

# MATRIMONIO Y DIVORCIO DE COLOMBIANOS EN EL EXTERIOR A LA LUZ DEL NUEVO CONCORDATO Y DE LA LEY 1a. DE 1976

*Pedro Escobar Trujillo*

## Primera Parte

### I.- ANTECEDENTES.

Tema controvertido como pocos, en el Derecho Internacional Privado colombiano, ha sido el del matrimonio civil de colombianos en el exterior, en especial, tratándose de católicos, dadas las dificultades planteadas por el requisito de la apostasía previa, que era exigido por la Ley 54 de 1924 ó "Ley Concha".

La doctrina de los autores, tanto civilistas como canonistas, la del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Jurisprudencia de los tribunales osciló en este punto entre la tesis de la validez de tales matrimonios ante el Estado colombiano y la de su nulidad, llegándose en ocasiones a sostener la radical teoría de su inexistencia.

Para quienes, por cualquier circunstancia, no estén familiarizados con esta problemática, recordemos que de conformidad con el Concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede en 1887 y que el Congreso aprobó por Ley 35 de 1888, el matrimonio de los católicos en Colombia solo producía efectos civiles, es decir, solo era válido ante el Estado, si se contraía de acuerdo con los ritos del Concilio de Trento (léase hoy: ritos del derecho canónico); en otras palabras, los católicos no podían contraer válidamente matrimonio civil, el que solo reá accesible a quienes profesaran religión distinta o no tuvieran ninguna.

Pero como se suscitaron grandes dificultades y aun conflictos entre las autoridades estatales y eclesiásticas para la adecuada aplicación de la anterior norma, cuando una persona que había sido bautizada en la religión católica manifestaba que había dejado de pertenecer a ella y pretendía que el funcionario del Estado autoriza su casamiento, fue menester regular adecuadamente esta situación, lo que se hizo por medio de la Ley 54, expedida a instancias del doctor José Vicente Concha previo acuerdo con la Sede Apostólica. Se definió en esta Ley que un católico solo podía casarse civilmente si hacía una declaración escrita ante el respectivo Juez, de haber abjurado de su antigua fe, declaración ésta que el Juez estaba obligado a poner en conocimiento del Obispo u Ordinario del lugar, sin que pudiera procederse antes de un mes a la ceremonia laica, en la que, por otra parte, debía ser reiterada la formal separación de la Iglesia; ello, siempre y cuando no se tratara de persona que hubiera recibido órdenes sagradas o hecho voto religioso solemne, pues en tal caso le quedaba vedado en forma absoluta el matrimonio civil.

Naturalmente, la Iglesia no reconocía como tal ese matrimonio civil de los apóstatas, a quienes, además, sancionaba con la excomunión, no propiamente por el acto civil en sí sino por su voluntaria abjuración. Pero ante el Estado sí eran plenamente válidas tales nupcias. Esto no dejaba de entrañar un problema jurídico verdaderamente insoluble, que fue apuntado desde un comienzo por los estudiosos: si el apóstata se reconciliaba después con la Iglesia y quería contraer por sus ritos un nuevo enlace con otra persona, aquella lo aceptaba y desde su punto de vista esta unión sacramental era la única válida, mientras que para el Estado era nula por subsistir con respecto a su legislación un vínculo válido anterior. Pero parece que en la práctica esta anómala situación apenas si se presentó.

Otra posibilidad para los católicos de contraer matrimonio civil válido sin apostasía, aunque de escasa aplicación en el hecho, se daba cuando, siendo ambos contrayentes extranjeros, se casaban conforme a la ley de su país ante el respectivo Agente Diplomático o Consular en Colombia, de acuerdo con lo establecido por la Ley 266 de 1938, que, por cierto, conserva su plena vigencia.

La anterior regulación, con todo y ser susceptible de críticas, era clara y no causó, aparte del especulativo que señalamos, mayores problemas, en tanto fue aplicada dentro de las fronteras patrias. Pero sí era discutible el evento de que un católico colombiana-

no contrajera matrimonio civil en el exterior conforme a las leyes del respectivo país, obviamente sin el requisito de la previa apostasía formal de que hablaba la Ley Concha, que el funcionario competente extranjero no tenía por qué cumplir. Desde el punto de vista de la doctrina de la Iglesia, que no acepta por principio el matrimonio civil para sus fieles,<sup>(1)</sup> indudablemente el acto jurídico en cuestión carecía de validez y según algunos comentaristas hasta de existencia,<sup>(2)</sup> bien que sin hacerse el católico pasible de excomunión, precisamente por no mediar su declaración formal de abandono de la religión, aunque sí de penas canónicas menores. En cambio, la solución no era tan fácil mirando las cosas desde el punto de vista del ordenamiento estrictamente colombiano, como resulta de los distintos conceptos emitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Procuraduría General de la Nación.<sup>(3)</sup>

El asunto se complicó además en cierta medida, en vista de un hecho social que se fue generalizando en los últimos años: el de la pareja de colombianos casada válidamente (por lo común canónicamente), que luego obtenía en el exterior una sentencia de divorcio vincular y prevalidos de ella uno de los cónyuges (o ambos) volvía a casarse con tercera persona, por lo civil, también en otro país. En cuanto a los efectos civiles de este segundo matrimonio, poca duda cabe de que no los producía en Colombia, con prescindencia de que el primer matrimonio hubiera sido canónico o no, toda vez que el derecho colombiano no admitía —hasta la promulgación de la Ley 1ª de 1976— la disolución del vínculo por divorcio y teniendo en cuenta que los colombianos estaban enteramente sometidos hasta entonces a la ley nacional (“estatuto personal”) en materia de estado civil (artículo 19, numeral 1º, del Código Civil.<sup>(4)</sup>) Pero sí despertaba alguna inquietud en cuanto a sus implicaciones penales, esto es, a si ese segundo matrimonio configuraba un delito de bigamia o no. Es verdad que este último

(1) Salvo tal vez casos demasiado excepcionales y sutiles, como cuando en el respectivo país es imposible legalmente la celebración religiosa, pues entonces los católicos pueden prestar su consentimiento ante la autoridad civil y tal matrimonio será válido para ellos e inclusive sacramento.

(2) Así, el Padre Hernán Arboleda Valencia en “El matrimonio civil de colombianos católicos en el exterior: ¿nulidad, validez o inexistencia?” Editorial Carvajal, Bogotá, 1963.

(3) Cfr. Memoria de Relaciones Exteriores de 1963 ó diversas sentencias judiciales en que se abordó la materia.

(4) Hoy lo siguen estando, menos en lo tocante con divorcio, acerca del cual se ha adoptado una mezcla de ley nacional y ley del domicilio, que en su lugar se estudiará.

aspecto no mereció los mismos estudios teóricos que el de los efectos civiles y no se sabe que se hubiera incoado causa criminal contra nadie por un hecho de esta índole; pero de todos modos, no dejaba de ofrecer interés y era pregunta casi obligada en conversaciones o disertaciones sobre el tema. De otro lado, estos segundos matrimonios civiles en el exterior, sin disolución válida del primer nexo conyugal, fueron uno de los motivos declarados por el Gobierno Nacional para insistir en la aprobación del divorcio perfecto, que al fin plasmó en la citada Ley 1ª de 1976, como una manera de poner fin a la proliferación de esa conducta irregular, por la cómoda vía de legalizarla.

