

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO

FAMILIA, MATRIMONIO CIVIL Y DIVORCIO

Rosario Coral Ortiz

Pasto - Colombia
1.976

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO

Presidente de Sesión:

FAMILIA, MATRIMONIO CIVIL Y DIVORCIO

Dz. LEON ALFREDO FAJARDO ARTURO

Presidente Honorario:

Dz. MANUEL ANTONIO GONZALEZ P.

Tesis presentada para optar al título
de DOCTORA EN DERECHO Y CIENCIAS SO -
CIALES.

2346 2
C781
6.9

10096
\$100.00
31-XI-16
Rafael
Coral

Presidente de Tesis:

Dr. LUIS ALFREDO FAJARDO ARTURO

Presidente Honorario

Dr. MANUEL ANTONIO CORAL P.

110
T
D346.2
C788
E.1

UNIVERSIDAD DE MARINÓ	
FACULTAD DE CIENCIAS	
No.	16696
Valor	\$1.200.00
Fech.	21-XII-76
Por	Precio
De	autor

Dedico esta Tesis:

A mi padre MANUEL ANTONIO CORAL P.
A mi madre CONCHITA ORTIZ DE CORAL
A mis hermanos MIGUEL ANTONIO CORAL ORTIZ
MARUJA CORAL DE ESTUPIÑAN.
CARMEN ELISA CORAL DE CHAVES

(Acuerdo No. 128 de 1963. Art. 70)

LA FAMILIA

1.- CONCEPTO Y GENERALIDADES

1.1.- Etimología y Concepto. La mayoría de los tratadistas sostienen que la palabra familia viene de la voz latina familia, que significa casa, hogar. Según el sentir de Taparelli. La palabra familia viene del latín famēs, que quiere decir hambre, pues una de las indicaciones que lleva esta asociación es la de proveer a las necesidades cotidianas de la vida. Según el marqués de Morante, la palabra familia se deriva de famulus (siervo), famulus, a su vez, del primitivo famul, originado así mismo por la voz osca famel, que significa esclavo; más no obstante, la indiscutible autoridad de dichos autores, juzgo aceptable la primera etimología, toda vez que los esclavos no constituyeron parte de la familia, sino de un modo impropio, por la subordinación al jefe de la casa. Además, repugna que la familia se una sólo por satisfacer menesteres económicos.

Fernando Froye Laneri nos dice que la familia "es una institución basada en el matrimonio que vincula a cónyuges y descendientes, bajo fórmulas de autoridad, afecto y respeto, con el fin de conservar, propagar y desarrollar la especie humana en todas las esferas de la vida". Nuestro ideal sería que esta definición encajara exactamente dentro de lo que quisieramos fuera la familia; pero a ésta debe dársele un sentido más amplio, ya que no es siempre el matrimonio la base, la fuente o el elemento esencial de una institución familiar. No podemos negarle el carácter de familia a una agrupación de individuos, más o menos bien organizados, ligados por los lazos íntimos, reales, y por lo mismo preponderantes de consanguinidad. No puede ser desconocida por las circunstancias de no haberse fundado con base en un contrato reconocido por las leyes o por la religión. Hay que aceptar que ambas interesan al derecho y que deben ser protegidas por él. A pesar de que en nuestra cultura se le dé más valor a la familia legítima, no se puede echar de menos la importancia de la otra y su relevancia en el orden social.

La familia, en un sentido más amplio, es la comunidad de personas que, descendiendo de un tronco común, se hallan vinculadas por lazos de sangre, o lo que es lo mismo, un conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje.

La familia, en un sentido restringido, es el grupo social de padre e hijos que forman la comunidad doméstica. En este sentido, el concepto de familia, es más exacto, valioso y jurídico, está de acuerdo con la etimología latina familia, que significa casa, hogar, y nos ubica precisamente en el plano del ser; porque nos presenta los elementos más naturales y obvios; porque se en-

cuentra asimismo en su esencia y porque está lejos de toda elaboración artificial. Fuera del padre, la madre y los hijos, los colaterales y los ascendientes, no forman parte de la familia, a estas personas el código las tiene en cuenta únicamente en las tutelas, en los alimentos que se deben por ley y en las sucesiones. Los derechos de los colaterales en la sucesión legítima, no se extiende más allá del cuarto grado.

1.2.- Importancia de la Familia. La familia es la organización más importante. Ha existido en todo tiempo y en todo lugar. Es la piedra angular del ordenamiento social. En su seno se forjan los más elevados sentimientos; allí nacen las tendencias altruistas y otras muchas fuerzas que se requieren para la mantención saludable y próspera de la comunidad política. En el aspecto privado de su vida, el hombre encuentra en la familia satisfacciones a sus legítimas aspiraciones y afectos. Da lugar al nacimiento de nuevos seres que perpetúan la sociedad y procuran el mantenimiento del orden social, sin el cual no se podría vivir. En todas las razas y en el curso de toda existencia individual, la familia es el primer medio de educación. En efecto, no sólo produce los renuevos que perpetúan la raza, sino que les transmite poco a poco, desde su nacimiento, la práctica de la ley moral, sin la cual no podrían gozar después de la paz ni del pan cotidiano. Y no sólo durante la niñez y la juventud del hombre, la familia es el medio más poderoso de la educación, sino que aún después, en la edad adulta, continúa ejerciendo gran influencia moral en el hombre al que contiene en la senda del deber y atrae el camino de la virtud y de la dignidad cuando se halla alejado de él, llevando consigo, además, el ejercicio del sacrificio, del trabajo y de todas las virtudes domésticas que elevan y ennoblecen.

La familia, es la depositaria y la transmisora de las tradiciones sociales y políticas del pueblo, que van pasando de generación en generación. Por la propiedad se adhiere al suelo, mira con especial cariño lo que conduzca a asegurar la paz, el orden público y el fomento de todos los valores morales y materiales del país, y toma participación en la administración de los intereses comunes locales, creándose así los lazos que dan origen al patriotismo verdadero.

En síntesis, podemos decir, que el hombre nace y vive en la familia. Allí se desarrolla y educa. Allí aprende las primeras nociones del deber y del derecho, de lo justo y de lo injusto. En el seno de la familia le fueron impregnados los ideales de la moral y de la cultura, el respeto a la ley, el amor a la patria y a la libertad. En la familia se guarda la esencia de los más puros y nobles sentimientos humanos. Una familia moralmente sana es el cetro sagrado donde se conservan, con orgullo, el honor, las virtudes y las tradiciones de la raza. Como fuente de riqueza y de buenas

constumbres, como inspiradora de los más intensos y delicados afectos, como resumen y compendio de consuelo y amistad, de amor y felicidad; como quiera que se la considere, la familia es la institución más antigua, la más noble y la más estimada en la moral y en el derecho.

1.3.- Clasificación de la Familia. Hay tres clases de familia: la familia legítima, la familia natural y la familia adoptiva. La familia legítima tiene su origen en el matrimonio. La familia natural nace del concubinato o de las uniones libres que obedecen a la búsqueda del placer por la satisfacción. Según algunos jurisconsultos, sólo existe la familia legítima, porque únicamente en ésta existen derechos y obligaciones entre los padres y los hijos. La familia natural, por carecer de estabilidad y de moralidad, dicen, que no es una verdadera familia, porque no existe ningún derecho entre los padres. Pero entre los padres y los hijos si existen derechos y obligaciones y, por este aspecto, la consideramos como tal.

1.4.- Caracteres de la Familia. La familia a través de su evolución, presenta los siguientes caracteres:

1.4.1.- LA MONOGAMIA.- La familia es actualmente monogámica. El matrimonio es la unión de un hombre con una sola mujer. La monogamia es la ley de los pueblos civilizados, ocupa, sin la menor duda, el grado más elevado de la evolución social, encontrándose su mejor demostración en la solidez de los lazos que unen a sus miembros.

Las otras formas de matrimonio, como la poligamia y la poliandria, han sido prohibidas, porque se oponen a los fines de la familia, la procreación y la educación de los hijos. La monogamia funda en la igualdad de las personas y en el equilibrio de los sexos, es la más indicada para la conservación de la especie. Ella determina y concreta mejor los derechos y las obligaciones entre los cónyuges y entre éstos y los hijos; la unión del grupo familiar queda perfectamente establecida, su cohesión es más fuerte desapareciendo las causas de la desarmonía y de los celos tan propios de las sociedades polígamas.

La monogamia es la única forma que permite al amor crear más amor y que proporciona a los hijos esa justa seguridad y confianza que necesitan, especialmente cuando la unión de sus padres se encuentra cimentada sobre sólidas bases de estabilidad.

1.4.2.- LIBERTAD PARA FORMAR UNA FAMILIA.- El hombre nace necesariamente de la familia. Pero, en términos generales, es libre de formarla o de abstenerse de formarla. Es libre de casarse o no casarse, y es libre también para escoger su cónyuge, movido o

inducido personalmente. La pareja puede establecerse libremente sin que la ley se oponga a ello.

1.4.3.- LA FAMILIA FORMA UNA SOCIEDAD O COMUNIDAD DOMESTICA.- El marido y la mujer, para cumplir con los fines del matrimonio, deben vivir juntos. El hogar no es otra cosa que una comunidad corporal y espiritual entre el marido, la mujer y los hijos no emancipados.

