

REFERENCIA DEL DERECHO CIVIL AL DERECHO CANONICO EN MATERIAS MATRIMONIALES. — PRIVILEGIOS EN FAVOR DE LA FE

Por su esencia la disolución de un vínculo recíproco produce en derecho el efecto necesario de romper para ambas partes el lazo que hasta entonces las ligara. De donde también por necesidad se desprende que la competencia para desatar a una de las dos partes envuelve la liberación de la otra, que en lo jurídico mal podría permanecer unida por vínculo mutuo con quien ha venido a ser ajeno a esa misma relación.

No incumbe a la jurisdicción civil definir si las providencias eclesiásticas están ajustadas a los cánones. Sería el desconocimiento de la autonomía de la Iglesia, cuya libertad e independencia del poder civil, con soberanía para regirse por sus propias leyes y de ejercer su autoridad espiritual y su jurisdicción canónica, como persona jurídica perfecta de derecho público, se halla respesada en Colombia y, en concreto, por la Ley 35 de 1888, que aprobó el Concordato, con fuerza obligatoria tan grave como la que surge de los tratados públicos, y mayor firmeza y estabilidad que las leyes comunes.

Por imperativo reiterado "la legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta; pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República".

(16. Ley 153 de 1887. — 3º Concordato — Ley 35 de 1888).

Este modo de respetar el derecho canónico por referencia formal, en conformidad con doctrina de la Corte en fallos de casación de 15 de mayo de 1954 (LXXVII - 2141-579) y de 30 de noviembre de 1961 (no publicado todavía por la Gaceta Judicial), significa de plano que las leyes eclesiásticas son exequibles y válidas para el derecho civil "con las características intrínsecas y la vigencia y validez que tienen en el ordenamiento de origen", como emanadas de persona jurídica de derecho público eclesiástico, en la que el Estado reconoce potestad legislativa, administrativa y jurisdiccional.

Y dentro de las consecuencias que de ello se desprenden fue señalada en la sentencia de 15 de mayo de 1954 "la imposibilidad de considerar que puede haber conflicto entre la norma civil y la eclesiástica, pues cuando el derecho del Estado defiere formalmente a una institución de derecho canónico, esa deferencia implica que el derecho civil admite la reglamentación canónica relativa a esa institución". O sea precisamente lo que sucede con el matrimonio de los que profesan la religión católica, por referencia al derecho canónico del artículo 17, Concordato-Ley 35 de 1888; y para "las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como las que se refieran a la validez de los espousales", por el artículo 19, ibidem.

El matrimonio entre infieles no está regido en su celebración por los cánones. Pero la infidelidad es susceptible de desaparecer. "Por el bautismo queda el hombre constituido persona en la Iglesia de Cristo, con todos los derechos y obligaciones de los cristianos", según el canon 87.

Desde entonces la nueva persona en la Iglesia queda regida y amparada por el derecho eclesiástico, a que el derecho civil, cuanto a las dichas materias matrimoniales, hace referencia formal con todas sus consecuencias y sin conflicto alguno. Y lo habría por la interferencia del poder civil que suprimiese o recortara el efecto de la regulación canónica sobre la suerte del matrimonio legítimo contraído en la infidelidad por quien abraza después la fe católica mediante el bautismo, o sobre las nupcias de persona "no bautizada con otra bautizada en la Iglesia católica o convertida a ella de la herejía o del cisma".

La cuestión en materia matrimonial canónica, a que defiere el derecho civil, se encuentra especial y expresamente prevista y regulada en las normas eclesiásticas:

"Es nulo el matrimonio contraído por una persona no bautizada con otra bautizada en la

Iglesia o convertida a ella de la herejía o del cisma". (1-1070 C.D.C.).

"El matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio Paulino". (1-1120).

"El vínculo del matrimonio anterior celebrado en la infidelidad, se disuelve en el momento preciso en que la parte bautizada celebra válidamente nuevo matrimonio". (1126).

"En caso de duda, el privilegio de la fe goza del favor del derecho". (1127).

Cuando hombre y mujer permanecen por fuera de la Iglesia, el matrimonio civil entre ellos continuará inmutable bajo el imperio privativo de la regulación laica. Mas no cuando el Sumo Pontífice de la Iglesia Católica ha disuelto en favor de la fe el vínculo matrimonial, por cuanto uno de los cónyuges abrazara el catolicismo, y la ley civil defiere a lo que con respecto a los bautizados prescribe el derecho canónico. Y la referencia está hecha por el artículo 19 del Concordato a la autoridad eclesiástica como exclusivamente competente en "las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio". Esto es, según el derecho canónico, ya que no otro aplican las jurisdicciones eclesiásticas. No por implícito es menos claro al respecto el acuerdo del Estado colombiano con la Sede Apostólica.

No corresponde sin conflicto al poder civil discurrir la competencia de la Curia Romana para desatar en favor de la fe de quien se bautiza o recibe el credo católico, el vínculo legítimo que por matrimonio civil lo uniera con persona que de su parte continúa en la infidelidad. Ella es materia propia del derecho eclesiástico que regula y concede los privilegios en favor de la fe, con independencia y solemne respeto del poder civil.

Roto así el vínculo matrimonial, desligado queda necesariamente tanto el cónyuge que ingresa y permanece en el catolicismo en razón de su fe como el que no es ni ha sido persona en la Iglesia por estar en la infidelidad. Y si ese vínculo anterior no subsiste desde cuando vino a quedar disuelto en favor de la fe del marido, no se predica que respecto a la mujer no bautizada que con posterioridad contrae nuevo matrimonio civil con otra persona, la causal de nulidad que bajo el número 12 estatuye el artículo 140 del Código Civil.

Por cuanto el privilegio se concede por el derecho canónico estrictamente en favor de la fe, es obvio y necesario que quien lo recibe quede en capacidad de contraer nuevo matrimonio, pero nada más que por el rito católico, y de ningún modo matrimonio civil, que repugna a la naturaleza, significación y alcance del propio privilegio en favor de la fe.

En consecuencia, el beneficiario del privilegio no puede ante el Estado celebrar nuevo matrimonio civil, mientras viva quien contrajo el anterior matrimonio civil con tal beneficiario.

Con los privilegios en favor de la fe podría pensarse que en punto de indisolubilidad del matrimonio fuese más estricto y exigente el derecho civil colombiano que el propio derecho canónico, mas no que dejen de estar regidos los supuestos de hecho por los cánones a que formalmente se refiere la ley del Estado.

Sin embargo, en la materia los dos derechos coinciden a virtud de la referencia formal. Pues si por privilegio en favor de la fe la Santa Sede disuelve el matrimonio legítimo —que es el civil para los no católicos— y el derecho laico defiere a esa institución canónica, no otra cosa que armonía puede hallarse entre las dos legislaciones y las dos potestades de que las normas emanen.

De la manera expuesta el privilegio en favor de la fe es recibido por el derecho civil sin lesión de la norma, según la cual "el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges" (152). En forma expresa no ha dado la ley civil ninguna otra causa de disolución del matrimonio, ni siquiera el divorcio, que apenas "suspende la vida común de los cónyuges" (153); pero sí implícitamente por las causas canónicas que el mismo derecho civil adopta por virtud de referencia formal.

Lo indiscutible ante el Concordato-Ley 35 de 1888 consiste en la potestad canónica del Soberano Pontífice y de la Curia Romana para disolver en favor de la fe el vínculo de matrimonio civil legítimo entre no católicos. Y como este evento de ruptura depende de autoridad tan alta y respetable en la historia, hay distancia para considerar que por ello hubiese en el matrimonio civil incidencia de modalidad suspensiva o resolutoria alguna como potestativa simple de cualquiera de los contrayentes,

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.

(Magistrado ponente: doctor José Hernández Arbeláez).

Bogotá, ocho (8) de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.

En el libelo inicial dirigido contra Lore Isaac Abraham, el demandante Hans Walter Ossen Kruger hizo estos pedimentos:

“1º La nulidad del matrimonio contraído por el señor Hans Walter Ossen Kruger con la señora Lore Isaac Abraham el día 22 de noviembre de 1952 ante el señor Juez 7º Civil Municipal de Bogotá;

“2º Condenar a la señora Lore Isaac a pagarle al señor Ossen los perjuicios morales y materiales, causados con su acto doloso de contraer segundo matrimonio estando subsistente y válido otro anterior;

“3º Decretar que como no hubo bienes ni hijos en el matrimonio, no es procedente tomar las medidas de partición y guarda, respectivamente, de éstos;

“4º Declarar a los esposos Ossen y Lore legalmente separados de bienes;

“5º Ordenar el registro de la sentencia de nulidad matrimonial;

“6º Condenar a Lore Isaac al pago de las costas del presente juicio, y

“7º Ordenar el cumplimiento de los demás requisitos del artículo 151 del Código Civil”.

Por causa para pedir enumeró los siguientes hechos:

“1º El señor Ossen y la señora Lore contrajeron matrimonio ante el Juez 7º Civil Municipal de Bogotá el día 22 de noviembre de 1952;

“2º La señora Lore Isaac estaba casada anteriormente en matrimonio válido y actualmente subsistente, acto que realizó con el señor Hans Rothschild el día 6 de marzo de 1937, ante el señor Juez 3º Civil Municipal de Bogotá;

“3º Que dado el conocimiento personal y directo para la señora Isaac de un matrimonio anterior, válido y subsistente con el señor Rothschild, claramente se infiere que dicha señora procedió de mala fe al contraer un segundo matrimonio civil con el señor Ossen;

“4º Que la señora Lore Isaac ha causado graves e irreparables perjuicios de orden económico y moral al señor Ossen;

“5º Que durante la vida de casados de Lore y Ossen, éstos no han tenido hijos en su matrimonio;

“6º Que en el lapso de subsistencia del matrimonio de los esposos Ossen-Isaac no se han obtenido bienes”.

Al contradecir la acción afirmó la demandada que “el día 22 de noviembre de 1952 era soltera, o sea absolutamente libre para contraer matrimonio, pues el celebrado el 6 de marzo de 1937, ante el señor Juez 3º Civil Municipal de Bogotá, con el señor Hans Rothschild fue disuelto por el Romano Pontífice, en favor de la fe como consta en el rescripto de la Sagrada Congregación del Santo Oficio, expedido en Roma el 11 de diciembre de 1948”; protestó por el cargo de mala fe que se le hace en la demanda, desde luego que “consta en la escritura pública que puso todo su empeño en ilustrar al señor Juez 7º Civil Municipal, tanto sobre el hecho de su primer matrimonio como la circunstancia de la disolución de éste por el Soberano Pontífice”; alegó que no se puede solicitar la nulidad del matrimonio Ossen-Isaac con base en el ordinal 12, artículo 140 del Código Civil, pues el varón era viudo, y el matrimonio anterior de la mujer “se había disuelto por decisión del Soberano Pontífice”, cuya eficacia civil está reconocida por el artículo 19 del Concordato con la Santa Sede.

Concluyó en primera instancia la litis con pronunciamiento de 10 de febrero de 1959, proferido por el Juez 1º Civil del Circuito de Bogotá, a saber:

“1º Declárase probada la excepción perentoria de falta de acción, respecto de la ejercitada en este negocio.

“2º Niéganse, en consecuencia, las peticiones de la demanda.

“3º Niéganse las demandas consecuenciales incoadas con la principal.

“4º Las costas del juicio son de cargo de la parte demandante. Tásense”.

Con fecha 22 de agosto de 1961 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó el fallo apelado por la parte actora, la que interpuso el recurso de casación ante la Corte.