Cabe advertir, por último, que lo anterior se modificaba sustancialmente cuando se trataba de una relación matrimonial o de un divorcio conectados con cualquiera de los Estados partes en el primer Tratado de Montevideo sobre derecho civil (1889), vigente entre Colombia, Perú, Bolivia, Argentina, Uruguay y Paraguay y cuyas disposiciones, que prevalecen sobre las del derecho interno de cualquiera de los países miembros, siguen en vigor. Basta decir por el momento que, a diferencia de lo preceptuado en el aludido numeral 1º del artículo 19 del Código Civil, el Tratado de Montevideo consagra la ley del domicilio conyugal para regular las relaciones personales derivadas del matrimonio y el divorcio, y la "lex loci celebrationis" para las formalidades externas de la boda. En consecuencia, y a título de ejemplo, el matrimonio de un colombiano, católico o no, en Uruguay, en donde la única forma válida es la civil, sin que se contemple apostasía ni ninguna otra manifestación sobre las creencias religiosas del contrayente, será asimismo válido en los demás países signatarios (Colombia incluida, desde luego) solamente si se celebró atendiendo a esas prescripciones de forma de la legislación Uruguaya, vale decir, si se realizó ante el funcionario civil competente de este último país y con las solemnidades allí establecidas. Y rebuscando un poco en las normas del Tratado, se llegaba incluso a encontrar un caso excepcional en el que en Colombia había que aceptar la disolución de un matrimonio válido, por sentencia de divorcio, ya que las causales de éste dependen, en dicho Acuerdo internacional, artículo 13) de la ley del domicilio conyugal, siempre que sean admitidas también por la del lugar de celebración; así, en la hipótesis del colombiano casado en Uruguay, si en este mismo país se fija el domicilio de la pareja, puede obtenerse un divorcio vincular válido y reconocido en todos los países miembros, por una causal señalada en la Ley Uruguaya, que, entre otras cosas, se caracte-

riza por ser de las más liberales del mundo a este respecto, como que el divorcio puede dictarse por el mutuo acuerdo de los esposos y hasta por "la sola voluntad de la mujer".<sup>(5)</sup> El otro tratado concertado por Colombia sobre derecho internacional privado, con el Ecuador (1903), aun cuando también enuncia el principio de la ley del lugar, lo atenúa con la salvedad de que no se contravenga **en modo alguno** lo dispuesto por la legislación del otro Estado, so pena de que la contravención surta en éste los mismos efectos que si se hubiere cometido en él. De ahí que la aplicación de este Tratado no ha conllevado mayores variaciones a las normas internas de los Estados. Por lo mismo, si durante la vigencia en Colombia de la "Ley Concha" un católico colombiano se casaba por lo civil en el Ecuador sin apostasía, ese matrimonio no tenía efectos en Colombia, como tampoco el divorcio vincular dispuesto por un juez ecuatoriano mientras el derecho colombiano rechazó esa institución.

## II.- LA NUEVA NORMATIVIDAD.

### **Planteamiento general. Validez tanto del matrimonio católico como del civil sin previa apostasía.**

Como se sabe, Colombia y la Santa Sede negociaron un nuevo Concordato en sustitución del de 1887, aprobado por el Congreso Nacional mediante la Ley 20 de 1974 y que entró en vigencia al producirse el canje de los instrumentos de ratificación el 2 de julio de 1975. En virtud del mismo, el Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio católico, pero éste ha dejado de ser obligatorio para los miembros de dicha religión, quienes por lo tanto pueden optar por el matrimonio civil que les producirá también plenos efectos ante el Estado, ya sin necesidad de la apostasía de la Ley 54 de 1924, la cual ha sido derogada por el artículo 2º de la prementada Ley 20 de 1974. Quede en claro de una vez, para disipar equívocos que en torno a esta cuestión no han dejado de presentarse, que la opción solo se refiere a los efectos jurídi-

(5) Jaime Rodríguez Fonnegra sostuvo en su obra "De la Sociedad Conyugal", tomo II, pág. 499, nota 5, que el Tratado de Montevideo no rige para Colombia por no haber sido publicado su texto en el Diario Oficial. Empero, la práctica diplomática, amén de la mayoría de los expositores, lo reputa vigente y como tal figura en las recopilaciones oficiales y privadas de Tratados y Convenios. (V. por ejemplo la más reciente de todas, que es la de Germán Cavalier Gaviria, publicada en septiembre de 1975, Editorial Kelly, pág. 70).

cos que pudiéramos llamar "laicos" o "estatales" del matrimonio y que en modo alguno significa que por el nuevo Concordato los católicos puedan, en conciencia, casarse solo civilmente, pues la Iglesia sigue manteniendo su doctrina de que el único matrimonio válido para el católico es el mismo sacramento administrado canónicamente, y que quienes no se conformen a ello están en mero concubinato; si bien no merecen, como arriba se dijo, la excomunión, pues su pecado no supone que hayan dejado de pertenecer a la comunidad de los fieles. Por lo tanto, lo que en adelante se diga sobre validez de matrimonio civil deberá entenderse con relación al Estado, exclusivamente. (6)

Luego, de modo coherente con lo ofrecido por el actual Presidente de la República en su campaña electoral, la Ley 1ª de 1976 vino a introducir en nuestro derecho el divorcio vincular, institución que solo había sido conocida durante un brevísimo lapso, allá por mediados del siglo XIX. Pero respetando, como era apenas natural, el principio concordatario, su viabilidad se restringió a los matrimonios civiles, conservando los canónicos el carácter de indisolubles para la Iglesia y para el Estado. (cfr, el claro temor literal del artículo 1º de la ley, modificativo del 152 del Código Civil, que habla de la disolución del matrimonio civil y no de la disolución de los efectos civiles del matrimonio, como querían algunos parlamentarios, con la disimulada intención de que el Estado pudiera extender el divorcio vincular a los matrimonios católicos; fórmula que ciertamente hubiera contrariado al menos el espíritu del nuevo Concordato, pues éste no fue otro que el de que la legislación civil reconociera al matrimonio católico con todas las consecuencias a él inherentes según la Iglesia. (7)

(6) Es de advertir, sí, que el artículo 7º del actual Concordato supedita el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico a la inscripción de la correspondiente acta eclesiástica en el Registro del Estado Civil, luego en el fondo es este acto administrativo el que confiere efectividad al matrimonio católico con respecto al Estado colombiano y mientras no se cumpla no hay tal reconocimiento. Esto marca una diferencia fundamental con la regulación anterior, en la que la celebración canónica "per se" producía los efectos civiles y su registro civil era un simple requisito probatorio que podía verificarse o suplirse en cualquier tiempo. Resta preguntar si ahora la inscripción tendrá efectos retroactivos al momento de la ceremonia o no.

(7) Es de recordar aquí que la indisolubilidad de un matrimonio válido, conforme al derecho canónico, tiene las conocidas excepciones de la dispensa papal al matrimonio rato no consumado y del llamado privilegio de la fe o "paulino", con la aclaración de que este último es para aquellos matrimonios contraídos por personas no bautizadas, o sea matrimonios no católicos en su origen pero sí verdaderos y legítimos, cuando posteriormente uno de los cónyuges abraza el catolicismo y el otro, a causa de ello, se niega a convivir pacíficamente con el convertido.

Las nuevas circunstancias legales suponen una variación notable en las normas e interpretaciones atinentes al matrimonio y al divorcio de colombianos en el exterior, y es esto lo que nos proponemos puntualizar enseguida.

## 1. MATRIMONIO DE COLOMBIANOS EN EL EXTERIOR.

### 1.1. Acogida general de la regla "locus regit actum"

La nueva legislación simplifica esta cuestión, que antes, como ya se dijo, presentaba aristas harto problemáticas.