En la familia, como comunidad o sociedad doméstica, nace también una comunidad de orden económico. Esta comunidad se denomina sociedad conyugal, que no es una sociedad propiamente dicha, sino un régimen de bienes en el matrimonio. Por el hecho del matrimonio, se contrae una sociedad de bienes entre los cónyuges, dice nuestro código en sus arts. 180 y 1774. La sociedad conyugal tiene requerimientos o urgencias indispensables que hay que satisfacer para el sostenimiento del hogar y, en consecuencia, debe tener bienes para solventar los menesteres del marido, la mujer y los hijos.

1.4.4.- AUTORIDAD.- En toda sociedad organizada debe existir una autoridad. La autoridad en la familia la ejercen el marido y la mujer conjuntamente sobre sus hijos menores de 21 años, y a falta de uno de ellos, la autoridad será ejercida por el otro.

En la actualidad, el hombre ya no es el soberano absoluto de la familia. La igualdad de las personas le hizo perder ese carácter a través de la ley 28 de 1.932, decreto 1220 de 1.970 y decreto 2820 de 1.974 modificado por el decreto 772 de 1.975.

1.4.5.- CARACTER JURIDICO.- Jurídicamente se puede decir que hay dos clases de obligaciones: las que nacen de la familia y las que nacen de otras fuentes. Las que nacen de la familia, de los padres entre sí o de los padres para con los hijos, son de orden natural, extrapatrimoniales. Las normas que gobiernan la familia, más que jurídicas, son de orden moral. El derecho no las ha creado ni las ha impuesto. El derecho las ha reconocido únicamente.

Las normas que gobiernan la familia son de orden público, no se pueden cambiar ni modificar por la autonomía de la voluntad.

1.4.6.- PERSONA JURIDICA.- Muchos juristas modernos quieren que la familia tenga personería jurídica. Una persona jurídica es una persona moral, ficticia, dice el código, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicialmente y extra-judicialmente, art. 633. Esta per-

sona moral sería distinta de las personas que integran la familia. Hasta ahora, ningún código le ha reconocido personería jurídica. En la familia se podían distinguir perfectamente dos derechos: un derecho individual entre las personas que integran la familia, y un derecho social del organismo, de la unidad jurídica, denominada familia. Cuando se expida un código sobre derecho de familia, podría considerarse este aspecto. No encuentro ninguna dificultad en que la familia, por su aspecto social, como una entidad y comunidad, tengan personería jurídica, con un derecho propio, bien definido y sin menoscabo del derecho individual de cada uno de sus integrantes.

El representante de los intereses comunes, entre sí y ante terceros sería cualquiera de los cónyuges de común acuerdo. Toda persona jurídica del mismo modo que la persona natural, debe tener un patrimonio propio. Este patrimonio estaría formado por el haber de la sociedad conyugal, por el patrimonio de familia y por otros bienes que adquiriera la persona jurídica a cualquier título. En esta forma se defendería el patrimonio de la persona jurídica y no se confundiría jamás con el haber exclusivo de los cónyuges o de los hijos. Ante terceros y para el cumplimiento de las obligaciones, los tres patrimonios quedarían bien delimitados.

1.5.- Datos Históricos de la Familia. La familia es tan antigua como la especie humana. Por mucho tiempo, hasta el siglo pasado, los hombres creyeron en la existencia de una familia semejante a la nuestra. Sin embargo, el progreso de las ciencias, el positivismo de Augusto Comte, el progreso de la antropología, la filología y otros factores, demostraron que la familia antes de llegar al estado actual, tuvo que pasar por tres etapas: la promiscuidad, el matriarcado y el patriarcado. No todos están conformes con este modo de pensar, porque estos tres estados de la familia, no han sido demostrados con evidencia.

En Roma la familia comprendía todas las personas colocadas bajo la potestad de un jefe único: el padre de familia. La integran los descendientes, las mujeres in manu y los hombres libres in mancipio. Esta familia se hallaba estrechamente unida por los lazos de la religión, del culto a los antepasados y por la autoridad suprema del jefe de familia. El padre de familia era sacerdote, propietario exclusivo de los bienes, magistrado, juez y soberano de sus hijos sometidos a su potestad. La familia, como se dijo, era un pequeño estado dentro del Estado Romano. La autoridad suprema del jefe de la familia estaba instituida en su propio interés y en interés público. La familia era un elemento esencial de la República. Debía conservar su unidad civil y religiosa y enseñar a sus hijos a respetar la autoridad omnipotente del jefe único, la misma autoridad que encontraría más tarde en el Estado. Por esta severa constitución de la familia, Roma llegó, por

mucho tiempo, a ser la señora del mundo. 12 de julio de 1973, por-
mite el matrimonio civil a los católicos sin obligarlos a la a -

En tiempo de Justiniano comienza a debilitarse la familia. Las costumbres patriarcales sufrieron un relajamiento moral. El culto doméstico fué sustituido por el culto ciudadano. La autoridad paterna fué absorbida por la autoridad política, se reconocieron ciertos derechos a la mujer y a los hijos. El padre de familia perdió sus atributos de juez y magistrado.

En tiempo de Constantino, el cristianismo ejerció una gran influencia. La rudeza de la patria potestad y de la potestad marital disminuyeron. Predomina el principio de la igualdad de las personas. La familia tiene su origen en el matrimonio, y éste es, a la vez, un sacramento. El matrimonio es un vínculo sagrado que asegura la permanencia de la familia. El matrimonio es indisoluble. Lo que Dios unió el hombre no puede separar. Existe la autoridad en cabeza del marido, pero como una obligación que tiene que cumplir con amor, con respeto y con dignidad para con la mujer y los hijos.

En el siglo XVIII filósofos y jurisconsultos, con Rousseau, apóstoles de la libertad y de la igualdad, preconizaron el matrimonio como un simple contrato. Desaparece su carácter religioso. El matrimonio se funda en el libre acuerdo de los esposos. El matrimonio se seculariza. Se puede disolver por el mutuo consentimiento, como todo contrato. El principio de libertad, los llevó a admitir el divorcio. El principio de igualdad, los llevó a reconocer la existencia de la familia natural y de los derechos de los hijos naturales. Abogaron por la supresión de la potestad marital y de la patria potestad. Para remplazar la autoridad paterna, imaginaron un tribunal de familia, para impartir justicia entre padres e hijos.

Nuestro Código, en la organización de la familia, siguió muy de cerca al Código de Napoleón. Existe el divorcio, pero este es un divorcio imperfecto que suspende la vida común de los casados. Se estableció la potestad marital sobre la persona y bienes de la mujer y la incapacidad de la mujer casada. La patria potestad sobre la persona y bienes de los hijos no emancipados. No reconoció ningún derecho a los hijos naturales. Dispuso que, por el hecho del matrimonio, se contraía una sociedad de bienes entre los cónyuges. El marido era el representante de esta sociedad. Ante terceros, los bienes sociales y los suyos propios, formaban un sólo patrimonio. Desapareció el carácter religioso del matrimonio. Mas, como la Nación colombiana era de mayoría católica, se reconoció efectos civiles al matrimonio católico, celebrado de acuerdo con el derecho Canónico. De acuerdo con el concordato, quedó el matrimonio civil únicamente para los no católicos, y para los católicos que hacían por escrito declaración de apostasía de acuer-

do con la ley Concha; el concordato de 12 de julio de 1.973, permite el matrimonio civil a los católicos sin obligarlos a la apostasía. La ley 1a. de 1.976 permite el matrimonio civil y la disolución del mismo por la muerte y por el divorcio vincular, comprobando plenamente las causales que el art. 40. de esta ley establece.

Artículo 23 referente a la libertad personal y otra en el artículo 50, que remite a la ley lo pertinente al estado civil de las personas y al patrimonio.

2.- DERECHO DE FAMILIA

Se dice que el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de familia, porque se ha demostrado que el derecho es una relación jurídica, juris relatio.

2.1.- Concepto. El derecho de familia lo podemos considerar en dos aspectos: subjetivo y objetivo. En sentido subjetivo el derecho de familia es el conjunto de poderes o facultades que regulan las relaciones entre los miembros de la familia en orden a conseguir los fines primordiales de esta institución. En un sentido objetivo, el derecho de familia es el conjunto de normas que regulan las relaciones de familia en orden a su organización, conservación y disolución.

Se dice que el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de familia, porque se ha demostrado que el derecho es una relación jurídica, juris relatio. Donde hay derecho, debe existir una obligación correlativa, los dos términos son esencialmente correlativos. Esta relación jurídica es de dos clases: personal y patrimonial. El derecho de familia es un derecho personal, más que personal, personalísimo. Sin embargo, como la familia es un organismo, una sociedad conyugal, esta sociedad conyugal, para satisfacer sus necesidades, debe tener bienes. De esta sociedad de bienes nace un derecho patrimonial en el matrimonio. Propiamente, los derechos de familia no son patrimoniales. Los derechos de familia son extrapatrimoniales. Estos derechos no tienen valor económico, porque no fueron creados para producir riqueza. La patria potestad, las relaciones entre los padres y los hijos, no son derechos patrimoniales, no están en el comercio, no se pueden ceder ni admiten representación. El objeto del derecho de familia, como se dijo, es dar reglas para la organización, conservación y extinción de la familia. Por ejemplo, la familia legítima nace a la vida jurídica por el matrimonio, se conserva como una unidad, un organismo jerarquizado y se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por el divorcio.