EL FALLO ACUSADO

El sentenciador encuentra cinco hechos comprobados en el proceso:

1. El Matrimonio civil contraído el 6 de marzo de 1937, ante el Juez 3º Civil Municipal de

Bogotá, por Hans Rothschild, acatólico bautizado, y Lore Isaac, hebrea.

2. La disolución, en favor de la fe, del mismo matrimonio "para que el peticionario Hans Rothschild, que abrazó la fe católica, pueda contraer ante la Iglesia válida y lícitamente nuevas nupcias con mujer católica, "según rescripto dado en Roma el día 11 de diciembre de 1948 por la Sagrada Congregación del Santo Oficio.

3. La revalidación, el 2 de abril de 1949, a virtud del mismo rescripto y ante el Cura Párroco de San Fernando Rey, de Cali, del matrimonio que contrajo Hans Rothschild, bautizado en la parroquia de San Victorino de Bogotá el 3 de octubre de 1946, con Marina Gómez, bautizada en Girardot el 12 de agosto de 1922.

4. El matrimonio contraído el 22 de noviembre de 1952, ante el Juez 7º Civil Municipal de Bogotá, por Hans Walter Ossen, de religión hebrea, con Lore Isaac, de la misma confesión religiosa y en calidad de soltera por haber sido disuelto su primer matrimonio con Hans Rothschild por el Romano Pontífice, y

5. El reconocimiento judicial hecho por Hans Walter Ossen al absolver posiciones dentro del juicio, de que "cuando intentaba contraer matrimonio con la señora Lore Isaac, sabía que ella había estado casada con el señor Hans Rothschild, y que este matrimonio había sido resuelto por el Sumo Pontífice en favor de la fe".

Se refiere a lo que preceptúa en su numeral 12 el artículo 140 del Código Civil; a la pretensión de que está vigente el vínculo Rothschild-Isaac, por cuanto la autoridad eclesiástica no tuviese competencia para disolverlo, según lo entiende el actor; y después de aludir a doctrinas de la Corte para extraer como postulados el respeto civil por la legislación canónica y la jurisdicción eclesiástica, lo mismo que "obviamente el reconocimiento de los efectos que dimanan de los fallos eclesiásticos", el Tribunal transcribe el canon 1120 y comentarios sobre el privilegio Paulino, que disuelve en favor de la fe el matrimonio legítimo entre no bautizados, y expone:

"Este fue el caso del matrimonio precitado. Está expresamente contemplado por el inciso 2º del canon 1120. Si no hubo dispensa del impedimento de disparidad de cultos, es aplicable el privilegio Paulino. La jurisdicción de la Iglesia dimana del bautismo del consorte acatólico y bautizado. Este sacramento lo convierte en subdito de la Iglesia y determina la competencia de Ella sobre el vínculo matrimonial, aunque el matrimonio sea civil. Así lo prescribe el ca-

non 1960, que figura en el Capítulo 1º, intitulado *Del fuero competente*, del título 20 que trata *De las causas matrimoniales*, y que es del siguiente tenor: 'Las causas matrimoniales entre bautizados pertenecen por derecho propio y exclusivo al juez eclesiástico'. Texto que recoge —según los comentaristas— un principio de derecho público eclesiástico; y que se extiende también a los matrimonios mixtos, en que uno de los cónyuges es cristiano (esto es bautizado) y el otro infiel; pues así lo exige la indivisibilidad del contrato matrimonial.

"De lo expuesto —continúa el sentenciador— se deducen las siguientes conclusiones:

"Que la ley canónica es la que rige los efectos de la disolución de un matrimonio decretada por la jurisdicción eclesiástica. El artículo pertinente es el 1126, cuyo tenor es:

"'El vínculo del matrimonio anterior celebrado en la infidelidad se disuelve en el momento preciso en que la parte bautizada celebra válidamente nuevo matrimonio'.

"Por eso el rescripto aludido, concedió la gracia 'para la disolución, en favor de la fe, 'del matrimonio de que se habla arriba', para que el peticionario Hans Rothschild, que abrazó la fe católica, pueda contraer ante la Iglesia válida y lícitamente nuevas nupcias con mujer católica. Y como tal vínculo lo contrajo con Marina Gómez el 9 de abril de 1949, en ese momento preciso quedó disuelto el que había celebrado con Lore Isaac.

"De donde se sigue que cuando la señora Isaac se unió en matrimonio civil con Hans Walter Ossen, el 22 de noviembre de 1952, no estaba subsistente el vínculo anterior, razón por la cual no es nula la segunda unión".

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El libelo afirma que "está libre de vacilaciones y titubeos el hecho de que la jurisdicción civil es la única competente para decidir sobre las consecuencias civiles de la unión, cualquiera sea su tipo, y para resolver los conflictos que sobre nulidad, divorcio y mera separación, surjan en función de matrimonios civiles, en tanto que la Iglesia es la sola autorizada a decidir sobre los problemas personales cuando el matrimonio se celebró por el rito católico". Pensamiento que concreta así:

"... el matrimonio civil no puede ser juzgado y calificado en la totalidad de sus efectos personales y civiles, más que por el Juez Civil. Y

la Iglesia no tiene, ni puede, ni quiere tener competencia para decidir sobre los efectos de la unión civil”.

En torno a ese planteamiento hace otras consideraciones explicativas, y continúa:

“De lo cual se deriva en orden al caso estudiado, que un matrimonio civil no puede ser considerado disuelto, nulo o anulado, sino en razón de sentencia firme de Juez Civil colombiano. Así lo impone la más elemental consideración de las normas pertinentes, de la lógica y del sentido común”.

Comenta el rescripto de la Santa Sede sobre el privilegio Paulino, y lo entiende en el sentido de que “se circunscribe con ponderación a decir que el cónyuge peticionario está, en razón de su nueva fe, autorizado para contraer matrimonio válido y legítimo ante la Iglesia, con mujer distinta de su mismo credo”.

“Con la lógica del Tribunal —expresa el recurrente— la señora Lore Isaac, judía en todo y siempre, resulta afectada, diríase que favorecida, por la opinión de autoridad religiosa distinta de la suya, sustraída a la legislación del país conforme a cuyas normas contrajo matrimonio, y autorizada para contraer nuevo matrimonio estando vivo el primer marido, y sin que el primero haya sido cancelado judicialmente, sin que en nada se afecten las normas religiosas y las leyes civiles que a una y enfáticamente repudian la bigamia y el divorcio vincular. Y todo esto en nombre de quién sabe qué moral”.

Entiende que el fallo acusado conduciría a extremos absolutamente censurables, y con el propósito de demostrarlo dice:

“En efecto, y las cosas han de encararse tal como son y sin reticencias, si el matrimonio civil (que corresponde sólo a los no católicos) puede disolverse cuando uno cualquiera de los interesados decide terminarlo y abrazar la religión católica, sin necesidad de intervención judicial, más todavía, sin posibilidad de ella, se habría operado en nuestra legislación un cambio radical y sin el concurso del Congreso: el matrimonio ya no sería soluble sólo por muerte de uno de los cónyuges, sino también por declaración y actuación unilateral de uno solo de ellos. Y si dicho matrimonio válido pudiera anularse por el matrimonio religioso posterior de uno de los contrayentes, se agregaría a las causales consagradas por el Código como exclusivas (Ley 57 de 1887, a. 16), una que pendería del solo arbitrio del interesado: cambio de religión o adquisición de una, la católica. Y si el matrimonio

civil subsistiera apenas hasta las nupcias católicas por parte del converso bautizado, el matrimonio estaría sometido a condición resolutoria, o habría un divorcio vincular bajo condición suspensiva, con el agravante de que en ambos casos el evento futuro e incierto estaría sometido en últimas a la decisión unilateral del beneficiario. Y todo esto en relación con la más importante institución del derecho familiar, el matrimonio, con sus enormes implicaciones que para el orden social, la moral y el derecho tienen la fijeza y estabilidad suya”.

Sobre los rescriptos de la Santa Sede aduce que son respuestas a los bautizados, de interpretación restrictiva, que no crean a favor o a cargo de los infieles situación jurídica alguna. De que desprende:

“Acatólica, no solicitante, extraña al planteamiento, la señora Lore Isaac no es destinataria de la opinión Papal, y no puede perjudicarse con ella o derivar de allí ventaja alguna”.

Sostiene, además, que el rescripto no es una decisión jurisdiccional en causa de matrimonio, donde se destaca el papel del *defensor del vínculo*, sino “una simple dispensa del pecado de bigamia que comete quien se casa por segunda vez estando vigente el primer matrimonio”; que de suyo el rescripto no disolvió el vínculo “ni siquiera para ante la Iglesia”, pues no se encuentra noticia de auto o providencia de la Curia por cuyo conducto se elevó la solicitud, la de Bogotá, “ni de las interpellaciones hechas a la cónyuge Lore Isaac a través de aquélla o directamente por el marido, ‘como requisito indispensable para la validez del segundo matrimonio (el católico), dentro de las prescripciones canónicas (c. 1121)’”.

Arguye en el sentido de que la unidad matrimonial o del estado civil “ha sido revaluada y archivada por las necesidades cotidianas”, en varias hipótesis que presenta, para deducir de allí que “la famosa unidad no es más que una palabra con que se pretende ornamentar una decisión ilegal”.

Por último, entiende que el Tribunal no cayó en la cuenta, con respecto al matrimonio Rothschild-Gómez en 1949, “de que el estado civil se prueba en Colombia por las actas del registro civil y que las partidas de origen eclesiástico son meras pruebas supletorias a partir de la Ley 92 de 1938, cuya admisión exige la prueba de la falta de medio principal. De modo que si de matrimonio se trata, y si éste se afirma haber sido celebrado y revalidado en Cali, la prueba idónea es la atestación notarial, ausente aquí, cuya fal-

ta no ha sido justificada para que así entre a funcionar la prueba supletoria". De lo cual deduce que aun a pesar de su tesis reiteradamente sostenida de la inaplicabilidad de la legislación canónica al matrimonio civil, el de que se trata, Rothschild-Isaac, "no puede ser tenido como disuelto, ya que el supuesto cardinal del canon 1126 no aparece acreditado: el matrimonio posterior del cónyuge privilegiado".

De su exposición el recurrente desprende tres cargos:

I. "Interpretación errada y aplicación indebida del artículo 19 del Concordato de diciembre 31 de 1887, Ley 35 de 1888. Violación directa de los artículos 140 (12º), Código Civil, 15, 16, 17 y 18 de la Ley 57 de 1887, 51 de la Ley 153 de 1887, 152, 1740 y 1741 del Código Civil, y del 2º de la Ley 50 de 1936".

II. "Violación directa e interpretación errada de los cánones 36, 49, 50, 51, 55, 68, 87, 1012, 1014, 1015, 1016, 1069, 1070, 1071, 1099; interpretación errónea y aplicación indebida de los cánones 1120, 1124, 1125, 1126, 1127, 1133, 1960. Error de hecho evidente y error de derecho en la interpretación del rescripto Paulino de diciembre de 1948. Quebranto de los cánones 45, 50, 68, por olvido de aplicación, aplicación indebida de los cánones 1120, 1126, 1960. Todo dentro del quebranto general del artículo 19 de la Ley 35 de 1888, por los mismos conceptos, y para concluir de nuevo en violación directa de los artículos 140, Código Civil, 15, L. 57 de 1887, 152, 153, 1740, 1741, Código Civil, 2º. L. 50 de 1936".