En primer lugar, debe anotarse que aunque se carece de una norma expresa en las fuentes internas de nuestro Derecho Internacional Privado acerca de la forma extrínseca del matrimonio, se acepta generalmente la regla "locus regit actum", o sea que en Colombia es válido un matrimonio contraído en el exterior de acuerdo a las formalidades externas que la ley del respectivo país fije; regla ésta que de modo explícito sí figura consignada en el Tratado de Montevideo de 1889 sobre derecho civil, (artículo 13) a que ya se hizo referencia y también en el Tratado colombo-ecuatoriano de 1903, con la enorme excepción arriba comentada. Y si bajo el imperio de la ley 54 de 1924, la conclusión no pareció tan fácil en tratándose de matrimonio civil de católicos colombianos en el exterior, sin previa abjuración, fue justamente porque lo que se discutía era si este último requisito —la apostasía— era de simple forma (como sostenía, por ejemplo, el exProcurador General de la Nación doctor Andrés Holguín), caso en el cual ciertamente no tenía por qué cumplirse en un país donde no fuera exigido y por lo tanto ese matrimonio debía producir plenos efectos en Colombia, o si, como querían otros, era un requisito de fondo, que se traducía en la **capacidad** misma del católico colombiano para poder contraer matrimonio civil y que como tal se regía por la ley colombiana al tenor de lo ordenado por el artículo 19 numeral 1º del Código Civil.

Desaparecido ya el obstáculo en el derecho interno, a fortiori desaparece en el Derecho Internacional Privado, vale decir, que el matrimonio civil de colombianos en el exterior, celebrado de conformidad con las leyes del respectivo país, debe ser reconocido hoy en día como plenamente válido en Colombia, cualquiera sea la religión de los contrayentes.

## 1.2 Precisiones necesarias en la aplicación de la regla "locus regit actum".

Pero conviene hacer ciertas precisiones en cuanto a la precedente afirmación.

En efecto, si aceptamos la regla "locus...", y en el país en el cual se va a celebrar el matrimonio de un colombiano, la forma civil es la única admitida por la legislación, ese colombiano, aunque sea católico practicante, tendrá que acudir a ella si quiere que en Colombia su matrimonio le produzca efectos ante el Estado; o sea que es un caso en que el matrimonio civil se torna obligatorio para el colombiano, quien si se limitara a la celebración religiosa, quedaría casado para su conciencia y para la Iglesia, pero no frente a la ley colombiana. En cambio, si se trata de un país en que sea imperativa la forma religiosa —que todavía los hay—, el colombiano adepto a la respectiva religión y que allá pretenda casarse, deberá hacerlo por los ritos de aquella para que su matrimonio sea válido aquí; estaríamos entonces en presencia de un supuesto, excepcional pero posible, en que se conserva la obligatoriedad del matrimonio religioso para un nacional colombiano. Si, por último, se trata de un país en el que sea optativa la forma civil o la religiosa, cualquiera de ellas que escoja el colombiano será idónea para que su matrimonio tenga efectos en Colombia.

## 1.3 Matrimonio celebrado en países miembros del Tratado de Montevideo y en el Ecuador.

Lo que acaba de decirse es perfectamente aplicable a los matrimonios verificados en los países ligados al Tratado de Montevideo sobre derecho civil de 1889, o en el Ecuador, ligado a Colombia por el Tratado de 1903.

## 1.4 El problema de la retroactividad (conflicto de leyes en el tiempo).

Ya se señaló la incertidumbre que existía sobre la condición jurídica de los matrimonios civiles celebrados en el exterior por colombianos católicos no apóstatas, bajo la vigencia del antiguo Concordato y de la Ley 54 de 1924 en países no signatarios del Tratado de Montevideo ni en el Ecuador. Empero, la jurisprudencia se venía inclinando en los últimos años, preferentemente, por la tesis de su nulidad absoluta, como la de mejor sustentación.

Asumiendo esa consecuencia, cabe preguntar ahora, ante la desaparición de la causal de nulidad, en qué situación legal vienen a quedar tales matrimonios, desde que no haya mediado, claro está, sentencia ejecutoriada declarativa de la nulidad. En otras palabras, ¿la desaparición de la causal opera retroactivamente o no y por lo tanto se convalidan o no los matrimonios que de ella adolecían?

Debemos confesar que es una pregunta cuya respuesta no nos parece fácil y para la que, por lo pronto, solo nos atrevemos a ensayar algunos conceptos vacilantes. Es que nuestro sistema de conflicto de leyes en el tiempo —o sea lo que algunos llaman "derecho intertemporal"— contenido principalmente en varias disposiciones de la Ley 153 de 1887, no previó de manera expresa, a pesar de su casuismo, el tránsito de legislación en materia de nulidades; si bien otras normas y principios pueden suministrar cierta orientación.

En primer lugar, el artículo 23 del Código Civil, recalcado por el 20 de la precitada Ley 153 de 1887, dice que el estado civil de una persona adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución subsistirá aunque aquella ley fuere después abolida.

Esta norma recoge una idea jurídica más o menos universalmente respetada, pero que nos permite razonar, un poco a contrario sensu, que si un presunto estado civil no pudo adquirirse válidamente bajo el imperio de una ley, la situación creada debe subsistir como tal, esto es, con el vicio de nulidad, aunque la ley que estableció el impedimento sea posteriormente abrogada; en otros términos, lo que se constituyó bien continúa bien, lo que se constituyó viciado continúa así, no obstante que lleguen a variar los marcos legales.

En estas condiciones, nada obsta para que hoy se profiera sentencia de nulidad de un enlace de los que estamos considerando, no importa que, si se fuera a celebrar ahora, sería válido.

Es verdad que psicológicamente obra como una especie de presión a rechazar por infundada la solución anterior, quizá pensando en aquello de la ley permisiva o favorable en materia penal. Pero es claro que esto último se refiere de modo privativo a las infracciones de la ley criminal, ora catalogadas como delitos o como contravenciones y que no hay por qué extenderlo al campo de las sanciones civiles de los actos jurídicos, que se rigen por sus propios principios. Analizando, pues, las cosas con ánimo despre-

venido, no creemos que exista suficiente apoyo en el derecho colombiano para sostener que esos matrimonios resultaron automáticamente convalidados por la entrada en vigencia de una ley que suprimió el motivo de nulidad del cual sufrieron en su nacimiento.

Antes bien, al repasar nuestra historia legislativa, hallamos un antecedente de significación en favor de la tesis que acabamos de exponer. Hasta 1887 únicamente se consideraba válido el matrimonio civil, pero gran parte de los colombianos se casaban solo canónicamente, por lo cual sus matrimonios aparecían nulos ante el Estado. La Ley 57 de 1887, en su artículo 12, confirió validez para todos los efectos civiles a los matrimonios católicos; sin embargo, se estimó que por esta sola norma no quedaban cobijados los matrimonios católicos anteriores y por ello otra norma, el artículo 19 de la misma Ley, expresamente les dio validez retroactiva. Poco después, la Ley 153 de 1887 sentó una regla más general, aunque de todos modos giraba en torno a un supuesto muy específico acorde a las circunstancias político-religiosas de la época, cuando en su artículo 21 dispuso que **por ley posterior** (subrayado nuestro) un matrimonio podrá declararse celebrado desde tiempo pretérito y válido en sus efectos civiles, a partir de un hecho sancionado por la costumbre religiosa y general del país. El artículo 50 de dicha Ley 153 fue precisamente una norma posterior en desarrollo de la regla consignada en el 21: "Los matrimonios celebrados en la República en cualquier tiempo, conforme al rito católico, se reputan legítimos y surten, desde que se administró el sacramento, los efectos civiles y políticos que la ley señala al matrimonio, en cuanto este beneficio no afecte derechos adquiridos."

Como se ve, el legislador de 1887, enfrentado a la resolución de un problema conceptualmente similar al que ahora nos ocupa, fue del parecer de que el matrimonio nulo no era convalidado "ipso jure" por la nueva ley sino que era preciso una declaratoria explícita en tal sentido. Declaratoria que justamente es la que se echa de menos en la legislación matrimonial recientemente expedida.