2.2.- Caracteres. El derecho de familia tiene sus caracteres propios que lo distinguen de los demás derechos. Entre estos, podemos señalar los siguientes:

2.2.1.- EL DERECHO DE FAMILIA ES UN DERECHO NUEVO.- Esta expresión, Derecho de Familia, es de origen reciente. No existió en los Códigos antiguos, ni existe en el nuestro. La declaración de los derechos del hombre, inspirada en la carta de Filadelfia, pro-

mulgada como preámbulo de la Constitución Francesa de 1792 y ba-
luarte del espíritu revolucionario antiabsolutista del siglo XIX,
omite inexplicablemente texto alguno que consagre el derecho a
la familia. Omisión que, así mismo, es bien notoria en nuestra
Constitución Nacional, donde la palabra "familia" aparece una vez
en el artículo 23 referente a la libertad personal y otra en el
artículo 50, que remite a la ley, lo pertinente al estado civil de
las personas y al patrimonio familiar inembargable. Claro que a
pesar de no existir norma escrita en nuestra carta fundamental,
tácitamente nuestras instituciones reconocen su carácter de fuente
primaria y generatriz de la sociedad. En nuestro ordenamiento ci-
vil, cada vez que se habla de régimen de las personas, su existen-
cia, atributos, protección de incapaces, matrimonio, filiación,
estado civil, patria potestad, etc., se está aludiendo al papel
preponderante que juega la familia en la vida social. Estas acti-

jurídicas del derecho de familia son solas, porque son muy im-
portantes. Hasta hace poco, el derecho de familia no fué conocido por
los juristas. Ellos, como lo hacen nuestro código, se refe-
rían a las personas, al matrimonio y a la filiación únicamente.
Pero la familia en sí, considerada como una unidad, fué ignorada
por el derecho. Fué el código Alemán que dedicó un libro, el Li-
bro Cuarto, al derecho de familia. El código Zúiso y también el
código Italiano principian con el estudio de las personas y de la
familia, en el Libro 1o. Después del código Alemán y del código
Zúiso, los programas universitarios y muchos juristas se
han dedicado al estudio del derecho de familia. Y así ha sido reco-

nocido en todos los códigos. En nuestro Código está regulado
en el 2.2.2.- EL DERECHO DE FAMILIA NO SE HALLA REGULADO EXCLU-
SIVAMENTE POR NORMAS JURÍDICAS.- Las normas que lo regulan son
más morales y religiosas que jurídicas. El Derecho Civil, en mu-
chos casos, no ha hecho otra cosa que reconocer esas normas naci-
das de la costumbre. En realidad, el derecho no cuenta en las re-
laciones íntimas de la familia, en el amor, en el mutuo afecto,
en las relaciones sexuales, etc. El cumplimiento de estos múlti-
ples deberes queda a la arbitrio de la conciencia de cada uno de
los miembros de la familia. Muchas disposiciones, no tienen san-
ción civil ni se puede pedir su ejecución coercitivamente.

En la organización del estado y de los poderes públicos, no puede estar
el 2.2.3.- EL DERECHO DE FAMILIA ES EXTRAPATRIMONIAL.- Las
relaciones personales priman sobre las patrimoniales. Del dere-
cho de familia, nace el estado civil de la familia. El estado de
padre, de madre, de hijo, de cónyuge. Estos estados son inheren-
tes a las personas y se imponen a todo el mundo. De estos estados
nacen relaciones patrimoniales, pero estas relaciones patrimo-
niales son distintas de las relaciones comunes. Así, el derecho
de alimentos no es un crédito ordinario; el usufruto legal del
padre, no es igual al usufruto común; la comunidad o sociedad de
bienes que nace del matrimonio, no es un contrato de sociedad, si-
no un régimen de bienes en el matrimonio.

2.2.4.- EL DERECHO DE FAMILIA ES DE ORDEN PUBLICO.- Sus normas se dictaron en interés de la familia. No se pueden derogar ni reformar por la voluntad privada. Por esta razón, los derechos de familia no están en el comercio. Por regla general, son intransmisibles, intransmisibles, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles. Estos derechos, la mayoría, son personalísimos y de interés social. En consecuencia, la autonomía de la voluntad queda casi anulada en el derecho de familia. En la mayoría de los casos, no se admite la representación.

2.2.5.- EL DERECHO DE FAMILIA ES SOLEMNE.- En el derecho común, el formalismo tiende a desaparecer. En el derecho de familia, la mayor parte de los actos, son solemnes, el matrimonio, las capitulaciones matrimoniales, el reconocimiento de un hijo natural, la emancipación voluntaria, la adopción, etc. Estos actos jurídicos del derecho de familia son solemnes, porque son muy importantes. Hay en ellos un triple-interés: interés individual, interés social de la familia e interés del Estado. Las solemnidades, por otra parte, facilitan la prueba de todos estos actos jurídicos.

2.2.6.- EL DERECHO DE FAMILIA ES DERECHO PRIVADO.- Discuten los jurisconsultos si el derecho de familia es un derecho público o un derecho privado. Estimo que el derecho de familia es un derecho privado. En el Código Alemán y en el Zúiso, el derecho de familia es un derecho privado. Como derecho privado ha sido reconocido en todos los Códigos. En nuestro Código está reglamentado en el libro 1º. que trata de las personas, y, por lo que respecta al régimen patrimonial en el matrimonio, está reglamentado en el libro 4º., en el título 22. En el Nuevo Código Civil que se expide, siguiendo la tradición, el derecho de familia debe estar ubicado en el libro 1º. y debe contener toda la materia en un sólo cuerpo. Ya dijimos que el derecho de familia es de orden público. Que el Estado tiene sumo interés en la familia, por ser esta la célula social por excelencia. Sin embargo, el derecho de familia, que debe ser un derecho autónomo. No pertenece a la rama del derecho público. El derecho público es el derecho del Estado. En la organización del estado y de los poderes públicos, no puede estar el derecho de familia, porque, como dice Cicú, el gran jurista italiano, "la familia es una institución típicamente privada, la más privada de todas".

3.- EL PARENTESCO

3.1.- Concepto. La palabra parente, viene del latín, pater, parentis, que quiere decir padres. Decir que el parentesco es un vínculo que liga a varias personas, es poco exacto, por falta la última diferencia: la amistad es un vínculo que liga a varias personas y no constituye parentesco; añadir por razón de la

sangre o del origen, tampoco basta, pues hay parentesco que no se basan en la comunidad de origen. En realidad, pues el concepto - que se formule debe, sin ser casuístico, abarcar todas las clases de parentescos, pudiendo decirse que éste es aquel género de relación permanente que existe entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre o de un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con éste se halla reconocida por la ley.-

Así, pues, la relación en que el parentesco consiste se diferencia de las otras en su origen y en ser de carácter permanente, sobreponiéndose, una vez nacida, a la voluntad del individuo; y se funda en la necesidad social de distinguir a los individuos así relacionados; pues, de un lado, la ley de la herencia hace - que se den en ellos semejanzas orgánicas y físicas y, de otro, - esa comunidad de origen o el haber ocurrido entre ellos el acto - que la imita, supone cierta comunidad de vida, de afectos y de intereses de unos con los otros, mayor que con las otras personas y de la cual se derivan ciertos derechos y deberes. La idea y el - sentimiento de esta relación es tan natural al hombre, que no hay pueblo de la tierra que no la haya reconocido.

3.2.- Clasificación. El parentesco puede ser de tres clases: parentesco de consanguinidad, de afinidad y civil.

3.2.1.- PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD.- Según nuestro código, el parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidos por vínculos de sangre, art. 35. El parentesco existe entre las personas que descienden unas de otras. Entre los padres y los hijos.

El parentesco de consanguinidad, puede ser legítimo o ilegítimo, art. 36. Es legítimo, cuando toda las generaciones de que resulta han sido autorizadas por la ley; como el que existe entre dos primos hermanos, hijos legítimos de dos hermanos, que han sido también hijos legítimos de abuelo común. El parentesco legítimo, nace del matrimonio. Puede el matrimonio ser legítimo, nulo o putativo, pero el parentesco siempre es legítimo, art. 149. Es ilegítimo el parentesco, cuando "una o más de las generaciones de que resulta, no han sido reconocidas por la ley; como entre dos primos hermanos hijos legítimos de dos hermanos, uno de los cuales ha sido hijo ilegítimo del abuelo común", art. 39.

Según nuestro Código, los hijos nacidos de un matrimonio nulo o putativo, son legítimos. En consecuencia, su parentesco es legítimo. El parentesco ilegítimo nace del concubinato o de la unión libre. El parentesco de los hijos legítimos, también es legítimo, art. 40.

