesos de nulidad de matrimonios católicos ante tribunales eclesiásticos y congregaciones de la sede apostólica tiene el asentimiento de la norma de normas.

2. En cuanto hace a las causas de disolución del vínculo de matrimonios católicos, incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio rato y no consumado, el Artículo VIII del Concordato defiere su competencia a los tribunales eclesiásticos y congregaciones de la sede apostólica.

Habrà, pues de analizarse esta norma a la luz de la Constitución de 1991. Esta contiene las siguientes previsiones al respecto:

El artículo 42 que entrega a la ley civil “las formas de matrimonio, la edad y capacidad legal para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo” (inciso 9). El mismo artículo en si inciso 11 dispone que “los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil”.

Pues bien, el divorcio del matrimonio –a diferencia de la nulidad del mismo en que se cuestiona la validez del mismo por faltarle algún requisito esencial en su celebración- parte del supuesto de la validez del vínculo, más surgen con posterioridad circunstancias que la ley consagra (causales de divorcio) como ameritadas de su terminación.

La situación en Colombia después de expedida la Ley 1 de 1976 que entre otros mandatos instituyó el divorcio en el matrimonio civil y hasta la emisión de la nueva Ley 25 de 1992, es como sigue: contempla la ley tanto el divorcio vincular como la simple separación de cuerpos, Más es preciso deslindar a su vez estas dos situaciones: la del colombiano cuyas nupcias se celebraron de acuerdo con la ley civil, quien se puede acoger a la separación judicial de cuerpos, transformable en causal de divorcio si perdura dos años, o acudir al divorcio cuyo efecto invocará las causales señaladas al efecto. En cambio, para los colombianos casados por el rito católico, su matrimonio ostenta el carácter de indisoluble. Con el advenimiento de la Ley 25 de 1992 se introduce el divorcio

como medio de cesación de todos los efectos civiles de los matrimonios celebrados por el rito de cualquier confesión religiosa, incluidos los matrimonios católicos.

Pues bien, de la comparación entre los aspectos del Artículo VIII del Concordato y el Artículo 42 de la Constitución en los apartados atrás señalados, surge el quebranto por el primero del segundo constitucional.

En efecto, claramente se advierte que se atribuye en el concordato de las disputas sobre disolución de vínculo canónico (incluidas las relacionadas con el matrimonio rato y no consumado) a las autoridades eclesiásticas, en contraposición a lo que estatuye la Carta Política en el sentido de consagrar el divorcio como institución que hace cesar los efectos civiles de “todo matrimonio”, que incluye por la forma rotunda de su redacción toda forma matrimonial: la civil y la de cualquier religión.

No significa ello, que el divorcio que se decreta dentro de un matrimonio canónico rompa el vínculo matrimonial. Ese divorcio civil no quebranta la observancia de la ley canónica ni interrumpe el vínculo eclesiástico, sino que termina con los efectos civiles del matrimonio, y es ello la razón de ser del inciso 11 del Artículo 42 de la Constitución Nacional, el cual en principio resulta reiterativo porque en el inciso 9 de la misma norma se comprende la

disolución y ésta abarca el divorcio y de otra parte, en el inciso 11 se habla de divorcio.

En lo que concierne con el interrogante de si la disolución del matrimonio católico es potestad exclusiva y privativa de la iglesia o por el contrario, será tan solo al Estado a quien compete la facultad de determinar y regular todo lo que con la disolución del vínculo matrimonial atañe, la Corte considera que a partir de la expedición de la nueva constitución y en especial de su Artículo 42, los efectos civiles del matrimonio católico cesan por el divorcio decretado de acuerdo con las normas civiles.

Los incisos 9 y 11 del Artículo 42 de la Constitución Nacional, al hablar en forma genérica “del matrimonio” y “los matrimonios” y referir respecto a éstos “la disolución del vínculo” y la “cesación de efectos civiles” determinan que todo matrimonio queda regido por la ley civil en lo que atañe a la cesación de los efectos civiles.

No se trata -se repite- de consagrar el divorcio del matrimonio católico. De ninguna manera la Constitución se ha pronunciado así, tan solo remitió a la ley civil los efectos de todo matrimonio para indicar que cesarán los efectos civiles, mas no los sacramentales, por divorcio; es decir, que se respetan tanto el fuero de la iglesia de estimar que ese divorcio para los fines sacramentales no opera, como el fuero interno de la conciencia del católico, mas las

consecuencias jurídicas del estado civil que el matrimonio y el divorcio generan si se someten a la potestad del Estado.

B. En lo que toca al inciso 2 del Artículo VIII del concordato, mediante el cual se establece que las decisiones y sentencias de los Tribunales Eclesiásticos y congregaciones de la sede apostólica, una vez en firme y ejecutoriadas conforme al derecho canónico, serán transmitidas al Tribunal Superior del Distrito Judicial territorialmente competente, el cual decretará su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará su inscripción en el registro civil, debe anotarse que todo lo concerniente al divorcio del matrimonio es del fuero del Estado, quien es el autorizado para distribuir la competencia. Serán entonces competentes en el presente caso los jueces que señale la ley. Por ello es inconstitucional la competencia acordada en el Tribunal Superior.

...De conformidad con lo precedentemente explicado, se declarará inconstitucional el Artículo VIII del Concordato aprobado por el Artículo 1 de la Ley 20 de 1974 en la parte que dice: De su inciso 1 las expresiones: “o a la disolución del vínculo...” e “incluidas las que se refieren al matrimonio rato y no consumado”. De su inciso 2 la remisión que se hace “al Tribunal Superior de Distrito Judicial

territorialmente competente”. Serán competentes en este caso los jueces que determine la ley civil.

Del mismo modo se expresará en la sentencia que la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, en los términos del Artículo 42 inciso 11 de la Constitución, no rompe el vínculo del matrimonio católico.<sup>82</sup>

Son acertados los comentarios que sobre la sentencia C-027 de 1993 hace el Doctor Julio Benetti Ángel:

...No es adecuado hablar del divorcio con arreglo de la ley civil para cesar los efectos civiles del matrimonio católico; ya que este matrimonio se celebró por la forma canónica y no por la forma civil. El divorcio civil no es procedente por ausencia de la forma civil en la celebración del pacto conyugal. El Estado se está tomando atribuciones que no tiene, alegando facultades y derechos que le corresponden. Para cesar los efectos civiles el Estado puede crear una nueva figura pero nunca “engañar” a los ciudadanos con una figura inexistente desde el punto de vista jurídico. Cada forma de celebración del matrimonio tiene sus requisitos, facultades y efectos, por lo tanto deben respetarse entre sí y no ir más allá de sus propios ámbitos. El Estado tiene facultad para disolver los

---

<sup>82</sup> *Ibíd.*

matrimonios celebrados por la forma civil mediante divorcio, pero nunca entrometerse a disolver los matrimonios celebrados por otras formas alegando un fuero que no le pertenece frente a estas formas matrimoniales.

Al declararse el divorcio con arreglo a la ley civil para cesar los efectos civiles del matrimonio celebrado por la forma canónica, los casados por esta forma se consideran sin vínculo matrimonial vigente y contraen matrimonio por la forma civil cometiendo bigamia, desde el punto de vista legal y celebrando un cuasimatrimonio ya que este segundo matrimonio es inexistente desde el punto de vista jurídico, aunque desde el punto de vista legal tenga plenos efectos.

...No existe un vínculo matrimonial eclesiástico o sacramental, lo que existe es un vínculo jurídico matrimonial celebrado por la forma canónica. No puede afirmarse acertadamente que al cesar los efectos civiles por divorcio con arreglo a la ley civil el vínculo eclesiástico o sacramental sigue incólume. Al cesar los efectos civiles el vínculo matrimonial sigue intacto pero por ser una realidad natural y no una creación humana; es una realidad natural celebrado bajo la forma canónica y regulado en sus efectos civiles por el Estado. Sacramentalmente lo que existe es una gracia santificante que reciben los contrayentes en el momento del pacto conyugal, pero vínculo sacramental como tal no existe. El vínculo

jurídico eclesiástico no existe, lo que si se da en la realidad es el vínculo jurídico matrimonial celebrado bajo las normas eclesiásticas o canónicas.<sup>83</sup>

El Artículo IX del Concordato otorga a la iglesia la posibilidad de realizar acciones tendientes a lograr la conciliación de los cónyuges en los casos de separación de cuerpos. Para tal efecto la iglesia dispone de 30 días durante los cuales se suspenderá el proceso correspondiente.

Este Artículo fue demandado ya que:

...Esta norma al igual que los artículos VII y VIII del Concordato, desconocen los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 13, y 42. Ellos establecen un privilegio de los matrimonios de la religión católica frente a los matrimonios de la Iglesia Católica ortodoxa, evangélica, musulmana, judía etc... Al aceptar que la iglesia es competente para dirimir los conflictos que de los matrimonios católicos se derive, dejando al Estado la obligación de ejecutar la sentencia que se decreta, impone al Estado colombiano el procedimiento, lo cual no debe ser así.<sup>84</sup>

La Corte Constitucional dijo lo siguiente:

---

<sup>83</sup> BENETTI, ANGEL. Julio. Op. cit., Páginas. 214-215.

Previene el Artículo 42 inciso 9 de la Carta que las causales de separación de los matrimonios se rigen por la ley civil.

Del mismo modo el Artículo IX del Concordato previene que las contenciones sobre separación de cuerpos es de competencia de los jueces del Estado.

Comparados entonces uno y otro texto, se encuentra que proveen en igual forma y desde este punto de vista la norma concordataria no ofrecería reparos de inconstitucionalidad. Más si es inexequible la norma en cuanto la materia de la separación de cuerpos es indisponible por parte del Estado, quien no puede pactarla, en el sentido que fuese -defiriéndola o no a la ley civil- con ningún Estado, ya que el Estatuto Máximo confía a este su tratamiento y regulación.

Quedando entonces la cuestión de la separación de cuerpos bajo el amparo del Estado, la competencia para conocer de ella se radica obviamente en los jueces señalados en la ley civil.

Del mismo modo y por las mismas razones anotadas, el último inciso del Artículo IX sobre la misión pastoral de conciliación, también es inconstitucional.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-027 del 5 de Febrero de 1993. Op. cit.

<sup>85</sup> *Ibíd.*

**2. 5. 2. 3. Matrimonio Civil:** El Código Civil define el matrimonio en su Artículo 113; según este el matrimonio es un “*Contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.*”<sup>86</sup>

El tratadista Roberto Suárez Franco señala claramente las características de este contrato:

- a) Es un contrato. Porque implica la manifestación de voluntades de los esposos, legalmente capaces y hábiles, con el objeto de obligarse recíprocamente para lograr una finalidad jurídica específica: vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.
- b) Bilateral. En razón de que una vez celebrado es fuente de derechos y obligaciones recíprocas entre los esposos, tales como la cohabitación, la fidelidad, el socorro y la ayuda.
- c) Solemne. Por cuanto está sujeto a la observancia de ciertas y determinadas formalidades especiales establecidas por el legislador, de manera que su inobservancia implica la invalidez o ilicitud del acto.
- d) No admite modalidades. Es un acto puro y simple; celebrado el matrimonio, surgen los derechos y las obligaciones propias del estado que él genera, los cuales no pueden someterse a plazo o a

---

<sup>86</sup> COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op. cit., Artículo 113.

condición, por tratarse de cuestiones relativas al estado civil de las personas; además, los actos de familia, a diferencia de los eminentemente patrimoniales, no admite modalidad.

e) Entre un hombre y una mujer. Esta característica corresponde a su esencia misma; no se concibe un matrimonio entre personas de un mismo sexo; de ocurrir él, el matrimonio es inexistente.

f) Es de tracto sucesivo. Por cuanto las obligaciones que se derivan de él se cumplen en un tiempo más o menos prolongado y no son susceptibles de ejecutarse instantáneamente.

g) Origina un nuevo estado civil. Los contrayentes adquieren el estado civil de casados, distinto del de solteros que tenían hasta el momento de la celebración: estado que es irrenunciable y no es sometido a transacciones, pues es un atributo de la personalidad de los cónyuges.

h) Los fines los determina el derecho. Los móviles o motivos determinantes del matrimonio los constituyen la vida en común de los cónyuges, la procreación de los hijos y la ayuda mutua.<sup>87</sup>

### **2. 5. 3. Requisitos de Existencia y Validez y Requisitos Formales del Matrimonio:**

---

<sup>87</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto. Op. cit., Páginas. 107-108.

### **2. 5. 3. 1. Matrimonio Canónico:**

**2. 5. 3. 1. 1. Requisitos de Existencia:** Los requisitos de existencia son los siguientes:

**2. 5. 3. 1. 1. 1. La Diferencia de Sexos:** Es un requisito indispensable que obedece a la naturaleza misma del matrimonio, por lo tanto si falta este requisito, el matrimonio será inexistente

**2. 5. 3. 1. 1. 2. El Consentimiento:** En el matrimonio canónico, el consentimiento matrimonial desempeña un papel muy importante. El consentimiento matrimonial es la causa eficiente del matrimonio. De esto resulta, que no hay matrimonio sin consentimiento.

Una vez exista el consentimiento será necesario mirar como y ante quien se presto dicho consentimiento, cuestión que será examinada al tratar el tema de los requisitos de validez del matrimonio.

El Canon 1057 del Código de Derecho Canónico establece que: *“1. El matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir.*

*2. El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio”.*<sup>88</sup>

**2. 5. 3. 1. 1. 3. Cumplimiento de las solemnidades:** A saber:

En la forma ordinaria (Cann 1108 y s.s.): La manifestación del consentimiento matrimonial ante el ministro de la iglesia y dos testigos.

El Canon 1108 del Código de Derecho Canónico establece que:

Can. 1108. 1. Solamente son válidos aquellos matrimonios que se contraen ante el Ordinario del lugar o el párroco, o un sacerdote o diácono delegado por uno de ellos para que asista, y ante dos testigos, de acuerdo con las reglas establecidas en los cánones que siguen, y quedando a salvo las excepciones de que trata los cann. 144, 1112, 1; 1116 y 1127, 2 y 3.

2. Se entiende que asiste al matrimonio sólo aquél que, estando presente, pide la manifestación del consentimiento de los contrayentes y la recibe en nombre de la iglesia.<sup>89</sup>

En la forma extraordinaria (Canon 1116): La manifestación del consentimiento matrimonial ante dos testigos.

El Canon 1116 del código de Derecho Canónico establece que:

---

<sup>88</sup> CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. Op. cit., Canon 1057.

<sup>89</sup> *Ibíd.* Canon 1108.

Can. 1116. 1. Si no hay alguien que sea competente conforme al derecho para asistir al matrimonio, o no se puede acudir a él sin grave dificultad, quienes pretenden contraer verdadero matrimonio pueden hacerlo válida y lícitamente estando presente sólo los testigos:

1. En peligro de muerte;
  2. Fuera de peligro de muerte, con tal de que se prevea prudentemente que esa situación va a prolongarse por un mes.
2. En ambos casos, si hay otro sacerdote o diácono que pueda estar presente, ha de ser llamado y debe asistir al matrimonio juntamente con los testigos, sin perjuicio de la validez del matrimonio sólo ante testigos.<sup>90</sup>

**2. 5. 3. 1. 2. Requisitos de Validez:** Los requisitos de validez son:

**2. 5. 3. 1. 2. 1. Consentimiento Libre de Vicios:** En el consentimiento matrimonial se debe tener en cuenta la capacidad de la persona que lo presta (cosa que analizaremos al tratar la capacidad) y la forma como lo presta (lo cual se analizará al tratar el tema de las formalidades).

El consentimiento como manifestación de la voluntad de los contrayentes de hacersen coparticipes y coposeros mutuos, a de darse de manera libre, exclusiva y de viva voz.

---

<sup>90</sup> Ibíd. Canon 1116.

A este respecto el Canon 1104 del código de Derecho Canónico señala que:

Can. 1104. 1. Para contraer validamente matrimonio es necesario que ambos contrayentes se hallen presentes en un mismo lugar, o en persona o por medio de un procurador.

2. Expresen los esposos con palabras el consentimiento matrimonial; o, si no pueden hablar, con signos equivalentes.

Por esta razón, será inválido el matrimonio donde el consentimiento se halle viciado.<sup>91</sup>

Los vicios del consentimiento: Los vicios del consentimiento son:

**2. 5. 3. 1. 2. 1. 1. La Ignorancia:** Si bien para el legislador eclesiástico la ignorancia es un vicio del consentimiento, el no entender que es el matrimonio hace parte más que todo a la capacidad subjetiva de los contrayentes al momento de contraer matrimonio, por ello nos referiremos a esto cuando tratemos el tema de la capacidad.

**2. 5. 3. 1. 2. 1. 2. El Error:** La legislación eclesiástica se refiere al error de hecho y dice lo siguiente en el Canon 1097 del código de Derecho Canónico: “1. *El error acerca de la persona hace inválido el matrimonio.* 2.

---

<sup>91</sup> *Ibíd.* Canon 1104.

*El error acerca de una cualidad de la persona, aunque sea causa del contrato, no dirime el matrimonio, a no ser que se pretenda esta cualidad directa y principalmente.”<sup>92</sup>*

El Canon 1099 del código de Derecho Canónico a su vez establece que:  
*“El error acerca de la unidad, de la indisolubilidad o de la dignidad sacramental del matrimonio, con tal que no determine a la voluntad, no vicia el consentimiento matrimonial.”<sup>93</sup>*

**2. 5. 3. 1. 2. 1. 3. El Dolo:** Curiosamente y a diferencia de lo que hace el legislador civil, la legislación canónica menciona el dolo como un vicio del consentimiento matrimonial en los siguientes términos: Canon 1098 del Código de Derecho Canónico: *“Quien contrae el matrimonio engañado por dolo provocado para obtener su consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente.”<sup>94</sup>*

El dolo o engaño en el que se incurre es realizado por el contrayente o un tercero, dicho engaño busca obtener el consentimiento matrimonial y es de tal magnitud que sin dicho engaño no se habría contraído matrimonio.

**2. 5. 3. 1. 2. 1. 4. La Violencia o Miedo Grave:** El Canon 1103 del código de Derecho Canónico establece que *“Es invalido el matrimonio contraído*

---

<sup>92</sup> *Ibíd.* Canon 1097.

<sup>93</sup> *Ibíd.* Canon 1099.

*por violencia o miedo grave proveniente de una causa extraña, e incluso el no inferido de propio intento, para librarse del cual alguien se vea obligado a elegir el matrimonio."*<sup>95</sup>

Son requisitos del miedo los siguientes:

1. Que exista un mal que amenaza, mal que debe probarse, pues no se presume.
2. Que provenga ese mal voluntariamente, o sea, de causa externa libre y de manera manifiesta.
3. Que ese mal causante del miedo mueva indirectamente a contraer matrimonio, de tal suerte que coincida con el miedo, como causa, con el acto de celebración del matrimonio. Debe, por tanto, constar la aversión grave, cierta y constante del contrayente para con el consorte, o a lo menos para contraer matrimonio.
4. Que el miedo sea grave, absoluta o relativamente, e injusto.
5. Que se considere el matrimonio como el único camino más eficaz para evitar el mal que produce el miedo.<sup>96</sup>

La amenaza ha de ser cierta, inminente e indeclinable, recae sobre el contrayente mismo o alguien cercano a él, la puede ejercer el otro

---

<sup>94</sup> *Ibíd.* Canon 1098.

<sup>95</sup> *Ibíd.* Canon 1103.

<sup>96</sup> ARBOLEDA VALENCIA, Hernán. *El Matrimonio Civil de Colombianos católicos en el Exterior*. Bogotá.

cónyuge o un tercero y tiene por objeto obtener el consentimiento matrimonial.

Además, la violencia o miedo grave hay que valorarlo en cada caso particular, teniendo en cuenta a la víctima y los medios con que se ejerce.