Por supuesto que la nulidad puede sanearse, mediante el cumplimiento de las solemnidades a que por ley está sujeto el acto que se ratifica, como reza el artículo 1753 del Código Civil, vale decir, realizando de nuevo la ceremonia civil, ya sin la apostasía que en un principio se omitió, para que los efectos del matrimonio se retrotraigan a la fecha de su inválida celebración inicial.

## 1.5 Observación sobre otras causales de nulidad.

Ahora bien: estamos estudiando la validez del matrimonio civil en el exterior por el aspecto meramente formal, con referencia por lo tanto a casos en que según la ley colombiana los contratantes estén, fuera de toda duda, en capacidad o libertad de casarse; en otras palabras, que sean solteros o que su matrimonio anterior haya sido válidamente disuelto para nuestro derecho. Porque puede ser distinto el tratamiento jurídico del problema cuando se trata de matrimonio civil en país extranjero de personas que, estando legalmente casadas para la ley colombiana, obtienen divorcio en el exterior de su vínculo conyugal; sobre lo cual volveremos más adelante, en la segunda parte de este ensayo, que versa sobre divorcio de colombianos en el exterior.<sup>(8)</sup>

Por otra parte, en cuanto a las restantes condiciones de validez, los matrimonios civiles de colombianos en el exterior se rigen por la ley colombiana al tenor del tantas veces citado artículo 19 numeral 1º del Código Civil, lo que significa que serán aplicables las causas de nulidad enumeradas en el artículo 140 de dicho Código y leyes que lo complementan (como los artículos 13 y 14 de la Ley 57 de 1887, excepto el numeral 1º del artículo 13 por versar precisamente sobre formalidades). Pero debe tenerse en cuenta que si el matrimonio se contrajo en cualquiera de los Estados miembros del Tratado de Montevideo de 1889, su existencia y validez se rigen por la ley del lugar de la celebración, bien que otro de tales Estados puede negarse a reconocerlo cuando se presente, conforme a su propia legislación, uno de los impedimentos enunciados en el artículo 11 del Tratado, relativos a falta de edad de los contrayentes, parentesco de consanguinidad en línea recta o entre hermanos, conyugicidio o vínculo anterior no disuelto legalmente. Y si se contrajo en el Ecuador, la capacidad de los cónyuges se regula por su ley nacional (artículo 9º del Tratado de

(8) No está por demás recordar que en el derecho colombiano el matrimonio, si es civil, se disuelve, según el texto actual del artículo 152 del Código Civil: "Por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado.

Si el matrimonio es católico, su disolución para el Estado colombiano tiene lugar conforme al derecho canónico, esto es, por la muerte real de uno de los cónyuges y por dispensa del matrimonio rato y no consumado. Existe además la disolución por el "privilegio de la fe" o "privilegio paulino" para matrimonios que no se contrajeron católicamente pero que la Iglesia reconoce como legítimos y válidos, institución de la que se hizo mención supra, en nota.

De otro lado, es obvio que tanto una unión matrimonial civil como una católica pueden terminar porque se declare judicialmente su nulidad, aunque técnicamente esto no equivale a su disolución, que supone un vínculo válido.

1903), en tanto que los impedimentos dirimentes (sic) o sea los motivos de nulidad, se rigen igualmente por la ley colombiana (artículo 11 *ibídem*).

## 2. DIVORCIO DE COLOMBIANOS EN EL EXTERIOR.

### 2.1 **Idea directriz: Admisión del divorcio para los matrimonios civiles, no para los canónicos.**

Los artículos 13 y 14 de Ley 1ª de 1976 ordenan nuevos textos de los artículos 163 y 164 del Código Civil, con el fin de aceptar en Colombia los efectos de una sentencia de divorcio vincular dictada en otro país. Antes, como vimos, el derecho civil colombiano no permitía la disolución del vínculo conyugal por divorcio y el artículo 19 del Código Civil consagraba de manera rígida la sujeción del colombiano a la ley nacional en todo lo concerniente a estado civil (salvo las formalidades para constituirlo), por lo que no había la menor duda de que un divorcio obtenido en el exterior por un colombiano era absolutamente ineficaz aquí, en donde, a pesar de cualquier apariencia social contraria, el matrimonio —civil o católico— cuya disolución se decretaba por juez extranjero continuaba siendo el único válido para todos los efectos jurídicos. Esta afirmación constituía un verdadero punto pacífico de derecho, que inclusive había sido refrendado en alguna ocasión por una norma positiva.<sup>(9)</sup> La única excepción se encontraba en el artículo 13 del Tratado de Montevideo, que mencionamos ya en la primera parte de este estudio, a la que nos remitimos.

Hoy, el artículo 19 del Código Civil, básico en nuestro Derecho Internacional Privado por regular el estatuto personal, ha sido parcialmente modificado por los nuevos textos arriba citados, que en materia de divorcio introducen primordialmente la “*lex domicilii*”.

Se prevén al efecto dos hipótesis: el divorcio en el exterior de un matrimonio civil celebrado asimismo en el exterior y el divorcio en el exterior de un matrimonio civil celebrado en Colombia.

Como se ve, solo se habla de divorcio para los matrimonios civiles, pues en cuanto a los canónicos, repetimos que el derecho colombiano los acepta con su nota esencial de la indisolubilidad. Por

(9) Artículo 786 del antiguo Código Judicial (Ley 105 de 1931), que estuvo vigente hasta el 30 de junio de 1971.

consiguiente, para los matrimonios católicos la situación permanece exactamente igual a la de antes de las reformas en comento, o sea que los divorcios de tales matrimonios logrados por colombianos en el exterior y los subsecuentes casamientos civiles fuera del territorio patrio con terceras personas (práctica tan socorrida en algunos medios) no generan en Colombia los efectos jurídicos que quisieran los interesados; salvo algún caso excepcional y más bien teórico derivado del ya aludido sistema de Montevideo y que precisaremos un poco más adelante (número 2.2.7).

No sobra aclarar que en el país extranjero de conformidad con cuyas normas se haya decretado el divorcio del matrimonio católico y en aquel en donde se hubiere celebrado posteriormente el matrimonio civil (que puede ser diferente del primero) dichos actos sí son desde luego válidos y podrán serlo también en otros países en donde la aplicación de sus propias reglas de Derecho Internacional Privado conlleve esa conclusión. Así, pues, el colombiano casado católicamente en Colombia que se divorcie en México según las leyes mexicanas y se case luego por lo civil en el mismo México o en Panamá, puede invocar en estos dos países (con los que Colombia no tiene tratado alguno sobre la materia) la legitimidad de su nuevo vínculo conyugal con los derechos y obligaciones a él inherentes, mientras que en Colombia ese vínculo queda afectado de nulidad con las consecuencias que de este fenómeno jurídico se desprenden en nuestro derecho y conserva su plena vigencia jurídica el primigenio enlace eclesiástico.

Cosa bien distinta es si el colombiano casado católicamente viaja a otro país y sin siquiera obtener allí previo divorcio contrae matrimonio civil, lo que según parece se viene presentando últimamente con alguna frecuencia: ese matrimonio civil tampoco será válido ni en el país de la celebración, ya que con excepción de los pocos en donde subsiste la institución de la poligamia, en todos los ordenamientos jurídicos se contempla la existencia de un vínculo anterior no disuelto como impedimento o causal de nulidad de unas segundas nupcias; y aunque en el país extranjero de que se trate no se concedan efectos al matrimonio católico, esta actitud legal negativa recae exclusivamente sobre el que llegare a celebrarse en su territorio, mas no sobre el celebrado con anterioridad por nacionales de otro Estado conforme a su propia legislación que sí le atribuya validez (para el caso Colombia), porque éste dio lugar, sin duda, a un estado civil debidamente adquirido o constituido que debe ser respetado en todas partes. El he-

cho de que después, en un país que no sea Colombia, se autorice por el funcionario competente el matrimonio civil de colombianos sin mediar divorcio del vínculo religioso válido en Colombia, pensamos que solo halla explicación satisfactoria en el ocultamiento que el contrayente haga de la condición de casado en su país de origen.