3.2.1.1.- Líneas y grados.- En el parentesco de consanguini

dad, hay líneas y grados. Por línea se entiende la serie u orden de personas que descienden de una raíz o tronco común, art. 41. - La línea se divide en directa o recta y en colateral, transversal u oblicua, y la recta se divide en descendiente y ascendiente, - art. 42. La línea recta o directa es la que forma las personas que descienden unas de otras, o que solo comprenden personas generantes y personas engendradas. Cuando en la línea recta se cuenta bajando del tronco a los miembros, se llama descendiente, por ejemplo, padre, hijo, nieto, bisnieto, tataranieto, etc., y cuando se cuenta subiendo de uno de los miembros al tronco se llama ascendiente, por ejemplo, hijo, padre, abuelo, bisabuelo, tatarabuelo, etc., art. 43 C.C.

La línea colateral, transversal u oblicua, es la que forma las personas que aunque no provienen las unas de las otras, si descienden de un tronco común, por ejemplo: hermano y hermana, hijos del mismo padre o madre, sobrino y tío, que proceden del mismo tronco, el del abuelo, art. 44 C.C. Por línea paterna se entiende la que abraza los parientes por parte de padre; y por línea materna, la que comprende los parientes, por parte de madre - art. 45 C.C.

En la línea colateral se cuentan los grados por el número de generaciones desde uno de los parientes hasta la raíz común, y desde este al otro pariente. Ha un triángulo verdadero, en cuyo vértice esta colocado el padre. Así, dos hermanos están en segundo grado; y el tío y sobrino, en tercero, etc. En la línea directa, el cálculo es sencillo, basta contar las generaciones. Así, el hijo y el padre son parientes en primer grado. el nieto y el abuelo, en segundo grado, etc. En la línea colateral, se cuenta el número de generaciones en ambas líneas y se suman partiendo del tronco común. Así dos hermanos están en segundo grado, hay una generación en cada rama; un tío y sobrino, en tercero, dos generaciones de un lado y una del otro; dos primos hermanos en cuarto, dos generaciones de un lado y dos del otro. En el derecho Canónico, se cuenta el número de generaciones de un sólo lado. Cuando las dos líneas no son iguales, se tiene en cuenta la más larga. Dos primos hermanos son parientes en segundo grado según el derecho canónico; en cambio, según el derecho Civil, se hallan en cuarto grado de parentesco.

3.2.1.2.- Derecho, obligaciones e incapacidades.- El parentesco produce consecuencias, derechos, obligaciones e incapacidades.

Derechos: Por ejemplo, derecho en la sucesión legítima; derecho de los padres sobre la persona y bienes de los hijos; derechos de alimentos, etc.

Obligaciones: Deberes de los padres para con los hijos, -

crianza y educación; deberes de respecto y sumisión de los hijos para con los padres; obligaciones de dar alimentos a ciertos parientes.

Incapacidades: Incapacidad para casarse entre parientes próximos, los parientes del notario no pueden ser testigos en el testamento; en material penal correccional, o de policía, nadie está obligado a declarar contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad, art. 25 de la Constitución.

3.2.1.3.- Distinciones entre la familia y el parentesco de consanguinidad.- Existe una distinción entre la familia y el parentesco. El parentesco resulta de la sangre, de la comunidad de sangre, como se dijo. La familia es una organización social. El parentesco es un vínculo natural. La familia es un vínculo legal. El parentesco nace de un hecho material, la procreación. La familia nace de un hecho voluntario, el matrimonio o la unión libre.

3.2.2.- PARENTESCO DE AFINIDAD.- Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así, un varón está en primer grado de afinidad legítima en línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer, art. 47 C.C.

La afinidad no es un parentesco. El parentesco proviene, como se dijo, de la comunidad de sangre; la afinidad es el lazo que une a uno de los cónyuges con los parientes del otro. La expresión pariente por afinidad no es exacta. La nuera está en primer grado con los padres de su marido. El yerno está en primer grado de afinidad con los padres de su mujer. El hermano está en segundo grado de afinidad con el cónyuge de su hermana. El padre del marido no es afín con el padre de la mujer o viceversa. Los hermanos de la mujer no son afines con los hermanos del marido. Los cónyuges no son parientes ni afines entre sí. No tienen ningún parentesco.

Afinidad ilegítima es la que existe entre una de las personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra Art. 48 C.C. Esta afinidad ilegítima, aunque nuestro Código la trae y la define, sin embargo, no produce ningún efecto. No existe en el Código de Napoleón. La opi-

nión contraria adoptada por el Derecho Canónico antiguo, no fué admitida por los jurisconsultos. Nuestro Código no concedió efectos jurídicos a las relaciones fuera del matrimonio. En consecuencia es inútil que nuestro Código se encargue de definir la afinidad ilegítima. El impedimento de pública honestidad no existe en nuestro Código. El matrimonio es la única fuente de la afinidad.

La afinidad, también produce sus efectos, en menor grado que el parentesco, pero sí los produce. Por ejemplo. Produce incapacidad para contraer matrimonio entre las personas que están en primer grado de afinidad legítima.

3.2.2.1.- Duración de la afinidad.- Preguntan los jurisconsultos, si la afinidad termina con el matrimonio. Se dice que la afinidad nace del matrimonio; en consecuencia, debe terminar cuando termine el matrimonio. Así sucedía en Roma y así creyeron los jurisconsultos antiguos. Muerta la hija, queda muerto el yerno, se dijo. En cambio el derecho Canónico sostenía que la afinidad, como el parentesco, era perpetua. De acuerdo con nuestro código, no existe ningún problema, porque el art. 47 del C.C. al definir la afinidad, dijo que es la que existe entre una persona que esté o haya estado casada. En consecuencia el impedimento para contraer matrimonio en línea recta de afinidad legítima, queda vigente después de la disolución del matrimonio. El marido no podría casarse con la hija de su mujer habida en un matrimonio anterior, ni podría casarse con la suegra viuda. Por razones de lógica, se puede llegar a la misma conclusión, en el caso del matrimonio putativo o del matrimonio nulo. La afinidad, como el parentesco, es perpetua. Esta es la doctrina de la mayoría de los jurisconsultos.

3.2.3.- PARENTESCO CIVIL.- El parentesco civil es el que resulta de la adopción, mediante la cual, la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas. Este parentesco civil, también produce sus efectos. El adoptivo no puede contraer matrimonio con sus padres adoptantes. Este parentesco civil como se dijo, no se extiende sino a los padres adoptantes y a los hijos adoptivos.

Creemos que solo el parentesco por consanguinidad reúne las características esenciales de este elemento que constituye parte integral en la estructura de la familia. Las otras formas tienen grande importancia y son fruto de la sociabilidad del hombre y su tendencia a crear vínculos y relaciones para constituir grupos más grandes, aprovechando, en el caso de la afinidad, el parentesco de los parientes, o protegiendo en los otros una necesidad afectiva o espiritual. Pero la sociedad podría prescindir de ellas sin que de esto se siguiera la anarquía o el caos; para bien o pa

ra el mal, cada uno tendría menos parientes que esconder y menos parientes "de mostrar". Pero lo que no puede desaparecer es el parentesco de consanguinidad; suponerlo, tan solo, peca por lo absurdo y antinatural. Querámoslo o no, un Pérez seguirá siendo siempre Pérez y su nombre evocará la memoria de sus padres y se transmitirá a sus descendientes.

Este parentesco sólo aparece con los hijos. Los padres por el hecho de su unión no son parientes entre sí; lo son, cada uno, de los hijos comunes, porque han "aportado su sangre" y les han comunicado una herencia. Pero, cuando no hay hijos, no hay parentesco, y, cuando no hay parentesco, no hay familia.

4.- LOS ESPONSALES

4.1.- Concepto y generalidades. La palabra esponsales viene, según unos, de esposo, de spes, spei, esperanza. Según otros, de espondere, prometer. Según el diccionario de la Academia, viene de sponsus, que quiere decir esposo.

Los esponsales son promesas recíprocas de matrimonio. Los esposos se comprometen a celebrar entre sí un matrimonio futuro. Nuestro Código dice que esta promesa bilateral es "un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley". Hay una contradicción imperdonable de nuestro legislador. Por un lado dice que los esponsales son una promesa aceptada, y por otro lado, dice que no son un contrato, un acto jurídico, sino un hecho privado que no produce ninguna obligación civil. Según nuestro Código, los esponsales no tienen ningún valor jurídico. Valen únicamente en el campo moral, en la conciencia de los esposos. En consecuencia, los esponsales no deberían estar en el Código, porque éste no es un tratado de ética, sino de derecho. En Francia, se discute sobre la naturaleza de los esponsales, porque el Código guarda silencio. En nuestro Código, esa discusión no existe, porque dicho código dice expresamente que no producen obligación alguna.

En el derecho moderno, como el Alemán, el Suizo, el Italiano, los esponsales no dan acción para exigir la celebración del matrimonio, pero sí dan acción para demandar perjuicios, cuando uno de los esposos, por su culpa, no cumpla la promesa. Lo mismo sucede en el Derecho Canónico.