**2. 5. 3. 1. 2. 2. El Consentimiento Simulado:** El Canon 1101 del Código de Derecho Canónico establece que “1. *El consentimiento interno de la voluntad se presume que esta conforme con las palabras o signos empleados al celebrar el matrimonio.*

2. *Pero si uno de los contrayentes, o ambos, excluye con un acto positivo de la voluntad el matrimonio mismo o un elemento esencial del matrimonio o una propiedad esencial, contrae inválidamente.*”<sup>97</sup>

El 1 establece una presunción iuris de que existe una concordancia entre la voluntad interna matrimonial y su manifestación exterior: si se diese una discordancia entre ambos factores, el consentimiento matrimonial sería nulo. Son causas muy difíciles ya que se trata de averiguar el pensamiento interno por lo que hay que recurrir a las conjeturas, indicios, diversas circunstancias que rodean el matrimonio, etc. En el 2 se configuran los diversos elementos o características que debe reunir el consentimiento simulado para

---

Editorial Temis. 1967. Páginas. 25.

<sup>97</sup> CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. Op. cit., Canon 1101.

que sea nulo: 1. En primer lugar se requiere un acto positivo de la voluntad de uno o ambos cónyuges; no basta la mera carencia de voluntad, ni un deseo vago ni una opinión..., sino que, al ser el matrimonio un acto de voluntad, es necesario un acto positivo de la voluntad por el que se elimine del consentimiento matrimonial algo de lo que exige la naturaleza de dicho consentimiento. Coexisten, en consecuencia, dos actos de voluntad contradictorios entre sí: por una parte se quiere contraer matrimonio, por otra se quiere excluir alguno de los factores específicos que configuran el matrimonio. 2. En segundo lugar se requiere que la exclusión positiva de la voluntad verse o sobre el matrimonio mismo o sobre algunos de los elementos o propiedades esenciales del matrimonio. En el primer supuesto se trata de la denominada simulación total, y en este caso uno o varios contrayentes en realidad celebran una ceremonia externa carente de contenido, ya que no quieren contraer matrimonio, se identifica con este supuesto la exclusión de la dignidad sacramental del matrimonio, pues...en el matrimonio de dos bautizados ambos elementos –contrato y sacramento- son inseparables; en caso de conflicto habrá que ver cual es la voluntad prevalente: si la de contraer matrimonio o la de excluir el sacramento. En el segundo supuesto... estaremos ante la simulación parcial o exclusión de algunas de las propiedades o elementos del matrimonio; tradicionalmente se han agrupado en

torno al bonum prolis –exclusión de la procreación-, bonum fidei – exclusión de la unidad- y bonum sacramenti – exclusión de la indisolubilidad matrimonial-, aunque nada impide que puedan descubrirse o tomar conciencia de otras propiedades o elementos esenciales que configuran la nueva noción del matrimonio. La doctrina y jurisprudencia canónicas admiten únicamente que la exclusión de estos elementos esenciales debe versar sobre el derecho de tales y no sobre su ejercicio: tal división y distinción solo puede aplicarse correctamente en los dos primeros supuestos. Se puede argüir para mantener la citada distinción que dichos elementos pertenecen no al ser o esencia del matrimonio, sino a su uso o ejercicio, y el ser no depende del uso”.<sup>98</sup>

**2. 5. 3. 1. 2. 3. Capacidad:** *"La capacidad o habilidad para contraer matrimonio se presenta de dos maneras: a) En forma positiva, como calidad en la persona del contrayente; y b) En forma negativa, como ausencia de impedimentos en los contrayentes, que de existir, los imposibilite para contraer matrimonio."*<sup>99</sup> de estos últimos nos ocuparemos más adelante.

---

<sup>98</sup> MIGUELEZ DOMINGUEZ, Lorenzo. Código de Derecho Canónico. Tomo II. Edición Bilingüe Comentada. Biblioteca de Autores Cristianos. 1984. Pág. 533 y ss.

<sup>99</sup> ARBOLEDA VALENCIA. Hernán. Op. cit., Página. 84.

Según el Canon 1058: "*Pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíba.*"<sup>100</sup>

A su vez el Canon 1083 establece que: "*1. No puede contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos, ni la mujer antes, de los catorce, también cumplidos.*

*2. Puede la Conferencia Episcopal establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonio.*"<sup>101</sup>

La Conferencia Episcopal Colombiana autorizada por el Código de Derecho Canónico, aumento la edad a 18 años tanto para el varón como para la mujer. Según los canonistas, por razón de edad el derecho natural está completamente al margen del impedimento formalmente considerado.

En el tema de la capacidad es importante tener en cuenta la capacidad subjetiva que consiste en entender y querer el matrimonio.

Si bien la edad es importante para determinar la aptitud sexual, la cual es indispensable para cumplir los fines del matrimonio, no es suficiente. también es importante la capacidad subjetiva

---

<sup>100</sup> CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. Op. cit., Canon 1058.

<sup>101</sup> *Ibíd.* Canon 1083.

En cuanto al entendimiento o conocimiento del matrimonio el Canon 1095 del Código de Derecho Canónico establece que: "*son incapaces de contraer matrimonio: 1. Quienes carecen de suficiente uso de razón; 2. Quienes tienen un grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio que mutuamente se han de dar y aceptar; 3. Quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica.*"<sup>102</sup>

Así mismo el Canon 1096 del Código de Derecho Canónico establece que: "*1. Para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual.*

*2. Está ignorancia no se presume después de la pubertad*"<sup>103</sup>

En cuanto a la voluntad, esta se manifiesta en el consentimiento de los contrayentes libre de vicios, tal como fue señalado anteriormente.

#### **2. 5. 3. 1. 2. 4. Ausencia de Impedimentos Dirimentes entre los**

**Contrayentes:** A diferencia de lo que ocurre con la incapacidad proveniente de la calidad en la persona del contrayente, los impedimentos

---

<sup>102</sup> *Ibíd.* Canon 1095.

<sup>103</sup> *Ibíd.* Canon 1096.

son prohibiciones que existen con el fin de preservar la esencia misma del matrimonio.

Los impedimentos son limitaciones que están consagradas expresamente en el código de Derecho Canónico, son excepcionales y no admiten la analogía.

**2. 5. 3. 1. 2. 4. 1. La Dispensa:** Consiste en un relajamiento de la ley en un caso especial o particular.

“La dispensa no destruye la eficacia general de la ley, pero sí su eficacia objetiva en casos particulares: es una exención de la ley por la que el legislador saca del ámbito de la misma algún caso que en ella estaba comprendido.

La dispensa es realmente una figura jurídica que tiene cabida en el derecho canónico, mas no en el derecho civil, y la razón es obvia: en virtud de la estructura del Estado, la ley siempre es de obligatoria aplicación: *dura lex, sed lex*; por la organización jerárquica de la Iglesia y por la real trascendencia moral que tienen sus normas, se permite a autoridades específicas de la Iglesia eximir a ciertas y determinadas personas y mediante circunstancias especiales, del ámbito de aplicación de la ley.”<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> SUAREZ, FRANCO, Roberto. Op. cit. Páginas 92-93.

**2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. Clasificación de los Impedimentos:** Los impedimentos se clasifican de la siguiente manera:

a) Por razón de su origen se dividen en impedimentos de derecho divino y de derecho humano o eclesiástico. Corresponde al Papa declarar auténticamente en que casos el derecho divino impide o dirime el matrimonio; lo propio en cuanto a abrogar o derogar impedimentos de derecho eclesiástico, a no ser que por derecho común o por indulto especial de la Sede Apostólica se le haya concedido esta facultad.

b) Público o oculto, si se pide probar en el fuero externo o no.

c) Por razón de su ámbito se clasifican en absolutos o relativos, según impidan el matrimonio con toda persona del otro sexo o solo con respecto a alguna de ellas.

d) Por razón de su duración se dividen en perpetuos y temporales, según cesen o no cesen por el transcurso del tiempo.

e) Por razón de su dispensabilidad se dividen en dispensables y no dispensables.

La antigua clasificación en impedientes y dirimientes y en grado menor y grado mayor desapareció en el nuevo Código de Derecho Canónico.<sup>105</sup>

---

<sup>105</sup> Ibíd. Página. 92.

Los impedimentos matrimoniales son:

**2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 1. Impedimento de Edad:** Como se señaló antes el Canon 1083 establece que: "*1. No puede contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos, ni la mujer antes, de los catorce, también cumplidos.*

*2. Puede la Conferencia Episcopal establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonio.*"

además "*...La Conferencia Episcopal Colombiana autorizada por el código de Derecho Canónico, aumento la edad a 18 años tanto para el varón como para la mujer. Según los canonistas, por razón de edad el derecho natural está completamente al margen del impedimento formalmente considerado.*"<sup>106</sup>

La razón es clara, responde a los fines del matrimonio.

Este impedimento puede cesar por el cumplimiento de la edad requerida o por el hecho del embarazo.

El impedimento de edad es difícilmente dispensable; salvo en el caso de personas que se hallen en peligro de muerte y pretendan solucionar asuntos de conciencia o procurar la legitimidad de la

---

<sup>106</sup> CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. Op. cit., Canon 1083.

prole. La dispensa puede concederla el ordinario del lugar; si no es factible acudir a este, le corresponde concederla al párroco; y en ultimo término, al sacerdote que presencie el matrimonio. Excepcionalmente puede dispensar el confesor, en el acto de la confesión, para el fuero interno.<sup>107</sup>

**2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 2. Impedimento de Impotencia:** El Canon 1084 del Código de Derecho Canónico establece que:

Can. 1084. 1. La impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal, tanto por parte del hombre como de la mujer, ya absoluta ya relativa, hace nulo el matrimonio por su misma naturaleza.

2. Si el impedimento de impotencia es dudoso, con duda de derecho o de hecho, no se debe impedir el matrimonio ni, mientras permanezca la duda, declararlo nulo.

3. La esterilidad no prohíbe ni dirime el matrimonio, sin perjuicio de lo que se prescribe en el can. 1098<sup>108</sup>

En efecto la impotencia ha de ser antecedente, perpetua y se refiere a la realización del acto conyugal; por lo tanto, queda claro que la esterilidad no constituye un impedimento.

---

<sup>107</sup> SUAREZ, FRANCO, Roberto. Op. cit., Página. 94.

<sup>108</sup> CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. Op. cit., Canon 1084.

Este impedimento por ser de derecho natural, no es dispensable.

**2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 3. Impedimento de Vínculo o Ligamen:** El Canon 1085 establece que *“1. Atenta inválidamente el matrimonio quien está ligado por el vínculo de un matrimonio anterior, aunque no haya sido consumado.*

*2. Aun cuando el matrimonio anterior sea nulo o haya sido disuelto por cualquier causa, no por eso es lícito contraer otro antes de que conste legítimamente y con certeza la nulidad o disolución del precedente.”*<sup>109</sup>

Este impedimento tiene su fundamento en la unidad en las naturalezas por lo tanto es de derecho natural y por lo mismo no es dispensable.

**2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 4. Impedimento de Disparidad de Cultos:** El Canon 1086 establece que:

Can. 1086. 1. Es inválido el matrimonio entre dos personas, una de las cuales fue bautizada en la Iglesia Católica o recibida en su seno y no se ha apartado de ella por acto formal, y otra no bautizada.

2. No se dispense este impedimento si no se cumplen las condiciones indicadas en los Can. 1125 y 1126.

---

<sup>109</sup> Ibíd. Canon 1085.

3. Si al contraer matrimonio, una parte era comúnmente tenida por bautizada o su bautismo era dudoso, se ha de presumir conforme al can. 1060, La validez del matrimonio hasta que se pruebe con certeza que uno de los contrayentes estaba bautizado y el otro no.”<sup>110</sup>

El Canon 1125 con relación a las condiciones para la licencia de celebración de matrimonios mixtos establece que:

Can. 1125. Si hay una causa justa y razonable, el ordinario del lugar puede conceder esta licencia; pero no debe otorgarla si no se cumplen las condiciones que siguen:

1. Que la parte católica declare que ésta dispuesta a evitar cualquier peligro de apartarse de la fe, y prometa sinceramente que hará cuanto le sea posible para que toda la prole se bautice y se eduque en la Iglesia católica;

2. Que se informe en su momento al otro contrayente sobre las promesas que debe hacer la parte católica, de modo que conste que es verdaderamente consciente de la promesa y de la obligación de la parte católica;

---

<sup>110</sup> Ibíd. Canon 1086.

3. Que ambas partes sean instruidas sobre los fines y propiedades esenciales del matrimonio, que no puedan ser excluidos por ninguno de los dos.”<sup>111</sup>

El Canon 1126 establece que *“Corresponde a la Conferencia Episcopal determinar tanto el modo según el cual han de hacerse estas declaraciones y promesas, que son siempre necesarias, como la manera de que quede constancia de la misma en el fuero externo y de que se informe a la parte no católica.”*<sup>112</sup>

#### **2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 5. Impedimento de Orden y Votos Solemnes:**

Conviene distinguir dos situaciones

a). Las órdenes sagradas: Conforme al Canon 1087 *“Atentan inválidamente el matrimonio quien ha recibido las órdenes sagradas.”*<sup>113</sup>

Este impedimento es de derecho eclesiástico y es dispensable por el Sumo Pontífice.

b). Los votos públicos y perpetuos de castidad: Dispone el Canon 1088 *“Atentan inválidamente el matrimonio quienes están vinculados por voto publico perpetuo de castidad en un instituto religioso.”*<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> Ibíd. Canon 1125.

<sup>112</sup> Ibíd. Canon 1126.

<sup>113</sup> Ibíd. Canon 1087.

<sup>114</sup> Ibíd. Canon 1088.

**2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 6. Impedimento de Rapto:** Establece el Canon 1089 que *“No puede haber matrimonio entre el hombre y la mujer raptada o al menos retenida con miras a contraer matrimonio con ella, a no ser que después la mujer, separada del raptor y hallándose en lugar seguro y libre, elija voluntariamente el matrimonio.”*<sup>115</sup>

Este impedimento es de derecho eclesiástico, no es dispensable y puede cesar por voluntad de la mujer al ser liberada por el raptor.

Este impedimento opera tanto en el caso de la mujer como el hombre raptado.

**2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 7. Impedimento de Crimen:** Esta contenido en el Canon 1090 *“Quien con el fin de contraer matrimonio con una determinada persona, causa la muerte del cónyuge de está o de su propio cónyuge, atenta inválidamente ese matrimonio.*

*2. También atenta inválidamente el matrimonio entre sí quienes con una cooperación mutua, física o moral causaron la muerte del cónyuge”*<sup>116</sup>

Este impedimento es de derecho eclesiástico y es dispensable solo en casos gravísimos por el Sumo Pontífice.

---

<sup>115</sup> Ibíd. Canon 1089.

<sup>116</sup> Ibíd. Canon 1090.

**2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 8. Impedimento de Parentesco:** Esta previsto en los cánones 1091, 1092 y 1094 del Código de Derecho Canónico.

a). Impedimento por parentesco de consanguinidad: El Canon 1091 establece que:

Can. 1091 1. En línea recta de consanguinidad, es nulo el matrimonio entre todos los ascendientes y descendientes, tanto legítimos como naturales.

2. En línea colateral, es nulo hasta el cuarto grado inclusive.

3. El impedimento de consanguinidad no se multiplica

4. Nunca debe permitirse el matrimonio cuando subsiste alguna duda sobre si las partes son consanguíneas en algún grado de línea recta o en segundo grado de línea colateral.<sup>117</sup>

*“El impedimento de consanguinidad en línea recta o en segundo grado de línea colateral no es dispensable por la Iglesia, por considerarlo de derecho natural.”<sup>118</sup>*

b). Impedimento de afinidad: El Canon 1092 establece que *“La afinidad en línea recta dirime el matrimonio en cualquier grado.”<sup>119</sup>*

---

<sup>117</sup> Ibíd. Canon 1092.

<sup>118</sup> SUAREZ, FRANCO, Roberto. Op. cit., Página. 98.

Es dispensable difícilmente.

c). Impedimento por parentesco de adopción: El Canon 1094 establece que *“No puede contraer validamente matrimonio entre sí quienes están unidos por parentesco legal proveniente de la adopción, en línea recta o en segundo grado de línea colateral.”*<sup>120</sup>

**2. 5. 3. 1. 2. 4. 2. 9. Impedimento de Publica Honestidad:** Dispone el Canon 1093 *“El impedimento de publica honestidad surge del matrimonio inválido después de instaurada la vida en común, o del concubinato notorio o publico; y dirime el matrimonio en el primer grado de línea recta entre el varón y las consanguíneas de la mujer, y viceversa.”*<sup>121</sup>

...Los motivos de este impedimento son los mismos que los de la afinidad y parentesco legal, pero un poco más atenuados: son considerados de moralidad pública y conveniencias sociales las que están en la base de este impedimento. No hay razones de orden fisiológico para crear este impedimento: se trata, mas bien, de salvaguardar la santidad de la familia, la moral familiar y social, la decencia publica que, ciertamente, tiene, algo de cambiante con los tiempos. Se trata, por tanto, de un impedimento de derecho eclesiástico, introducido por la iglesia con un carácter más

---

<sup>119</sup> CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. Op. cit., Canon 1092.

<sup>120</sup> *Ibíd.* Canon 1094.

restringido que el de la afinidad, por razones de moralidad social y familiar.<sup>122</sup>

#### **2. 5. 3. 1. 2. 4. Cumplimiento de las Formalidades:**

La forma de celebrar el matrimonio canónico esta prevista en los Cánones 1108 y ss. Del código de Derecho Canónico.

El Canon 1108 establece que:

Can. 1108 1. Solamente son válidos aquellos matrimonios que se contraen ante el Ordinario del lugar o el párroco, o un sacerdote o diácono delegado por uno de ellos para que asista, y ante dos testigos, de acuerdo con las reglas establecidas en los cánones que siguen, y quedando a salvo las excepciones de que se trata en los cann. 144, 1112, 1; 1116 y 1127, 2 y 3.

2. Se entiende que asiste al matrimonio sólo aquél que, estando presente, pide la manifestación del consentimiento de los contrayentes y la recibe en nombre de la Iglesia.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> *Ibíd.* Canon 1093.

<sup>122</sup> AZNAR GIL, Federico. *El Nuevo Derecho Matrimonial Canónico*. 2ª. Edición. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca. Página. 280.

<sup>123</sup> CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. *Op. cit.*, Canon 1108.

El Canon 1110 señala que *“El ordinario del lugar y el párroco personales, en razón de su oficio, sólo asisten validamente al matrimonio de aquellos de los que uno al menos es súbdito suyo, dentro de los límites de su jurisdicción.”*<sup>124</sup>

El Canon 1111 faculta al Ordinario del lugar o párroco para delegar a los sacerdotes y diáconos la asistencia al Matrimonio:

Can. 1111 1. El Ordinario del lugar y el párroco, mientras desempeñan validamente su oficio, pueden delegar a sacerdotes y a diáconos la facultad, incluso general, de asistir a los matrimonios dentro de los límites de su territorio.

2. Para que sea válida la delegación de la facultad de asistir a los matrimonios, debe otorgarse expresamente a personas determinadas; si se trata de una delegación especial, ha de darse para un matrimonio concreto; pero, si se trata de una delegación general, debe concederse por escrito”.<sup>125</sup>

El Canon 1112 trata la potestad especial para delegar a laicos para que asistan al matrimonio: *“1. Donde no haya sacerdote ni diácono, el Obispo diocesano, previo voto favorable de la Confesión Episcopal y obtenida*

---

<sup>124</sup> *Ibíd.* Canon 1110.

<sup>125</sup> *Ibíd.* Canon 1111.