III. "Error de hecho evidente, error de derecho en la apreciación de la prueba del matrimonio Rothschild-Gómez, aplicación indebida del canon 1126, defecto de aplicación de los artículos 140, 1740, 1741, Código Civil, 15 de la Ley 57 de 1887 y 2º de la Ley 50 de 1936".

En fin, llega a enumerar conclusiones que pueden resumirse así:

1º El matrimonio civil no es susceptible de juzgamiento sino por los Jueces Civiles; no hay nulidades distintas de las que taxativamente fija el Código Civil, y el matrimonio no es disoluble sino por muerte de uno de los cónyuges. Por manera que "crear o pretender introducir un motivo adicional de nulidad o de disolución del matrimonio, por privilegio Paulino", envuelve violación flagrante del artículo 19 del Concordato y de las normas sustanciales sobre nulidad del matrimonio por vínculo anterior vigente.

2º En la hipótesis de que la autoridad eclesiástica tuviese intervención en el matrimonio civil, el resultado sería el mismo, porque el primer vínculo entre Rothschild y Lore Isaac no quedó disuelto, desde luego que el único beneficiario de la dispensa fue el marido, sin que pueda extenderse a la mujer, que no pertenece a la Iglesia, y es por ello extraña a sus providencias y causas. Por lo cual se olvidó que la Iglesia respeta y atiende el matrimonio civil entre infieles como legítimo, sin que pretenda regirlo por el derecho canónico; se interpretó y aplicó erróneamente el privilegio Paulino, pues "no se tuvo en cuenta que la validez de las nuevas nupcias se subordina a la ejecución del rescripto (como rescripto que es, c. 55), y a la evidencia y realidad de las interpellaciones (c. 1121), para una aplicación indebida del canon 1126 y a través de una equivocada hermenéutica del 1960".

3º Toda la argumentación del Tribunal se funda en el supuesto de un matrimonio católico entre Rothschild y Marina Gómez, que como carece de prueba, "el andamiaje se derrumba" por error de derecho consistente en estimar como bastante y completa la partida eclesiástica al respecto, que como supletoria exige para su recepción que se justifique y acredite la ausencia del acta civil, lo que aquí no se hizo.

LA REPLICA

Después de breve reseña histórico-doctrinal acerca del matrimonio, se refiere el opositor al preámbulo de la Carta para destacar que allí se contiene "el reconocimiento hecho por los partidos políticos de que la religión católica, apostólica y romana es la de la Nación, y que como tal los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social".

Contradice la tesis del recurrente en lo que respecta a la competencia exclusiva de los Jueces Civiles en materia de matrimonio de los no católicos, porque el artículo 19 del Concordato "defiere a la autoridad eclesiástica la competencia para las causas matrimoniales que afectan el vínculo, sin mencionar específicamente que se trate de matrimonios católicos", y expone:

"El asunto, para decirlo de una vez, no es tan simple. Una cosa es la celebración del matrimonio, ya se trate de católicos o de no católicos (bautizados o infieles); otra son sus efectos ante la ley eclesiástica y ante la ley civil; y

una tercera las causas o procesos que pueden afectar el vínculo y la competencia de la autoridad a quien corresponde conocer de ellos y decidir”.

Se refiere a que “la Iglesia considera válido y legítimo el matrimonio civil de no católicos (acatólicos bautizados e infieles), pero al paso que no adquiere competencia alguna sobre el matrimonio de los infieles sino en el momento en que uno de ellos o ambos se convierten a la fe católica, en el caso del matrimonio entre acatólicos bautizados la adquiere desde la celebración del mismo, aunque sólo uno de los contrayentes sea bautizado, cánones 87, 1960, e Instucción *Provida Mater*, a. 1º...”.

Alude a interpretaciones en su sentir anticoncordatarias del artículo 19 como aplicable exclusivamente a los matrimonios católicos; a doctrinas y opiniones sobre la materia, y añade:

“Ahora bien, después de la brillante sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia de 15 de mayo de 1954 (*Gaceta Judicial*, Tomo LXXVIII, p. 581, 2^a), y esta tesis al parecer la acepta el recurrente, no cabe duda que la interpretación del concepto ‘causas matrimoniales’, consignado en el artículo 19 del Concordato, debe hacerse ‘según los criterios que establece el mismo derecho canónico’, sin ‘que pueda haber conflicto entre la norma civil y la eclesiástica’”.

Trae algunas citas de canonistas con el propósito de demostrar que dentro de las causas matrimoniales del artículo 19 del Concordato está comprendido el privilegio Paulino, como texto inspirado en la doctrina de Benedicto XIV. Por lo que tiene plenos efectos civiles en Colombia la disolución del vínculo del matrimonio civil en favor de la fe, así sea por privilegio Paulino o por dispensa pontificia, de suerte que el nuevo matrimonio por el rito católico tiene plenos efectos civiles y no constituye bigamia, puesto que desapareció el vínculo del primer matrimonio.

Sobre la naturaleza de los rescriptos eclesiásticos contradice al recurrente y encuentra errónea la creencia de que la respuesta se produzca “sin proceso previo y sin la intervención del cónyuge infiel, cuyo matrimonio disuelve en favor de la fe”.

Del rescripto atinente al caso de autos, transcribe:

“‘Disolución del vínculo en favor de la fe.

“‘En la Curia de Bogotá se hizo el proceso para obtener la disolución, en favor de la fe, del

matrimonio contraído en el año de 1937 entre *Hans Rothschild*, acatólico bautizado, y *Lore Issac*, hebrea’. Subraya y comenta:

“Es sabido que a la solicitud de la gracia de disolución del vínculo en favor de la fe precede un proceso, no por reservado menos real, dentro del cual se interpela al cónyuge infiel y se observa también la intervención del defensor del vínculo. El proceso que adelanta la Curia correspondiente es revisado por la Sagrada Congregación del Santo Oficio, la cual después de ‘discutir maduramente el caso, conforme a las reglas establecidas’, da su consejo favorable o desfavorable al Soberano Pontífice sobre la disolución del vínculo matrimonial”.

Cuanto al privilegio Paulino (c. 1120) y a la disolución del vínculo en favor de la fe (c. 1125), los distingue, pues si bien dicen ambos relación al matrimonio de no católicos, el primero, el *Paulino*, contempla el de infieles, en tanto que el segundo, llamado privilegio *Petrino*, se aplica a matrimonios legítimos cuando uno de los cónyuges, sin ser católico, ha sido válidamente bautizado fuera de la Iglesia. En el primero, la competencia para los efectos de los cánones 1121 y ss. corresponde al Ordinario del cónyuge convertido y, salvo en el caso de dispensa de las interpellaciones, no requiere intervención de la Silla Apostólica; mientras que cuando se trata de disolver el vínculo en favor de la fe por virtud del canon 1125, si bien la competencia corresponde al Ordinario para instruir el proceso, la decisión última y el rescripto incumbe a la Sagrada Congregación del Santo Oficio y al Soberano Pontífice personalmente, en virtud de su facultad vicaria. En el privilegio Paulino “la disolución del vínculo sólo se realiza cuando el cónyuge convertido contrae nuevo matrimonio con persona católica, mientras que en el caso de disolución del vínculo en favor de la fe (c. 1125) la disolución se efectúa desde la fecha del rescripto”, agrega el opositor y continúa:

“En cuanto a esta circunstancia existe en el expediente confirmación inequívoca: en el cuaderno 5, f. 7 y v, hay certificación del honorable Tribunal Eclesiástico de la Curia de Bogotá, que textualmente dice:

“‘En consecuencia, la señora Isaac Lore no está ligada por vínculo matrimonial con el señor *Hans Rothschild* desde la fecha del rescripto’”. (Subraya el opositor).

Anota que el Tribunal juzgó necesario considerar disuelto el vínculo *Rothschild-Isaac* con aplicación del canon 1126, no desde la fecha del

rescripto pontificio (11 dic. 1948), sino desde el día de la revalidación del matrimonio Hans Rothschild-Marina Gómez (2 abril, 1949), que es el punto donde el recurrente encuentra un “gracioso *gazapo*” por acoger como prueba el sentenciador la partida eclesiástica en vez del acta civil, según la Ley 92 de 1938.

En concepto de la réplica, el acta parroquial es un complemento no indispensable, puesto que el matrimonio Rothschild-Isaac quedó disuelto desde la fecha del rescripto pontificio, a pesar de que “la apreciación del Tribunal —en su sentir— es completamente ajustada a derecho en razón del asunto controvertido”, pues considera que se trata de aplicar el canon 1126, que contempla la celebración del matrimonio sacramental católico como supuesto, y no de establecer el estado civil de Hans Rothschild.

Por último, expone tachas a los cargos formulados, por estimarlos en pugna con la técnica del recurso extraordinario.

En la audiencia pública celebrada el 25 de julio último, ambas partes esforzaron los argumentos de sus respectivas tesis, y en oportunidad trajeron los correspondientes resúmenes escritos.

SE CONSIDERA:

1. Por su esencia la disolución de un vínculo recíproco produce en derecho el efecto necesario de romper para ambas partes el lazo que hasta entonces las ligara. De donde también por necesidad se desprende que la competencia para desatar a una de las dos partes envuelve la liberación de la otra, que en lo jurídico mal podría permanecer unida por vínculo mutuo con quien ha venido a ser ajeno a esa misma relación.

2. No incumbe a la jurisdicción civil definir si las providencias eclesiásticas están ajustadas a los cánones. Sería el desconocimiento de la autonomía de la Iglesia, cuya libertad e independencia del poder civil, con soberanía para regirse por sus propias leyes y de ejercer su autoridad espiritual y su jurisdicción canónica, como persona jurídica perfecta de derecho público, se halla respesitada en Colombia, y en concreto por la Ley 35 de 1888, que aprobó el Concordato, con fuerza obligatoria tan grave como la que surge de los tratados públicos, y mayor firmeza y estabilidad que las leyes comunes.

3. Por imperativo reiterado “la legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta; pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República”.

(16. Ley 153 de 1887. - 3º Concordato-Ley 35 de 1888).

Este modo de respetar el derecho canónico por *referencia formal*, en conformidad con doctrina de la Corte en fallos de casación de 15 de mayo de 1954 (LXXVII —2141— 579) y de 30 de noviembre de 1961 (no publicado todavía por la *Gaceta Judicial*), significa de plano que las leyes eclesiásticas son exequibles y válidas para el derecho civil “con las características intrínsecas y la vigencia y validez que tienen en el ordenamiento de origen”, como emanadas de persona jurídica de derecho público eclesiástico, en la que el Estado reconoce potestad legislativa, administrativa y jurisdiccional.

Y dentro de las consecuencias que de ello se desprenden, fue señalada en la sentencia de 15 de mayo de 1954, “la imposibilidad de considerar que pueda haber conflicto entre la norma civil y la eclesiástica, pues cuando el derecho del Estado defiere formalmente a una institución de derecho canónico, esa deferencia implica que el derecho civil admite la reglamentación canónica relativa a esa institución”. O sea precisamente lo que sucede con el matrimonio de los que profesan la religión católica, por referencia al derecho canónico del artículo 17, Concordato-Ley 35 de 1888; y para “las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como las que se refieran a la validez de los espousales”, por el artículo 19, *ibidem*.

4. El matrimonio entre infieles no está regido en su celebración por los cánones. Pero la infidelidad es susceptible de desaparecer. “Por el bautismo queda el hombre constituido persona en la Iglesia de Cristo, con todos los derechos y obligaciones de los cristianos”, según el canon 87.