Lo que acabamos de decir es extensivo, en nuestro concepto, al caso de colombianos que hubieren contraído fuera de Colombia un matrimonio católico que sea válido aquí según las reglas expuestas en la primera parte de este estudio; y no lo será en cambio si el matrimonio católico contraído en el exterior, según esas reglas, no es apto para producir efectos civiles en nuestro país, hipótesis en la cual creemos sostenible que el colombiano así casado para la Iglesia, mas no para el Estado colombiano, puede contraer, sin más, vínculo civil en otro Estado que tampoco lo considere casado y que el nuevo vínculo será el válido ante el derecho colombiano. Porque cuando afirmamos que éste acoge los matrimonios católicos con su nota esencial de indisolubilidad, es claro que nos referimos a aquellos que, conforme al mismo derecho, son válidos por haberse celebrado con la correcta aplicación de la regla "locus regit actum" o de los convenios internacionales que rigen sobre el asunto, no a todos los demás.

## 2.2 El divorcio en el exterior de matrimonio civil celebrado por colombianos en país extranjero.

### 2.2.1. Norma General

Según el artículo 163 (nueva redacción) del Código Civil, el divorcio en este caso se regirá por la ley del domicilio conyugal, entendiéndose por tal el lugar en donde los cónyuges viven de consuno, o el domicilio del cónyuge contra quien se instaura la demanda si ya la vida en común ha cesado.

Por lo tanto, para esta clase de matrimonio solo son causales de divorcio las que indique la ley del domicilio conyugal, coincidan o no con las que consigna la ley colombiana y es indiferente, por lo demás, que los cónyuges sean colombianos o extranjeros, católicos o acatólicos, bien, que, repetimos, en este artículo solo que-remos considerar la situación de los nacionales colombianos.

### 2.2.2. Competencia judicial

No es necesario, en cambio, que el juicio de divorcio se gestione ante un juez del domicilio conyugal, pues la competencia judicial puede estar determinada eventualmente por otros factores.

En tal supuesto, lo importante, para que la sentencia dictada por el juez de un tercer Estado produzca efectos en Colombia, a más de estar debidamente acreditada su competencia, es que, por una parte, haya fallado acatando las causales fijadas por la ley del domicilio conyugal y aplicando sí, en cuanto al procedimiento, las normas de la "lex fori", ya que éste es el principio imperante al respecto; y que, de otro lado, se satisfagan los requisitos señalados en el Código de Procedimiento Civil Colombiano sobre cumplimiento de sentencias de tribunales extranjeros, entre ellos el trámite del "exequátur" por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (Art. 693 a 695 del Decreto 1400 de 1970).<sup>(10)</sup>

### 2.2.3. Digresión relativa a competencia del Juez colombiano

También cabe que a un juez colombiano toque conocer del juicio de divorcio, según las reglas de nuestra legislación procesal relativas a competencia territorial (artículo 23, numerales 1 y 4 del Código de Procedimiento Civil). Dado que el punto puede prestarse a confusión y habida cuenta de la utilidad práctica que entraña clarificarlo, se justifica que lo tratemos con algún detalle, pese a que desborda la temática general de este estudio, que se contrae a matrimonio y divorcio verificados en el exterior.

En primer lugar, valga afirmar de modo general que si el matrimonio civil se celebró en el exterior, el proceso de divorcio podrá ventilarse en Colombia en el caso de que el cónyuge demandado tenga acá su domicilio (numeral 1 de la disposición procedimental citada o sea el artículo 23 del Decreto 1400 de 1970) o cuando el último domicilio conyugal común haya estado en territorio nacional (numeral 4 ibídem). Armonizando, pues, los conceptos

(10) No está por demás recordar que ciertas sumisiones voluntarias de las partes a una jurisdicción no determinada por el domicilio o por otro factor con el que se tenga una conexión efectiva son catalogadas de nulas por la doctrina (Cfr. por ejemplo Carlos Alberto Lazcano, "Derecho Internacional Privado", Editora Platen-se, 1965, pág. 630, quien habla concretamente de los ya famosos "divorcios mexicanos").

referidos del Código de Procedimiento Civil con los del nuevo artículo 163 del Código Civil, tenemos estas posibilidades:

(A) La vida en común ha cesado (que será lo usual) y el cónyuge demandado vive en Colombia: este país será el domicilio conyugal conforme a la extraña calificación o definición que trae el supramentado nuevo texto del artículo 163 del Código Civil y la acción podrá ser entablada ante el juez correspondiente al domicilio que en Colombia tenga el demandado (artículo 23, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil); tal juez colombiano deberá aplicar entonces al divorcio no solo las normas procesales de la ley colombiana sino también las sustantivas, por coincidir la "lex domicilii" con la "lex fori".

(B) La vida en común ha cesado y el cónyuge demandado no vive en Colombia, pero sí el demandante: con la condición de que la convivencia haya sido por última vez en Colombia y que el cónyuge demandante continúe vecindado en el mismo municipio (por ser esta comprensión territorial la que en nuestro derecho interno determina el concepto de domicilio a efectos civiles) el juicio de divorcio podrá tramitarse ante el juez colombiano correspondiente a este último domicilio que aquí hubiera tenido la pareja (artículo 23, numeral 4, del Código de Procedimiento Civil); pero de ningún modo Colombia constituirá domicilio conyugal como lo entiende el artículo 163 del Código Civil y por ello el juez colombiano que conozca del asunto deberá aplicar las normas sustantivas del país en donde se haya radicado el cónyuge demandado, ya que ese será el domicilio conyugal para la aplicación de la norma de conflicto de leyes que acaba de citarse.

(C) La vida en común, al momento de presentarse la demanda de divorcio, la mantienen los cónyuges en Colombia: este país será el domicilio conyugal (definición del artículo 163 del Código Civil) y la pretensión divorcista podrá deducirse ante el juez colombiano correspondiente al lugar del territorio nacional en donde vivan (numerales 1 ó 4 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil); en este evento, que será de seguro poco frecuente aunque teóricamente posible, el juez colombiano también (como en la hipótesis descrita en la letra A), deberá aplicar las normas sustantivas y adjetivas de su propia legislación sobre divorcio.

Creemos que no hay supuestos diferentes que permitan a un juez colombiano avocar el conocimiento de un divorcio relativo a un matrimonio civil celebrado en el exterior.

#### 2.2.4. Caso de que los cónyuges hayan contraído matrimonio católico no reconocido en el país extranjero.

Puede ser de común ocurrencia. Ejemplo: una pareja de colombianos católicos se casa en Francia, obviamente por lo civil porque es la única forma reconocida por la ley francesa, pero luego, en razón de su fe religiosa, lo hacen también por la Iglesia, en Francia y en este mismo país se domicilian. Más tarde, intentan allá el divorcio.