De acuerdo con nuestro Código, como se dijo, los esponsales no tienen ningún valor jurídico. Los esponsales no son un contrato, son un hecho privado. Los esponsales quedan en la esfera de la moral y se cumplen en conciencia. En consecuencia, dice nuestro Código que no hay acción para "pedir que se lleva a efecto el

matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios", art. 110 C.C. Tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado en favor del otro para el caso de no cumplirse lo prometido, art. 111 C.C. Si no existe el Derecho por una parte, ni la obligación por otra, la cláusula penal, que es una obligación accesoria, tampoco existe. Cuando la obligación principal no existe o es nula, la cláusula penal también es inexistente o nula, porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Los esposos no pueden ir encadenados por un contrato de esponsales, ni bajo la amenaza de una multa, a la celebración del matrimonio. Los esposos deben conservar su libertad y el derecho de arrepentirse hasta el momento de casarse. El matrimonio es un contrato. Se funda en el mutuo consentimiento de los esposos. Este consentimiento debe existir en el momento de celebrar el matrimonio. En ese momento, los contrayentes deben ser libres. Si no hay libertad, no hay consentimiento. En consecuencia, si se admitiera la validez de los esponsales y de la cláusula penal, el consentimiento no sería libre en el momento de la celebración del matrimonio, sería un acto obligado, forzoso, en virtud de un contrato y bajo la amenaza de una multa o de pago de perjuicios.

No puede haber responsabilidad civil contractual de pagar perjuicios, porque no hay contrato, los esponsales son un hecho privado. Sin contrato, no puede haber responsabilidad civil contractual, porque esta es la infracción de una obligación proveniente de un contrato. Sin embargo, muchos juristas, con Merlin y Toullier, piensan que puede haber responsabilidad extracontractual, por culpa aquiliana, cuando uno de los esposos ha violado el compromiso. Todo el que ha cometido un delito o culpa y ha producido un perjuicio, está obligado a indemnizarlo art. 2341 C.C. Este modo de pensar de muchos juristas, no ha sido aceptado. Según nuestro Código, "el matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes", art. 115 C.C. y no sería libre un consentimiento, encadenado, forzado o amenazado con una indemnización de perjuicios, como se dijo. El matrimonio es un acto importantísimo, trascendental. Por consiguiente, los contrayentes deben ser libres de tomar sus decisiones. No sería libre, si tendrían que pagar perjuicios en caso de retractarse. El matrimonio está fuera del comercio, y no puede ser el resultado de una obligación de hacer y de pagar perjuicios. Laurent decía que la promesa de matrimonio no es la promesa hecha por un deudor al acreedor. Aquí no hay acreedor ni deudor, la promesa es un simple hecho, no es un precontrato. En consecuencia, los esposos, al expresar su voluntad en el matrimonio, deben ser completamente libres.

Los esponsales no necesitan de ninguna formalidad. No son -

contrato, precontrato o promesa de contrato. Son un hecho que no tiene valor jurídico. En consecuencia, pueden celebrarse verbalmente o por escrito. Para su prueba, habría completa libertad. Pero si los esponsales constan por escrito, como la promesa de contratar, que es solemne, art. 89, ley 153/87, no tendrían ningún valor jurídico. No lo tendrían, aunque consten en escritura pública. En el derecho Canónico, los esponsales deben constar por escrito, firmado por los esposos y el párroco.

4.2.- Efecto de los esponsales.- Los esponsales producen algunos efectos:

1o. "Si se ha pagado la multa, no podrá pedirse su restitución", art. 111. C.C. Sobre éste artículo hay dos opiniones. Según unos, se trata de una obligación natural. La obligación natural no produce acción. Pero si el deudor paga voluntariamente, hay excepción para retener el pago art. 1527. En este caso, se dice que no hay acción para demandar la multa, pero si uno de los esposos la paga voluntariamente, hay excepción para retener el pago. Luego, se añade, hay obligación natural. Se dice que la enumeración que hace el Código de las obligaciones naturales no es taxativa. Que existen otras obligaciones fuera de las enumeradas, y que el pago de la multa, por parte de uno de los esposos es una de ellas. No estoy de acuerdo con este modo de pensar. No puede haber obligación natural, donde antes no ha existido una obligación civil. En este caso, no hay obligación civil. No existe la promesa ni la pena. En consecuencia, el que paga la pena, paga lo que no debe, y habría derecho a repetir. Pero por qué no se puede repetir en este caso? No se puede repetir, porque la pena tiene objeto ilícito. Hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por la ley, art. 1523 C.C. La obligación de pagar una multa, en caso de no cumplir una promesa de matrimonio, tendría objeto ilícito, porque iría en contra de la libertad para celebrar el matrimonio, libertad que es de orden público. La ley a querido, como se dijo, que el consentimiento en el matrimonio se espresase con plena libertad. Entonces, porqué no se puede repetir la multa? No se puede repetir, por una especie de sanción. Porque el Código dice que no se "podrá repetir lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas" art. 1525. Ya dijimos que la libertad para contraer matrimonio no está en el comercio, y, por lo mismo, no puede ser objeto de contrato. Los contratos prohibidos por las leyes tienen, además, causa ilícita, art. 1524.

2o. Se puede demandar la restitución de las cosas donadas o entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado, art. 112. En este caso se trata de una donación condicional. Como la condición de matrimonio no se ha cumplido, todas las donaciones quedan sin valor, y hay que restituirlas. Cumplida la condición resolutoria, las cosas vuelven al estado anterior. Ade-

más, esas donaciones por causa de matrimonio, se presumen condicionales, art. 1845 C.C. En tal virtud, si la condición del matrimonio no se cumple, las donaciones se resuelven ipso facto.

1.11- Etimología y Concepto. De casi general derivar la palabra latina matrimonium (de la que procede la castellana matrimonio) de las voces matris (madre) en el sentido de carga, gravamen o onerosidad que incumbe a la madre. Semajante etimología aparece aceptada por las Decretales y las Partidas, lo que ha ocasionado que, sin más examen, haya sido aceptada por la mayor parte de los autores.

Esta tesis cita otras cuatro etimologías, a saber: 1. De mater matris, defensa de la madre; 2. De matrem honor, aviso dado a la madre para que no se aparte de su marido; 3. De matrem matris, porque por el matrimonio se hace una mujer madre de un marido; y 4. De mater y materia, porque por el matrimonio se crea una cosa, formando como una sola materia. De estas derivaciones, el más de los autores está conforme con la naturalista filosófica-religiosa (el matrimonio); la más probable y de mayor valor científico y sociológico es la primera, ya que siempre el matrimonio verdaderamente tal tiene una función de protección de la mujer madre con el marido padre, garantizando el cumplimiento por éste de tal deber. Así lo entendió también Bentham cuando escribió que "la unión sexual inaugurada para la mujer un largo camino de penas y la conduciría a un fin inevitable en que engendraría la muerte, si no le fueran previamente asegurados, tanto por ella como para el hombre que debe alimentar en su seno, la educación y la subsistencia del niño, durante este período y propiamente a la conservación de una y otro".

Realmente que por la etimología que se adopta, la idea y el concepto predominante es el de unión derivada de la raíz indoeuropea mat, y que guarda íntima relación con la hebreo mat, que significa madre. En la literatura latina se encuentra en las voces latinas a mater y matris, ya en el sentido de etimología religiosa, la raíz hebreo mat, ya en el sentido de etimología sociológica, la raíz hebreo mat, significando una sencilla transición y adaptación de la raíz mat, a la lengua latina, ya que en esta última se encuentra el verbo mater, significando al verbo latino mater, que significa madre, y el verbo mater, que significa madre.

Esta tesis cita otras cuatro etimologías, a saber: 1. De mater matris, defensa de la madre; 2. De matrem honor, aviso dado a la madre para que no se aparte de su marido; 3. De matrem matris, porque por el matrimonio se hace una mujer madre de un marido; y 4. De mater y materia, porque por el matrimonio se crea una cosa, formando como una sola materia. De estas derivaciones, el más de los autores está conforme con la naturalista filosófica-religiosa (el matrimonio); la más probable y de mayor valor científico y sociológico es la primera, ya que siempre el matrimonio verdaderamente tal tiene una función de protección de la mujer madre con el marido padre, garantizando el cumplimiento por éste de tal deber. Así lo entendió también Bentham cuando escribió que "la unión sexual inaugurada para la mujer un largo camino de penas y la conduciría a un fin inevitable en que engendraría la muerte, si no le fueran previamente asegurados, tanto por ella como para el hombre que debe alimentar en su seno, la educación y la subsistencia del niño, durante este período y propiamente a la conservación de una y otro".

Esta tesis cita otras cuatro etimologías, a saber: 1. De mater matris, defensa de la madre; 2. De matrem honor, aviso dado a la madre para que no se aparte de su marido; 3. De matrem matris, porque por el matrimonio se hace una mujer madre de un marido; y 4. De mater y materia, porque por el matrimonio se crea una cosa, formando como una sola materia. De estas derivaciones, el más de los autores está conforme con la naturalista filosófica-religiosa (el matrimonio); la más probable y de mayor valor científico y sociológico es la primera, ya que siempre el matrimonio verdaderamente tal tiene una función de protección de la mujer madre con el marido padre, garantizando el cumplimiento por éste de tal deber. Así lo entendió también Bentham cuando escribió que "la unión sexual inaugurada para la mujer un largo camino de penas y la conduciría a un fin inevitable en que engendraría la muerte, si no le fueran previamente asegurados, tanto por ella como para el hombre que debe alimentar en su seno, la educación y la subsistencia del niño, durante este período y propiamente a la conservación de una y otro".