Desde entonces la nueva persona en la Iglesia queda regida y amparada por el derecho eclesiástico, a que el derecho civil, cuanto a las dichas materias matrimoniales, hace referencia formal con todas sus consecuencias y sin conflicto alguno. Y lo habría por la interferencia del poder civil que suprimiese o recortara el efecto de la regulación canónica sobre la suerte del matrimonio legítimo contraído en la infidelidad por quien abraza después la fe católica mediante el bautismo, o sobre las nupcias de persona “no bautizada con otra bautizada en la Iglesia católica o convertida a ella de la herejía o del eisma”.

5. La cuestión en materia matrimonial canónica, a que refiere el derecho civil, se encuentra

especial y expresamente prevista y regulada en las normas eclesiásticas:

“Es nulo el matrimonio contraído por una persona no bautizada con otra bautizada en la Iglesia, o convertida a ella de la herejía o del cisma”. (1-1070 C. D. C.).

“El matrimonio legítimo entre no bautizados, aunque esté consumado, se disuelve en favor de la fe por el privilegio Paulino”. (1-1120).

“El vínculo del matrimonio anterior celebrado en la infidelidad, se disuelve en el momento preciso en que la parte bautizada celebre válidamente nuevo matrimonio”. (1126).

“En caso de duda, el privilegio de la fe goza del favor del derecho”. (1127).

6. Cuando hombre y mujer permanecen por fuera de la Iglesia, el matrimonio civil entre ellos continuará inmutable bajo el imperio privativo de la regulación laica. Mas no cuando el Sumo Pontífice de la Iglesia católica ha disuelto en favor de la fe el vínculo matrimonial, por cuanto uno de los cónyuges abrazara el catolicismo, y la ley civil defiere a lo que con respecto a los bautizados prescribe el derecho canónico. Y la referencia está hecha por el artículo 19 del Concordato a la autoridad eclesiástica como exclusivamente competente en “las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio”. Esto es, según el derecho canónico, ya que no otro aplican las jurisdicciones eclesiásticas. No por implícito es menos claro al respecto el acuerdo del Estado colombiano con la Sede Apostólica.

7. No corresponde sin conflicto al poder civil discutir la competencia de la Curia Romana para desatar, en favor de la fe, de quien se bautiza o recibe el credo católico, el vínculo legítimo que por matrimonio civil lo uniera con persona que de su parte continúa en la infidelidad. Ello es materia propia del derecho eclesiástico, que regula y concede los privilegios en favor de la fe, con independencia y solemne respeto del poder civil.

Roto así el vínculo matrimonial, desligado queda necesariamente tanto el cónyuge que ingresa y permanece en el catolicismo en razón de su fe, como el que no es ni ha sido persona en la Iglesia por estar en la infidelidad. Y si ese vínculo anterior no subsiste desde cuando vino a quedar disuelto en favor de la fe del marido, no se predica con respecto a la mujer no bautizada que con posterioridad contrae nuevo matrimonio civil con otra persona, la causal de nulidad que bajo el número 12 estatuye el artículo 140 del Código Civil.

8. Por cuanto el privilegio se concede por el derecho canónico estrictamente en favor de la fe, es obvio y necesario que quien lo recibe quede en capacidad de contraer nuevo matrimonio, pero nada más que por el rito católico, y de ningún modo matrimonio civil, que repugna a la naturaleza, significación y alcance del propio privilegio en favor de la fe.

En consecuencia, el beneficiario del privilegio no puede ante el Estado celebrar nuevo matrimonio civil mientras viva quien contrajo el anterior matrimonio civil con tal beneficiario.

9. Con los privilegios en favor de la fe podría pensarse que en punto de indisolubilidad del matrimonio fuese más estricto y exigente el derecho civil colombiano que el propio derecho canónico, mas no que dejen de estar regidos los supuestos de hecho por los cánones a que formalmente refiere la ley del Estado.

Sin embargo, en la materia los dos derechos coinciden a virtud de la referencia formal. Pues si por privilegio en favor de la fe la Santa Sede disuelve el matrimonio legítimo —que es el civil para los no católicos— y el derecho laico defiere a esa institución canónica, no otra cosa que armonía puede hallarse entre las dos legislaciones y las dos potestades de que las normas emanen.

De la manera expuesta el privilegio en favor de la fe es recibido por el derecho civil sin lesión de la norma según la cual “el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges”. (152). En forma expresa no ha dado la ley civil ninguna otra causa de disolución del matrimonio, ni siquiera el divorcio, que apenas “suspende la vida común de los cónyuges” (153); pero sí implícitamente por las causas canónicas que el mismo derecho civil adopta por virtud de referencia formal.

10. El rescripto de la Santa Sede no menciona el privilegio Paulino, sino que expresa por materia “la disolución del matrimonio en favor de la fe”. Lo cual induce a la inteligencia de que se trata no propiamente del privilegio Paulino para matrimonio contraído por infieles, sino de gracia pontificia en favor de la fe, en cuanto Rothschild profesara el protestantismo y estuviese bautizado como cristiano, aunque no en el seno del catolicismo. Lo indudable en uno u otro caso, y lo indiscutible ante el Concordato-Ley 35 de 1888, consiste en la potestad canónica del Soberano Pontífice y de la Curia Romana para disolver en favor de la fe el vínculo de matrimonio civil legítimo entre no católicos. Y como este evento de ruptura depende de autoridad tan

alta y respetable en la historia, hay distancia para considerar que por ello hubiese en el matrimonio civil incidencia de modalidad suspensiva o resolutoria alguna como potestativa simple de cualquiera de los contrayentes.

11. Es indudable que el rescripto de la suprema autoridad eclesiástica se ha limitado a disolver el vínculo matrimonial, sin inmiscuirse en los efectos civiles que de la ruptura se originan. En la secuela poseen plenitud de competencia la ley y las jurisdicciones civiles, sobre la base indiscutible de aquella causa eficiente.

12. Con la partida eclesiástica de matrimonio es obvio que no se ha pretendido probar aquí el estado civil de Hans Rothschild como cónyuge de Marina Gómez, sino simplemente acredditar el supuesto de hecho de haberse casado por el rito católico con mujer católica para efectos canónicos en favor de la fe (1126). Y en ello es indiscutible el valor pleno e inmediato de la attestación eclesiástica expedida por el Párroco. Lo que además hace presumir que se cumplieron a cabalidad las exigencias y condiciones previas para la validez del matrimonio católico, tales como, en su caso, la ejecutoria del rescripto pontificio y las interpellaciones canónicas a la parte no bautizada del anterior matrimonio. Tales requerimientos están al cuidado de la Iglesia, y si se alega falta de alguno, ante la partida de

matrimonio católico, la contraprueba habría de surgir de la respectiva declaración eclesiástica, que el recurrente no señala por no existir en los autos.

En conclusión, el recurso no puede prosperar.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *no casa* la sentencia de fecha 22 de agosto de 1961 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópíese, insértese en la *Gaceta Judicial*, y vuelva el proceso al Tribunal de su origen.

Gustavo Fajardo Pinzón, Enrique Coral Velasco, José J. Gómez. Con salvamento de voto: *Enrique López de la Pava, Arturo C. Posada, José Hernández Arbéláez.*

El Secretario, *Ricardo Ramírez L.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA

Resumen

Las autoridades eclesiásticas carecen de jurisdicción para disolver el matrimonio civil colombiano mediante el privilegio de la fe o por cualquiera otra causa.

El seis de marzo de 1937 el señor Hans Rothschild (protestante) y la señora Lore Isaac (hebreo) contrajeron entre sí matrimonio civil ante el Juez 3º Civil Municipal de Bogotá.

El tres de octubre de 1946 el nombrado Hans Rothschild recibió el sacramento del bautismo en la Parroquia de San Victorino, de Bogotá, convirtiéndose con ello en súbdito de la Iglesia Católica.

El 11 de diciembre de 1948 el mismo señor Rothschild obtuvo de la Sagrada Congregación del Santo Oficio un rescripto, en virtud del cual se decretó la disolución, en favor de la fe, del matrimonio civil que aquél había contraído con la señora Lore Isaac en marzo de 1937.

El dos de abril de 1949 el citado Hans Rothschild contrajo matrimonio católico con la señora Marina Gómez en la Parroquia de San Fernando Rey, de Cali.

El 22 de noviembre de 1952 la expresada señora Lore Isaac contrajo un segundo matrimonio civil con el señor Hans Walter Ossen (hebreo) ante el Juez 7º Civil Municipal de Bogotá.

Más tarde el mencionado Hans Walter Ossen demandó a la señora Lore Isaac ante el Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá para que se declarara la nulidad del matrimonio civil que actor y demandada habían contraído en noviembre de 1952, y se hiciesen otras declaraciones y condenas, de acuerdo con lo prescrito por el ordinal 12 del artículo 140 del Código Civil. La razón primordial de la demanda consistió en que el matrimonio civil celebrado por la señora Isaac con el señor Rothschild en 1937 no se había disuelto legalmente y en que, por tanto, dicha señora no gozaba de libertad para contraer segundas nupcias con el demandante Ossen.

El Juez del conocimiento denegó las súplicas de la demanda, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó ese fallo. Recurrido éste en casación por la parte actora, la Corte en la decisión que motiva este salvamento de voto deniega la infirmación de la sentencia de segundo grado. La tesis medular en que se sustentan tanto las decisiones de instancia como el proveído de casación, consiste en que el artículo 19 de la Ley 35 de 1888, aprobatoria del Concordato con la Santa Sede, defiere a las autoridades eclesiásticas competencia privativa para entender en "las causas matrimoniales que afecten el vínculo del matrimonio", en que de consiguiente entre nosotros son aplicables los privilegios en favor de la fe, llamados Privilegio Paulino y Privilegio Petrino, y en que, por aplicación de uno de estos privilegios se disolvió legalmente el matrimonio civil del señor Rothschild con la señora Isaac en razón de haberse convertido aquél a la fe católica, quedando así libre también de ese vínculo esta señora para poder contraer nuevo matrimonio válido con el señor Ossen. La tesis concluye con que este matrimonio no está afectado de la nulidad que consagra el ordinal 12 del artículo 140 del Código Civil.

Como no estoy de acuerdo con esta tesis por considerar que en Colombia no es aplicable el privilegio en favor de la fe al matrimonio civil, me propongo exponer en seguida algunas de las razones que explican y respaldan mi disentimiento.

1. El artículo 19 de la Ley 35 de 1888 (Concordato) dispone: "Serán de la exclusiva competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten el vínculo del ma-

rimonio y la cohabitación de los cónyuges, así como las que se refieran a la validez de los espousales. Los efectos civiles del matrimonio se regirán por el poder civil”.

Como este precepto habla en general de “matrimonio”, y no distingue entre matrimonio católico y matrimonio civil, la decisión de la Corte entiende que los comprende a ambos por hacer referencia al matrimonio como institución, y que por lo mismo todas las causas matrimoniales a que la disposición alude son no sólo las relativas al matrimonio católico sino también las que conciernen al matrimonio civil.

¿Cuáles son “las causas matrimoniales” que afectan el vínculo del matrimonio y la cohabitación de los cónyuges a que se refiere esta norma?

Según el derecho canónico esas causas matrimoniales son en general tres, a saber: las relativas a la nulidad del matrimonio, las que se refieren al divorcio o separación de los cónyuges y las que tocan con la disolución del vínculo conyugal. También se consideran causas matrimoniales las que se relacionan con los efectos espirituales y temporales del matrimonio entre los cónyuges y respecto de la prole.

2. Antes de suscribirse el pacto concordatario de 1887 y de ser adoptado por la Ley 35 de 1888, el Consejo Nacional Legislativo había dictado las Leyes 57 y 153 de 1887.