*licencia de la Santa Sede, puede delegar a laicos para que asistan a los matrimonios.*

*2. Se debe elegir un laico idóneo, capaz de instruir a los contrayentes y apto para celebrar debidamente la liturgia matrimonial.”<sup>126</sup>*

En cuanto a la competencia territorial: el Canon 1115 señala que “*Se ha de celebrar los matrimonios en la parroquia donde uno de los contrayentes tiene su domicilio o cuasidomicilio o ha residido durante un mes, o, si se trata de vagos, en la parroquia donde reside en ese momento; con licencia del Ordinario propio o del párroco propio se puede celebrar en otro lugar.”<sup>127</sup>*

A su vez el Canon 1118 establece que:

Can. 1118 1. El matrimonio católicos o entre una parte católica y otra bautizada no católica se debe celebrar en una iglesia parroquial; con licencia del Ordinario del lugar o del párroco puede celebrar en otra iglesia u oratorio.

2. El Ordinario del lugar puede permitir la celebración del matrimonio en otro lugar conveniente.

---

<sup>126</sup> *Ibíd.* Canon 1112

<sup>127</sup> *Ibíd.* Canon 1115.

3. El matrimonio entre una parte católica y otra no bautizada podrá celebrarse en una iglesia o en otro lugar conveniente.”<sup>128</sup>

Además el Código de Derecho Canónico contempla una forma extraordinaria para contraer matrimonio en el Canon 1116:

Can. 1116 1. Si no hay alguien que sea competente conforme al derecho para asistir al matrimonio, o no se puede acudir a él sin grave dificultad, quienes pretenden contraer verdadero matrimonio pueden hacerlo válida y lícitamente estando presente sólo los testigos:

1. En peligro de muerte;
  2. Fuera de peligro de muerte, con tal de que se prevea prudentemente que esa situación va a prolongarse por un mes.
2. En ambos casos, si hay otro sacerdote o diácono que pueda estar presente, ha de ser llamado y debe asistir al matrimonio juntamente con los testigos, sin perjuicio de la validez del matrimonio sólo ante testigos.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> *Ibíd.* Canon 1118.

<sup>129</sup> *Ibíd.* Canon 1116.

## **2. 5. 3. 2. Matrimonio Civil:**

**2. 5. 3. 2. 1. Requisitos de Existencia:** Los requisitos de existencia del matrimonio civil son:

**2. 5. 3. 2. 1. 1. La Diferencia de Sexos:** Al igual que en el matrimonio canónico este es un requisito de existencia, y por la misma razón, la diferencia de sexos es de la naturaleza misma del matrimonio.

**2. 5. 3. 2. 1. 2. Consentimiento:** La expresión del consentimiento por medios inequívocos es un requisito de la existencia del matrimonio, en caso de ausencia del consentimiento o manifestación negativa del consentimiento no habrá consentimiento y el matrimonio será inexistente.

**2. 5. 3. 2. 1. 3. Cumplimiento de Formalidades Esenciales:** El matrimonio al ser un contrato, además de consensual, solemne, requiere de unos requisitos esenciales, de tal forma que las inobservancia de tales requisitos y formalidades ocasionan la inexistencia del matrimonio.

*“Se considera como esencial la presencia del juez o del notario en la celebración del acto; el incumplimiento de esa solemnidad conduce a la inexistencia; por lo tanto, el acto intentado ante funcionario distinto, v.gr.,*

*un gobernador, un alcalde o un inspector, no es considerado como matrimonio. La simple incompetencia del juez es causal de nulidad del contrato, más no de inexistencia.”<sup>130</sup>*

Vale agregar que si el matrimonio se celebra ante una autoridad judicial que pertenece a una jurisdicción distinta a la civil, v.gr., juez penal, laboral etc., el matrimonio será inexistente.

**2. 5. 3. 2. 2. Requisitos de Validez:** Siendo el matrimonio civil un contrato civil, ha de seguir los requisitos generales de todo contrato, sin embargo debido a su especialidad y trascendencia tiene unos requisitos especiales.

**2. 5. 3. 2. 2. 1. Requisitos Generales del Matrimonio:** El Artículo 1502 del C.C. señala que *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: a) Que sea legalmente capaz; b) Que consienta en dicho acto o declaración y que su voluntad no adolezca de vicios; c) Que recaiga sobre un objeto lícito; y d) Que tenga una causa lícita.”<sup>131</sup>*

**2. 5. 3. 2. 2. 1. 1. Capacidad:** De acuerdo a lo establecido por el Artículo 2 del Decreto 2820 de 1974, que subrogó el Artículo 116 del Código Civil

---

<sup>130</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto. Op. cit., Página. 156.

<sup>131</sup> COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op. cit., Art. 1502.

*“Las personas mayores de 18 años pueden contraer matrimonio libremente.”<sup>132</sup>*

Sin embargo, en el caso de los púberes que no han llegado a la mayoría de edad, podrán contraer matrimonio, previo el permiso otorgado por sus padres o representantes legales (Art. 129 C.C.)

Los impúberes, dementes y sordomudos son incapaces absolutos de acuerdo a nuestro ordenamiento civil y por esta razón no podrán celebrar contratos (Art. 1504 C.C.), sin embargo, el sordomudo podrá contraer matrimonio siempre y cuando exteriorice su consentimiento por signos inequívocos ante el juez.

El numeral 2 del Artículo 140 del Código Civil establece que *“El matrimonio será nulo y sin efectos en los siguientes casos: 2) Cuando se ha contraído entre el varón menor de catorce años, y una mujer menor de doce, o cuando cualquiera de los dos sea respectivamente menor de aquella edad.”<sup>133</sup>*

**2. 5. 3. 2. 2. 1. 2. Consentimiento Libre de Vicios:** La manifestación del consentimiento libre de vicios es un requisito de validez del matrimonio.

---

<sup>132</sup> COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 2820 DE 1974 (Diciembre 20), “Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones, acordado con las modificaciones introducidas por el decreto 772 de 1975”. En: TORRADO Helí Abel. Op. cit. Página 55.

<sup>133</sup> COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op. cit., Artículo 140 núm. 2.

Los vicios del consentimiento en la legislación civil, según lo prevé el Artículo 1508 son el error, la fuerza y el dolo; sin embargo, en el matrimonio civil el dolo no vicia el consentimiento matrimonial.

*"En el Contrato de matrimonio, el dolo no vicia el consentimiento, porque siendo, en suma, un artificio de que una persona se sirve para engañar a otra, la institución del matrimonio sería inestable, con perjuicios de orden social, si el Legislador permitiese anular los matrimonios en que hubiese habido engaños."*<sup>134</sup>

**2. 5. 3. 2. 2. 1. 2. 1. El Error:** El error de derecho, no vicia el consentimiento, el error de hecho ocasiona vicios cuando recae sobre la persona de los contrayentes.

El error acerca de las calidades accidentales de la persona no constituye vicio del consentimiento.

El numeral 1 del Artículo 140 del Código Civil al respecto establece que *"El matrimonio es nulo y sin efectos en los siguientes casos: 1) Cuando ha habido error acerca de las personas de ambos contrayentes o de la de uno de ellos"*<sup>135</sup>

**2. 5. 3. 2. 2. 1. 2. 2. La Fuerza:** Ha de seguirse la regla general consagrada en el Artículo 1523 del código Civil, según el cual:

---

<sup>134</sup> VELEZ, Fernando. Estudios Sobre el Derecho Civil Colombiano. T.I. Segunda Edición. París: Imprenta París-América. 1926. Página. 119.

Artículo 1523. La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irrespirable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.<sup>136</sup>

A este respecto el numeral 5 del Artículo 140 del Código Civil señala que:

Artículo 140 num. 5. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes: 5. Cuando se ha contraído por fuerza o miedo que sean suficientes para obligar a alguno a obrar sin libertad; bien sea que la fuerza se cause por el que quiere contraer matrimonio o por otra persona. La fuerza o miedo no será causa de nulidad del matrimonio, si después de disipada la fuerza, se ratifica el matrimonio con palabras expresas o por la sola cohabitación de los consortes.<sup>137</sup>

El numeral 3 del Artículo 140 del Código Civil establece que:

---

<sup>135</sup> COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op. cit., Artículo 140 núm. 1.

<sup>136</sup> *Ibíd.* Artículo 1523.

Artículo 140 num. 3. La ley presume falta de consentimiento en los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos a quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Pero los sordomudos, si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán matrimonio.<sup>138</sup>

En este orden de ideas y de acuerdo a la redacción del artículo anteriormente citado, la presunción de falta de consentimiento en los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura y en los mentecatos a quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes, no admite prueba en contrario.

El caso del sordomudo constituye una excepción y es clara la intención del legislador de permitir que se de el consentimiento matrimonial en él manifestándolo mediante signos manifiestos.

**2. 5. 3. 2. 2. 1. 3. Objeto Lícito:** El contrato de matrimonio, al igual de lo que ocurre con el común de los contratos, crea derechos y obligaciones.

En el caso del matrimonio y dada su naturaleza especial que difiere notablemente del común de los contratos patrimoniales, crea unos

---

<sup>137</sup> *Ibíd.* Artículo 140 núm. 5.

<sup>138</sup> *Ibíd.* Artículo 140 núm. 3.

derechos y obligaciones especiales los cuales se analizaran con detalle al tratar el tema de los efectos del matrimonio.

**2. 5. 3. 2. 2. 1. 4. Causa Licita:** *"En el matrimonio, la causa o fin es el motivo determinante que induce a los contrayentes a su celebración y que por definición siempre es la misma según el Código: vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente (art. 113)."*<sup>139</sup>

**2. 5. 3. 2. 2. 2. Requisitos Especiales del Matrimonio:** Para que el matrimonio civil sea valido no deben concurrir las siguientes circunstancias:

**2. 5. 3. 2. 2. 2.1. Existencia de un Matrimonio Anterior No Disuelto:** Esta previsto en el numeral 12 del Artículo 140 del Código Civil *"El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes: 12) Cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos, estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior."*<sup>140</sup>

**2. 5. 3. 2. 2. 2. 2. El Parentesco en Grado Prohibido:** Esta previsto en los numerales 9, 10 y 11 del Artículo 140 del Código Civil:

---

<sup>139</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto. Op. cit., Página. 114.

<sup>140</sup> COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op. cit., Artículo 140 núm. 12.

Artículo 140 num. 9, 10 y 11. El matrimonio es nulo y sin efectos en los siguientes casos: 9) Cuando los contrayentes están en la misma línea de ascendientes y descendientes o son hermanos.

10) Derogado. Ley 57 de 1887, art. 45. Subrogado. Ley 57 de 1887, art. 13, inc. 2. Cuando se ha contraído por personas que están entre sí en el primer grado de la línea recta de afinidad legítima.

11) Cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante.”<sup>141</sup>

**2. 5. 3. 2. 2. 2. 3. Conyugicidio:** El numeral 8 del Artículo 140 del Código Civil señala que *“El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes: 8) Cuando uno de los contrayentes ha matado o hecho matar al cónyuge con quien estaba unido en un matrimonio anterior.”*<sup>142</sup>

Para estos efectos se requiere sentencia condenatoria que declare probado el homicidio.

**2. 5. 3. 2. 2. 2. 4. Rapto:** De acuerdo al numeral 6 del Artículo 140 del Código Civil *“El matrimonio es nulo y sin efectos en los casos siguientes: 6) Cuando no ha habido libertad en el consentimiento de la mujer, por*

---

<sup>141</sup> Ibíd. Artículo 140 núm. 9, 10 y 11.

<sup>142</sup> Ibíd. Artículo 140 núm. 8.

*haber sido esta robada violentamente, a menos que consienta en él, estando fuera del poder del raptor.”<sup>143</sup>*

*“La nulidad por raptor admite dos formas para sanearla: o mediante la ratificación expresa, cuando ya la mujer esté fuera del poder del raptor, o tácitamente, en virtud de la cohabitación continuada durante tres meses, sin reclamo de la mujer luego que ha cesado el raptor.”<sup>144</sup>*

**2. 5. 3. 2. 2. 2. 5. Caso de Segundas Nupcias:** El Artículo 169 del Código Civil dispone que *“La persona que teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su tutela o curatela, quisiere volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando.*

*Para la confección de este inventario solemne se dará a dichos hijos un curador especial”<sup>145</sup>*

Esta situación es especial ya que de conformidad al Artículo 297 del Código Civil *“Los padres que como tales administren bienes del hijo no son obligados a hacer inventario solemne de ellos, mientras no pasaren a otras nupcias; pero a falta de tal inventario, deberán llevar una inscripción*

---

<sup>143</sup> *Ibíd.* Artículo 140 núm. 6.

<sup>144</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto. *Op. cit.*, Pagina. 167.

<sup>145</sup> COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. *Op. cit.*, Artículo 169.

*circunstanciada de dichos bienes desde que comience la administración*"<sup>146</sup>

En el caso de que la mujer embarazada quiera pasar a otras nupcias, además de cumplir con las normas anteriormente señaladas, el Artículo 173 del Código Civil establece que:

Artículo 173. Cuando un matrimonio haya sido disuelto o declarado nulo, la mujer que está embarazada no podrá pasar a otras nupcias antes del parto, o (no habiendo señales de preñez), antes de cumplirse los doscientos setenta días subsiguientes a la disolución o declaración de nulidad.

Pero se podrá rebajar de este plazo todos los días que hayan precedido inmediatamente a dicha disolución o declaración, y en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer.<sup>147</sup>

**2. 5. 3. 2. 3. Requisitos Formales:** El matrimonio civil reviste dos formas para su celebración:

**2. 5. 3. 2. 3. 1. Celebración del Matrimonio Civil ante Juez:** De conformidad con el Artículo 126 del Código Civil "*El matrimonio se*

---

<sup>146</sup> *Ibíd.* Artículo 297.

<sup>147</sup> *Ibíd.* Artículo 173.

*celebrará ante el juez del distrito de la vecindad de la mujer, con la presencia y autorización de dos testigos hábiles, previamente juramentados.”<sup>148</sup>*

Las solemnidades que se exigen para contraer matrimonio ante el juez son las siguientes:

a). Pedimento o petición: se encuentra consagrado en el Artículo 128 del Código Civil al establecer que:

Artículo 128. Los que quieran contraer matrimonio concurrirán al juez competente verbalmente o por escrito, manifestando su propósito. En este acto o en el memorial respectivo expresarán los nombres de sus padres o curadores, según el caso, y los de los testigos que deban declarar sobre las cualidades necesarias en los contrayentes para poderse unir en matrimonio, debiendo en todo caso dar a conocer el lugar de la vecindad de todas aquellas personas.<sup>149</sup>

b). Obtención del permiso de ciertas personas: En caso de que sean púberes menores de 18 años los que quieran contraer matrimonio, caso en el cual, el juez deberá practicar las diligencias necesarias para obtener

---

<sup>148</sup> *Ibíd.* Artículo 126.

<sup>149</sup> *Ibíd.* Artículo 128.

el permiso de sus padres o representantes legales (art. 129 y 117 ss. C.C.).

c). Interrogatorio de testigos: Una vez recibida la petición por parte de los contrayentes, el juez deberá tomar declaraciones juramentadas de los dos testigos indicados por los contrayentes (art. 130 C.C.).

d). Publicidad: El juez ordenará fijar un edicto en la secretaria de su despacho, en el cual se especificará el nombre y los apellidos de los contrayentes y el lugar de nacimiento, si son mayores o menores de edad. El edicto se fijara por el término de 15 días (art. 130 C.C.).

El Artículo 130 del Código Civil señala que:

Artículo 130. El juez interrogará a los testigos, con las formalidades legales, y los examinará sobre las cualidades requeridas en los contrayentes para unirse en matrimonio, a cuyo efecto les leerá el artículo 140 de este Código; los examinará también sobre los demás hechos que crea necesarios para ilustrar su juicio.

En vista de estas justificaciones hará fijar un edicto por quince días, en la puerta de su despacho, anunciando en él la solicitud que se le ha hecho, los nombres y apellidos de los contrayentes y el lugar de su nacimiento, para que dentro del término ocurra el que se crea

con derecho a impedir el matrimonio, o para que se denuncien los impedimentos que existen entre los contrayentes, por el que tenga derecho a ello.<sup>150</sup>

Cuando hay domicilios distintos el Artículo 131 del Código Civil señala que:

Artículo 131. Si los contrayentes son vecinos de distintos distritos parroquiales, o si alguno de ellos, no tiene seis meses de residencia en el distrito en que se halla, el juez de la vecindad de la mujer requerirá al juez de la vecindad del varón para que fije el edicto de que habla el artículo anterior, y concluido el término se le envíe con nota de haber permanecido fijado quince días seguidos. Hasta que esto no se haya verificado, no se procederá a practicar ninguna de las diligencias ulteriores.<sup>151</sup>

Si hay oposición el Artículo 132 del Código Civil establece que:

Artículo 132. Si hubiere oposición, y la causa de este fuere capaz de impedir la celebración del matrimonio, el juez dispondrá que en el término siguiente de ocho días, los interesados presenten las pruebas de la oposición, concluidos los cuales señalará día para la

---

<sup>150</sup> *Ibíd.* Artículo 130.

<sup>151</sup> *Ibíd.* Artículo 131.

celebración del juicio, y citadas las partes, se resolverá la oposición dentro de tres días después de haber se practicado esta diligencia.<sup>152</sup>

e). Señalamiento de día y hora: El Artículo 134 del Código Civil establece que *“Practicadas las diligencias indicadas en el artículo 130, y si no se hiciere oposición, o si haciéndose se declara infundada, se procederá a señalar día y hora para la celebración del matrimonio, que será dentro de los ocho días siguientes; esta resolución se hará saber inmediatamente a los interesados.”*<sup>153</sup>

f). Celebración: El Artículo 135 del Código Civil establece que:

Artículo 135. El matrimonio se celebrará presentándose los contrayentes en el despacho del juez, ante este su secretario y dos testigos. El juez explorará de los esposos si de su libre y espontánea voluntad se unen en matrimonio; les hará conocer la naturaleza del contrato y los deberes recíprocos que van a contraer, instruyéndoles al efecto en las disposiciones de los artículos 152, 153, 176 y siguientes de este Código. En seguida se extenderá un acta de todo lo ocurrido, que firmarán los

---

<sup>152</sup> Ibíd. Artículo 132.

<sup>153</sup> Ibíd. Artículo 134.

contrayentes, los testigos, el juez y su secretario; con lo cual se declarara perfeccionado el matrimonio.<sup>154</sup>

El Artículo 137 del Código Civil señala con respecto al acta que *“El acta contendrá, además, el lugar, día, mes y año de la celebración del matrimonio, los nombres y apellidos de los casados, los del juez, testigos y secretario. Registrada esta acta, se enviará inmediatamente al notario respectivo para que la protocolice y compulse una copia a los interesados. Por estos actos no se cobrarán derechos.”*<sup>155</sup>

**2. 5. 3. 2. 3. 2. Celebración de Matrimonio Civil ante Notario:** El Artículo 1 del Decreto 2668 de 1988 autoriza la celebración del matrimonio civil ante el Notario del domicilio de la mujer, o ante el Cónsul del círculo de la mujer si es en el exterior.

El Artículo 2 del mismo Decreto señala el contenido de la solicitud y los anexos los cuales son:

Artículo 2. 1. Nombres, apellidos, documentos de identidad, lugar de nacimiento, edad, ocupación y domicilio de los contrayentes y nombre de sus padres; 2. Que no tiene impedimento legal para celebrar matrimonio, y; 3. Que es de su libre y espontánea

---

<sup>154</sup> Ibíd. Artículo 135.