Modestino ha... DEL MATRIMONIO CIVIL... la mujer y consorcio de toda la vida y comunicación del derecho divino y humano". 1.- CONCEPTO Y GENERALIDADES

1.1.- Etimología y Concepto. Es casi general derivar la palabra latina matrimonium (de la que procede la castellana matrimonio) de las voces matris munium en el sentido de carga, gravamen o cuidado que incumbe a la madre. Semejante etimología aparece aceptada por las Decretales y las Partidas, lo que ha ocasionado que, sin más examen, haya sido aceptada por la mayor parte de los autores.

Santo Tomás cita otras cuatro etimologías, a saber: 1o. De matrem muniens, defensa de la madre; 2o. De matrem nones, aviso dado a la madre para que no se aparte de su marido; 3o. De matrem nato, porque por el matrimonio se hace una mujer madre de un nacido, y 4o. De monos y materia, porque por el matrimonio se unen dos en uno, formando como una sola materia. De estas derivaciones, si bien la última está conforme con la naturaleza filosófico-religiosa del matrimonio, la más probable y de mayor valor lingüístico y sociológico es la primera, ya que siempre el matrimonio verdaderamente tal tiene una función de protección de la mujer madre por el marido padre, garantizando el cumplimiento por éste de tal deber. Así lo entendió también Bentham cuando escribió que "la unión sexual inauguraría para la mujer un largo camino de penas y la conduciría a un término inevitable en que encontraría la muerte, si no le fuesen previamente asegurados, tanto para ella como para el germen que deba alimentar en su seno, los cuidados y la protección del marido, siendo éste guardián y proveyendo a la conservación de una y otro".

Cualquiera que sea la etimología que se adopte, la idea y el término predominante es el de madre derivada de la raíz indoeuropea ma, y que guarda estrecha relación con la hebrea am, que significa también madre y que se encuentra en las voces latinas amare y amor. En opinión de filólogos modernos, la raíz hebrea am produjo la indoeuropea ma, mediante una sencilla transformación y quizá aquella perteneciera a la lengua primitiva, ya que es esencialmente onomatopéyica, representando el sonido labio nasal que, sin querer, emite el niño al tomar el pecho materno.

Ahora bien: ésta idea presupone la de engendramiento, la de unión sexual entre un hombre y una mujer. De donde la voz matrimonio expresará etimológicamente la unión de hombre y mujer para la procreación y para la protección de la madre y de los hijos.

Según nuestro Código Civil, "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente" Art. 113. -

Modestino había definido el matrimonio así: "La unión del varón y la mujer y consorcio de toda la vida y comunicación del derecho divino y humano". *Conjunctio maris et femine, consortium omnis vite, divini et humani juris communicatio*". Ulpiano decía que "el matrimonio es la unión de varón y de la mujer que contiene la comunicación habitual e indivisible de la vida". Portalis, uno de los redactores del Código de Napoleón, definió el matrimonio, diciendo que es "la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino". El sabio legislador Solón expresa que el matrimonio es "sociedad íntima entre el marido y la mujer, que tiene por objeto formar una nueva familia, disfrutando ambos de su ternura recíproca". Definir es muy difícil, en consecuencia, todas estas definiciones son deficientes y han sido muy criticadas. Siguiendo nuestro código y la mayoría de los jurisconsultos se podría decir que el matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen, de acuerdo con las normas del derecho civil.

1.2.- Características. Según el concepto que tenemos del matrimonio, éste tiene las siguientes características que lo distinguen de los demás contratos:

1.2.1.- ES UN CONTRATO SOLEMNE. Según nuestro Código y de acuerdo con la opinión de muchos jurisconsultos, el matrimonio es un contrato. En el Derecho Canónico, el matrimonio también es un contrato, can. 1012. Hasta el siglo pasado, nadie había discutido sobre este aspecto del matrimonio. Sin embargo en este siglo, discuten los jurisconsultos si el matrimonio es un contrato o una institución. En mi concepto, el matrimonio es un contrato, en su contenido esencial es un acuerdo de voluntades para producir obligaciones y derechos entre los cónyuges. Uno de los elementos esenciales del contrato es el consentimiento. En efecto, el artículo 115, dice: "El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes". Este consentimiento debe estar libre de vicios. Además, tiene el matrimonio todos los elementos esenciales de todo contrato: capacidad, consentimiento, objeto, etc. Algunos han dicho que el matrimonio es un contrato en cuanto es fuente, porque de allí nacen derechos y obligaciones, pero en cuanto el matrimonio es estado, no puede ser contrato, porque se halla reglamentado por la ley.

El matrimonio, en realidad, se halla reglamentado íntegramente por la ley. Los esposos, al celebrar el matrimonio, no solo aceptan la creación del acto jurídico y dan su consentimiento, sino que aceptan también las obligaciones que la ley les impone. Por consiguiente sigo creyendo que aunque el matrimonio este reglamentado por la ley es un verdadero contrato. Esto sucede con los demás contratos, porque los contratantes aceptan la esencia -

del contrato y no la pueden cambiar por la autonomía de la voluntad. En la compraventa, en el arrendamiento, en la sociedad, etc., la ley impone reglas de orden público que los contratantes no pueden cambiar a voluntad; sin embargo, nadie ha dicho que no son verdaderos contratos. En los contratos de adhesión el asunto es más grave: Una de las partes impone su voluntad a la otra prefabricando el contrato, la otra parte se limita a aceptar simplemente. Algunos han manifestado que no hay contrato, porque no hay libre discusión. No obstante, se ha sostenido que realmente es un contrato, porque en el momento de la aceptación de uno de estos hay acuerdo de voluntades, todas las voluntades concuerdan, por lo mismo hay contrato. Lo propio sucede en el matrimonio, los contratantes al celebrar el matrimonio, no sólo aceptan el negocio jurídico, sino todas las obligaciones que les impone la ley que son consecuencias inmediatas y necesarias, de orden público y que no se las puede cambiar ni renunciar. En los contratos de adhesión, muchas veces no se conocen las cláusulas del negocio jurídico como el seguro, en la prestación de ciertos servicios, sin embargo, hay negocio jurídico en el momento de su aceptación. Con mayor razón en el matrimonio, cuando el negocio jurídico está reglamentado por la ley, y esta se supone conocida. Al aceptar el matrimonio, se aceptan todas sus consecuencias y también su reglamentación. Por esta razón, de acuerdo con el art. 38 de la ley 153 de 1887, "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración". En tal virtud, en el contrato de matrimonio, los esposos aceptan el régimen legal de la sociedad conyugal y de acuerdo con la autonomía de la voluntad, cuando no celebran capitulaciones matrimoniales, aceptan que sus bienes se regulen de acuerdo con la ley.

Duguit sostiene que es un error afirmar que el matrimonio es un contrato, según él, podría ser una convención, seguramente por que este término es más amplio que contrato, en cambio, Bonetate, Renard, Mauriou, Planiel y otros juristas sostienen que es una institución, o un contrato y una institución a la vez. Afirman que el matrimonio es un contrato en cuanto a la forma, en apariencia, pero, en sustancia, el matrimonio es una institución, porque el hombre y la mujer, al celebrar el matrimonio se someten a las normas legales, normas que están por encima de la voluntad y que no se pueden cambiar ni renunciar, porque son de orden público. Se dice que el matrimonio es una institución, porque es un conjunto de normas impuestas por el estado y a los esposos, no les queda más que adherirse a dichas normas. Una vez aceptadas, su voluntad es importante, y los efectos de la institución se producen automáticamente. Yo considero que lo mismo sucede con los demás contratos, la compraventa, la sociedad, el mandato, todos están reglamentados por el estado, tienen un estatuto permanente, muchas disposiciones son de la esencia, otras son de orden público; no obstante son verdaderos contratos. Josseland no admite la-

teoría de la institución. Afirma que esta teoría se forma por un concepto estrecho que estos autores tienen del contrato. Añaden - que comúnmente se dice contrato de matrimonio, y que esta terminología corriente está de acuerdo con la realidad jurídica. En - perfeccionamiento, complemento sexual, etc. Es un error pretender que el matrimonio por ser un acto jurídico de gran trascendencia debe estar rodeado y protegido por varias solemnidades sin las cuales se invalida. El matrimonio debe celebrarse ante un juez municipal de la vecindad de la mujer y ante dos testigos hábiles. Estas solemnidades, sirven para distinguir el matrimonio del concubinato o de la unión libre. Precisamente, para esta distinción se dispone de un criterio infalible. Sin solemnidades propias ha - bra unión libre pero no matrimonio. El matrimonio es más que la - simple unión carnal; Schopenhauer le asigna por fin la generación

1.2.2.- ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER.- Porque solo el hombre y la mujer son los sujetos de matrimonio. En éstos consiste la unidad de matrimonio. Ya dijimos que el matrimonio, en los pueblos civilizados, es monogámico ni varios hombres ni varias mujeres - pueden ser sujetos de un matrimonio. Como se dijo éstas formas - plurales están prohibidas, por ser contrarias a los fines del matrimonio. Por otro lado no puede haber matrimonio entre personas del mismo sexo, entre dos hombres o entre dos mujeres. El matrimonio es entre un hombre y una mujer. La unidad es un atributo esencial del matrimonio. El matrimonio debe ser entre dos sexos distintos en orden a la procreación de la especie. Entre los dos - sexos existe esa especie de afinidad que los abraza y los une por toda la vida. Solo entre los dos sexos puede existir ese consorcio de que hablaba Modestino. La falta de esta diferencia sexual, constituye la nulidad del matrimonio. (Cito a uno de los esposos. - Santo Tomás que así alía, señalando los de generación educadora - de la 1.2.3.- UNION DE PERSONAS, DE ACUERDO CON LAS NORMAS DEL DERECHO CIVIL.- Se dice que el hombre y la mujer se unen, para indicar que las dos personas se juntan para formar una familia que - constituye una unidad, un organismo, una sociedad. Unión íntima - de comunes afectos, de fines comunes, de habitación, de domicilio, de bienes, etc. (Cito a la especie humana).