El artículo 12 de la citada Ley 57 prescribe que “son válidos para todos los efectos civiles y políticos los matrimonios que se celebren conforme al rito católico”.

El artículo 17, *ibidem*, establece que “*la nulidad de los matrimonios católicos* se rige por las leyes de la Iglesia, y de las demandas de esta especie corresponde conocer a las autoridades eclesiásticas”. (Se subraya).

El artículo 18, *ibidem*, preceptúa que “lo dispuesto en el artículo anterior sobre causas de nulidad se aplica igualmente a los juicios de divorcio”.

Lo estatuido por las dos normas últimas fue confirmado y ampliado en los términos siguientes por el artículo 51 de la Ley 153 de 1887: “De los juicios de *nulidad y de divorcio de matrimonios católicos* celebrados en cualquier tiempo, conocerán, exclusivamente, los tribunales eclesiásticos, con arreglo a las leyes canónicas, y la sentencia firme que recaiga producirá todos los efectos civiles, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 57, artículos 17 y 18”. (Se subraya).

Todas estas disposiciones se refieren de manera expresa a las causas de nulidad y de divorcio

cio de “matrimonios católicos”, debiéndose, por tanto, entender excluidas las causas similares relativas al matrimonio civil (*Unius inclusio, alterius exclusio*).

El artículo 19 de la Ley 35 de 1888 (Concordato) no introdujo modificación alguna a los preceptos anteriores, sino que los confirmó en el sentido de reconocer competencia privativa a las autoridades eclesiásticas para decidir las causas matrimoniales referentes a la nulidad y al divorcio de matrimonios católicos. Las normas citadas de las Leyes 57 y 153 de 1887 fueron los antecedentes que sirvieron de base al artículo 19 del Concordato, en el cual no se estipuló ni dispuso sobre la jurisdicción eclesiástica nada distinto de lo que ya se había establecido por esas otras normas. Lo corrobora aún más el hecho de que la comisión parlamentaria que estudió el pacto concordatario e informó al Consejo Nacional Legislativo, expresó que las cláusulas de esa convención en varias de sus materias no eran sino la ratificación explícita de fórmulas que ya se habían adoptado por la legislación nacional (Diario Oficial No. 7303 de febrero 23 de 1888). Abona también este aserto la completa identidad que se observa, por ejemplo, entre el artículo 3º del Concordato y el artículo 16 de la referida Ley 153 de 1887.

Siendo esto así, apenas parece obvio que deba interpretarse el artículo 19 mencionado, en armonía con las disposiciones que le sirvieron de antecedentes y entender que, al igual de éstas, ese precepto no se refiere sino a las causas matrimoniales relativas al matrimonio católico. La misma norma les reconoce jurisdicción privativa a las autoridades eclesiásticas para decidir las causas matrimoniales expresadas, con arreglo a la ley canónica.

3. Por el artículo 1º de la citada Ley 57 de 1887 se hizo la adopción de Códigos para la Nación, entre ellos la del Judicial, sancionado en 1872 y reformado por la Ley 76 de 1873. El Libro Primero de dicho Código, referente a la organización judicial, fue derogado y sustituido por la Ley 147 de 1888.

El artículo 113 de esa Ley 147 disponía en su ordinal sexto que los Jueces del Circuito conocían en primera instancia de “los juicios sobre divorcio y nulidad de matrimonios, entre individuos no católicos”.

Dicho Código Judicial, con la reforma indicada y las demás que luego se le introdujeron, estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1931, fecha en que fue enteramente sustituido por el actual Código de Procedimiento Civil, que corresponde a la Ley 105 de 1931.

El actual Código Judicial dispone en el ordinal séptimo del artículo 109, que los Jueces del Circuito entienden en primera instancia “en los juicios de divorcio y nulidad del matrimonio civil”. El Título XIX del Libro Segundo del mismo Código, señala los trámites a que están sometidos estos juicios de divorcio y nulidad del matrimonio civil y las medidas cautelares que en ellos pueden ser adoptadas.

De acuerdo con estas normas, las causas matrimoniales consistentes en la nulidad y el divorcio de matrimonio civil son de la competencia exclusiva de los Jueces Civiles y no de los tribunales eclesiásticos. Tales normas consagran la jurisdicción civil para dirimir las causas matrimoniales que se relacionan con el matrimonio civil, de suerte que entre nosotros coexisten en esta materia dos jurisdicciones: una eclesiástica para las causas matrimoniales católicas y otra civil para los juicios matrimoniales civiles. El ordenamiento de la jurisdicción civil desde el mismo año en que se admitió y reconoció la eclesiástica, demuestra por sí mismo y de manera irrecusable que el legislador jamás ha entendido que las causas matrimoniales civiles hubieran quedado comprendidas dentro de los negocios a que se refiere el artículo 19 del Concordato y sujetas a la jurisdicción eclesiástica. Las dos jurisdicciones son independientes, y entre ellas no puede presentarse colisión alguna, porque se derivan de fuentes separadas —matrimonio católico la una y matrimonio civil la otra—, y se ejercen por vías y con arreglo a preceptos que no permiten confundirlas. Ya se verá adelante cómo la jurisdicción civil es, dentro de su propia órbita, mucho más amplia que la eclesiástica.

Correspondiendo a la jurisdicción civil las causas de nulidad y de divorcio de matrimonio civil, es claro, de claridad meridiana, que esas mismas causas no son de la competencia eclesiástica ni pueden considerarse incluidas dentro de aquellas otras causas matrimoniales de que habla el artículo 19 del Concordato. Si así no fuera, sobraría en este punto la jurisdicción civil y habría que borrar del Código Judicial los preceptos que la establecen y que regulan los trámites de esos litigios.

4. En los juicios de nulidad y de divorcio de matrimonios civiles la ley (C. J., 792) autoriza tomar varias medidas preventivas relacionadas, unas con los cónyuges y la prole y otras con los bienes sociales.

Cuando se trata de causas de nulidad o de divorcio de matrimonios católicos, pueden adoptarse también estas medidas cautelares, pero no por los funcionarios eclesiásticos que entienden

en esos negocios, sino por los respectivos Jueces Civiles. Así lo disponen los artículos 4º de la Ley 95 de 1890 y 794 del Código Judicial, el primero de los cuales habla expresamente de “las causas de divorcio de matrimonio católico”.

De acuerdo con estos preceptos la jurisdicción de las autoridades eclesiásticas no se extiende a las medidas cautelares mencionadas, sino que está restringida a las solas causas matrimoniales católicas. Lo cual significa que en este punto concreto la ley civil tampoco defiere competencia a los tribunales eclesiásticos.

5. En Acuerdo número 464, de ocho de octubre de 1889, esto es, de año y medio después de adoptado el Concordato por la Ley 35 de 1888, expresó la Corte que, de acuerdo con el ordinal 6º del artículo 113 del Código Judicial entonces vigente, la competencia para entender en los juicios de nulidad y de divorcio de matrimonios civiles correspondía a las autoridades civiles, y que las mismas causas relativas al matrimonio católico eran de la jurisdicción de las autoridades eclesiásticas. (G. J., t. IV, No. 161, p. 34).

En casación del 14 de febrero de 1890 la Corte sostuvo de nuevo que los Jueces Civiles conocen en los juicios de divorcio de matrimonio civil, pero no en las causas de divorcio de matrimonio católico, porque en este caso la competencia radica en las autoridades eclesiásticas (G. J., t. IV, No. 191, p. 267).

En casación de ocho de octubre de 1940 la misma Corte, fundándose precisamente en lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley 35 de 1888 (Concordato), asentó esta doctrina: “La autoridad civil conoce, pues, no solamente acerca de la validez o nulidad de los matrimonios civiles, sino también de las consecuencias o efectos civiles que se derivan del matrimonio católico, y tienen plena jurisdicción para regular tales efectos del matrimonio religioso”. (G. J., t. L, No. 1964, p. 363).

En casación de 15 de diciembre de 1941 se expresó así la Corte: “Reconocidos por nuestra legislación ambos matrimonios, el civil y el canónico, cada uno de ellos, según el caso, se celebra en la forma determinada por el legislador civil o por el legislador eclesiástico: el primero ante el Juez Municipal del domicilio de la mujer, mediante el lleno de ciertos requisitos; el segundo ante el Cura Párroco de la vecindad de la mujer, previas determinadas formalidades. Ni la autoridad eclesiástica tiene competencia o jurisdicción para intervenir en un matrimonio civil, ni fallar sobre su existencia en sí misma,

validez o nulidad; ni tampoco el poder civil pude hacerlo respecto de los matrimonios eclesiásticos. Son dos jurisdicciones distintas, que se entremezclan a ese respecto, de donde resulta uno de los aspectos de la independencia de las dos potestades, y el respeto a la legislación canónica, que no forma parte de la civil". (G. J., t. LII, No. 1981, p. 843).

En casación de 31 de mayo de 1947 la Corte infirmó la sentencia recurrida, y en fallo de instancia declaró nulo un matrimonio civil por haber sido celebrado sin el cumplimiento exacto del requisito de la apostasía. (G. J., t. LXII, No. 2048, p. 408).

En casación de abril seis de 1956 la Corte expresó que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 19 del Concordato, "la Iglesia es la única potestad competente para conocer —tanto en Colombia como en el extranjero— de juicios de divorcio, por las causales contempladas en la legislación canónica, en relación con matrimonios celebrados conforme al rito católico" (LXXXII-2167, 564).

En auto de cuatro de septiembre de 1931 la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, al decidir una apelación en proceso por bigamia, apreció así el alcance del artículo 19 del Concordato: "El anterior artículo naturalmente debe entenderse del matrimonio católico, pues el puramente civil, contraído por los no católicos, como simple contrato que es, seguirá las reglas comunes de las leyes nacionales". (Revisada "Justicia", t. II, No. 11, p. 87).

Por estos antecedentes se ve que la jurisprudencia ha considerado siempre que las causas de nulidad y de divorcio de matrimonios civiles son de la competencia privativa de los Jueces Civiles, y que el artículo 19 del Concordato nunca ha sido interpretado en el sentido de atribuir a las autoridades eclesiásticas el conocimiento de esas mismas causas, sino de las que se refieren tan sólo a los matrimonios católicos.

Este mismo juicio de nulidad del matrimonio civil Ossen-Isaac es otra prueba que confirma la tesis anterior, pues si tal negocio fuera del conocimiento de los tribunales eclesiásticos no podría haber sido propuesto ni ventilado ante los Jueces Civiles. La presencia de este asunto en la Corte demuestra que las autoridades civiles son las competentes para entender en él. La doctrina que reconoce competencia privativa a los tribunales eclesiásticos para dirimir todas las causas matrimoniales concernientes, tanto al matrimonio católico como al civil, debería llevar de modo forzoso a concluir que este juicio no podía ventilarse ante los Jueces Civiles. Pero

como hay preceptos que atribuyen esa competencia a estos Jueces, y como el artículo 19 del Concordato no tiene en realidad el alcance que ahora se le asigna, resulta que en este litigio se ha cumplido ese requisito de la competencia.

6. Los expositores Champeau y Uribe sostienen en su "Tratado de Derecho Civil Colombiano", números 326 y 336, que el artículo 19 del Concordato confirma el principio establecido por los artículos 17 y 18 de la Ley 57, y 51 de la Ley 153, ambas de 1887, de que los tribunales eclesiásticos son los competentes para conocer en los juicios de nulidad y de divorcio de matrimonios católicos.