Es verdad que han contraído matrimonio católico y que éste es indisoluble; pero también lo es que el matrimonio celebrado ante el Estado fue el válido "ab initio" a efectos civiles, tanto en Francia como en Colombia (por la regla "locus regit actum") y que su ulterior ratificación eclesiástica no le pudo aportar ningún elemento adicional de validez civil, o lo que es lo mismo, civilmente dicha celebración sacramental sería un acto irrelevante, neutro, por lo que tampoco es razonable sostener que le comunica jurídicamente al matrimonio otras características, como la tocante a indisolubilidad. En conclusión el divorcio vincular que decretara un tribunal francés con respecto al acto civil, sería idóneo en Colombia para disolver el nexo conyugal, aunque en su conciencia de católicos, claro está, esos esposos deban considerar que su estado de casados perdura. (11)

#### 2.2.5. Caso de que en el país extranjero no exista el divorcio vincular.

Supongamos que el matrimonio civil se realizó en uno de los pocos países en los que aún no se ha implantado la disolubilidad

(11) Aunque una vez más nos salgamos un poco del tema de este estudio, que se concreta a matrimonio y divorcio en el exterior, es interesante observar que el caso puede presentarse también en Colombia, pues nada impide entre nosotros la celebración de una boda católica para una pareja que antes solo la hubiera realizado civil. Aquí hay, ciertamente, un aspecto no incluido en el ejemplo dado arriba y es que el matrimonio canónico también produce civilmente sus plenos efectos, a diferencia de lo que sucede en derecho francés. Con todo, nos parece que para el Estado no puede haber otro matrimonio válido que el primeramente celebrado por lo civil, que se ajustó cabalmente a su regimentación legal; admitir que el matrimonio eclesiástico posterior es el que prima, equivaldría a que el Estado desconociera su ordenamiento positivo. Así que el juez civil podrá pronunciar sentencia de divorcio vincular respecto al contrato civil, efectiva ante el Estado, bien que no ante la Iglesia. A la inversa, si primero se celebró la boda canónica y luego los contrayentes quisieron casarse ante la autoridad civil, este segundo matrimonio no sería superior al primero ni le comunicaría la característica de la disolubilidad por divorcio, pues también el primero había sido plenamente válido para el Estado colombiano con todas sus implicaciones.

del vínculo por divorcio, v. gra. España o el Brasil. Es evidente que si allí está situado el domicilio conyugal, lo máximo que podrán obtener los consortes desavenidos será el llamado divorcio imperfecto o separación de cuerpos; y como según el Derecho Internacional Privado Colombiano, el divorcio se gobierna por la ley del domicilio conyugal, aquella sentencia de divorcio imperfecto no podrá tener en Colombia un alcance mayor que el que le atribuye la "lex fori", que es la misma "lex domicilii". Lo cual significa que esos cónyuges deberán ser considerados aquí como meramente separados de cuerpos. <sup>(11 Bis)</sup>

En cambio, si después de casados constituyen su domicilio en otro país que acepte el divorcio perfecto, la sentencia que en éste se llegue a dictar en tal sentido, disolverá el vínculo en Colombia, aunque esto no lo acoja la "lex loci celebrationis", punto de contacto que, como tal, es irrelevante para este caso al tenor de nuestro derecho de conflicto de leyes en el espacio.

No es descartable tampoco que el divorcio se tramite en un país diverso al del domicilio conyugal, como ya vimos, y que según la "lex fori" no se permita el divorcio vincular sino, como máximo, la separación de cuerpos o divorcio semipleno. Si tal acaece, pensamos que, aunque según la ley del domicilio conyugal la causal invocada sí sea suficiente para aniquilar el vínculo, esta consecuencia no se produce en Colombia, es decir, que aquí no queda deshecho el matrimonio, porque cuando la pertinente norma de conflicto colombiana (actual artículo 163 del Código Civil) se remite a la ley del domicilio para regular el divorcio, es claro que se está refiriendo al divorcio auténtico, al pleno o perfecto, que es lo que la ley colombiana denomina divorcio y no a la mera separación de cuerpos o "quoad mensam, thorum et habitacionem", que constituyó la materia de la sentencia foránea y que es regulada (calificada) ahora por nuestro derecho como una institución jurídica diferente al divorcio en sentido estricto. En otros términos, no se le puede dar en Colombia alcance de sentencia de divorcio a la providencia que, realmente, está decidiendo sobre un fenómeno jurídico distinto según la calificación que proporciona el derecho colombiano.

(11 Bis) Justo en estos días se ha anunciado la presentación al Congreso del Brasil de un proyecto para legalizar el divorcio vincular, que al parecer tiene probabilidades de ser aprobado en vista de recientes disposiciones allí adoptadas sobre reformas constitucionales, pues la prohibición del divorcio está elevada a la categoría de precepto constitucional.

## 2.2.6. Caso de que el matrimonio se haya celebrado en país miembro del Tratado de Montevideo de 1889 ó en el Ecuador.

### A) Regulación del Tratado de Montevideo de 1889.

Ya hemos anotado que, de acuerdo al artículo <sup>(13)</sup> del Tratado de Montevideo sobre derecho civil de 1889, la ley del domicilio conyugal es también la que rige la disolubilidad del matrimonio, pero a condición de que la causal invocada sea admitida igualmente por la ley del lugar en que se celebró

Si, pues, dos colombianos, casados civilmente en Bolivia y domiciliados en Perú, quieren divorciarse en este último país aduciendo para ello un motivo que sea común a ambas legislaciones —la peruana ("lex domicilii") y la boliviana ("lex loci celebrationis")— la sentencia de divorcio vincular emanada del juez peruano producirá su efecto disolvente también en Bolivia, en Colombia y en general en todos los países miembros del Tratado, aun en aquellos que no tengan establecida la institución del divorcio vincular en sus legislaciones internas (Chile, Paraguay, Argentina). Si, por el contrario, quieren poner fin a su unión por causal reconocida en la ley peruana mas no en la boliviana, opinamos que el juez peruano quedaría inhibido para decretar la disolución del vínculo y en todo caso, si no obstante fallare positivamente, esta providencia no disolvería el matrimonio frente a Bolivia ni frente a ninguno de los otros Estados partes en el Tratado (entre ellos Colombia), por no darse el presupuesto estatuido en el artículo 13 literal b.) del mencionado instrumento internacional.

Creemos que el principio de la solución que acaba de expresarse es igualmente válido para aquellos matrimonios celebrados en Estados no partes del Tratado de Montevideo, pero cuya disolución por divorcio se quiere obtener en un país que sí sea miembro de dicho Tratado, o viceversa. Así, si un colombiano se casó en Cuba por lo civil y el domicilio conyugal se establece en Uruguay, el divorcio que el juez uruguayo llegue a decretar disuelve el vínculo, frente a Colombia, si la causal es común al derecho uruguayo y al cubano. No importa que Cuba no sea miembro del Tratado de Montevideo, porque lo que éste regula para sus miembros es la disolución de un vínculo que ellos consideren válido, cualquiera que haya sido el lugar de celebración, y lógicamente en el ejemplo propuesto partimos del supuesto de que tanto el derecho colombiano como el uruguayo conceden validez a ese ma-

rimonio contraído en Cuba. Debe sí tenerse muy presente para el correcto entendimiento del ejemplo visto, que, conforme al mismo Tratado de Montevideo (artículo 62), al juez uruguayo solo se le asigna jurisdicción para conocer del proceso de divorcio en tanto sea el juez correspondiente al domicilio conyugal, requisito sin el cual su providencia no producirá efectos en Colombia. Lo mismo será si el matrimonio del colombiano se efectuó en Uruguay y el divorcio se demanda en Cuba: Colombia, como ligada que está al Uruguay por medio del Tratado de Montevideo, solo podrá aceptar el divorcio vincular cubano si se ajusta a las normas del Tratado, es decir, si Cuba es el lugar del domicilio conyugal y si la causal de ruptura del vínculo que acogió el juez cubano también la acepta la legislación uruguaya, "lex loci celebrations". Pero se plantearía una situación jurídica diferente si el tercer país no miembro del Tratado de Montevideo es el Ecuador, porque como sabemos, entre éste y Colombia rige otro convenio, con regulación autónoma y cuyas normas Colombia debe igualmente cumplir en su propia esfera de aplicación, como pasamos a ver.