<sup>155</sup> Ibíd. Artículo 137.

voluntad unirse en matrimonio; cuando los interesados pretendan legitimar a sus hijos extramatrimoniales comunes no reconocidos, deberán designarlos en la solicitud.<sup>156</sup>

Los Artículos 4 y ss del Decreto 2668 de 1988, señalan la actuación notarial:

Artículo 4. Presentada la solicitud con el lleno de todos los requisitos legales, el notario hará fijar un edicto por el término de cinco (5) días hábiles, en la secretaría de su despacho, en el que se hará constar el nombre completo de los contrayentes, documentos de identidad, lugar de nacimiento y vecindad.

Si el varón es vecino de municipio de distinto círculo, o si alguno de los contrayentes no tiene seis (6) meses de residencia en el círculo, se procederá en la forma prevista en el artículo 131 del Código Civil. En este caso, el notario primero del círculo fijará el nuevo edicto por el término de cinco (5) días.

El extranjero que no se encuentre domiciliado en Colombia y desee contraer matrimonio civil ante notario, deberá presentar y para tal fin, el registro civil de nacimiento y el certificado donde conste su estado de soltería, o sus equivalentes. Estos documentos deberán

---

<sup>156</sup> COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 2668 DE 1988 (Diciembre 26), “Por el cual se autoriza la celebración del matrimonio civil ante Notario Público” En: COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Ibíd. Artículo 2.

tener vigencia inferior a tres (3) meses, contados a partir de la fecha de su expedición.<sup>157</sup>

Artículo 5. Vencido el término de que trata el artículo anterior, desfijado el edicto y agregado a la solicitud, se procederá al otorgamiento y autorización de la escritura pública con la cual quedará perfeccionado el matrimonio.<sup>158</sup>

Artículo 6. En la escritura que contenga el contrato matrimonial se expresará el nombre, apellido e identidad de los contrayentes, lugar y fecha de nacimiento, nacionalidad y domicilio, la circunstancia de viva voz de ante el Notario, previo interrogatorio de este, de que mediante el contrato de matrimonio libre y espontáneamente se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente y que no existe impedimento para celebrarlo. Así mismo, se harán constar las legitimaciones a que hubiere lugar. Presentes los contrayentes y el notario, éste leerá personalmente la escritura, y será suscrita por los intervinientes y el notario en un solo acto.<sup>159</sup>

Artículo 7. Autorizada la escritura, se procederá a efectuar la inscripción en el registro civil. Así mismo, el notario, a costa de los interesados, comunicará telegráficamente, el mismo día o, a más

---

<sup>157</sup> *Ibíd.* Artículo 4.

<sup>158</sup> *Ibíd.* Artículo 5.

tardar al siguiente, la celebración del matrimonio a los funcionarios para que hagan las respectivas notas marginales, las cuales deberán aparecer necesariamente en las copias que de ella se expida.<sup>160</sup>

Artículo 8. Si se presenta oposición antes de la celebración del matrimonio, se dará por terminado el trámite notarial. El escrito de oposición se presentará personalmente bajo la gravedad de juramento, el cual se presumirá con la sola firma del opositor, acompañado de las pruebas que pretenda hacer valer.

La oposición temeraria será sancionada de acuerdo con lo establecido en la ley.<sup>161</sup>

Artículo 9. Transcurridos seis (6) meses de la presentación de la solicitud, sin que se hubiere celebrado el matrimonio, se dará por terminado el trámite notarial sin perjuicio de que los interesados puedan presentarla nuevamente.<sup>162</sup>

#### **2. 5. 4. Inexistencia e Invalidez del Matrimonio:**

##### **2. 5. 4. 1. Inexistencia e Invalidez en el Matrimonio Canónico:**

---

<sup>159</sup> Ibíd. Artículo 6.

<sup>160</sup> Ibíd. Artículo 7.

<sup>161</sup> Ibíd. Artículo 8.

<sup>162</sup> Ibíd. Artículo 9.

**2. 5. 4. 1. 1. Inexistencia:** El incumplimiento de los requisitos de existencia del matrimonio canónico anteriormente señalados traen como consecuencia necesaria que el matrimonio no existe. Por esta razón, no requiere ningún pronunciamiento al respecto por parte de la autoridad eclesiástica.

**2. 5. 4. 1. 2. Invalidez:** El matrimonio canónico que se ha celebrado sin la observancia de todos o algunos de los requisitos de validez, puede ser atentado putativo y en ambos casos susceptible de ser declarado nulo.

**2. 5. 4. 1. 2. 1. Matrimonio Atentado:** El matrimonio canónico es atentado cuando los contrayentes prestan el consentimiento a sabiendas de la existencia de un impedimento dirimente; vale decir es celebrado de mala fe por parte de los dos contrayentes.

**2. 5. 4. 1. 2. 2. Matrimonio Putativo:** Es el matrimonio inválido contraído de buena fe por una o ambas partes.

**2. 5. 4. 1. 2. 3. Matrimonio Nulo:** Es aquel matrimonio que se ha celebrado sin la observancia de los requisitos de validez y ha sido declarado nulo por la autoridad eclesiástica

El Artículo 8 de la Ley 20 de 1974 establece que:

Artículo 8. Las causales relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos, incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio rato y no consumado, son de competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos y Congregaciones de la Sede Apostólica.

Las decisiones y sentencias de éstas, cuando sean firmes y ejecutivas, conforme al derecho canónico, serán tramitadas al Tribunal Superior del distrito judicial territorialmente competente, el cual decretará su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará su inscripción en el registro civil.<sup>163</sup>

Conforme a este Artículo que fue declarado parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional en lo que se refiere a la disolución del vínculo; los Tribunales Eclesiásticos y Congregaciones de la Sede Apostólica conocerán de los procesos de nulidad de los matrimonios canónicos.

En este mismo sentido, el Artículo 3 de la Ley 25 de 1992 establece que *“El Estado reconoce la competencia propia de las autoridades religiosas para decidir mediante sentencia u otra providencia de acuerdo con sus*

---

<sup>163</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 20 DE 1974. (Diciembre 18). Op. cit., Artículo 8.

*cánones o reglas, las controversias relativas a la nulidad de los matrimonios celebrados por la respectiva religión.*<sup>164</sup>

Se entiende que la Iglesia Católica esta incluida al referirse la norma de autoridad religiosa.

A su vez el Artículo 4 de la Ley 25 de 1992 señala que:

Artículo 4. Las providencias de nulidad matrimonial proferidas por las autoridades de la respectiva religión, una vez ejecutoriadas, deberán comunicarse al juez de familia o promiscuo de familia del domicilio de los cónyuges, quien decretará su ejecución en cuanto a los efectos civiles y ordenará la inscripción en el registro civil.

La nulidad del vínculo del matrimonio religioso surtirá efectos civiles a partir de la firmeza de la providencia del juez competente que ordene su ejecución.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 25 DE 1992. (Diciembre 17). Op. cit., Artículo 3.

<sup>165</sup> *Ibíd.* Artículo 4.

#### **2. 5. 4. 2. Inexistencia e Invalidez en el Matrimonio Civil:**

**2. 5. 4. 2. 1. Inexistencia:** Al igual de lo que ocurre con el matrimonio canónico, en el matrimonio civil, la ausencia de requisitos de existencia del matrimonio, conducen a la inexistencia del mismo.

**2. 5. 4. 2. 2. Invalidez:** El matrimonio civil que carece total o parcialmente de los requisitos de validez será inválido y sin efectos ante el derecho y dará lugar a la acción de nulidad del mismo.

**2. 5. 4. 2. 2. 1. Nulidad:** Las nulidades en el matrimonio tienen ciertos rasgos que las caracterizan a saber:

- a) A fin de no dejar dudas sobre la noción de nulidad, la jurisprudencia ha formulado el principio de que en materia de matrimonio “no hay nulidad sin texto expreso y explicito que la consagre”.
- b) Existen normas relativas al matrimonio cuya violación, contrariamente al común del derecho, no acarrea nulidad.
- c) En el estudio de las nulidades propiamente dichas se vuelve a encontrar la distinción clásica entre nulidades absolutas y nulidades relativas; aunque en su reglamentación se aparte del común de las nulidades.

d) Finalmente, la noción de nulidad no ha podido aplicarse en todos los casos con todo el rigor. La retroactividad de la anulación del matrimonio engendra consecuencias cuya severidad no puede admitirse sino bajo ciertas condiciones.<sup>166</sup>

Las causales de nulidad del matrimonio civil, están consagradas en el Artículo 140 del Código Civil. Sin embargo, este artículo no establece con claridad cuales causales son de nulidad absoluta y nulidad relativa.

#### **2. 5. 4. 2. 2. 1. 1. Clasificación de las Nulidades en el Matrimonio Civil:**

**2. 5. 4. 2. 2. 1. 1. 1. Nulidades Absolutas:** Las nulidades absolutas son insubsanables.

*“Su creación obedece a razones de orden público, motivo por el cual el juez puede declararlas aun de oficio, declaratoria que produce efectos erga omnes; no admiten saneamiento por acuerdo entre las partes ni por prescripción.”*<sup>167</sup>

Son nulidades absolutas: 1) La existencia de un vínculo matrimonial anterior; 2) El matrimonio con parentesco prohibido; 3) El conyugicidio y 4) La incompetencia del juez o inhabilidad de testigos.

---

<sup>166</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto. Op. cit., Página. 157.

<sup>167</sup> SOMARRIVA, UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Santiago de Chile: Editorial Nacimiento. 1946. Página. 72.

**2. 5. 4. 2. 2. 1. 1. 2. Nulidades Relativas:** Las nulidades relativas son subsanables Las nulidades relativas de acuerdo al Artículo 140 del Código Civil son: 1) La falta de consentimiento; 2) Los vicios del consentimiento; 3) El raptó y 4) La impubertad.

Con relación a la falta de consentimiento el tratadista Roberto Suárez Franco señala acertadamente que *“...La carencia del consentimiento en los contratos, en especial en el matrimonio, conduce a la inexistencia del acto. Nuestro legislador, inconsecuente al respecto -tal vez porque la teoría de la inexistencia en la época de adopción de Código era prácticamente ignorada en nuestro medio jurídico-, le dio a la falta de consentimiento el simple tratamiento de nulidad relativa.”*<sup>168</sup>

**2. 5. 4. 2. 2. 1. 2. Efectos de la Nulidad en el Matrimonio Civil:**

El Artículo 148 del Código Civil establece que *“Anulado un matrimonio, cesan desde el mismo día entre los consortes separados, todos los derechos y obligaciones recíprocas que resultan del contrato del matrimonio; pero si hubo mala fe en alguno de los contrayentes, tendrá este obligación a indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado, estimados con juramento.”*<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto. Op. cit., Página. 164.

<sup>169</sup> COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op. cit., Artículo 148.

El Artículo 149 establece unos efectos con relación a los hijos en los siguientes términos:

Artículo 149. Los hijos procreados en un matrimonio que se declara nulo son legítimos, quedan bajo la potestad del padre y serán alimentados y educados a expensas de él y de la madre, a cuyo efecto contribuirá con la porción determinada de sus bienes que designe el juez; pero si el matrimonio se anuló por culpa de uno de los cónyuges, serán de cargo de este los gastos de alimentos y educación de los hijos si tuviere medios para ello, y de no, serán del que los tenga.<sup>170</sup>

Quizás, la razón del efecto que se da con relación a los hijos se explique por la especialidad del matrimonio, donde las nulidades no operan de igual manera como pueden operar tratándose de un contrato eminentemente patrimonial, desapareciendo por completo todos los efectos de la relación jurídica.

**2. 5. 5. Los Efectos del Matrimonio:** Los efectos, esto es, las consecuencias inmediatas y mediatas que surgen del matrimonio son las siguientes:

---

<sup>170</sup> Ibíd. Artículo 149.

- a). El estado civil de casados
- b). Las obligaciones reciprocas de los cónyuges
- c). La legitimidad de la prole
- d). La sociedad conyugal

**2. 5. 5. 1. Efectos Personales del Matrimonio:** Los efectos personales del matrimonio, es decir aquellos que surgen de las personas de los contrayentes son las obligaciones reciprocas de los cónyuges, las cuales son la cohabitación, la fidelidad, el socorro y la ayuda mutua (art. 113 y 176 C.C.)

Antiguamente y como consecuencia de la existencia de la potestad marital, las obligaciones reciprocas de los cónyuges se dividían así:

Hay obligaciones que pueden ser comunes a ambos cónyuges, y otras que tienen que ser especiales en cada uno.

Obligaciones Comunes: Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida...

Obligaciones particulares. Según el 2 inciso del artículo 176, el marido debe protección a la mujer y la mujer obediencia al marido.

Protección. La debe el marido a la mujer, porque es el que representa la fuerza y la aptitud para los negocios. Ella implica que el marido defienda a su esposa y sus intereses, contra toda clase de agresiones y peligros.

Obediencia. Así como la protección no confiere al marido un poder absoluto, ni sobre la persona, ni sobre los bienes de su mujer, la obediencia tampoco es ilimitada: la protección y la obediencia se subordinan a la equidad.

La obediencia se exige de la mujer, porque el matrimonio requiere unidad, y ésta no puede lograrse mientras uno sólo de los cónyuges no tenga la dirección de la familia, la cual no podía negarse al hombre cuando su modo de ser, o sus condiciones personales, indican que es el más propio para jefe de aquella.

...de la protección que el marido debe a la mujer, se deduce que ésta tiene derecho a que aquel la reciba en su casa, y de la obediencia de la mujer al marido, se deduce que éste tiene derecho para obligarla a vivir con él y seguirle a donde quiera que se traslade su residencia, derecho que cesa cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer.<sup>171</sup>

La potestad marital era definida como: “...*El conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer (art. 177), y que por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer.*”<sup>172</sup>

---

<sup>171</sup> VELEZ, Fernando. Op. cit., Páginas 161-162.

<sup>172</sup> *Ibíd.* Páginas 164-166.

La potestad marital, concebida inicialmente por nuestro Código Civil como conjunto de derechos que la ley le otorgaba al marido sobre la persona y sobre los bienes de su esposa, implicaba realmente que el marido, por el solo hecho del matrimonio, asumía la dirección del hogar, por consiguiente, le correspondía resolver las situaciones de controversia que se presentaban en la familia, tanto en el campo personal como en el patrimonial

En el sistema del Código Civil, ello conducía a que la mujer casada fuera considerada como relativamente incapaz para administrar sus bienes, y por ese motivo tuviese que representarla su esposo. Al fin y al cabo, la esposa recibía un tratamiento semejante al de un menor adulto.<sup>173</sup>

La incapacidad de la mujer casada consiste en que ésta no puede verificar actos jurídicos sin autorización, la cual emana generalmente de su marido. Hay pues, diferencia esencial entre la incapacidad de la mujer casada y la de los impúberes e individuos que están en interdicción, quienes no pueden verificar por sí mismos ninguno de aquellos actos.

...Los artículos 181 y siguientes establecen la incapacidad de la mujer casada en el estado normal del matrimonio, esto es, cuando no hay divorcio ni separación de bienes, y la establecen como

---

<sup>173</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto. Op. cit., Página. 150.

consecuencia de ser el marido jefe de la sociedad conyugal y representante de su mujer. La incapacidad no es absoluta, puesto que dichos artículos enumeran los actos judiciales y extrajudiciales que no puede ejecutar la mujer.”<sup>174</sup>

El Artículo 181 del Código Civil disponía que:

Artículo 181. Sin autorización escrita del marido, no puede la mujer casada parecer en juicio, por si, ni por procurador: sea demandando o defendiéndose.

Pero no es necesaria la autorización del marido en causa criminal o de policía en que se proceda contra la mujer, ni en los litigios de la mujer contra el marido, o del marido contra la mujer.

El marido, sin embargo, será obligado a suministrar a la mujer los auxilios que necesite para sus acciones o defensas judiciales.<sup>175</sup>

El artículo 182 del Código Civil disponía que “*La mujer no puede, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni remitir una deuda, ni aceptar o repudiar una donación, herencia o legado, ni adquirir a título alguno oneroso o lucrativo, ni enajenar, hipotecar o empeñar.*”<sup>176</sup>

---

<sup>174</sup> VELEZ, Fernando. Op. cit. Página. 164.

<sup>175</sup> *Ibíd.* Página. 166.

Inicialmente, con la Ley 28 de 1992, se redujeron notoriamente los derechos inherentes a la potestad marital y luego con el Decreto 2820 de 1974, se suprimió completamente del ordenamiento civil.

La Ley 28 de 1932 subrogó el Artículo 181 del Código Civil y deroga los Artículos 182 a 192 del mismo Código.

El Artículo 181 establece que *“La mujer casada, mayor de edad, como tal, puede comparecer libremente en juicio, y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital ni licencia del juez, ni tampoco el marido será su representante legal.”*<sup>177</sup>

Los Artículos 176, 177, 178 y 179 del Código Civil, fueron modificadas por el Decreto 2820 de 1974. En la actualidad dichos artículos establecen lo siguiente:

Artículo 176 *“Los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida.”*<sup>178</sup>

Artículo 177 *“El marido y la mujer tienen conjuntamente la dirección del hogar. Dicha dirección estará a cargo de uno de los cónyuges cuando el*

---

<sup>176</sup> Ibíd. Página. 167.

<sup>177</sup> COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Op. cit., Artículo 181.

<sup>178</sup> Ibíd. Artículo 176.

*otro no la pueda ejercer o falte. En caso de desacuerdo se recurrirá al juez o al funcionario que la ley designe.”<sup>179</sup>*

Artículo 178 *“Salvo causa justificada los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos tiene derecho a ser recibido en la casa del otro.”<sup>180</sup>*

Artículo 179 *“El marido y la mujer fijarán la residencia del hogar. En caso de ausencia, incapacidad o privación de la libertad de uno de ellos, la fijará el otro. Si hubiere desacuerdo corresponderá al juez fijar la residencia teniendo en cuenta el interés de la familia.”<sup>181</sup>*

#### **2. 5. 5. 1. 1. Obligaciones y Derechos entre los Cónyuges:**

**2. 5. 5. 1. 1. 1. Cohabitación:** Esta obligación esta contenida en los Artículos 113, 178 y 179 del Código Civil.

*“Es un deber central o por excelencia: es una obligación que moral y legalmente afecta por igual a ambos esposos, comprende el débito conyugal y el compartir un lecho, una misma mesa y un solo techo. Es*

---

<sup>179</sup> *Ibíd.* Artículo 177.

<sup>180</sup> *Ibíd.* Artículo 178.

<sup>181</sup> *Ibíd.* Artículo 179.

*supuesto indispensable para lograr la comunidad conyugal a fin de alcanzar los fines propios del matrimonio”.*<sup>182</sup>

**2. 5. 5. 1. 1. 2. Fidelidad:** El Artículo 176 del Código Civil, establece la citada obligación y la define como aquella mediante la cual los cónyuges están obligados a guardarse fe; obligación que se predica en igualdad de condiciones tanto del hombre como de la mujer.

**2. 5. 5. 1. 1. 3. Socorro:** Igualmente el Artículo 176 prevé esta obligación, así mismo, el inciso final del Artículo 179 establece que los cónyuges deberán subvenir a las ordinarias necesidades domésticas en proporción a sus facultades. Implica una obligación de dar.

Esta obligación que es propia de los cónyuges no se debe confundir con la obligación que tiene los padres con los hijos (gastos de crianza y educación).

Esta obligación recíproca que tienen los cónyuges de socorrerse mutuamente abarca la obligación alimentaria prevista en el numeral 1 del Artículo 411 del Código Civil y la contribución a los gastos del hogar.

---

<sup>182</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto. Op. cit. Página. 141

**2. 5. 5. 1. 1. 4. Ayuda:** El Artículo 176, prevé que los cónyuges están obligados a ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida, a diferencia de lo que ocurría antes dentro del marco legal de la potestad marital donde el esposo debía protección a la esposa y la esposa obediencia al marido; la ayuda mutua se entiende en un plano de igualdad entre los esposos. Implica obligaciones de hacer.