Citando las mismas disposiciones mencionadas, dice el doctor Rodríguez Piñeres que "la autoridad eclesiástica es la única que tiene jurisdicción para conocer de las causas de nulidad y divorcio de los matrimonios celebrados conforme al rito católico". (Curso Elemental de Derecho Civil colombiano, t. II, No. 389).

También don Fernando Vélez, con respaldo en las normas expresadas, afirma que las causas de nulidad y de divorcio de matrimonios católicos se rigen por el derecho canónico y son de la competencia de las autoridades eclesiásticas (Estudio sobre el Derecho Civil colombiano, t. I, Nos. 236 y 364).

Los expositores nombrados entienden, pues, que el artículo 19 del Concordato no se refiere sino a las causas o litigios concernientes al matrimonio católico, y que lo estudiado en ese precepto confirma lo que ya habían prescrito los artículos 17 y 18 de la Ley 57, y 51 de la Ley 153, ambas de 1887, disposiciones éstas que en forma expresa aluden al mismo matrimonio católico.

El doctor Roberto Emiliani Vélez, nieto del negociador del Concordato, doctor Joaquín F. Vélez, afirma lo siguiente respecto de dicho artículo 19: "Nuestras disposiciones civiles, de acuerdo con el principio de que las cosas deben terminar de la misma manera que se forman, establecieron que exclusivamente los tribunales eclesiásticos conocerían de los juicios de nulidad y divorcio del matrimonio católico, celebrado en cualquier tiempo. Este fue el sistema establecido por los artículos 17 y 18 de la Ley 57 de 1887, aclarado y confirmado después por el artículo 51 de la Ley 153 de 1887, y que en una forma clara establece también este artículo del Concordato que estudiamos, aprobado por la Ley 35 de 1888". ("Comentarios a los Concordatos celebrados entre Su Santidad León XIII y el Go-

bierno de Colombia en los años de 1887 y 1892", p. 53).

Todos estos antecedentes legislativos, doctrinales y jurisprudenciales conducen a poner en claro la inteligencia verdadera del artículo 19 del Concordato, en el sentido de que no se refiere sino a las causas matrimoniales que se derivan del matrimonio católico. Tal precepto no hizo sino reproducir y ratificar lo que, con referencia expresa al mismo matrimonio católico, estaba prescrito por los citados artículos 17 y 18 de la Ley 57, y 51 de la Ley 153, ambas de 1887.

7. El Concordato no hace mención del matrimonio sino en sus artículos 17, 18 y 19, y todos estos preceptos sólo se refieren al matrimonio católico: el primero, de manera expresa, para reconocerle validez y efectos jurídicos en Colombia; el segundo, también en forma explícita, para señalar el medio de comprobarlo, y el tercero, de modo implícito, para deferirles competencia a las autoridades eclesiásticas en todas las causas referentes a dicho matrimonio. Ninguna de estas disposiciones alude ni puede entenderse referida, expresa ni implícitamente, al matrimonio civil, porque esta institución fue ajena a las estipulaciones del Corcordato, y es del resorte exclusivo del poder civil que la estableció, la regula y la conserva en coexistencia con el matrimonio católico. El Concordato ignora por completo el matrimonio civil, y sus cláusulas sólo hacen referencia al matrimonio católico para los fines antes indicados. Del matrimonio "de los afiliados a otra religión, librepensadores o no-católicos, no tenía el Concordato qué hablar: su derecho y su obligación de acogerse a las leyes civiles eran perfectamente claros". (José de la Vega, "El Concordato". Revista Colombiana, Volumen II, No. 13, p. 3 y ss. Octubre de 1933).

8. El artículo 19 del Concordato contiene dos partes, en cada una de las cuales se habla en general de "matrimonio", sin discernir expresamente si se trata del católico o del civil. Esta circunstancia da pie para pensar que el precepto se refiere en términos genéricos a la institución del matrimonio y no a una u otra forma específica del mismo matrimonio. Sin embargo, esta apreciación no se concilia con las propias voces de la norma ni con los antecedentes y conexiones que de ella vienen expuestos. En efecto, la parte final del artículo dispone: "Los efectos civiles del matrimonio se regirán por el Poder Civil". Este precepto no puede referirse a la institución general del matrimonio, ni al matrimonio civil, sino sólo a la forma específica

del matrimonio católico. No se refiere a la institución general del matrimonio, porque ello implicaría el reconocimiento de efectos jurídicos a todas las formas imaginables de matrimonio, cuando lo cierto es que nuestra ley civil no admite más que dos formas de matrimonio válido, la civil y la católica. Tampoco hace referencia al matrimonio civil, porque éste produce por sí mismo los efectos jurídicos que le asigna la propia ley civil que lo consagra y regula, sin necesidad de celebrar para ello ningún pacto o convención con otra potestad internacional. El Concordato no se celebró para que Colombia pudiera atribuirle efectos jurídicos al matrimonio civil que tenía y tiene establecido en uso de su soberanía. Descartadas estas dos hipótesis, fuerza es concluir que el "matrimonio" de que habla esta parte final del artículo no es ni puede ser otro que el católico, primero, porque la celebración del Concordato tenía por objeto, entre otras cosas, admitir y reconocerle efectos jurídicos a ese matrimonio, y segundo, porque esta disposición no hizo sino ratificar lo que, con referencia expresa al mismo matrimonio católico, tenía ya establecido el artículo 12 de la Ley 57 de 1887, que atrás se transcribió (2). De lo cual se infiere también que el matrimonio a que alude este precepto es el católico únicamente y no el civil ni ninguna otra forma de unión matrimonial.

9. Queda así establecido que el artículo 19 del Concordato no se refiere sino al matrimonio católico, y que la jurisdicción que la misma norma defiere a los tribunales eclesiásticos sólo comprende las causas o litigios relacionados con ese matrimonio. También se ha demostrado que los litigios relativos al matrimonio civil son de la competencia exclusiva de los Jueces Civiles. Cumple ahora analizar el punto relativo a la disolución del matrimonio.

El Título 6º del Libro Primero del Código Civil no contiene sino un artículo, que es el 152, y que dispone: "El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges". De este solo precepto se infiere que el matrimonio civil es entre nosotros indisoluble, puesto que la ley no reconoce otra causa de disolución que el deceso de uno de los consortes. Ni aun la muerte presunta de un cónyuge es bastante a disolver el vínculo matrimonial. Como el matrimonio civil es indisoluble, el Código Judicial no organiza ningún juicio ni atribuye a ningún funcionario competencia para dirimir o decretar la disolución del vínculo. De suerte que por este aspecto no puede hablarse de causa o litigio relativo a la disolución del matrimonio civil.

En principio el matrimonio católico es también indisoluble (C. 1118), pero hay casos especiales en que puede ser disuelto. Así el matrimonio rato y no consumado puede disolverse en virtud de profesión religiosa solemne o por dispensa pontificia (C. 1119). El derecho canónico prevé también la disolución de los matrimonios contraídos por infieles o por un católico con un infiel. Esta disolución se produce mediante la aplicación del privilegio Paulino o por dispensa pontificia en favor de la fe, llamada también privilegio Petrino (CC. 1120 a 1126).

Importa tener muy en cuenta y no olvidar que estos privilegios en interés de la fe no son aplicables al matrimonio católico, sino a los contraídos en la infidelidad.

La cuestión concreta que conviene examinar y aclarar es la de si el matrimonio civil colombiano puede ser disuelto en virtud de un privilegio en interés de la fe.

10. Por razones de orden histórico, que no son para expuestas aquí, el Consejo Nacional Legislativo dictó los artículos 34, 35 y 36 de la Ley 30 de 1888. Estas normas no hacen parte del pacto concordatario, sino que son disposiciones promulgadas por el cuerpo legislativo nacional en uso de sus atribuciones.

El artículo 34 de la citada Ley 30 disponía: "El matrimonio contraído conforme a los ritos de la religión católica anula *ipso jure* el matrimonio puramente civil, celebrado antes por los contrayentes con otra persona".

Aunque este precepto habla de anulación, el fenómeno que realmente consagraba es el de la disolución del matrimonio civil por el católico que posteriormente contrajera uno de los cónyuges con otra persona.

No se revoca a duda que esta disposición daba cabida entre nosotros a la aplicación del privilegio en favor de la fe. El matrimonio católico, celebrado con o sin ese privilegio, disolvía *ipso jure* el civil contraído antes por uno de los consortes con otra persona. Acaso sin proponérselo, la ley abrió esta vía de disolución del matrimonio civil mediante la aplicación de los llamados privilegios Paulino y Petrino.

Para armonizar este precepto con la ley que sancionaba la bigamia, se estatuyó lo siguiente en el artículo 439 del Código Penal de 1890: "Los que contrajeren nuevo matrimonio sabiendo que subsiste el que antes habían contraído, serán condenados a presidio por cuatro a ocho años. Se exceptúan los casos en los cuales por la celebración de un matrimonio religioso se produce *ipso jure* la disolución del vínculo puramente civil contraído antes".

Conforme a estos preceptos los casados civilmente podían contraer, con o sin privilegio en favor de la fe, un segundo matrimonio por los ritos católicos, sin que por ello incurrieran en bigamia, desde luego que el matrimonio civil anterior quedaba disuelto *ipso jure*.

Los resultados nocivos que socialmente produjo la aplicación de estas normas, suscitó contra ellas una fuerte corriente de oposición.

Champeau y Uribe censuraron el transcrto artículo 34 de la Ley 30, porque daba lugar a graves abusos, ya que "permite que una persona, por su propia y exclusiva voluntad, rompa el vínculo conyugal para contraer nuevas nupcias". (Tratado, No. 271).

Don Fernando Vélez consideró inaceptables los principios establecidos por los artículos 34, 35 y 36 de la misma Ley 30, "porque relajan los vínculos del matrimonio, que es la base de la sociedad". (Estudio, t. I. No. 215).

El doctor Rodríguez Piñeres dijo del artículo 34 que era un atentado contra el derecho por resucitar la vieja institución romana del *libellus repudii* y porque la norma "es notoriamente antijurídica desde el momento que permite la ruptura de un contrato solemne por la sola voluntad de una de las partes, aun cuando la otra no haya dejado de cumplir con ninguna de sus obligaciones". (Curso Elemental, t. II, No. 318).

El doctor Antonio José Cadavid se expresó así: "Los artículos 34, 35 y 36 de la Ley 30 de 1888 también contienen disposiciones sobre matrimonio, que pueden ser ocasión de mil intrincadas cuestiones, y que tienen el gran inconveniente, a nuestro modo de ver, de abrir la puerta a un sistema de bigamia, que no puede menos de ser inmoral y aun escandaloso en un país cristiano como éste. Quizá avanzó demasiado el legislador en el camino de la reacción contra el matrimonio civil. Es muy general que a grandes males se opongan remedios energicos, capaces no sólo de curar el dolor que se padece, sino también de dañar partes sanas del organismo: colocarse en un justo medio es la regla que aconseja la sabiduría y que mejor suele consultar la justicia". ("Apuntamientos referentes a las leyes colombianas sobre matrimonio". El Repertorio Colombiano, t. XV, No. 4).

En el auto atrás citado, de septiembre 4 de 1931, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá transcribe el siguiente comentario del doctor José Vicente Concha: "Ninguna reforma más desgraciada se encuentra en el Código Penal Colombiano de 1890, que la relativa a la bigamia, porque el capítulo referente a tal delito viene a ser todo lo contrario de lo que debiera

ser, ya que declara de manera expresa que no hay bigamia por parte del que celebre un matrimonio religioso estando ligado por los vínculos de un matrimonio civil anterior. La ley colombiana establece y reconoce el matrimonio civil al lado del matrimonio eclesiástico. Es, pues, un absurdo de derecho, a la par que una inmoraltad, decidir que el matrimonio eclesiástico anula *ipso jure* el civil, como lo ha hecho el legislador colombiano". (Revista "Justicia", No. 11, p. 95).