#### B) Regulación del Tratado colombo-ecuatoriano de 1903.

Sus principales disposiciones sobre la materia que nos ocupa están contenidas en los artículos 7 y 16. De su contexto se deduce que el matrimonio civil contraído por un colombiano en el Ecuador, sin contravenir de ningún modo la ley colombiana, es válido acá y produce idénticos efectos al celebrado en Colombia, luego hoy en día es susceptible de quedar disuelto por divorcio decretado en el Ecuador; pero éste no será efectivo en Colombia si la causal no está consagrada también en nuestro derecho, pues así se desprende del artículo 16: "El matrimonio disuelto en otro país, con arreglo a sus propias leyes y que no hubiere podido disolverse en la República, no habilitará a los cónyuges para contraer nuevas nupcias". A contrario sensu, el matrimonio disuelto en otro país con arreglo a sus propias leyes y que también hubiera podido disolverse en la República, sí habilita a los cónyuges para contraer nuevas nupcias, o lo que es lo mismo, si queda disuelto en la República de Colombia.

La norma que acabamos de transcribir nos brinda, por otra parte, el criterio que debe utilizarse cuando se trate de un divorcio decretado por juez ecuatoriano con relación al matrimonio civil contraído por colombiano en un tercer país o de divorcio decretado por juez de un tercer Estado con referencia a matrimonio civil contraído por colombiano en el Ecuador: en ambos casos, el

matrimonio civil queda disuelto en Colombia, subordinando siempre este efecto a que de acuerdo con el derecho interno colombiano también hubiera sido posible la disolución.

Además, este artículo 16 del Tratado con el Ecuador nos está diciendo a las claras que el divorcio que un nacional colombiano obtuviera en aquel país de un matrimonio canónico que fuera válido según el derecho colombiano, y por lo tanto indisoluble para éste, no disuelve el vínculo en Colombia.

El tratado con el Ecuador no contiene normas precisas sobre jurisdicción o competencia del juez extranjero para conocer de una acción de divorcio, determinación que se deja entonces librada a las correspondientes reglas internas de cada uno de los dos países.

#### 2.2.7. Caso excepcional en que se admitiría en Colombia la disolución por divorcio de un matrimonio católico civilmente válido.

Arriba hicimos alusión a que las normas del Tratado de Montevideo dan lugar a que, por excepción, pudiera reconocerse por el Estado colombiano un divorcio de matrimonio católico civilmente válido y el ulterior casamiento civil con otra persona. A este resultado verdaderamente insólito se llegaría si la legislación de alguno de los Estados miembros del Tratado admitiera como válida la forma canónica del matrimonio, y al mismo tiempo contemplara el divorcio vincular para toda clase de matrimonios, lo que, aunque no se presentare en la actual realidad legislativa, será siempre teóricamente factible. Pues bien: el matrimonio canónico allí contraído por un colombiano valdría en Colombia en virtud de la regla "Locus regit actum", como ya vimos; y el divorcio que de dicho matrimonio se consiguiera en ese mismo país o en otro de los signatarios del Tratado por causal establecida igualmente en el de la celebración, también habría que reconocerlo en Colombia, por lo que un poco atrás expusimos (número 2.2.6.).

Esta solución, aparentemente incompatible con lo pactado en el Concordato, no lo es si se analizan las cosas con un criterio jurídico positivo integral, que tome en cuenta los diversos compromisos internacionales asumidos por Colombia.

El Concordato, en cuanto acto bilateral, no puede proyectar su influjo a hechos o situaciones que escapen ya a la potestad con-

vencional del Estado colombiano por haber sido objeto de regulación diferente con otros Estados, a los que aquél Convenio con la Santa Sede es absolutamente inoponible.

Si Colombia pretendiera aplicar sus normas concordatarias al matrimonio de que se habla, dejando de lado el Tratado de Montevideo, los otros Estados miembros de éste podrían, con justa razón, acusar a Colombia de haber violado una obligación internacional. Porque cuando un Estado regula convencionalmente una misma materia en forma distinta con varios sujetos de Derecho Internacional, es menester deslindar los ámbitos de validez de cada Tratado para no incurrir en antinomias. Desde este punto de vista, parece incuestionable que los efectos del Concordato deben restringirse, forzosamente, a hechos que, al momento de la celebración de aquel, eran susceptibles de ser negociados soberanamente por Colombia, esto es, sin peligro de interferir la esfera de aplicación de otras normas vigentes de Derecho internacional.

No habría lugar tampoco a invocar la noción de orden público como medio para oponerse a la aplicación de la ley extranjera que hace posible el resultado que se comenta. Primeramente, por cuanto es discutible que, tras haberse incorporado a nuestro ordenamiento jurídico la disolubilidad del matrimonio civil, pueda sostenerse hoy tan enfáticamente que sigue siendo de orden público internacional la indisolubilidad de algunos vínculos matrimoniales (los canónicos); y además, principalmente, porque no es aducible la excepción de orden público cuando se trata de aplicar una ley extranjera en desarrollo de una norma de Derecho Internacional Privado contenida en un tratado, debidamente celebrado y aprobado por un país que se sometió conscientemente a sus consecuencias, a sabiendas del choque que podría plantearse con sus instituciones jurídicas internas.<sup>(12)</sup>

### 2.2.8. Posibilidad de fraude a la ley

Si dos colombianos casados civilmente en el exterior se domicilian en un país en donde no exista el divorcio vincular o en el que sus causales sean restringidas, pueden trasladarse a otro cuya legislación brinde mayor laxitud y avocindarse **aparentemente** en él, con la sola finalidad de conseguir de manera más fácil la extinción de su matrimonio. Esta actitud, mediante la cual se pretende

(12) Ya lo observó así certeramente Caicedo Castilla en su "Derecho Internacional Privado", pág. 378, 6ª edición, Temis, 1967.

U. de A.

establecer en la relación jurídica matrimonial un punto de contacto acomodaticio para buscar la aplicación de una ley favorable a los particulares intereses de una persona, eludiendo otra ley rígida que en principio era la llamada a regular el asunto, caracterizaría un típico caso de "fraude a la ley", figura del Derecho Internacional Privado que se ha impuesto a pesar de la reticencia de algunos doctrinantes y que en Colombia acepta la jurisprudencia; y en cuya virtud, el juez a quien incumbe decidir una controversia sobre dicho asunto debe abstenerse de aplicar la ley que resulta del factor de conexión ficticio y preferir la que el interesado quiso evitar o —para acomodarse al léxico— defraudar.

Por consiguiente, el divorcio obtenido en las referidas condiciones, por haberlo sido con fraude a la ley, no deberá aceptarse como válido en Colombia. Claro que se ha sostenido que el fraude a la ley digno de tenerse en cuenta para los efectos que venimos comentando, es el causado a la propia "lex fori" y no el que se inflige a la ley de un tercer Estado; pero en el ejemplo dado, aunque la norma que los cónyuges intentan dejar de lado para facilitar su divorcio fuera la de un país distinto a Colombia, en el fondo también se estaría burlando el ordenamiento jurídico de éste, es decir, su norma de conflicto de leyes que, al disponer que el divorcio se rige por la ley del domicilio conyugal, obviamente alude al domicilio conyugal verdadero, no al fraudulento.

### 2.3. El divorcio en el exterior de matrimonio civil celebrado por colombianos en Colombia.

#### 2.3.1. Norma General y aplicaciones.

Para regular este caso, el nuevo texto del artículo 164 del Código Civil trae una solución semejante a la del Tratado de Montevideo de 1889, a saber, la combinación de la "lex domicilii" y la "lex loci celebrationis". Dice el artículo referido que el divorcio decretado en el exterior del matrimonio civil contraído en Colombia, se rige por la ley del domicilio conyugal, pero solo se disuelve en nuestro país el vínculo a condición de que la causal respectiva sea admitida con similar efecto por la ley colombiana. Además, exige un requisito de orden procesal, cual es el de que el cónyuge demandado haya sido notificado personalmente o emplazado según la ley de su domicilio.