La ayuda mutua implica no solo el participar de las cosas positivas del cónyuge sino además de sus problemas, dificultades y fracasos, como de sus deficiencias; es importante este punto ya que el matrimonio se ha convertido en un instrumento emocional, no siendo esto lo único importante sino que también es un complementarse mutuamente a través de la ayuda que cada uno requiere del otro para cada vez ser mejor persona.<sup>183</sup>

**2. 5. 5. 2. La Cesación de Efectos Civiles en el Matrimonio Canónico:**

Conforme a la Constitución Política de Colombia en su Artículo 42 incisos 9 y 11, *“las formas del matrimonio, la edad, capacidad para contraerlo, deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo se rigen por la ley civil.*

*...Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.”<sup>184</sup>*

---

<sup>183</sup> BENETTI ANGEL, Julio. Op. cit, Páginas. 62-63.

Igualmente la Ley 25 de 1992 la cual desarrolla entre otros el Artículo 42, establece en su Artículo 5 que “...*Los efectos civiles de todo matrimonio religioso cesarán por divorcio decretado por el juez de familia o promiscuo de familia*”.<sup>185</sup>

De conformidad con los preceptos anteriormente señalados los matrimonios religiosos incluyendo el canónico cesarán sus efectos civiles por divorcio judicialmente decretado. Si bien en el matrimonio canónico el vínculo matrimonial es indisoluble, cesarán sus efectos civiles por divorcio (Para esos efectos remitirse a la sentencia C-027 de 1993).

## **2. 5. 6. Disolución del Matrimonio:**

### **2. 5. 6. 1. Casos Especiales de Disolución en el Matrimonio**

**Canónico:** El matrimonio canónico es indisoluble; porque al ser una unión de derecho natural solo la naturaleza lo puede disolver y no le es dable al hombre romper esa unión, por lo tanto la muerte de uno de los cónyuges es causal de disolución del matrimonio.

---

<sup>184</sup> COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Op. cit., Artículo 42 inc. 9 y 11.

<sup>185</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 25 DE 1992. (Diciembre 17). Op. cit., Artículo 5.

Según el Canon 1141 del Código de Derecho Canónico *“El matrimonio rato y consumado no puede ser disuelto por ningún poder humano ni por ninguna causa fuera de la muerte”*.<sup>186</sup>

Por matrimonio rato ha de entenderse el celebrado pero que no ha precedido el acto conyugal.

Por matrimonio consumado ha de entenderse el matrimonio celebrado y que ha precedido el acto conyugal.

Sin embargo, el derecho canónico ha previsto unos casos especiales de disolución del matrimonio canónico, en efecto el Canon 1142 del Código de Derecho Canónico establece que *“El matrimonio no consumado entre bautizados o entre parte bautizada y parte no bautizada puede ser disuelto con causa justa por el Romano Pontífice, a petición de ambas partes o de una de ellas aunque la otra se oponga”*.<sup>187</sup>

El Canon 1143 del Código de Derecho Canónico señala que:

Can. 1143. 1. El matrimonio contraído por dos personas no bautizadas se disuelve por el privilegio paulino a favor de la fe de la parte que ha recibido el bautismo, por el mismo hecho de que esta contradiga un nuevo matrimonio, con tal de que la parte no bautizada se separe.

---

<sup>186</sup> CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. Op. cit. Canon 1141.

<sup>187</sup> *Ibíd.* Canon 1142.

2. Se considera que la parte no bautizada se separa, sino quiere cohabitar pacíficamente sin ofensa del Creador, a no ser que esta, después de recibir el bautismo le hubiera dado un motivo justo para separarse.<sup>188</sup>

Contempla pues dos situaciones el legislador eclesiástico:

- a). El matrimonio rato y no consumado que consiste en un matrimonio válido entre dos personas bautizadas pero al que le falta el acto conyugal. Este es disuelto por dispensa concedida por el Papa.
- b). El privilegio paulino se presenta *“cuando un matrimonio valido y legítimo contraído originariamente en la infidelidad, le falta el presupuesto de la estabilidad por culpa del cónyuge no bautizado que quiere separarse y no consiente a la parte convertida la práctica pacífica de la religión cristiana. En tal caso el cónyuge cristiano no queda ligado como esclavo al vínculo matrimonial y puede separarse y contraer nuevas nupcias”*<sup>189</sup>

De conformidad con el Artículo 8 de la Ley 20 de 1974 establece que:

Art. 8. Las causales relativas a la nulidad o a la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos, incluidas las que se refieren a la dispensa del matrimonio rato y no consumado, son de

---

<sup>188</sup> Ibíd Canon 1143.

<sup>189</sup> VELA SANCHEZ, Luis. Privilegio Paulino En: Diccionario de Derecho Canónico. . Madrid: Universidad Pontificia Comillas. Editorial Tecnos S.A. 1989. Página .500.

competencia exclusiva de los Tribunales Eclesiásticos y Congregaciones de la Sede Apostólica.

Las decisiones y sentencias de éstas, cuando sean firmes y ejecutivas, conforme al derecho canónico, serán tramitadas al Tribunal Superior del Distrito Judicial territorialmente competente, el cual decretará su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará su inscripción en el registro civil.<sup>190</sup>

Esta norma fue declarada parcialmente inexecutable mediante la sentencia C-027 de 1993; en la parte que dice: De su inciso 1 las expresiones “...o a la disolución del vínculo...” e “incluidas los que se refieren a las dispensa del matrimonio rato y no consumado”. De su inciso dos la remisión que se hace “al Tribunal Superior del Distrito Judicial territorialmente competente”<sup>191</sup>

**2. 5. 6. 2. Disolución del Matrimonio Civil:** De conformidad con el Artículo 152 del Código Civil modificado por el Artículo 5 de la Ley 25 de 1992 “*El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado.*”<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 20 DE 1974 (Diciembre 18). Op. cit., Artículo 8.

<sup>191</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-027 del 5 de Febrero de 1993. Op. cit.

<sup>192</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 25 DE 1992 (Diciembre 17). Op. cit., Artículo 5.

De acuerdo con el artículo anterior el matrimonio civil se termina por:

#### **2. 5. 6. 2. 1. Muerte Real o Presunta de uno de los Cónyuges:**

Por lo tanto, fallecida la persona o en firme la declaratoria de muerte presunta, como culminación del juicio respectivo, ha de estarse a la terminación del matrimonio. La muerte presunta será declarada por el juez como culminación de un proceso de jurisdicción voluntaria en cuya sentencia fijará como día presuntivo de ella el último del primer bienio, contado desde las últimas noticias; la sentencia respectiva se ordenará inscribir en el registro civil a fin de preconstituir la prueba de la muerte.<sup>193</sup>

#### **2. 5. 6. 2. 2. Divorcio:**

Han sido diversas las posiciones asumidas por las distintas legislaciones en cuanto a la asunción del divorcio como institución del derecho de familia y de la manera o forma como lo han reglamentado en cuanto a su viabilidad. Efectivamente, existe en países que mantienen una posición que podríamos llamar tradicional según la cual se consagra la indisolubilidad del vínculo tolerando la simple separación de cuerpos. Otros asumen una posición intermedia, consagrando tanto el divorcio como la

---

<sup>193</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto. Op. cit., Página. 178.

separación de cuerpos a voluntad de las partes interesadas, y una tercera que considera que cuando el matrimonio sufre serios quebrantos y los cónyuges no quieren vivir más juntos solo cabe el divorcio vincular.

...El sistema Colombiano presenta ciertas características particulares que lo diferencian de los demás. Antes de la vigencia de la Ley 1 de 1976, nuestra legislación estableció la indisolubilidad del vínculo y, por consiguiente, la simple separación de cuerpos. Con posterioridad a la ley citada se presentó un sistema peculiar: legislativamente se hallaban consagrados el divorcio vincular y la simple separación de cuerpos pero en su aplicación debía distinguirse: el colombiano casado por lo civil podía y puede optar indistintamente por la simple separación de cuerpos convertible en divorcio mediante determinado procedimiento judicial, o impetrar el divorcio por causales expresa y taxativamente numeradas en la ley, probados en los hechos en que se sustenta. No aceptaba el legislador Colombiano el divorcio por mutuo acuerdo de los cónyuges. Para los colombianos casados por lo católico el matrimonio era indisoluble, tanto ante la Iglesia como ante el Estado.

Hoy en día se mantiene el divorcio vincular para los matrimonios civiles. Para los casados por lo católico también es posible intentar

el divorcio que, en caso de prosperar, ocasionará la cesación de esos efectos civiles.

...El legislador colombiano acoge un sistema mixto; en primer lugar enuncia como causales de divorcio unas de tipo-sanción y otras de tipo-remedio; en efecto, son causales de tipo sanción las relaciones sexuales extramatrimoniales, el grave e injustificado incumplimiento de los deberes que la ley les impone como cónyuges o padres, los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, la conducta asumida por uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro; como causales de tipo remedio: la separación judicial de cuerpos de hecho ininterrumpida por más de dos años y la enfermedad o anormalidad graves, el uso habitual de alucinógenos o estupefacientes, pero además de tales causales agrega el consentimiento mutuo”.<sup>194</sup>

**2. 5. 6. 2. 2. Causales de Divorcio:** Según el Artículo 6 de la Ley 25 de 1992, las causales de disolución del matrimonio civil son:

Art. 6. a). Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado.

---

<sup>194</sup> Ibíd. Págs. 187-190.

- b). El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges, de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.
- c). Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra.
- d). La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.
- e). El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.
- f). Toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica de uno de los cónyuges , que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial.
- g). Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo.
- h). La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos (2) años, y
- i). El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia.<sup>195</sup>

**2. 5. 6. 2. 2. 2. Efectos del Divorcio:** Los efectos del divorcio se presentan:

---

<sup>195</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 25 DE 1992. (Diciembre 17). Op. cit., Artículo 6.

a). Con relación a los cónyuges: El divorcio rompe el vínculo matrimonial de tal suerte que da pie a que se pueda contraer un nuevo matrimonio igual, así mismo, cesan las obligaciones reciprocas entre los antiguos cónyuges.

b). Con relación a los hijos: Los hijos no pierden su carácter de legítimos las obligaciones que se tiene frente a ellos subsisten y la patria potestad sobre ellos será a cargo de quien se designe, concluido el proceso de divorcio.

c). Con relación a los bienes: Se disuelve la sociedad conyugal y da lugar a su liquidación, así mismo, da lugar a la revocación de donaciones cuando el divorcio que es decretado en virtud de las causales 1 a 5 y 7. El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que por causa de matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable, sin que este pueda invocar derechos o concesiones estipulados exclusivamente en su favor en capitulaciones matrimoniales esto conforme al Artículo 12 de la Ley 1 de 1976 y ninguno de los divorciados tendrá derecho a heredar la calidad de cónyuge sobreviviente para heredar abintestato en la sucesión del otro ni a reclamar porción conyugal.

El Doctor Javier Hervada opina lo siguiente:

Si el varón y la mujer participan del dominio que la persona humana tiene sobre su propio ser –al formar una unidad en las naturalezas- cada uno de ellos es –decíamos- como parte del otro;

o lo que es lo mismo el otro cónyuge es como una prolongación de uno mismo-; la mujer ya no es enteramente otra con respecto al varón sino que es parte del varón; es –jurídicamente- ser del varón; y al varón le ocurre lo mismo con respecto a la mujer no es enteramente otro sino como parte de la mujer.

Partiendo de éste supuesto, basta hacerse una pregunta: ¿Puede alguien desprenderse de su propio ser?, ¿Hay alguna causa por la cual sea lícito odiarse a si mismo?

Por eso suelo decir que hay una cosa muy parecida al divorcio y a veces cuando lo digo alguien se extraña, pero a mi me parece de una lógica aplastante: lo más similar al divorcio es el suicidio, el suicidio consiste en el odio de sí, en el repudio del propio ser; el divorcio consiste en el odio de sí, en el repudio del otro que es parte de uno mismo. Cuando se pueda decir que repudiarse así mismo es natural, entonces podremos afirmar que el divorcio es natural.<sup>196</sup>

**2. 5. 7. SEPARACION DE CUERPOS:** Consiste en suspender la vida en común de los casados y por lo tanto no disuelve el vínculo, solo cesa la obligación de cohabitar, subsistiendo las demás obligaciones. La separación de cuerpos se presenta como la mejor solución para encontrar

---

<sup>196</sup> HERVADA, Javier. Escritos de Derecho Natural. Op. cit., Páginas. 507-508.

una reconciliación frente a los problemas que se presentan en la vida conyugal.

### 3. UNIÓN MARITAL DE HECHO

#### 3. 1. ORÍGENES:

La Unión Marital de Hecho, tiene su origen jurídico en dos figuras principales, a saber:

**3. 1. 1. Concubinato:** Es Entendido como la unión sexual estable entre un hombre y una mujer siendo estos púberes y hábiles legalmente para contraer matrimonio.

El tratadista Roberto Suárez Franco opina lo siguiente con relación al tema del concubinato: *“Tradicionalmente se ha entendido por “concubinato” la unión de hecho, libre y espontánea, estable y notoria entre un hombre y una mujer que de manera singular llegan a conformar una comunidad de vida, entre quienes no exista impedimento para contraer matrimonio”.*

El autor explica con claridad las características del concubinato, las cuales nos limitaremos a enunciar a continuación:

**3. 1. 1. 1. Características del Concubinato:**

- Unión de hecho.
- Unión libre y espontánea.
- Unión estable.
- Unión notoria.
- Unión entre un hombre y una mujer.
- Singularidad.
- Comunidad de vida.
- Que no exista impedimento matrimonial.

**3. 1. 2. Amancebamiento:** A diferencia del Concubinato este Implica relaciones sexuales estables y notorias entre un hombre y una mujer púberes que no pueden contraer matrimonio entre si por existir entre ellos un impedimento de carácter dirimente.

---

<sup>197</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto, Op. cit., Página. 438

El mismo autor señala lo siguiente con respecto al tema del amancebamiento:

...Consistió en una unión de hecho libre y espontánea, estable y notoria entre un hombre y una mujer que de manera singular llegaban a conformar una comunidad de vida pero entre los cuales se configuraba un impedimento para contraer matrimonio, como podía ser el de estar casado con un tercero, o el de existir entre ellos parentesco en grado prohibido”.<sup>198</sup>

Esta situación cambio completamente con la llegada de la Ley 54 de 1990 la cual suprime estas diferencias y adopta el concepto de Unión Marital de Hecho, concepto nuevo aunque impropio como se verá, para referirse a las figuras jurídicas en cuestión.

### **3. 2. ANTECEDENTES DE LA LEY 54 DE 1990:**

Los antecedentes de la Ley 54 de 1990 los encontramos en la exposición de motivos de la ley y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En primer lugar la Ley 54 de 1990 responde ciertamente a la voluntad del legislador al expedirla:

Reconocer jurídicamente la existencia de la "familia natural", hecho social innegable en Colombia ("son mas los hijos nacidos de las relaciones extramatrimoniales de sus padres que del matrimonio civil o religioso") y fuente de los hijos "naturales" o "extramatrimoniales" - equiparados en la legislación civil-, con el objeto de establecer los derechos y deberes de orden patrimonial de los "concubinos" y así llenar el vacío legal existente en una materia que interesa al bienestar de la familia y que no puede quedar al margen de la protección del Estado.<sup>199</sup>

Como se puede apreciar el legislador quiso proteger un acto que simplemente ocurre con frecuencia en la sociedad, olvidando la bondad o maldad de los actos y desconociendo por completo la misión propia del legislador la cual es reconocer las conductas que se orientan al bien común de la sociedad, en este caso al bien de las familias.

Con relación a los antecedentes de la Ley 54 de 1990 la Corte Constitucional expreso lo siguiente:

---

<sup>198</sup> *Ibíd.* Página. 438.

<sup>199</sup> COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. PROYECTO DE LEY 54 de 1990. "Por el cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes". En: Anales del Congreso No. 79 de Agosto 15 de 1988.

...El Código y las leyes anteriores a la Ley 54 de 1990 no preveían nada semejante en relación con el concubinato. Lo cual era lógico si se tiene en cuenta la moral predominante en la época en que se adoptó el Código en Colombia, circunstancia que explica regulaciones legales injustas, que especialmente perjudicaban a la mujer y a los hijos naturales o extramatrimoniales.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al promediar este siglo, fue la encargada de comenzar el proceso de hacer justicia en el caso de las uniones libres, a favor de la mujer, generalmente la parte más débil de la relación, en razón de factores económicos y culturales, es decir sociales en general. La corriente renovadora de la jurisprudencia, fue una de las consecuencias de las profundas transformaciones legislativas de los años treinta, en lo que tiene que ver con la mujer casada, iniciadas con la Ley 28 de 1932. Era natural que las leyes que elevaban la condición de la mujer casada y de los hijos naturales, movieran a los jueces en defensa de la concubina, en un país donde aproximadamente la mitad de las uniones son de hecho.

Fue así como se constituyó la teoría de la sociedad de hecho entre concubinos, teoría que representó un segundo paso en el camino hacia la igualdad económica de los miembros de la pareja, pues el primero se había dado al aplicar la teoría del enriquecimiento sin

causa y hacer, en consecuencia, titular de la acción in rem verso al concubino cuyo trabajo había sido una de las causas para la adquisición de bienes en cabeza del otro.

La Corte Suprema resumió así todo este proceso:

“El concubinato, que es el resultante de relaciones sexuales permanentes y ostensibles entre un hombre y una mujer no casados entre sí, como situación de hecho que es, desde el punto de vista jurídico ha sido diversamente apreciado por los sistemas de derecho positivo; en algunos aparece repudiado enérgicamente; en otros admitido con definitiva y total eficacia; y, en los más, se lo recibe y regulan sus efectos con determinadas restricciones.

Estas diversas posiciones se apoyan, no obstante en el mismo fundamento: la moral. Quienes ven en el concubinato una afrenta a las buenas costumbres o un ataque a la familia legítima, lo estiman contrario a la moral y por lo tanto lo rechazan, negándole eficacia jurídica a las consecuencias que de él dimanar; quienes, en cambio, propugnan su defensa, aseveran que lo inmoral es desconocer en forma absoluta validez a las obligaciones y derechos que son efecto del concubinato.

Los partidarios de la tesis ecléctica ven en la circunstancia del concubinato dos aspectos diferentes: de un lado, las relaciones sexuales que, por no estar legitimadas por el vínculo matrimonial,

consideran ilícitas; y de otro, las consecuencias de orden económico que, en rigor jurídico, no están cobijadas por presunción de ilicitud y que, por lo tanto, estiman que deben ser objeto de regulación por el derecho.

De acuerdo con ella, el concubinato no genera, como si ocurre con el matrimonio, una sociedad de bienes que la ley se anticipa a reconocer y reglamentar. Con base en la equidad, empero, se sostiene, que una conjunción de intereses, deliberada o sapor los amantes, un largo trabajo en común puede constituir una sociedad de hecho, producto casi siempre más de las circunstancias que de una actividad razonada y voluntaria.