El referido artículo 34 de la Ley 30 de 1888 fue derogado expresamente por el artículo 3º de la Ley 54 de 1924, conocida con el nombre de Ley Concha. Y el actual Código Penal no establece la excepción que, respecto del delito de bigamia, había consagrado el artículo 439 del Código de 1890.

11. Se repite que no hay la menor duda de que, mientras estuvo vigente el artículo 34 de la Ley 30 de 1888, era legalmente posible entre nosotros obtener la disolución del matrimonio civil mediante la aplicación del privilegio en favor de la fe. Derogada esa disposición, cabe preguntar si aun es admisible esa disolución del matrimonio civil en virtud del privilegio aludido.

Ante todo, la derogación de ese artículo 34 es un hecho que pone de manifiesto la voluntad inconscusa del legislador de cegar esa fuente de disolución del matrimonio civil, de restablecer en su plenitud el principio de la indisolubilidad del vínculo conyugal y de robustecer la firmeza de la misma institución matrimonial. En segundo lugar, ya no es posible acudir al privilegio en favor de la fe para disolver ese matrimonio con amparo en la norma derogada. Durante su vigencia, ella le daba cabida a ese privilegio para disolver el matrimonio civil; con su derogación quedó clausurada esa vía de aplicación del expresado privilegio. Así lo estima también el Presbítero doctor Alonso Arteaga Yepes, quien en su tesis de grado afirma que el artículo 3º de la Ley Concha, al derogar el 34 de la Ley 30 de 1888, "cierra las puertas en Colombia al privilegio Paulino y se opone abiertamente a que contraigan matrimonio canónico personas que, según el derecho de la Iglesia, no tienen impedimento ninguno, y establece un impedimento diríamente con el matrimonio civil de los apóstatas". ("La Ley Concha o el matrimonio civil de los apóstatas en Colombia", p. 146).

Así las cosas por este aspecto, se hace necesario regresar al artículo 19 de la Ley 35 de 1888 (Concordato) para ver si, como se sostiene en el proveído que motiva este salvamento, ese pre-

cepto defiere en realidad a las autoridades eclesiásticas la facultad de disolver el matrimonio civil mediante la aplicación de los privilegios Paulino y Petrino.

Está visto: primero, que las causas o litigios relativos a la nulidad y al divorcio de matrimonio civil son de la competencia privativa de los Jueces Civiles y no de las autoridades eclesiásticas, quedando así descartadas de aquellas otras causas que menciona el artículo 19 del Concordato; segundo, que el matrimonio civil es indisoluble y que, por tanto, la ley civil no admite ni consagra ningún medio procesal para disolverlo; tercero, que el citado artículo 19 del Concordato no se refiere sino al matrimonio católico, y que la jurisdicción que otorga a los tribunales eclesiásticos está circunscrita a las causas o litigios relacionados con este mismo matrimonio.

Dicho artículo 19 no toca con el matrimonio civil, que el Concordato ignora en absoluto, ni defiere jurisdicción a las autoridades eclesiásticas para entender en causa alguna concerniente a este matrimonio. Todos los litigios y cuestiones que se relacionan con el mismo matrimonio son de la competencia exclusiva de los Jueces Civiles. Como el Código Civil no autoriza la disolución de tal matrimonio por causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges, la ley procesal no establece ni reglamenta ningún juicio ni ningún otro medio para obtener esa disolución. De aquí que no pueda hablarse de juicio o causa de disolución del matrimonio civil, como en cambio sí se alude a los litigios o causas de nulidad y de divorcio de este matrimonio. Si, pues, no existe causa o juicio de disolución del matrimonio civil, y si la jurisdicción de las autoridades eclesiásticas se contrae a las solas causas referentes al matrimonio católico, no puede menos de concluirse que dichas autoridades carecen de facultad para disolver ese matrimonio civil.

Mejor aún: la jurisdicción que el artículo 19 del Concordato defiere a los tribunales eclesiásticos no toca con ninguna causa o litigio relativo al matrimonio civil, y menos con su disolución, desde luego que este matrimonio es indisoluble, que está privativamente regulado por la ley civil, que todo lo que al mismo concierne es del resorte de los Jueces Civiles, y que el Concordato nada estipula sobre tal matrimonio, expresa ni tácitamente. De donde se colige que las autoridades eclesiásticas no tienen jurisdicción ni están autorizadas por el Concordato ni por ninguna otra ley nacional para disolver el matrimonio civil colombiano por ninguna causa ni por medio alguno, sea éste el pri-

vilegio en favor de la fe o cualquiera otro. Y ello porque en este otro punto concreto la ley civil tampoco hace ninguna deferencia al derecho canónico.

12. En la convención concordataria celebrada por Colombia con la Santa Sede en 1942 y aprobada por la Ley 50 de ese año, se acordó derogar, entre otros, el mencionado artículo 19 del Concordato de 1887. Este precepto aparece sustituido por los artículos 9º y 10 del nuevo pacto. Dicho artículo 9º dispone en su primer inciso que "las causas de nulidad matrimonial, las dispensas del matrimonio rato y no consumado, y el procedimiento relativo al privilegio Paulino, son de competencia exclusiva de los Tribunales y Congregaciones eclesiásticas". Por el artículo 10 se estipuló que los juicios de divorcio o de separación de cuerpos son de la competencia de los Jueces Civiles.

Como se ve, en este nuevo Concordato, que aún no ha entrado a regir, se pactó de manera expresa la aplicación entre nosotros del privilegio Paulino. Como este privilegio no concierne al matrimonio católico, hay que concluir que la estipulación expresada no tiene otro objeto que aplicar dicho privilegio al matrimonio civil y obtener por ese medio su disolución en interés de la fe.

Si en realidad pudiera atribuirse al artículo 19 del Concordato de 1887 el alcance de facultar a las autoridades eclesiásticas para disolver el matrimonio civil mediante el privilegio de la fe o por cualquier otro medio o causa, no se alcanzaría a comprender la razón que aconsejara derogarlo y sustituirlo por el artículo 9º de la nueva convención concordataria, precepto en que sí se incluye y estipula la aplicación del privilegio Paulino. El motivo de esa derogación y de esta estipulación no parece ni puede ser otro que el hecho —implícitamente reconocido en dicha nueva convención— de que ese artículo 19 no confiere en verdad jurisdicción ni facultad alguna a las autoridades eclesiásticas para disolver el matrimonio civil mediante la aplicación del privilegio en referencia. Lo cual corrobora aún más los puntos de vista que se vienen exponiendo en relación con la inteligencia de esta norma concordataria.

Y a este propósito es de observar que en varios de los últimos Concordatos celebrados por algunos Estados con la Santa Sede, se ha incluido de manera expresa la estipulación relativa a la aplicación del privilegio Paulino. Así ha ocurrido en las convenciones concordatarias acordadas con Austria en 1933, con Colombia

en 1942 y con España en 1953. Esta estipulación elimina, como es natural, la colisión que se suscitaría entre las jurisdicciones civil y eclesiástica con motivo de la aplicación del privilegio de la fe al matrimonio civil establecido y regulado por los Estados cuyas legislaciones no hacen sobre este particular ninguna referencia al derecho canónico, como sucede actualmente en Colombia.

13. En refuerzo de estos puntos de vista podrían aducirse otras razones de orden histórico, extraídas de las negociaciones que culminaron con la celebración del Concordato de 1887. Se podría ver, por ejemplo, que ni los documentos oficiales ni la correspondencia cruzada entre los negociadores colombianos dejan vislumbrar siquiera que éstos tuvieran en mientes acordar o aceptar estipulación alguna que redundara en mengua de la regulación y la indisolubilidad del matrimonio civil. Para muestra bastan estas breves citas:

El 29 de abril de 1887 el Presidente Núñez redactó en Cartagena y envió al negociador, doctor Vélez, una "minuta de instrucciones" que contiene, entre otras, la siguiente norma: "En materia de matrimonio, debe tomarse por modelo el arreglo reciente hecho con España. El Gobierno reconocerá, mediante registro, todo matrimonio celebrado conforme a los cánones; pero en cuanto a lo demás, se reserva el ejercicio de su soberanía". (Se subraya).

En carta de dos de julio del mismo año, calificada por su propio autor de "muy confidencial", el doctor Núñez le habla a Vélez de la inquietud que se ha despertado "con motivo del poder dado a la Iglesia por la Constitución", y le dice luego: "Por fortuna, todo puede prevenirse con cláusulas que determinen con claridad que la jurisdicción civil y penal de la República queda ilesa, sin perjuicio de la jurisdicción puramente espiritual para las faltas de feroe interno". (Se subraya).

En misiva de 27 de agosto del año citado, el doctor Núñez le acusa recibo al General Vélez de una carta, le trata algunos asuntos relacionados con el pacto, y le dice: "Respecto de los efectos civiles completos de los matrimonios eclesiásticos, eso se ha dispuesto ya por la ley (tanto a los futuros como en cuanto a los pasados). Pero sabe usted hacerlo valer como gran concesión, y lo es en necesidad". (Se subraya).

En carta de primero de septiembre le dice el doctor Vélez al Doctor Núñez: "Desde el principio, por convicción y por cálculo, me coloqué en el terreno que me recomendó usted, según lo habrá visto ya por el proyecto de convención que presenté, y en el curso de las conferencias

me he mantenido en él a pie firme, procurando avanzar siempre que he podido. Esta actitud que al comienzo me pareció fácil, a juzgar por las galantes manifestaciones del Cardenal Ramponella, se hizo difícil y enojosa luego que entramos de lleno en el asunto. La lucha ha sido fuerte, entre tendencias opuestas: Su Eminencia a dar preponderancia al poder eclesiástico, y aun a sobreponerlo al civil, y yo a resistirlo. Mi conciencia me dice que he estado en el fiel de la balanza, y estoy satisfecho".

En otra carta dirigida desde Anapoima el 11 de octubre de 1887 el doctor Núñez le habla al doctor Vélez sobre el punto de la indemnización de los bienes de manos muertas y respecto de la cuestión del matrimonio le recalca: "*Lo que establecen las últimas disposiciones del Código Civil*, que le serán remitidas en copia por el Ministerio de Relaciones. No hay necesidad ni conveniencia de abrir aquí nuevo debate sobre ese delicado asunto". (Se subraya).

Y finalmente, en comunicación de siete de noviembre de 1887 el negociador Vélez le decía al doctor Núñez: "La verdad es que el negociador pontificio ha aceptado a más no poder la preponderancia de la autoridad temporal que asoma en casi todas las estipulaciones del convenio, y ha procedido así, no por debilidad de carácter, ni por ignorancia de lo que tiene entre manos, sino porque ha encontrado en mí un escollo, y supónia, con razón, que yo reflejaba la opinión del Gobierno y la soberanía política del país. Hoy que ve por ciertas leyes que yo soy más civilista que el cuerpo legislativo, tiende naturalmente a apoyarse en éste contra mí, a fin de mirar y echar por tierra mi obra; pero como las negociaciones se hallan tan adelantadas que decorosamente no es fácil volver atrás, nada tiene de imposible que Su Eminencia intente sacar las castañas del fuego por mano de sus colegas... He considerado oportuno transmitir a usted mis impresiones, para que llegado el caso pueda darme con conocimiento de causas y sin demora sus instrucciones. El punto cardinal puede ser que los efectos civiles del matrimonio se comprueben con simples certificados de los párrocos, eliminándose, por consiguiente, la intervención del empleado civil en el acto del enlace, así como que se quiera tener más influjo en la enseñanza. Mi parecer es que no se ceda en nada, que se sostenga irrevocablemente lo acordado...".