El concepto de domicilio conyugal, a nuestro entender, es aquí igual al definido en el artículo 163 para el caso ya estudiado del

divorcio en el exterior de matrimonio civil celebrado en el país extranjero, vale decir, el lugar en donde los cónyuges viven de consuno o el del domicilio del cónyuge demandado si ya la vida en común ha cesado. Ello por cuanto no se da ni se infiere una noción distinta.

Tampoco se hacen en el artículo 164 distinciones sobre nacionalidad ni sobre religión de los cónyuges, que pueden ser colombianos o extranjeros, católicos o no. Pero una vez más hemos de recalcar que solo nos ocupamos del divorcio de colombianos en el exterior.

De acuerdo con el precepto general enunciado, pueden ocurrir los siguientes supuestos respecto al divorcio que un colombiano casado civilmente en Colombia y domiciliado en el exterior consigna fuera de Colombia:

a) Que el divorcio vincular se decrete en el país del domicilio conyugal por una causal que también sea reconocida con idéntico efecto por el derecho colombiano, como podría ser el adulterio.

En este supuesto, la sentencia de divorcio disuelve el matrimonio en Colombia, siempre y cuando se cumpla también el requisito procesal de la notificación o emplazamiento en debida forma y que, de otra parte, se agoten los trámites previstos en la ley procesal colombiana atañedores a la efectividad de sentencias de tribunales extranjeros.

b) Que el divorcio vincular se decrete en el país del domicilio conyugal pero por una causal no admitida con igual efecto en Colombia, como podría ser el hecho de que uno de los cónyuges adoptara una determinada religión sin anuencia del otro. En este supuesto, la sentencia extranjera no disuelve el matrimonio en Colombia; mas el artículo 164 del Código Civil que venimos comentando, en su parte final, dispone que, desde que se cumpla el requisito procesal de la notificación personal o el emplazamiento del cónyuge demandado conforme a la ley de su domicilio, aquella sentencia "podrá (sic) surtir los efectos de la separación de cuerpos".

Claramente se ve, por la redacción misma de la norma, que ésta no es imperativa, ya que la palabra "podrá" indica una mera contingencia, no una consecuencia ineludible. Quiere ello decir que, dado el supuesto en cuestión, la consecuencia viene a quedar al arbitrio del interesado, que para el caso es quien haya pro-

movido el divorcio: éste puede entonces, si quiere solicitar que en Colombia se le den al fallo extranjero los efectos que, conforme al derecho colombiano, tiene la separación de cuerpos, a saber, la suspensión de la vida en común pero manteniéndose el vínculo; de lo contrario, la sentencia no producirá efecto alguno en Colombia. Por lo demás, y si lo que se busca es la primera solución, no empece a ella el hecho de que la causal de que se trate tampoco esté admitida por el derecho colombiano para la separación de cuerpos, pues la ley no establece distinción al respecto.

c) Que el divorcio vincular se decrete en país extranjero diverso al del domicilio conyugal y por causal que también acojan este último y Colombia. En este supuesto, queda disuelto en Colombia el vínculo, desde que, se repite, haya sido notificado o emplazado el demandado según la ley de su domicilio.

d) Que el divorcio vincular se decrete en país extranjero diverso al del domicilio conyugal y por causal no admitida en este último pero sí en Colombia. En este supuesto, no se disuelve el vínculo ni se produce siquiera separación de cuerpos en Colombia.

e) Que el divorcio vincular se decrete en país extranjero diverso al del domicilio conyugal y por causal no admitida ni en este último ni en Colombia. En este supuesto, con mayor razón se debe aplicar la solución indicada en el literal anterior.

### 2.3.2. Caso de que en el país extranjero no exista el divorcio vincular y solo se decrete separación de cuerpos.

Bien puede acontecer que en el país en donde el cónyuge colombiano tramita el divorcio del matrimonio civil que contrajo en Colombia, no exista el divorcio vincular sino el llamado "divorcio imperfecto" o simple separación de cuerpos. Creemos que en este evento son aplicables, "mutatis mutandis", razonamientos y conclusiones similares a los expresados en el numeral 2.2.5. para el caso de que el matrimonio civil de cuyo divorcio se trata haya sido celebrado en el exterior; o sea que tanto si el país extranjero en donde se pronuncia la sentencia de divorcio imperfecto es el mismo del domicilio conyugal, como si es diferente, tal sentencia extranjera no afecta en Colombia el vínculo.

### 2.3.3. Caso de que el divorcio se pretenda lograr en un país miembro del Tratado de Montevideo o en el Ecuador.

Si lo primero, debe acudirse al ya conocido artículo (13) del tratado: el divorcio disolverá el matrimonio en Colombia en cuanto la causal exista también en el derecho interno colombiano.<sup>(13)</sup> En este evento, a diferencia del contemplado en el número 2.2.7, se comprende que no cabe la posibilidad de que el divorcio extranjero disuelva un matrimonio católico válido en Colombia, porque, dentro del ordenamiento jurídico interno colombiano vigente, no hay causales de disolubilidad del matrimonio eclesiástico.

Si lo segundo, la fórmula es muy parecida y la provee el artículo 16 del Tratado colombo-ecuatoriano de 1903, sobre el que disertamos en el número 2.2.6, B), a donde nos remitimos: la sentencia ecuatoriana de divorcio vincular no habilita a los cónyuges para contraer nuevas nupcias (que es el efecto práctico más visible y típico de la disolución) si el matrimonio en cuestión, no hubiere podido disolverse en Colombia, cualquiera fuere el motivo de esta imposibilidad jurídica.

### 2.3.4. El problema del fraude a la ley.

Lo que dijimos en el número 2.2.8. sobre fraude a la ley para la hipótesis de divorcio en el extranjero de un matrimonio civil contraído fuera de Colombia, puede predicarse también para la hipótesis que ahora estamos analizando, o sea cuando el matrimonio civil que se quiere disolver en el exterior se había realizado en Colombia, porque es perfectamente concebible que el colombiano domiciliado en el exterior, en país que no admita el divorcio vincular o que lo acepte por causales que no se acomoden a su particular situación o intereses, traslade aparentemente su domicilio a otro Estado en donde le sea fácil conseguir un divorcio por causal que concatene con las del derecho interno colombiano. En tal evento, pues, se podrían negar efectos en Colombia a esa sentencia extranjera obtenida con fraude a la ley del domici-

(13) Se discutía antes de la Ley 1ª de 1976 si el divorcio decretado en un país signatario del Tratado de Montevideo por causal que la ley colombiana prescribiera como de divorcio imperfecto originaba en Colombia el efecto disolutorio; la opinión más general sostenía que no, inspirada en un principio semejante al que hemos afirmado en los números 2.2.5 y 2.3.2 del presente estudio (véase por ejemplo Caicedo Castilla, op. cit., págs. 377 y 378, aunque en glosa muy breve).

lio auténtico, que era la verdaderamente llamada a regular la relación de divorcio en asocio con la ley colombiana, conforme a nuestro Derecho Internacional Privado (Artículo 164 del Código Civil).

— — — —

El tema del matrimonio y divorcio de colombianos en el exterior, del que solo hemos abordado algunos de sus aspectos civiles, ofrece en realidad un amplio espectro de cuestiones dignas de mayor profundización, entre ellas las de Derecho Penal Internacional involucradas, por ejemplo, en el interrogante de si el matrimonio civil contraído en el exterior que no vaya precedido de un divorcio vincular válido en Colombia, envuelve delito de bigamia o no; éste y otros asuntos de notable interés teórico y práctico esperamos verlos desarrollados próximamente por los especialistas.

Caicedo