Fue, pues así como la doctrina, en punto de relaciones económicas o patrimoniales de los concubinos, al comienzo abrió la puerta inicial a la actio in rem verso, en beneficio del concubino que ha colaborado con el otro en sus empresas; y luego, para la participación de los bienes adquiridos en común y la repartición de los beneficios, se consagro la actio pro socio” (sentencia 26 febrero 1976, CLII, 35).<sup>200</sup>

...la Ley 54 de 1990, sin equiparar a los miembros de las uniones libres y a los cónyuges vinculados por el matrimonio, avanza en el

---

<sup>200</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia No. C-239 del 19 de Mayo de 1994. Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía. En: <http://www.juridicacolombiana.com/página/jurisprudencia/Lc-constitucional/1994/c-239-94.asp>. Consultada el: 20 de noviembre de 2002

sentido de reconocer jurídicamente su existencia y regular sus derechos y deberes patrimoniales. Si bien la jurisprudencia con base, primero en la teoría del enriquecimiento sin causa y, más tarde, en la de la sociedad de hecho, había ofrecido su apoyo a la parte débil de la pareja que con su actividad y esfuerzo participaba en la creación de un patrimonio común, las dificultades probatorias y la complejidad de los procedimientos para su reconocimiento, limitaban notoriamente la eficacia de los instrumentos con que podían contar para su defensa. Precisamente, las disposiciones sustantivas y procedimentales de la ley se orientan a suplir esa falencia. Las presunciones legales sobre la existencia de la unión marital de hecho, la configuración de la sociedad patrimonial entre los miembros de la pareja, la libertad probatoria para acreditar la unión, comportan mecanismos y vías diseñadas por el legislador con el objeto de reconocer la legitimidad de este tipo de relaciones y buscar que en su interior reine la equidad y la justicia.<sup>201</sup>

---

<sup>201</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia No. C-098 del 7 de Marzo de 1996. Magistrado Ponente. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. En: <http://www.juridicacolombiana.com/página/jurisprudencia/Lc-constitucional/1996/c-098-96.asp>. Consultada el: 20 de noviembre de 2002

### 3. 3. NOCIÓN.

El Artículo 1 de la mencionada ley define el término Unión Marital de Hecho así:

Artículo 1: A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

Igualmente y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.<sup>202</sup>

**3. 3. 1. Análisis de la Definición de la Ley 54 de 1990:** De la definición de unión marital de hecho que da el legislador basta tan solo hacer un análisis de cada uno de los términos empleados para darse cuenta de la imprecisión en la que éste incurrió:

---

<sup>202</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 54 DE 1990. (Diciembre 28), “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”. En: Diario Oficial: No.39.615. Artículo. 1.

**3. 3. 1. 1. A partir de la vigencia de la presente ley:** Quiere esto decir que es necesario que coincida la vigencia de la unión marital de hecho con la Ley 54 de 1990, por lo tanto para el 28 de Diciembre de 1990 la unión debe existir.

**3. 3. 1. 2. Y para todos los efectos civiles:** El legislador extrañamente remplazo efectos legales por efectos civiles, a pesar de que a lo largo de la Ley 54 de 1990 se omite cualquier referencia a los efectos personales de la unión, refiriéndose tan solo a los efectos patrimoniales.

De esta manera las uniones maritales de hecho que regula la Ley 54 de 1990 no gozarían en un momento dado de ciertas prerrogativas que pudiesen otorgar otras leyes del ordenamiento jurídico.

**3. 3. 1. 3. Se denomina unión marital de hecho:** ¿Que se ha de entender por unión marital de hecho?

a). Unión: Es un término muy genérico que dada la especialidad del tema conduce a equivocaciones en su interpretación, como por ejemplo unión de varias personas o el hecho de que se conciben muchas uniones entre un varón y una mujer para realizar otros fines.

Por lo anterior fue mas apropiado para el legislador haber utilizado el término pareja.

b). Marital: Hace referencia a lo perteneciente al marido y al matrimonio, siendo contrario a lo que quería expresar el legislador.

c). De Hecho: Se refieren a esta unión como “de hecho” contraponiéndolo notablemente con la unión “de derecho”, de esta manera hacen ver a la unión de derecho como simplemente una unión legal, y a la unión de hecho como aquella que esta por fuera de lo jurídico.

Curiosamente es la unión marital de hecho la que encuentra toda su razón de ser y todo su fundamento en la ley.

**3. 3. 1. 4. La formada entre un hombre y una mujer:** Es así como el legislador zanja por completo la discusión de la unión de personas del mismo sexo y proclama la necesaria heterosexualidad de la unión.

Al respecto la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

Las disposiciones demandadas, adoptadas por el legislador, no prohíben ni sancionan el homosexualismo. Se limitan a tratar los aspectos patrimoniales de un determinado tipo de relaciones. No se descubre en ellas censura o estigmatización de ningún género hacia las parejas homosexuales. El hecho de que la sociedad patrimonial

objeto la regulación, no se refiere a las parejas homosexuales, no significa que estas queden sojuzgadas o dominadas por una mayoría que eventualmente rechaza y margina. La ley no ha pretendido, de otro lado, sujetar a un mismo patrón de conducta sexual a los ciudadanos, reprobando las que se desvían del modelo tradicional.

El demandante advierte que la ley prohíbe el principio de igualdad (C.P. art. 13), al no extender las uniones homosexuales el régimen patrimonial de las uniones maritales de hecho, no obstante que en aquellas también se da una comunidad de vida y sus miembros concurren a la formación de un patrimonio con base en su trabajo, ayuda y socorro mutuos.

Si se asume que antes de la expedición de la ley, ambas uniones libres -heterosexuales y homosexuales- , desde el punto de vista patrimonial carecían de protección en la legislación civil y que esta se cumple con la consagración de un régimen semejante al de la sociedad patrimonial dispuesto por la ley, cabe preguntarse si su posterior reconocimiento legislativo en relación con las parejas heterosexuales, significa discriminación sexual respecto de las homosexuales que, materialmente (comunidad de vida), enfrentaban idéntica necesidad de protección.

Se han señalado en esta sentencia algunos elementos que están presentes en las uniones maritales heterosexuales y que no lo están

en las homosexuales, los cuales son suficientes para tenerlas como supuestos distintos -además de la obvia diferencia de su composición- Las uniones maritales de hecho de carácter heterosexual, en cuanto a que conforman familia son tomadas en cuenta por la ley con el objeto de garantizar su “protección integral” y, en especial, que “la mujer y el hombre” tengan iguales derechos y deberes (C.P. arts. 42-43), lo que como objeto necesario de protección no se da en las parejas homosexuales. La debilidad de la compañera permanente, anteriormente denominada en la legislación “concubina”, se encuentra en el origen de las disposiciones constitucionales y legales citadas y, en consecuencia, el contexto de desprotección identificado no era otro que el de las parejas heterosexuales. De otra parte, sin postular que la protección legal deba cesar por la ausencia de hijos, la hipótesis más general y corriente es que la unión heterosexual genere la familia unida por vínculos naturales. En este sentido, es apenas razonable suponen que la protección patrimonial de la unión marital heterosexual, por lo menos mediatamente toma en consideración esta posibilidad latente en su conformación la que no cabe predicar de la pareja homosexual. En suma, son varios los factores de orden social y jurídico, tenidos en cuenta por la Constituyente, los que han incidido en la decisión legislativa, y no simplemente la mera consideración de la comunidad debida entre los miembros de la pareja, máxime si se

piensa que aquella puede encontrarse en parejas y grupos sociales muy diversos, de dos o de varios miembros, unidos o no por lazos sexuales o afectivos y no por ello el legislador a de estar obligado a reconocer siempre la existencia de un régimen patrimonial análogo al establecido en la ley 54 de 1990.

El alcance de la definición legal de unión marital de hecho, reivindica y protege un grupo anteriormente discriminado, pero no crea un privilegio que resulte constitucionalmente censurable. Según la Constitución “la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades” (C.P. art. 43) y las “relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja” (C.P. art. 42). Los derechos patrimoniales que la ley reconoce a quienes conforman la unión marital de hecho, responde a una concepción de equidad en la distribución de los beneficios y cargas que de ella se derivan. A cada miembro se reconoce lo que en justicia le pertenece. El hecho de que la misma regla no se aplique a las uniones homosexuales, no autoriza considerar que se haya consagrado un privilegio odioso, máxime si se toma en consideración la norma constitucional que le da sustento (art. 42).<sup>203</sup>

---

<sup>203</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia No. C-098 del 07 de Marzo de 1996. Op. cit.

**3. 3. 1. 5. Que sin estar casados:** Cosa que no es del todo cierta si analizamos detalladamente el literal b del Artículo 2 de la ley:

Artículo 2, lit. b: Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho”<sup>204</sup>

Por lo anterior y para evitar errores en la interpretación debió decir “...que sin estar casados entre sí”, de tal manera que quedara claro que entre quienes hacen vida marital no puede concurrir al mismo tiempo un compromiso matrimonial.

**3. 3. 1. 6. Hacen una comunidad de vida permanente y singular:** Cabe aquí preguntarnos ¿que se entiende por comunidad de vida permanente y singular?

---

<sup>204</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 54 DE 1990. (Diciembre 28). Op. cit., Artículo. 2.

a). Comunidad de vida: Hacer comunidad de vida no es simplemente el cohabitar. Este concepto encierra algo más especial, “*la donación mutua que hacen recíprocamente el varón y la mujer de su ser*” lo cual es propio en el matrimonio y esto es así porque en el matrimonio a diferencia de lo que acontece en la unión marital de hecho hay un compromiso denominado pacto conyugal.

El Doctor Julio Benetti Ángel, refiriéndose a la comunidad de vida señala acertadamente lo siguiente:

En virtud del vínculo jurídico matrimonial varón y mujer se comunican respectivamente en su virilidad y feminidad. La feminidad de la mujer no es solo de ella, es también del varón; la virilidad del varón no es solo de él sino también de la mujer. Hacen común las estructuras masculina y femenina de ambos. La comunidad de vida no solo hace referencia a la integración de las diferencias naturales propias de la distinción de sexo, sino también al proyecto común de vida que ambos cónyuges lleven a cabo en su vida matrimonial. En el pacto conyugal los contrayentes se entregan mutuamente su pasado, su presente y su

futuro; lo que son y lo que están llamados a ser. Por eso el matrimonio es una unidad de destino”<sup>205</sup>

b). Permanente: No hay razón para hablar de permanencia en la unión marital de hecho ya que la pareja de hecho en esencia no es estable. Como se dijo en capítulos anteriores, no hay ningún compromiso que ate a los compañeros permanentes.

c). Singular: Quiere esto decir que la convivencia debe ser exclusiva y excluyente, de tal manera que no puedan coexistir dos vínculos de idéntica naturaleza ya sean jurídicos o de hecho, cosa que como se dijo anteriormente no ocurre en la unión marital de hecho tal como lo hace ver claramente el literal b) del Artículo 2° de la Ley 54 de 1990.

A su vez el Artículo 2 de la Ley 54 de 1990 establece que:

Artículo 2. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

---

<sup>205</sup> BENETTI ÁNGEL Julio Ignacio, Op. cit., Páginas. 240-241.

- a). Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;
- b). Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho”.<sup>206</sup>

Del Artículo anterior se desprenden las consecuencias que trajo consigo la Ley 54 de 1990, la cual en lugar de arreglar la situación la empeoro. En efecto, antes de dicha ley solo estaban los casados y los no casados, tras su llegada, los no casados se subdividieron en uniones maritales de hecho con efectos patrimoniales, es decir las que encajan en el Artículo 2 de la ley, y las simples uniones maritales de hecho que carecen de efectos patrimoniales, es decir que están por fuera del Artículo 2 de la ley.

---

<sup>206</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, LEY 54 DE 1990. (Diciembre 28). Op. cit., Artículo. 2.

De esta manera es claro que al legislador se le olvido que la familia es algo anterior al derecho positivo, que obedece a algo más “la naturaleza humana”, y que a éste no le compete crear, sino simplemente reconocer y proteger.

**3. 3. 2. Nociones doctrinales:** Citaremos algunas definiciones de unión marital de hecho que nos dan algunos doctrinantes:

**3. 3. 2. 1. Pedro Lafont Pianetta:** *“Es aquella unión de hecho voluntaria de un hombre y una mujer, que con fines heterosexuales y de ayuda mutua hacen una comunidad de vida permanente y singular”* <sup>207</sup>

**3. 3. 2. 2. Gustavo A. Bussert:** *“Unión permanente de un hombre y una mujer que sin estar unidos por matrimonio mantienen una comunidad de habitación y vida de modo similar a la que existe entre los cónyuges”* <sup>208</sup>

**3. 3. 2. 3. Aroldo Quiroz Monsalve:** *“Es el acto jurídico, por el cual un hombre y una mujer hacen una comunidad de vida permanente y singular, con el fin de vivir juntos, procrear y socorrerse mutuamente”* <sup>209</sup>

---

<sup>207</sup> LAFONT PIANNETTA, Pedro. Derecho de Familia, Unión Marital de Hecho. Santafé de Bogotá: Ediciones Librería El Profesional. 1994. Página. 92.

<sup>208</sup> BOSSERT, Gustavo. Régimen Jurídico del Concubinato. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1990. Página. 36.

### 3. 4. CARACTERÍSTICAS DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO:

El tratadista Roberto Suárez Franco señala lo siguiente:

De la definición se coligen como características de la unión marital de hecho las siguientes:

1º) Diversidad de sexos. La unión marital de hecho, tradicionalmente y tal como se halla prevista en la ley 54 de 1990, es entendible cuando en su conformación intervienen un hombre y una mujer, vale decir, que se configure la diversidad de sexos entre sus componentes...

2º) Singularidad en los extremos. Esta característica es de particular relevancia y se pone de presente en la misma definición, cuando se expresa de manera perentoria que la unión marital de hecho solo es legalmente posible entre “un hombre y una mujer”, lo que esta descartando que puedan surgir uniones de esta naturaleza entre un hombre y varias mujeres o, viceversa, entre varios hombres y una mujer...

3º) Los compañeros permanentes no pueden estar casados. En efecto, a que situación se refiere: a que los compañeros no estén

---

<sup>209</sup> QUIROZ MONSALVE, Aroldo. Manual de Familia. Tomo V. Matrimonio (Civil y Religioso) y Unión Marital de Hecho. Santafé de Bogotá. D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1999. Página. 314.

casados entre si o a que no estén casados con personas distintas del otro compañero o simplemente a una y otra situación...

4°) Comunidad de vida. La comunidad de vida equivale a llevar en común, vale decir el cohabitar, y el colaborar económicamente y personalmente en las distintas circunstancias de la vida. Esto externamente se representa en la comunidad de habitación o residencia.

5°) Permanencia de vida. La permanencia hace relación al factor tiempo. Ello quiere decir que el hombre y la mujer que llevan una comunidad de vida, deben haberlo hecho por un tiempo lo suficientemente importante para que se entienda la existencia de la unión marital de hecho. El legislador exige, para que se presuma la sociedad patrimonial surgida de la unión marital, un espacio de dos años por lo menos.<sup>210</sup>

---

<sup>210</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto. Op. cit., Página. 444-445

### **3. 5. NATURALEZA JURÍDICA DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO:**

Ha sido muy discutida doctrinariamente su naturaleza jurídica, toda vez que algunos doctrinantes afirman que es un hecho y otros por el contrario señalan que es un acto.

**3. 5. 1. La unión marital de hecho entendida como un hecho jurídico:** El tratadista Lafont Pianetta afirma que:

La naturaleza fáctica indica que la unión marital, es en si misma considerada, un hecho jurídico familiar especial, es decir, un hecho voluntario de constitución familiar reconocido por el derecho, razón por la cual se califica de hecho.

En efecto, la mencionada unión marital de hecho se manifiesta como una verdadera situación fáctica, es decir, por una serie de comportamientos humanos plurales y reiterados en el tiempo por sus compañeros, porque así nace (por los hechos), se desarrolla (la reiteración de estos hechos con su correspondiente relación, etc.) y termina (fundamentalmente por hechos), es decir, porque así, como

situación continuada fáctica, se exterioriza su existencia vital ante el derecho.<sup>211</sup>

**3. 5. 2. La unión marital de hecho entendida como un acto jurídico:** Por el contrario el Doctor Aroldo Quiroz Monsalvo sostiene que:

La unión marital de hecho no es un hecho sino un acto jurídico de carácter familiar, por existir un acuerdo de voluntades expreso o tácito en la celebración de la unión marital, partiendo de la base que la misma Constitución Política en su artículo 42 inciso 1 parte final, prescribe: "... por la voluntad responsable de conformarla".

La unión entre un hombre y una mujer que la ley denomina unión marital de hecho, se logra a través de un acto jurídico; es decir un acto voluntario lícito, que tiene como fin inmediato establecer las relaciones jurídicas materiales.

Se considera que la unión marital de hecho como acto jurídico lícito, responde entonces a la libre voluntad responsable, como la denomina la Constitución Política, artículo 42 inciso 1°; de un hombre y una mujer de conformarla. La libre voluntad trasciende a la relación jurídica marital, considerando que esta relación está gobernada por la autonomía de la voluntad, que les permite a los compañeros si

---

<sup>211</sup> LAFONT PIANETTA, Pedro. Op. cit., Página. 95.

fracasan en la unión marital, disolverla del mismo modo que la constituyeron.

En conclusión, la naturaleza jurídica de la unión marital de hecho es un acto jurídico de carácter familiar, que se puede definir como la declaración de voluntad unilateral o bilateral, que tiene por objeto crear, modificar, regular o extinguir derechos y obligaciones de carácter familiar.<sup>212</sup>

Partiendo de la moderna doctrina que diferencia el hecho jurídico con el acto jurídico, podemos afirmar que la unión marital de hecho corresponde a un acto jurídico con todas las implicaciones que de éste emanan.<sup>213</sup>

### **3. 6. REQUISITOS DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO COMO ACTO**

#### **JURÍDICO:**

---

<sup>212</sup> QUIROZ MONSALVE, Aroldo. Op. cit., Páginas. 315-316.

<sup>213</sup> La clasificación de los elementos que intervienen en la formación de las situaciones jurídicas la sintetiza el tratadista Ospina Fernández así “La mas generalizada en el campo filosófico y, en nuestro sentir, la más clara y apropiada, denomina *negocio jurídico* al acto cuya voluntad se encamina directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, como el otorgamiento de un testamento o la celebración de un contrato; *acto jurídico*, al acto voluntario del cual derivan también efectos jurídicos; pero independientemente del querer del agente, o mejor dicho, por el solo ministerio de las normas jurídicas, como sucede en la comisión de un delito, y *hecho jurídico*, al simple hecho de la naturaleza física, como el desplazamiento del lecho de un río o la muerte de una persona.

Sin embargo, desde el punto de vista de nuestro derecho civil, es indispensable acoger la clasificación tradicional francesa, que reduce los elementos que intervienen en la formación de las situaciones jurídicas a solo dos especies: el *acto jurídico*, que comprende toda manifestación de voluntad directamente encaminado a la producción de efectos jurídicos, y el *hecho jurídico*, que cobija tanto los hechos puramente físicos o materiales jurídicamente relevantes, como también los actos voluntarios cuyos efectos, *que la ley les atribuye*, se producen independientemente del querer del agente, como si fueran simples hechos físicos (OSPINA FERNANDEZ Guillermo y OSPINA ACOSTA Eduardo.

La unión marital de hecho involucra unos requisitos de existencia y validez.

**3. 6.1. Requisitos de existencia:** Entre los requisitos de existencia de la unión marital de hecho podemos mencionar la diferencia de sexos; sin esta condición la unión no nacería a la vida jurídica, lo que es consecuencia propia de un acto jurídico inexistente.

**3. 6. 2. Requisitos de validez:** En cuanto a los requisitos de validez, siendo este un acto jurídico, ha de seguir la regla general contenida en el Artículo 1502 del Código Civil y es así como encontramos los siguientes:

**3. 6. 2. 1. Capacidad:** Ciertamente la Ley 54 de 1990 callo por completo este punto y a su vez, extrañamente permite que entre los compañeros permanentes pese un impedimento legal para contraer matrimonio, y al no señalar que impedimento debemos entender que se refiere a todos los que están contenidos en el Artículo 140 del Código Civil.

El hecho de que el legislador no haya señalado impedimentos en la conformación de la unión marital de hecho es una situación que

---

Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Santafé de Bogotá: Editorial Temis. 1998. Páginas. 4 y 5.

posiblemente tenga dos conclusiones: olvido del legislador o que el legislador omitió establecer impedimentos entre los que desean conformar una unión marital de hecho para efectos de no igualar esta figura a la del matrimonio.