Se dice que el matrimonio se celebra de acuerdo con el derecho civil, por que este matrimonio está reglamentado íntegramente por el código civil. Esto no quiere decir que exista otro matrimonio, el religioso, para los católicos. Este matrimonio religioso, se rige por el derecho canónico. La ley civil le reconoce efectos civiles a este matrimonio. El matrimonio religioso fué el primero que apareció en el panorama jurídico. Se secularizó en tiempo de la revolución francesa. Nuestro Código reglamentó el matrimonio - civil, siguiendo el Código francés. Este, a su vez, se inspiró en la doctrina de Pothier y en el derecho Canónico. (Cito a la - concepción del matrimonio como un acto de la vida civil de la - especie humana).

1.3.- Fines del matrimonio. Múltiples son los fines que los autores señalan al matrimonio: satisfacción del instinto genésico - (Cito a uno de los esposos. - Santo Tomás que así alía, señalando los de generación educadora - de la 1.2.3.- UNION DE PERSONAS, DE ACUERDO CON LAS NORMAS DEL DERECHO CIVIL.- Se dice que el hombre y la mujer se unen, para indicar que las dos personas se juntan para formar una familia que - constituye una unidad, un organismo, una sociedad. Unión íntima - de comunes afectos, de fines comunes, de habitación, de domicilio, de bienes, etc. (Cito a la especie humana).

Se dice que el matrimonio se celebra de acuerdo con el derecho civil, por que este matrimonio está reglamentado íntegramente por el código civil. Esto no quiere decir que exista otro matrimonio, el religioso, para los católicos. Este matrimonio religioso, se rige por el derecho canónico. La ley civil le reconoce efectos civiles a este matrimonio. El matrimonio religioso fué el primero que apareció en el panorama jurídico. Se secularizó en tiempo de la revolución francesa. Nuestro Código reglamentó el matrimonio - civil, siguiendo el Código francés. Este, a su vez, se inspiró en la doctrina de Pothier y en el derecho Canónico. (Cito a la - concepción del matrimonio como un acto de la vida civil de la - especie humana).

, moralización del amor, procreación, educación de la prole, auxilio recíproco de los cónyuges, felicidad mutua, vida en común, perfeccionamiento, complemento sexual, etc. Es un error pretender que el matrimonio tiene uno solo de estos fines, ya que todos pueden ser realizados en él. Entre los que sostienen un punto de vista unilateral en esta materia, figuran Kant para quien el fin del matrimonio era únicamente el goce mutuo de las facultades genitales, y Letourneau, según el cual ese fin consiste solamente en reglamentar las uniones sexuales para dar satisfacción al apetito amoroso, olvidando uno y otro que la necesidad genésica es simple medio de fines más elevados, y que el matrimonio es más que la simple unión carnal; Schopenhauer le asigna por fin la generación futura, resultando así absorbidos los fines individuales por los de la especie. Augusto Comte, el perfeccionamiento mutuo de los dos sexos, y en especial la moralización del varón mediante el contrato e influencia de la mujer, lo que no se aviene bien con el sentido igualitarista de nuestra época, además de que no siempre es el varón el que debe perfeccionarse en el orden afectivo-moral, único de que es susceptible de ser mejorado por el matrimonio; Acoffas sostiene de que ese fin es la vida en común, la cual, si constituye el contenido del matrimonio, no es el fin de éste; Boistel y Novicow señalan como único fin la mutua felicidad de los esposos, doctrina que conduce al libertismo sexual y que olvida el interés de los hijos y de la sociedad, además de que la felicidad es cosa eminentemente subjetiva. Ya Aristóteles no se limitó a señalar al matrimonio un solo fin, sino el de la procreación de los hijos y el de complemento mutuo de los esposos. Santo Tomás fue más allá, señalando los de generación educación de la prole y mutuo auxilio de los cónyuges, los dos primeros como específicos y el tercero como individual, doctrina esta que es la más corriente entre los escritores. Sánchez Román distingue en el matrimonio un fin próximo (la constitución de una comunidad plena y perfecta entre dos individuos de sexo diferente) y un fin remoto (la conservación de la especie humana).

Según la definición del Art. 113, el matrimonio tiene tres fines: 1o.) el que los esposos vivan juntos; 2o.) tener hijos o sea la procreación y 3o.) el auxilio mutuo.

El primero y el tercero son elementos esenciales a la finalidad de todo verdadero matrimonio, hasta el punto que no se concibe éste sin aquellos. En cuanto al segundo elemento pueden hacerse muchas interpretaciones. Puede pensarse que al hablar de procreación solo se quiere aludir a la relación sexual, a la copia carnal; a lo que el derecho canónico denomina alivio de la concupiscencia; o sencillamente se busca la perpetuidad de la especie, y esta parece ser la intención del legislador; es la interpretación que salta a la vista.

En mi opinión debe interpretarse en el primer sentido, o

sea que la procreación no es lo esencial; lo importante es el medio natural para conseguirla, así se consiga o no. Como que el medio se convierte en fin. Esto por múltiples razones; entre otras por las siguientes: No todos los individuos son aptos fisiológicamente para engendrar la vida; no todos desean engendrar se requiere del matrimonio para procrear; y lo que es más novedoso y sorprendente, hoy día; ya no se necesitan del medio natural del a yuntamiento para lograr la procreación, porque la inseminación artificial lo suple.

Ahora no se me diga que entonces sí son los hijos el fin esencial que trae la definición del código porque la inseminación obvia la incapacidad procreadora de los cónyuges y que además no es necesaria la cópula carnal para fecundar la mujer. En manera alguna; cuando más podrá decirse que los hijos son una cuarta finalidad, pero no que constituyen el fin esencial de que venimos hablando.

De consiguiente, concidero que los fines esenciales del matrimonio es vivir juntos, o sea deben hacer en común vida conyugal, esta vida en común comprende la comunidad del lecho, mesa y habitación; auxiliarse mutuamente, porque el hombre necesita de la mujer para que le consuele y le conforme en el hogar, y la mujer necesita del hombre para que la sostenga y la defienda en la vida exterior, a parte de que en el matrimonio encuentran ambos cónyuges la satisfacción recíproca de sus tendencias e impulsos tanto físicos como morales.

2.- DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

Por su importancia, por sus fines, por su trascendencia privada y pública, el matrimonio se halla rodeado de muchos requisitos y formalidades, cuya falta, acarrearía su nulidad e inexistencia.

Estos requisitos, como en todo contrato, son de fondo y de forma. De fondo, el consentimiento, el objeto, etc. De forma, en el caso del matrimonio, son varios.

Hay requisitos de existencia y requisitos de validez. Requisitos de existencia, son los elementos esenciales, sin los cuales no puede existir el matrimonio. Requisitos de validez son aquellos, sin los cuales no produce efecto. Cuando le falta un requisito de su esencia, el matrimonio es inexistente. Nada puede existir, si le falta una nota de su esencia. En cambio, cuando falta un requisito de validez, el matrimonio existe, por que tiene todos los requisitos de la esencia, pero no produce efecto, porque le falta un elemento de validez. En este caso, hay matrimonio, pero es nulo.

En teoría, se distingue perfectamente, la inexistencia de la nulidad. En nuestro Código, no se ha consagrado la teoría de la inexistencia. Fue Zacarrie, jurisconsulto Alemán, el autor de la teoría de la inexistencia. La estableció precisamente, en el derecho Francés, con motivo del matrimonio, y de allí se extendió a los demás actos jurídicos. Nuestro código no distingue la inexistencia de la nulidad. En el título 20 del libro 4o. habla simplemente de la nulidad absoluta. Con la nulidad absoluta sanciona tanto los actos inexistente como los actos nulos, cuando dice: "La omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para valor de ciertos actos", constituyen nulidad absoluta art. 1741.