14. En casación de 15 de diciembre de 1941 se expresó así la Corte: "Según el artículo 16 de la Ley 153 de 1887 la legislación canónica es independiente de la civil y no forma parte de

ésta, pero será solemnemente respetada por las autoridades de la República. Existen casos en que esa legislación trasciende al campo civil, y entonces generalmente su respeto a ella se consagra por medio de normas positivas. El artículo 12 de la Ley 57 de 1887 estableció la validez para todos los efectos civiles y políticos de los matrimonios que se celebren conforme al rito católico, y esta es la primera proyección de la legislación canónica sobre el campo civil, o sea el matrimonio católico que produce efectos civiles". (LII-1981, 843).

En casación de 15 de mayo de 1954, después de hacer referencia a los artículos 16 de la Ley 153 de 1887, 2º, 3º y 4º de la Ley 35 de 1888 (Concordato), expuso la Corte esta doctrina: "En virtud de estas estipulaciones concordatarias, el Estado colombiano reconoció a la Iglesia Católica como persona jurídica de derecho público eclesiástico, con potestad legislativa, administrativa y jurisdiccional.

"Ellas reconocen al derecho canónico como un ordenamiento jurídico independiente del ordenamiento jurídico del Estado colombiano, pero que puede producir efectos dentro del ámbito de nuestra legislación civil, *cuando ésta defiere, en ciertas materias, expresamente*, al derecho de la Iglesia. Según la doctrina actual de los canonistas acerca del sentido y alcance de esa referencia del ordenamiento jurídico del Estado al ordenamiento jurídico de la Iglesia sólo son posibles, en tal materia, dos posiciones que suelen designarse con los calificativos de *referencia material o recepticia y referencia formal o no recepticia*. En la primera las normas canónicas se consideran como incorporadas al derecho del Estado, en el sentido de que le prestan su contenido, quedando de esa manera sustraídas al ordenamiento de su origen, sometidas a la influencia de las concepciones del derecho que las recibe e íntimamente transformadas por éstas. En la segunda las normas canónicas son tomadas por el derecho del Estado y hechas válidas o exequibles en éste, como simples normas indicativas, es decir, como normas que continúan considerándose extrañas al ordenamiento jurídico que las recibe y existentes en el ordenamiento jurídico de donde provienen, con las características intrínsecas y la vigencia o validez que tienen en el ordenamiento de su origen.

"En los casos y materias en que la legislación colombiana defiere a la canónica, esa referencia es formal y no recepticia. Así resulta, indudablemente, de los artículos 2º, 3º y 4º del Concordato". (LXXVII-2141, 581).

De las doctrinias anteriores y de los preceptos positivos que las respaldan, se pueden deducir y destacar estos postulados:

a) La legislación canónica es independiente de la civil, y no forma parte de ésta, lo cual significa que el derecho canónico no es el derecho civil nacional, ni hace parte integrante de éste, ni es por lo tanto, aplicable en términos generales entre nosotros.

b) Hay casos especiales en que, respecto de una materia determinada y concreta, el ordenamiento civil defiere expresamente a la ley canónica la regulación jurídica del punto previsto. En este supuesto la referencia es simplemente formal o no recepticia, vale decir, que la ley civil se remite a la regulación canónica de la cuestión prevista, y acepta este ordenamiento para todos sus efectos jurídicos.

c) Como la legislación canónica no es el ordenamiento jurídico nacional ni forma parte de éste, los casos y materias determinadas en que la ley civil defiere a la canónica, son de naturaleza excepcional y, por tanto, de interpretación y aplicación estrictas, o sea, que no pueden ser entendidos ni aplicados por extensión ni por analogía. (Exceptio est strictissimae interpretationis).

Aplicando estos postulados al caso presente, se tiene que ninguna norma civil ha deferido, expresa ni implícitamente, a la ley canónica la aplicación del privilegio de la fe, Paulino o Petrino, al matrimonio civil colombiano, esto es, al enlace matrimonial de personas que ante el Juez respectivo manifestaron en forma paladina y solemne que no profesaban la fe católica. En consecuencia, ese privilegio no es aplicable en Colombia, porque la legislación canónica no es parte de la civil ni disfruta de preponderancia sobre ésta en las materias que no se le han deferido de manera explícita y concreta.

Con base en que la ley y las autoridades nacionales deben respeto y protección a la Iglesia Católica y a su legislación, se ha pretendido hacer prosperar la tesis de que el derecho canónico tiene prevalencia sobre el civil en todas las materias reguladas por él. Como uno de los corolarios de esta tesis se cita el de la aplicación al matrimonio civil del privilegio de la fe establecido y regulado por el derecho canónico. Tal tesis fue ya refutada por el doctor José María Samper, coautor de la Constitución de 1886, en los siguientes términos, que no han perdido su mérito y que bien valen la pena de reproducirse: "Un gravísimo incidente oficial, y algunos actos legislativos posteriores a la Constitución,

hacén comprender que el artículo 53 de ésta ha sido mal interpretado. De él se ha querido deducir (no obstante su clarísimo lenguaje y lo terminantemente dispuesto por el segundo miembro del artículo 38) que el Derecho Canónico de la Iglesia Católica hace parte de la legislación nacional; y un Ministro de Estado ha llevado su ortodoxia (católica, tal vez, pero no constitucional) hasta declarar, por resolución gubernativa, que, en caso de oposición, el Derecho Canónico (que no emana del Congreso) prevalece sobre las leyes de la República, que son de fuente constitucional.

"Desde luego, ni el artículo 53 presta asidero a semejante interpretación, ni el 38 permite siquiera la menor duda. 'Se entiende (dice este último artículo) que la Iglesia no es ni será oficial y conservará su independencia', y esto se preceptúa después de haberse declarado que 'la Religión Católica, Apostólica, Romana, es la de la Nación', y que 'los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada como esencial elemento del orden social'.

"Así, lo que pertenece a la religión (no lo que es asunto de disciplina eclesiástica, cosa variable) es elemento del orden social, y debe ser respetado y protegido, por cuanto la Nación declara que aquella religión es la suya. Pero de ningún modo queda comprendido en esta disposición el Derecho Canónico, por dos razones incontrovertibles: primera, porque la Iglesia Católica no es ni será oficial, y se volvería oficial si su legislación fuese legislación obligatoria de Colombia; y segunda, porque en Colombia no es ley, ni puede tener fuerza de tal, sino lo que emana del Congreso, con las formalidades constitucionales del caso.

"Cuanto al artículo 53, él no ha querido, en manera alguna, dar a la Iglesia Católica autoridad ni jurisdicción en asuntos *temporales*; ni podía tener tal objeto, porque en tal caso estaban de más la Constitución y el Gobierno, y más sencillo era poner la República a disposición de la Santa Sede. Cónsono este artículo con el 38, que reconoce su independencia a la Iglesia Católica, reconoce a esta Iglesia el derecho propio de disponer de sus asuntos *interiores*, de ejercer actos de autoridad *espiritual* y de jurisdicción *eclesiástica*; y reconociéndole también la personería civil, le permite (podrá) ejercer actos civiles, como son los contratos, la adquisición y posesión de bienes, la comparecencia en juicio, y lo demás que el Código Civil permita a las personas civiles. La independencia de la Iglesia Católica (no oficial) consiste precisamente en

que ella obre con libertad y separación en su esfera, que es la divina, la de las almas; y si de otro modo se entendieran las cosas, la República perdería su independencia en su propio campo, que es el de los negocios temporales. En éstos ninguna autoridad tiene ni puede ejercer la Iglesia.

“... Así, ya que impropiamente se declaró en el artículo 38 que la religión de la Nación es la católica (no debiendo ser sino de los colombianos en su gran mayoría, según lo reconocieron las Bases), es claro que este reconocimiento de un hecho social tenía por principales efectos los tres enumerados en las mismas Bases, y que la Constitución ha incluido en el Título IV. De ningún modo se pensó en dar a la Iglesia carácter oficial ni, por lo tanto, incorporar el Derecho Canónico en la legislación de la República; antes bien, se declaró expresamente que la Iglesia Católica no era ni sería oficial. Es, pues, incuestionable que el artículo 53 sólo ha querido dar a dicha Iglesia las legítimas garantías a que tiene derecho, como poder espiritual, como persona jurídica y como autoridad en lo que es de su exclusivo dominio; pero de ningún modo para inmiscuirse ni ejercer autoridad en los asuntos temporales o que afecten a la soberanía colombiana”. (Derecho Público Interno de Colombia, t. II, p. 102 y ss.).

También el doctor Túlio Enrique Tascón afirma que el respeto a la legislación canónica “debe entenderse en cuanto (ésta) no se oponga a la Constitución y leyes nacionales, porque la independencia del Estado así lo exige”. (Derecho Constitucional Colombiano, p. 124).

La actual Carta constitucional señala como bases de las relaciones entre el Estado y la Iglesia la recíproca deferencia y el respeto mutuo, principio éste que deja sin piso a la simplista teoría que de paso se ha querido recordar.

15.. En resumen se tiene: el artículo 19 del Concordato sólo se refiere al matrimonio católico, y la jurisdicción que dicho precepto confiere a los tribunales eclesiásticos no comprende sino las causas o litigios referentes a dicho matrimonio. Ni esa norma ni ninguna otra disposición civil defiere competencia a las autoridades eclesiásticas para decretar la disolución del matrimonio civil colombiano por ninguna causa ni

por medio alguno, ni para exonerar a los cónyuges de sus correspondientes obligaciones. La disolución del matrimonio civil mediante la aplicación del privilegio de la fe por las autoridades eclesiásticas es acto que no se concilia con el respeto que estas autoridades deben a la legislación nacional, y que entraña el desconocimiento o menosprecio de la soberanía de la Nación en punto de tal matrimonio.

Los puntos de vista que se han venido exponiendo conducirían en este negocio a las conclusiones siguientes:

Primera. El matrimonio civil contraído en 1937 por el señor Hans Rothschild con la señora Lore Isaac no ha sido ni está legalmente disuelto, porque ninguno de los cónyuges ha fallecido y porque no existe disposición positiva que faculte a las autoridades eclesiásticas para disolver las uniones matrimoniales civiles mediante la aplicación del privilegio de la fe.

Segunda. El 22 de noviembre de 1952 la señora Lore Isaac no estaba libre del vínculo matrimonial anterior para poder contraer nuevo matrimonio civil con el señor Hans Walter Ossen.

Tercera. Por consiguiente, el matrimonio del señor Ossen con la señora Isaac es absolutamente nulo, conforme a lo prescrito por el ordinal 12 del artículo 140 del Código Civil.

Cuarta. La sentencia acusada infringe, por interpretación errónea y aplicación indebida, el artículo 19 de la Ley 35 de 1888 (Concordato), y por falta de aplicación los artículos 140, ordinal 12, del Código Civil, y 15 de la Ley 57 de 1887.

Quinta. En consecuencia, el fallo acusado debe ser infirmado para, en su lugar, revocar la sentencia de primera instancia y decretar la nulidad absoluta del matrimonio Ossen-Isaac.

Quedan así expuestas las razones que al Magistrado que suscribe este salvamento le impiden compartir la decisión tomada en el fallo anterior y los fundamentos que la respaldan.

Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos sesenta y dos.

Enrique López de la Pava.
Ricardo Ramírez L., Secretario.