En este orden de ideas es perfectamente posible que entre los compañeros permanentes no exista la edad mínima que se exige en el matrimonio o la capacidad propia para entender y querer el acto.

**3. 6. 2. 2. Consentimiento:** Tratándose de un acto jurídico (acto voluntario lícito) requiere del consentimiento tanto del hombre como de la mujer para formar la unión marital de hecho, consentimiento que debe estar libre de vicios.

Pero como se puso de presente anteriormente la Ley 54 de 1990 olvida por completo esto y por el contrario permite que sobre los compañeros pesen impedimentos para contraer matrimonio, que al no señalar cuales se ha de entender que se refiere a todos los contenidos en el Artículo 140 del Código Civil entre ellos están los vicios del consentimiento.

**3. 6. 2. 3. Objeto Lícito:** La ley tampoco señala las obligaciones propias de los compañeros permanentes. No siendo posible que entre ellos surja una comunidad de vida como se señalo anteriormente, “aunque el legislador equivocadamente lo haga ver así”, no se puede hablar de unos efectos personales entre los compañeros permanentes.

La ley solo se limita a condicionar unos efectos patrimoniales (Art. 2 Ley 54 de 1990).

Es por ello que no se puede imponer entre los compañeros permanentes las obligaciones recíprocas de cohabitación, fidelidad, socorro y ayuda mutuas.

**3. 6. 2. 4. Causa Lícita:** La causa que se persigue con la unión marital de hecho es conformar una familia, de acuerdo a la voluntad del constituyente que reza *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”*.<sup>214</sup>

**3. 6. 3. Requisitos formales:** La ley 54 de 1990, no condiciona la conformación de la unión marital de hecho a formalidad alguna, por lo tanto se ha de entender que se trata de un acto jurídico consensual.

Al respecto sostiene el Doctor Aroldo Quiroz Monsalvo:

El acto jurídico marital, no requiere de ninguna solemnidad, por el contrario es consensual, se perfecciona cuando los futuros

---

<sup>214</sup> COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Op. cit., Artículo. 42.

compañeros se ponen de acuerdo, para iniciar la unión marital de hecho.

Lo que sucede es que las partes, pueden solemnizar la celebración de este acto jurídico, v.gr. hacerlo por escrito.

El escrito puede ser privado o público. Este último puede celebrarse por escritura pública, e inscribirse en el registro de varios del libro que se lleva en la notaria, de acuerdo a lo señalado en el artículo 105 parágrafo único, del decreto 2737 de 1989.

Este artículo prescribe en materia de adopción que a la demanda de ésta se debe acompañar, por parte de los adoptantes, la prueba idónea de la convivencia extramatrimonial; la constancia de inscripción en el libro de varios de la notaria del lugar del domicilio de la pareja, con antelación no menor a tres (3) años.

Lo que significa, que la formalidad de la celebración de la unión marital de hecho es consensual; a discreción de los compañeros permanentes, que quieran someterlo a escrito. Creemos que para mayor seguridad probatoria debe ser por escrito privado o público.<sup>215</sup>

---

<sup>215</sup> QUIROZ MONSALVE, Aroldo, Op. cit., Páginas. 321-322.

### 3. 7. EFECTOS DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO:

La doctrina, sobre este punto se haya dividida; así hay quienes piensan que la unión marital de hecho si produce efectos personales y otros que la niegan.

El Doctor García Sarmiento señala que:

La mencionada ley no estatuyó efectos personales de la unión marital de hecho, como obligaciones reciprocas entre la pareja”.<sup>216</sup>

“Ahora bien. Lo que ha venido a quedar claro, es que la unión marital de hecho no produce los efectos jurídicos personales que genera el matrimonio: cohabitación, procreación, ayuda y socorro, y no crea un estado civil, ni una situación jurídica cierta para los hijos de la pareja. Y no los produce por el silencio del legislador.”<sup>217</sup>

Por el contrario el Doctor Pedro Lafont Pianetta asevera que:

---

<sup>216</sup> GARCIA SARMIENTO, Eduardo. Profundización en Derecho Sucesoral. Medellín: Ediciones Rosaristas. Biblioteca Jurídica Dike. 1996. Página. 18.

<sup>217</sup> GARCIA SARMIENTO, Eduardo. Elementos de Derecho de Familia. Santafé de Bogotá: Editorial Facultad de Derecho. 1999. Página. 466.

La normatividad legal en ausencia de norma explícita... Consagraba de manera implícita los deberes, derechos y responsabilidades entre compañeros, que ahora encuentran su respaldo en la constitución de 1991.

Mientras que los efectos personales del matrimonio (llámese deberes, derechos y responsabilidades), por el mismo hecho de contraerse, la ley los impone, aun contra la voluntad y con independencia de la comunidad doméstica matrimonial; en cambio, por ser la unión marital de hecho una situación fáctica que nace y se desarrolla por los hechos, sólo cuando se realizan y mantienen estos últimos, la ley, en la forma implícita mencionada, establece los deberes, derechos y responsabilidades condicionando al establecimiento y desarrollo voluntario de la comunidad de vida marital.<sup>218</sup>

En nuestra opinión, tal como se hizo alusión anteriormente, la unión marital de hecho no genera efectos personales, tan solo efectos patrimoniales, los cuales se encuentran condicionados al Artículo 2 de la Ley 54 de 1990, situación que es suficiente para entender su ineficacia con relación a la familia.

---

<sup>218</sup> LAFONT PIANETTA, Pedro. Op. cit., Página. 166.

Por esto y por otras razones no es dable equiparar la unión marital de hecho con el matrimonio; al respecto la Corte Constitucional señala lo siguiente:

... Sea lo primero decir que es erróneo sostener...que la Constitución consagra la absoluta igualdad entre el matrimonio y la unión libre, o unión marital de hecho, como la denomina la ley 54 de 1990. Basta leer el artículo 42 de la constitución para entender porqué no es así.

El noveno inciso del artículo mencionado, determina que “Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo se rigen por la ley civil”. Nada semejante se prevé en relación con las uniones maritales de hecho, precisamente por ser unión libre.

Tampoco acierta el actor al afirmar que la unión marital de hecho es el mismo concubinato existente antes de la vigencia de la ley. Podría serlo si se tiene en cuenta únicamente los hechos, desprovistos de sus consecuencias jurídicas. Pero la verdad es la creación de una nueva institución jurídica, la unión marital de hecho, a la cual la ley 54 le asigna unos efectos económicos, o patrimoniales como dice la ley, en relación con los miembros de la pareja.

De allí, al establecimiento de los mismos derechos y obligaciones existentes entre los cónyuges, hay un abismo.

Basta pensar, por ejemplo, que la sola voluntad de uno de sus miembros, es suficiente para poner término a la unión marital de hecho, lo que no ocurre con el matrimonio.

En síntesis: sostener que entre los compañeros permanentes existe una relación idéntica a la que une a los esposos, es afirmación que no resiste el menor análisis, pues equivale a pretender que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado, y que, al mismo tiempo, pueda este imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una unión libre.<sup>219</sup>

En otra sentencia la Corte Constitucional manifestó:

... 3. Algunas reflexiones sobre el matrimonio y la unión libre, a la luz de la Constitución. Es verdad que en el artículo 42 de la constitución se reconoce que la familia se constituye “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Pero de ahí a sostener que la Constitución estableció la igualdad entre el matrimonio y la unión libre, hay mucha distancia. El matrimonio es

---

<sup>219</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia. No. C-239 del 19 de Mayo de 1994. Op. cit.

diferente de la unión libre, y por lo mismo, difiere entre sí las situaciones jurídicas de los cónyuges y de los compañeros permanentes. ...

... podría afirmarse que en el mismo artículo 42 de la Constitución hay otras normas sobre el matrimonio, inaplicables también a la unión libre, o unión marital de hecho como lo denomina la ley 54 de 1990.

Estas son algunas de ellas.

Según el inciso décimo “los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley”. Obsérvese que la atribución de efectos civiles a los matrimonios religiosos, no está sometida a lo que disponga la respectiva religión. No: esos efectos se dan “en los términos que establezca la ley”. Y esta norma es aplicable sólo al matrimonio.

De conformidad con el inciso undécimo, del mismo artículo 42 “los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil”. Esta es otra norma, que nada tiene que ver con la unión marital de hecho.

Y lo mismo puede decirse del inciso duodécimo, según el cual “También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictados por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley”. Si bien en el plano

puramente teórico podría pensarse en la nulidad de la unión marital de hecho, por ejemplo, por la fuerza que uno de los compañeros ejerciera sobre el otro para iniciar o mantener tal unión, es claro que una autoridad religiosa no sería la llamada a decidir sobre tales hechos, por sentencia que produjera efectos civiles.

Esas diferencias entre el matrimonio y la unión libre, establecidas en la Constitución, existen también lógicamente en la ley.

Ya se vio cómo el inciso noveno del artículo 42 dispone que “las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil”. Si bien diversas leyes, entre ellas la 54 de 1990, han atribuido efectos civiles, por razones de equidad, a la unión libre, es evidente que el legislador no podría llegar a establecer una reglamentación como la prevista para el matrimonio, pues iría en contra de la esencia de la unión libre.

... Es claro, en síntesis, que una es la situación jurídica de los cónyuges, y otra, diferente, la de los compañeros permanentes. Diferencia que trae consigo consecuencias jurídicas.

4. Algunas reflexiones sobre el tratamiento diverso que la ley da al matrimonio y a la unión libre.

En razón de las diferencias que la Constitución y la ley establecen entre el matrimonio y la unión libre, la ley consagra obligaciones y

derechos diferentes para los cónyuges y los compañeros permanentes. Basta examinar algunos de ellos.

Según el artículo 1774 del Código Civil, “a falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal...”. Entre los compañeros permanentes, por el contrario, la sociedad patrimonial solo se presume y hay lugar a declararla judicialmente cuando la unión marital de hecho ha durado por un lapso superior a dos años, y se reúnen los requisitos señalados en el artículo 2° de la ley 54 de 1990.

Y en cuanto a los derechos y obligaciones de los cónyuges y de los compañeros permanentes, hay que decir que, según la Constitución, su determinación corresponde a la ley. Así se deduce del inciso final del artículo 42 de la misma Constitución, por las siguientes razones:

Dispone el último inciso del citado artículo 42 “La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

Y según el artículo 1° del Decreto 1260 de 1970, “el estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley”.

Obsérvese como la Constitución consagró lo que se había establecido en la definición transcrita, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia: que la determinación del estado civil, su asignación, corresponde a la ley. Y es la misma ley la que señala los derechos y obligaciones correspondientes al estado civil. Así lo consagra el citado artículo 42 de la Constitución.

En razón de las consecuencias jurídicas que la unión libre, o unión marital de hecho, trae consigo, tal unión en determinadas circunstancias, establece o modifica el estado civil de quienes hacen parte de ella. Y la ley, en consecuencia, acorde con la Constitución, determina en estos casos el estado civil, lo asigna, lo mismo que “los consiguientes derechos y deberes”. Derechos y deberes entre los miembros de la unión marital de hecho, y entre estos y los hijos, si los hubiere.

¿Qué consulta el legislador para fijar los derechos y deberes originados en el estado civil? Las costumbres, los usos sociales, la equidad, la moral predominante socialmente, etc. De todas maneras, éste del estado civil y de los derechos y obligaciones que de él nacen, es un campo reservado al legislador. Atendiendo a la evolución de las costumbres y fundado en razones de equidad, por ejemplo, dispuso el legislador que los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos

tendrían iguales derechos y obligaciones (L. 29/82, art. 1°). Y así lo consagró después el artículo 42 de la Constitución.

Pero lo que no es admisible es pedir a la Corte Constitucional que al examinar la constitucionalidad, que no se discute y ni siquiera se pone en duda, de normas que asignan derechos y obligaciones a quienes tienen el estado civil de casados, asigne esos mismos derechos y obligaciones a quienes no tienen tal estado civil, sino uno diferente.

El juez constitucional no puede crear una igualdad entre quienes la propia Constitución consideró diferentes, es decir entre los cónyuges y los compañeros permanentes.

Como se ve, no se quebranta el principio de igualdad consagrado en la Constitución, cuando se da por la ley un trato diferente a quienes están en situaciones diferentes, no solo jurídica sino socialmente. No se olvide, como se ha dicho, que cónyuges y compañeros permanentes tienen un estado civil diferente, según lo prevé el último inciso del artículo 42 de la Constitución. Y que el estado civil, como se ha dicho, trae consigo derechos y deberes, acordes con él y fijados por el legislador, según la evolución social.

Andando el tiempo, podrá el legislador, si en su sabiduría lo estimare conveniente, avanzar hacia la igualdad, dentro de lo posible, entre el tratamiento jurídico de los cónyuges y el de los compañeros permanentes.

Además no se pierda de vista que, como se trata de derechos y obligaciones recíprocos, los mayores derechos que la ley asigna a los cónyuges, están en relación con los mayores deberes que les imponen.<sup>220</sup>

### **3. 8. ESTADO CIVIL Y UNIÓN MARITAL DE HECHO.**

El Doctor Lafont Pianetta opina lo siguiente:

En términos generales, el estado de compañero es aquel estado civil imperfecto que asumen los sujetos de un vínculo marital de hecho, con las consecuencias jurídicas pertinentes.

Cuando el inciso 2°, del artículo 1 de la ley 54 de 1990 prescribe que “su denominación compañero y compañera permanente, al hombre y a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”, está atribuyéndoles o asignándoles en cabeza de ambos, una situación jurídica especial, que al mismo tiempo se asimila y difiere del estado civil de las personas. De allí que, entonces se caracterice como un estado civil imperfecto.<sup>221</sup>

---

<sup>220</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia No. C-174 del 29 de Abril de 1996. Magistrado Ponente. Dr. Jorge Arango Mejía. En <http://www.juridicacolombiana.com/página/jurisprudencia/Lc-constitucional/1996/c-174-96.asp>. Consultada el: 20 de noviembre de 2002

<sup>221</sup> LAFONT PIANETTA, Pedro, Op. cit., Página. 160.

Frente al tema del estado civil de la pareja que vive en unión marital de hecho, la ley guarda silencio, por lo tanto su condición frente al estado y la sociedad seguirá siendo la de solteros.

En contra de los que opinan lo contrario, el hecho de que la ley no les asigne a los compañeros permanentes una condición igual a los esposos, no los coloca en una situación de desventaja frente a la pareja que vive en matrimonio, pues, no se trata de igualar la unión marital de hecho con el matrimonio toda vez que como lo señaló la Corte Constitucional, el matrimonio es diferente a la unión marital de hecho.<sup>222</sup>

### **3. 9. DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO.**

Las causales de disolución de la unión marital de hecho, están previstas en el Artículo 5 de la ley 54 de 1990:

Artículo 5. La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se disuelve:

a) Por la muerte de uno o ambos compañeros

---

<sup>222</sup> Ver Corte Constitucional. Sentencias: C-239 de 1994 y C-174 de 1996.

- b) Por el matrimonio de uno o ambos compañeros con personas distintas de quienes forman parte de la sociedad patrimonial.
- c) Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública.
- d) Por sentencia judicial.<sup>223</sup>

Como se pudo apreciar, la norma habla de las causales de disolución de la sociedad patrimonial, causales que le son suficientes al legislador para dar por terminada, inclusive unilateralmente la relación personal entre los compañeros permanentes, quedando por lo tanto desprotegida la unidad y estabilidad de la familia.

---

<sup>223</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 54 DE 1990. (Diciembre 28). Op. cit., Artículo. 5.

## **4. ANALISIS COMPARATIVO DEL MATRIMONIO Y LA UNIÓN MARITAL DE HECHO EN SUS ASPECTOS PERSONALES**

### **4. 1. EN CUANTO A SU NATURALEZA JURÍDICA.**

#### **4. 1. 1. El matrimonio como realidad natural y la unión marital de hecho como realidad positiva.**

El matrimonio es una institución que se encuentra en la naturaleza humana. Responde a la verdadera y única unión que se puede dar entre un hombre y una mujer en razón a los aspectos en que existe la diferencia de sexos y la complementariedad, en orden a unos fines.

La nota que identifica esta unión es la entrega plena y total y a la vez comprometida de los contrayentes; en ese orden de ideas el matrimonio contiene elementos que por su esencia son inmodificables.

En la unión marital de hecho, el hombre y la mujer no hacen un compromiso de entrega y aceptación mutua, sino que conviven continua y permanentemente como resultado de la voluntad recíproca.

La unión marital de hecho es una figura de creación positiva o humana, es temporal, y por tanto puede variar de acuerdo a las circunstancias sociales y a la concepción que se tenga de dicha figura en un momento determinado; esos cambios incluso pueden modificar elementos de la esencia misma de ésta.

Lo anterior tiene su explicación en el hecho de que este tipo de unión no responde a la naturaleza humana; y en consecuencia no contiene elementos inmodificables.

#### **4. 1. 2. El matrimonio como institución jurídica y la unión marital de hecho como acto jurídico.**

El matrimonio al presentarse como una institución natural constituye por si mismo un fenómeno social que produce una serie de efectos jurídicos que al Estado le compete regular y proteger; por ello éste deberá reconocer el matrimonio y adoptarlo como una institución jurídica, sin poder modificarlo en lo que es propio de su esencia.

Los contrayentes al momento de prestar su consentimiento no estarán realizando un acto jurídico como si se tratase de un negocio jurídico

patrimonial sino que mediante ese consentimiento mutuo deciden someterse a la institución jurídica del matrimonio.

La unión marital de hecho, al no provenir de la naturaleza humana mal se haría en darle el carácter de institución, por lo tanto constituye un acto jurídico que implica una manifestación de voluntad de los compañeros permanentes de conformar este tipo de unión con sus singulares características.

#### **4. 2. EN CUANTO A SU CONSTITUCION.**

##### **4. 2. 1. CAUSA EFICIENTE: Consentimiento.**

##### **4. 2. 1. 1. El consentimiento matrimonial encaminado a la entrega y aceptación mutua y la unión marital de hecho como voluntad encaminada a la producción de efectos jurídicos patrimoniales.**

En el matrimonio el consentimiento constituye la causa eficiente, haciendo nacer lo que está en la naturaleza en potencia, (la mutua entrega –plena y total- y la aceptación que hacen varón y mujer de su naturaleza conyugable – virilidad y feminidad- abierta a la vida).

La unión marital de hecho es concebida por el legislador como un acto jurídico, el cual por su naturaleza implica una manifestación de voluntad de los compañeros permanentes; pero a ello se debe agregar que en el fondo el citado acto no está encaminado a la producción de efectos jurídicos personales entre los compañeros permanentes, ya que no se consagran derechos y obligaciones recíprocos entre ellos; sino que más bien se producen efectos jurídicos patrimoniales.

La causa eficiente de la unión marital de hecho será entonces la manifestación de voluntad de los compañeros encaminada a la eventual producción de efectos jurídicos de índole patrimonial.

#### **4. 2. 2. CAUSA MATERIAL: Un Hombre y una Mujer.**

##### **4. 2. 2. 1. Concepción de impedimentos en el matrimonio y ausencia de estos en la unión marital de hecho.**

El matrimonio se conforma por el consentimiento de un hombre y una mujer. Se destacan así las notas de unidad y heterosexualidad que comporta esta unión. Pero esta unión no puede darse entre cualquier hombre y cualquier mujer; ya que con el fin de preservar la esencia misma del matrimonio se ha previsto como requisito de validez la ausencia de impedimentos que se

basan en una serie de circunstancias personales que de no prohibirse atenderían contra dicha esencia.

En la unión marital de hecho la heterosexualidad y la monogamia se presentan como requisitos de existencia al acto, pero se ignoran por completo los impedimentos quedando abierta la posibilidad de que se conformen uniones de diversa índole personal, desconociendo situaciones tales como por ejemplo el parentesco entre otras.

#### **4. 3. EN CUANTO A LOS REQUISITOS DE SU CONFORMACIÓN.**

##### **4. 3. 1. CAUSA FORMAL: Requisitos formales.**

##### **4. 3. 1. 1. Previstos en el matrimonio y ausentes en la unión marital de hecho.**

El matrimonio si bien es una institución natural innata al hombre, esta sujeta al cumplimiento de unos requisitos y formalidades legales. No quiere ello decir que el matrimonio consista en una unión legalizada, toda vez que los

requisitos formales tienen una función clara y definida; existen para efectos de darle la seguridad jurídica que éste merece.

En la unión marital de hecho la ley no contempla requisitos formales en su constitución, pero dicho acto se puede condicionar a estos para efectos probatorios.

#### **4. 4. EN CUANTO A SUS EFECTOS.**

##### **4. 4. 1. CAUSA FINAL: Efectos personales.**

##### **4. 4. 1. 1. El matrimonio genera derechos y obligaciones entre cónyuges contrario sensu a la unión marital de hecho.**

El matrimonio genera entre otros unos efectos personales derivados del vínculo matrimonial, tales como los derechos y obligaciones de cohabitación (débito conyugal), fidelidad, socorro y ayuda mutua. Estos efectos tienen su fundamento en la naturaleza misma del matrimonio.

La unión marital de hecho no genera efectos personales entre los compañeros permanentes; pues no se predicán de éstos los derechos y deberes de cohabitación, fidelidad, socorro y ayuda mutua, esto dada la naturaleza misma de este tipo de unión concebida por el legislador, el cual le otorgó principalmente efectos en relación con los aspectos patrimoniales.

#### **4. 5. EN CUANTO A SU DISOLUCIÓN.**

##### **4. 5. 1. El matrimonio por naturaleza es indisoluble y la unión marital de hecho es disoluble.**

El matrimonio por su misma naturaleza es una institución indisoluble ya que el vínculo lo ha hecho la naturaleza humana y por tanto solamente le es dado a ésta romperlo.

Aunque en algunas legislaciones se concibe la figura del divorcio, éste es de creación del derecho positivo y es contrario a la naturaleza del matrimonio.

La unión marital de hecho es disoluble ya que no existe un compromiso que ate a quienes la conforman, siendo incluso posible disolverla unilateralmente.

Lo que la Ley 54 de 1990 prevé es la disolución de la sociedad patrimonial de hecho, que se forma una vez cumplidos los requisitos que la misma ley establece para estos efectos.

## CONCLUSIONES

El Estado que presenta la familia en la actualidad es preocupante. Mujeres abandonadas a la primera dificultad que se enfrenta en la convivencia, hijos abandonados por no tener la seguridad de crecer en un hogar estable y detrás de esto, un sin número de consecuencias que afectan al hogar y a la sociedad, son producto, entre otras de la falta de compromiso en la constitución de la familia.

Si corresponde al Estado colombiano otorgar protección especial a la Familia (Lo dice el Artículo 5 de la Constitución Nacional, la cual a su vez le da a la Familia el carácter de Principio Constitucional), es de esperarse como consecuencia lógica, que se otorguen las garantías necesarias que busquen lograr su permanencia y estabilidad.

La Constitución Nacional ha equiparado de una manera injusta dos figuras jurídicas que son totalmente incomparables. Por un lado esta el Matrimonio, institución que ha sido por mucho tiempo, la más apta para constituir la familia, esto en razón a la estabilidad y seguridad jurídica que representa y por otro lado, la figura legal de la Unión Marital de Hecho, ésta última que

busca proteger un patrimonio logrado por una pareja inestable, sin considerar aspectos más relevantes a nivel personal y social.

Esto ha conllevado, a que la sociedad colombiana, desconozca la verdadera esencia del Matrimonio y que lo vea como una institución eminentemente legalista. Optando más por la Unión Marital de Hecho, la cual es una figura más cómoda y fácil.

A pesar de que la Constitución Política, que se encuentra vigente y nos rige, haya incorporado al ordenamiento jurídico nacional, un modelo de familia inestable, lo ha hecho seguramente con el afán de dar respuestas jurídicas a situaciones de hecho. Pero debemos considerar que en un Estado de Derecho como el nuestro, la finalidad de la Ley, máxime si tiene el alcance de Norma Constitucional, no puede ni debe encaminarse a reconocer jurídicamente determinados comportamientos sociales con el argumento de su proliferación, (pues en ese orden de ideas, un sin número de conductas desviadas y antisociales deberían recibir amparo legal, por el simple hecho de su repetición), sino que debe dirigirse a lograr el bien común de los asociados, bien que brota de una institución familiar firme, sólida y estable.

El descenso de la tasa de matrimonios contraídos y el aumento de las uniones sin ningún compromiso ha conducido a la destrucción de la familia y de la sociedad, pues la familia fundada en el matrimonio indisoluble tiende de manera creciente a desaparecer, perdiendo día tras día su fuerza, pues la legislación civil se ha encargado de introducir y adaptar un nuevo concepto de ella, es decir, el concepto de familia fundada en vínculos solubles verbigracia la unión marital de hecho, tipo de uniones que no pueden constituirse en el cimiento sólido de ninguna sociedad; ahondando con ello la profunda crisis de la institución matrimonial en nuestro país en los últimos tiempos, promoviéndose uniones libres por naturaleza desprovistas de todo vínculo que garantice estabilidad y consecuentemente situaciones irregulares de diversa índole a nivel personal, familiar y social.

Sin embargo, la protección que le da la Constitución a la familia fundada por la Unión Marital de Hecho, no se concilia con la que le da el legislador, pues es evidente que la Ley 54 de 1990, lejos de regular los aspectos personales, lo cual es de mayor relevancia, le da más importancia a los aspectos patrimoniales, aspectos éstos que constituyen un efecto propio de este tipo de uniones, pero que en ningún momento generan la estabilidad ni la solidez que otorga la institución del matrimonio a la luz de la naturaleza humana y más allá de las normas jurídicas.

Se podría decir que actualmente, la familia fundada en el matrimonio a perdido tanta fuerza en el entorno socio-jurídico que cada vez mas tiende a desaparecer.

Decimos, socialmente porque, como se anoto anteriormente la sociedad ha desconocido su verdadera esencia y jurídicamente porque la normatividad del Estado, aún cuando no la han derogado, ha creado figuras jurídicas que buscan deformarla tales como el divorcio que atenta directamente contra la unidad e indisolubilidad del matrimonio, y la Unión Marital de Hecho, unión carente de compromiso pleno y total.

La crisis familiar que sufre actualmente la sociedad colombiana y seguramente otras sociedades del mundo; derivada precisamente del decaimiento de la institución matrimonial al introducir, adaptar y aceptar diversos tipos de unión a nivel normativo y socio-cultural, va más allá de una simple problemática de carácter religioso, moral y posturas interiores individuales de fe, es decir, constituye un problema social que ha sido descuidado y que debería interesar a cualquier Estado del mundo en igual o en mayor escala que otros asuntos de orden social político y económico, pues la base de toda sociedad cualquiera que ella sea es la familia y por tanto, su estructura y conformación deber ser un tema prioritario.

El Estado colombiano se debería preocupar más por fortalecer la idea de una familia estable y no otra diferente; en definitiva, se debería crear una verdadera política familiar capaz de generar núcleos familiares sólidos, cosa de la que actualmente carecemos. La citada política familiar debe propender por no seguir permitiendo que se creen figuras jurídicas tales como el divorcio, cesación de efectos civiles entre otras que atentan directamente contra la institución matrimonial y familiar al interior de la sociedad. Por el contrario, éste debe tener en cuenta aspectos muy concretos como lo son: una educación familiar que incluya diversos programas para el desarrollo y la construcción del núcleo familiar, una completa formación moral, educación sexual adecuada, creación de instituciones dedicadas a la familia identificando claramente cada uno de los roles de sus miembros.

Así mismo, se deben considerar otros puntos importantes tales como: unificar la legislación en materia de familia y además que ésta tenga en cuenta las circunstancias y hechos sociales actuales, pero que no olvide ajustarse a la naturaleza del ser humano de forma tal que, el respectivo proyecto de ley se fundamente y dirija a lograr el bien común de los coasociados en el estadio familiar. De otra parte, también es importante considerar que el Estado colombiano, considerado por la Carta Política y las leyes como un Estado Social de Derecho en donde priman los derechos fundamentales y en donde el eje de la normatividad jurídica es la persona humana, se encuentra por

tanto en la obligación de brindar ayuda suficiente más allá de lo económico en la implantación y efectiva divulgación y promoción de programas que estimulen, enseñen, desarrollen y se enfoquen a lograr una buena convivencia a nivel familiar.

En ese orden de ideas, no se debe olvidar que el individuo como persona humana, no es exclusivamente un producto de las circunstancias sociales, sino que gran parte de su desarrollo social se debe a lo que ha aprendido en su núcleo familiar durante el periodo de formación, por tanto ésta circunstancia nos permite afirmar que al ser parte de su vida personal el crecer, desarrollarse y convivir en un ámbito familiar determinado, genera que no se pueda separar de éste. De lo anterior, podemos colegir que aunque cada tipo de familia es diferente el parámetro o arquetipo de familia que nos debe regir es uno solo y es el constituido a la luz del matrimonio como institución totalmente ajustada a la naturaleza humana toda vez que permite el desarrollo propio de sus fines.

Así pues, aunque es una realidad latente que la familia como parte de la sociedad de la cual hace parte y a la cual pertenece desde sus orígenes, evoluciona constantemente como la sociedad misma y como las personas que la conforman, es necesario establecer hasta que punto ese cambio no afecta los fines propios de la institución familiar, toda vez que la evolución de

la institución familiar no puede desdibujar ni modificar sin razón alguna su esencia inmutable, ni mucho menos es aceptable desde ningún punto de vista, que la alteración en la naturaleza de ésta institución familiar sea elevada a norma jurídica, pues a todas luces ello atenta contra la sociedad misma y las personas que la conforman permitiendo así la expansión de conductas ajenas al crecimiento y desarrollo social.

Por último, es importante no olvidar que aunque cada individuo es independiente y diferente de los demás, en lo que se refiere a su naturaleza humana es inmutable, en esa medida hace parte de la naturaleza de esa persona ser social, es decir acercarse y compartir con los demás seres de su misma naturaleza. De lo dicho antes se deduce entonces que, el individuo frente a la sociedad es un ser social y que su desarrollo se debe en gran parte a lo que aprendió al interior de su núcleo familiar, así pues, no se puede olvidar que la persona humana depende de los demás en gran parte y por ésta razón su vinculación familiar es casi como el eslabón de una cadena que tiene principio pero no un fin.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **FUENTE LEGAL NACIONAL**

#### **Constitución Política de Colombia**

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Colección Códigos Básicos.

Séptima Edición. Bogotá D.C.: Editorial Legis. 2001.

#### **Decretos**

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. DECRETO 2820 DE 1974.

(Diciembre 20), “Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones, acordado con las modificaciones introducidas por el decreto 772 de 1975”. En TORRADO Helí Abel. Código de Familia. – Comentado y Concordado-. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional. 2000.

\_\_\_\_\_. DECRETO 2668 DE 1988. (Diciembre 26), “Por el cual se autoriza la celebración del matrimonio civil ante Notario Público”. En: COLOMBIA.

CÓDIGO CIVIL. Colección Códigos Básicos. Sexta Edición. Bogotá D.C.: Editorial Legis. 2001.

\_\_\_\_\_. DECRETO 354 DE 1998. (Febrero 19), “Por el cual se aprueba el convenio de derecho interno número 1 de 1997, entre el Estado colombiano y algunas entidades religiosas cristianas no católicas”. En Diario Oficial No. 43.245.

### **Leyes**

COLOMBIA. CÓDIGO CIVIL. Colección Códigos Básicos. Sexta Edición. Bogotá D.C.: Editorial Legis. 2001.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 74 DE 1968. “Por la cual”. En: MONROY CABRA Marco Gerardo. Derecho de Familia y de Menores. Séptima Edición. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional. 2001.

\_\_\_\_\_. LEY 20 DE 1974. (Diciembre 18), “Por la cual se aprueba el concordato y el protocolo final entre la república de Colombia y la Santa Sede”. En TORRADO Helí Abel. Código de Familia. –Comentado y Concordado-. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional. 2000.

\_\_\_\_\_. LEY 54 DE 1990. (Diciembre 28), “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”. Diario Oficial. No. 39.615.

\_\_\_\_\_. LEY 25 DE 1992. (Diciembre 17), “Por la cual se desarrollan los incisos 9, 10, 11, 12 y 13 del artículo 42 de la Constitución Política”. Diario Oficial. No. 40.693.

### **Proyecto de Ley**

COLOMBIA. SENADO DE LA REPÚBLICA. PROYECTO DE LEY 54 DE 1990. “Por el cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”. En: Anales del Congreso No. 79 de Agosto 15 de 1988.

### **Otros**

IGLESIA CATÓLICA. CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO. Edición bilingüe y anotada. Quinta Edición. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A. 1992.

## **FUENTE JURISPRUDENCIAL**

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia No. C-027 de 1993 (Febrero 5). Magistrado Ponente: Dr. Simón Rodríguez Rodríguez. En: Gaceta Constitucional, Tomo II. Bogotá D.C. 1993.

\_\_\_\_\_. Sala Plena. Sentencia No. C-225 de 1994 (Mayo 05). Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. En: Gaceta Constitucional, Tomo IV. Bogotá D.C. 1994

\_\_\_\_\_. Sala Plena. Sentencia No. C-239 de 1994. (Mayo 19). Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. En Gaceta Constitucional, Tomo V. Bogotá D.C. 1994.

\_\_\_\_\_. Sala Plena. Sentencia No. C-098 de 1996. (Marzo 07). Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. En: Gaceta Constitucional, Tomo III. Bogotá D.C. 1996.

\_\_\_\_\_. Sala Plena. Sentencia No. C-174 de 1996. (Abril 29). Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. En: Gaceta Constitucional, Tomo IV. Bogotá D.C. 1996.

\_\_\_\_\_. Sala de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional. Sentencia No. T-008 de 1992. (Mayo 18). Magistrado Ponente: Dr. Simón Rodríguez Rodríguez. En: Gaceta Constitucional, Tomo I. Bogotá D.C. 1992.

\_\_\_\_\_. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia No. T-502 de 1992. (Agosto 21). Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. En: Gaceta Constitucional, Tomo IV. Bogotá D.C. 1992.

\_\_\_\_\_. Sala Séptima de Revisión. Sentencia No. T-179 de 1993. (Mayo 7). Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. En: Gaceta Constitucional, Tomo V. Bogotá D.C. 1993.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consulta No. 1049 de 1997 (Octubre 28). Magistrado Ponente: Dr. Javier Henao Hadrón. En: Anales del Consejo de Estado. Tomo 163. Bogotá D.C. 1997.

#### **FUENTE DOCTRINAL NACIONAL**

ARBOLEDA VALENCIA, Hernán. El Matrimonio Civil de Colombianos Católicos en el Exterior. Bogotá D.C.: Editorial. Temis. 1967.

BENNETTI ANGEL, Julio Ignacio. Derecho Matrimonial Colombiano -Análisis Crítico-. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley. 1999.

CANON R, Pedro Alejo. Derecho Civil I. Personas y Familia. Bogotá D.C.: Editorial ABC. 1982.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Bogotá D.C. En: Gaceta Constitucional No.52. Miércoles 17 de Abril de 1991.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. Profundización en Derecho Sucesoral. Medellín: Ediciones Rosaristas -Biblioteca Jurídica Dike-. 1996.

TORRADO Helí Abel. Código de Familia. -Comentado y Concordado-. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional. 2000.

LAFFONT PIANNETA. PEDRO. Derecho de Familia -Unión Marital de Hecho- Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional. 1992.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al Derecho. Bogotá D.C.: Editorial Temis. 1990.

\_\_\_\_\_. Derecho de Familia y de Menores. Séptima Edición. Bogotá D.C.: Ediciones Librería del Profesional. 2001.

NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Bogotá D.C.: Editorial Temis. 1997

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá D.C.: Editorial Temis. 1998.

PRIETO MARTINEZ, Vicente. Divorcio, Separación, Matrimonio. Bogotá D.C.: Ediciones Universidad de La Sabana. 1995.

QUIROZ MONSALVO, Aroldo. Manual de Familia. Tomo V. Matrimonio (Civil y Religioso) y Unión Marital de Hecho, Santafé de Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 1999.

SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia Tomo I. Bogotá D.C.: Editorial Temis. 1998.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil Tomo I Derecho Civil General y Personas. Bogotá D.C.: Editorial Temis. 1999.

\_\_\_\_\_. Derecho Civil Tomo V Derecho de Familia. Bogotá D.C.: Editorial Temis. 1977.

VÉLEZ, Fernando. Estudios sobre Derecho Civil Colombino Tomo VII. París: Imprenta Paris-América. 1973.

#### **FUENTE DOCTRINAL EXTRANJERA**

ALVIRA, Rafael. Sobre la Esencia de la Familia. En Metafísica de la Familia. Pamplona: Editorial Eunsa. 1995.

CICU, Antonio. El Derecho de Familia. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América. 1947.

AZNAR GIL, Federico. El Nuevo Derecho Matrimonial Canónico. 2ª. Edición. Salamanca: Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca. 1985.

BONNECASE, Julien. La Filosofía del Código de Napoleón Aplicada al Derecho de Familia. Puebla (México): Editorial. José M. Cajicá. 1945.

\_\_\_\_\_. Traite Elementaire du Droit Civile. Traducción y Compilación: Enrique Figueroa Alfonso. México: Biblioteca Clásicos del Derecho. Distribuidor Harla S.A. 1997.

BOSSERT Gustavo. Régimen Jurídico del Concubinato. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1990.

CASTÁN TOBEÑAS, José. La Crisis del Matrimonio. Madrid: Hijos de Reus Editores. 1914.

COLIN Y CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil. Tomo I. Madrid: Editorial Reus S.A. 1923.

HEINRICH, Lehmann. Derecho de Familia. Vol. IV. Madrid: Editorial. Revista de Derecho Privado. 1953.

HERVADA JAVIER, Cuatro Lecciones de Derecho Natural -Parte Especial-. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A. 1993.

HERVADA JAVIER, Escritos De Derecho Natural. Pamplona: Ediciones Universidad De Navarra. S.A. 1986.

IGLESIA CATÓLICA. Catecismo de la Iglesia Católica. Bogotá D.C. Conferencia Episcopal de Colombia. Editorial Librería Editrice Vaticana. 1992.

LECLERCQ, Jacques. La Familia Según el Derecho Natural. Barcelona: Editorial. Herder. 1979.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. Diagnostico sobre el Derecho de Familia. Madrid: Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia -Universidad de Navarra-. Editorial Rialp S.A. 1996.

MIGUELEZ DOMÍNGUEZ, Lorenzo. Código de Derecho Canónico comentado. Tomo II. Editorial. Biblioteca de Autores Cristianos. 1984.

ROUSSEAU J.J. El Contrato Social o Principios de Derecho Político. Traducción de Enrique De La Rosa. Buenos Aires: Editorial Los Libros del Marisol. 1961.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Santiago de Chile: Editorial Nacimiento. 1946.

## **DICCIONARIOS**

COROMINAS J. Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Castellana. Madrid: Editorial Gredos. 1954.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima primera edición: Editorial Unigraf. S.L. Tomo I. 1992.

VELA SANCHEZ, Luis. Diccionario de Derecho Canónico. Madrid: Universidad Pontificia Comillas. Editorial Tecnos S.A. 1989.

### **PÁGINAS WEB**

<http://www.juridicacolombiana.com/página/jurisprudencia/Lc-constitucional/>.

Consultada el: 20 de Noviembre de 2002.