Ni la inexistencia ni la nulidad obran de pleno derecho. Ambas necesitan de declaración judicial. Aún en la inexistencia, el juez debe constatar que el acto es, en realidad, inexistente, porque le faltan los elementos de su esencia. En el derecho moderno, nadie puede hacerse justicia por sí mismo.

La inexistencia, puede producir efectos distintos de la nulidad:

1o. El matrimonio inexistente, no podrá validarse jamás.

2o. La inexistencia del matrimonio es una cuestión de hecho, cuestión facti. En consecuencia, no necesita declaración de fondo por el juez. Basta que se constate su inexistencia y se la declare así. La acción, más que de nulidad, sería de inexistencia.

3o. La inexistencia, judicialmente declarada, no produciría ningún efecto. Lo que no existe, no puede producir efecto. En consecuencia, declarada la inexistencia, no habría matrimonio. Los hijos, serían naturales. En cambio, los hijos de un matrimonio declarado nulo o de un matrimonio putativo, son legítimos art. 149- C.C.

La nulidad es la sanción establecida por la ley, para los actos y contratos celebrados con omisión de los requisitos de fondo y de forma. Si no existiera una sanción, la observancia de estos requisitos, sería ilusoria. La teoría de las nulidades, se aplican a todos los actos jurídicos sean unilaterales o bilaterales. Se aplica al derecho matrimonial, como al derecho de familia.

La nulidad es una sanción, una pena para los transgresores del derecho. En consecuencia, las nulidades son excepciones. Todo acto, se presume válido. Sólo son nulos, en los casos establecidos por la ley. Nula pena sine lege. Las nulidades, por ser sanciones, por ser excepciones son de interpretación restringida.

2.1.- Nulidad Absoluta del matrimonio. Esta nulidad absolu-

ta es de orden público. Debe ser declarada de oficio por el juez. Puede pedir su declaración el agente del ministerio público en interés de la moral o de la ley. Puede alegarse por todo el que tenga interés en ellos. Esta nulidad puede subsanarse por la ratificación de las partes, excepto, la que procede de objeto o causa ilícita, art. 20. ley 50 de 1.936.

Las causas o fuentes que producen la nulidad absoluta del matrimonio, son las siguientes:

2.1.1.- ERROR AGENCIA DE LAS PERSONAS DE AMBOS CONTRAYENTES O DE LA DE UNO DE ELLOS.- El error en la persona. En un vicio del consentimiento. Este error se llama sustancial y está consagrado en el art. 1512, únicamente, para los contratos intuitu personae. En todos los contratos, el error en la persona de uno de los contratantes es accidental y no vicia el consentimiento. Solo lo vicia, por excepción, cuando es sustancial, es decir, cuando la persona es la causa determinante del contrato. Sobre decir que el matrimonio es el contrato intuitu personae por excelencia. Nuestro Código dice que el matrimonio es nulo cuando ha habido error en la persona de uno de los esposos o de ambos, art. 140, num. 10.

Nuestro Código habla de error en la persona. Pero el error en la persona, puede ser de tres clases: error en la persona física, error en la persona civil o social y error en las cualidades de la persona. Hay error en la persona física, cuando una persona cree estarse casando con una persona y resulta casada con otra distinta. Por ejemplo: en vez de casarse con Pedro, se caso con Juan. El error en la persona civil o social consiste en creer que una persona tiene un estado civil determinado, cuando, en realidad, tiene otro muy distinto. Por ejemplo una colombiana se casa con un francés, creyendolo su verdadero prometido, pero, resulto que el francés murió y se casa con un aventurero que se hace pasar por el francés. En este caso no hay error en cuanto a la persona física; pero hay error en cuanto a la persona civil. La mujer, pensaba casarse con el francés, pero resulto casada con un aventurero, que se hizo pasar por el francés. Hay error sobre las cualidades de la persona, cuando recae sobre las cualidades físicas o morales. Por ejemplo, una persona cree casarse con una persona sana y se casa con un enfermo, con un loco o con un toxico-mano; cree casarse con un colombiano y se casa con un extranjero; se esta casandose con una buena persona, pero resulta que se caso con un criminal, con un presidiario con un depravado. De estos tres errores, cual vicia el consentimiento? dicen los juristas que solo los dos primeros: el error en la persona física y el error en la persona civil. El error en la persona física es muy raro. Casi nunca sucede. Demolombe decía que no es admisible ni como truco en el teatro. Yo creo que ello es posible. En el matrimonio en extremis, en el matrimonio del ciego, del gemelo, etc.

puede suceder. En estos casos tan graves, no solo había vicio del consentimiento, había falta de consentimiento. Las dos voluntades no se juntaron sobre la misma persona. Prothier afirmaba que no había consentimiento. El error en la persona civil también se dice que vicia el consentimiento, porque se trata de una persona distinta de la que se tenía en mientes. La colombiana quería casarse con el francés y resulta casada con un aventurero distinto. Habría, en este caso, suplantación de persona, falsedad, engaño, dolo. Creo que lo mismo resultaría si una persona se hace pasar con miembros de una familia distinguida, con documentos falsos de identidad para engañar al juez; cuando en realidad, se trata de una persona vulgar y distinta. En este caso, también había suplantación, suplantación, falsedad y dolo. Sin embargo, se ha dicho que el dolo no vicia el consentimiento en el matrimonio. El error sobre las cualidades de los contrayentes dicen que es un error accidental y que no vicia el consentimiento. Los intereses frustrados, no se toman en cuenta. Llevarían al matrimonio a un materialismo grosero, inconveniente. Sin embargo, se pudiera decir que el contrayente no vale solo por ser una persona física, vale mucho más por ser una persona moral, por sus valores humanos que lo distinguen, por sus nobles atributos que lo individualizan y le confieren una verdadera personalidad. ¿qué decir, cuando las cualidades de la persona fueron la causa, el móvil determinante del contrato, y ese motivo fue conocido por la otra parte? Si anota que en Francia no existe una disposición como la nuestra de acuerdo con nuestro Código, la calidad es una cosa accidental. Pero, cuando esa calidad ha sido para una parte el móvil principal del contrato, y ese motivo ha sido conocido por la otra, el error es sustancial, y vicia el consentimiento, art. 1511. Se podría aplicar esta disposición al error en las cualidades sustanciales de la persona en el contrato del matrimonio? el código Alemán y el código Suizo admiten la nulidad del matrimonio cuando hay error en la calidad sustancial de la persona, cuando esa calidad ha sido la causa determinante del contrato. Nuestro Código es más exigente, requiere que la calidad sea sustancia, que sea el móvil, la causa determinante del matrimonio, y que esa calidad haya sido conocida por la otra parte. Si uno de los esposos, le asegura al otro una calidad sustancial de su persona, que resulta falsa, hay un engaño, hay dolo, y si, la condición asegurada, fue la causa determinante del contrato, creo que el matrimonio sería nulo. Sin embargo el caso no sería tan fácil de resolver, en nuestra legislación. La calidad sustancial asegurada podría llegar hacer una condición suspensiva, y el matrimonio no admite condición. Por ejemplo un hombre se casa, por que la mujer le asegura su virginidad y su buena conducta. Estas calidades fueron el móvil determinante del matrimonio, y resultaron falsas, la mujer era depravada, había salido de un prostíbulo, la condición no se cumplió. ¿es nulo el matrimonio? Creo que sí, porque hay error en una calidad sustancial que el esposo tuvo en mientes al

contraer el matrimonio. Además, hubo dolo. No hubo aquí menos intereses frustrados, hubo falta de una calidad sustancial, que fué el móvil determinante del esposo al celebrar el matrimonio. De haber sabido la verdadera condición de la mujer, no se había casado. En tónces, no se trata de una simple condición suspensiva; más que condición, es un error grave en la calidad sustancial de la esposa y asegurada por ella. Le toca a la doctrina señalar, en cada caso, cuando hay error sustancial en la calidad de los contratantes, cuando esa calidad ha sido la causa determinante del contrato, y conocida además por la otra parte contratante.

2.1.2.- CUANDO SE HA CONTRAIDO ENTRE UN VARÓN MENOR DE 14 AÑOS Y UNA MUJER MENOR DE 12, O CUANDO CUALQUIERA DE LOS DOS SEA RESPECTIVAMENTE MENOR DE AQUELLA EDAD.- En todo contrato, el primer requisito, es la capacidad. La capacidad es la regla general. La incapacidad es la excepción. En consecuencia, todas las personas son capaces para celebrar el matrimonio. No pueden celebrarlo, únicamente, los incapaces o las personas a quienes la ley les a prohibido. La capacidad para contraer el matrimonio, principia con la pubertad. La pubertad es la capacidad para la procreación. Esta capacidad sexual para la procreación, varía mucho, según el clima, la raza, etc. Además, la ciencia ha demostrado que la capacidad para la procreación es más precoz en la mujer que en el hombre. Esto podría crear, en la práctica, gravísima dificultades para conocer exactamente cuando principia, en una persona, la edad de la pubertad. Los Códigos, para resolver este problema, llegaron a presumir de derecho la edad de la pubertad. De acuerdo con esta forma de pensar, los Romanos fijaron la edad para celebrar el matrimonio en 12 años para la mujer y en 14 años para el hombre. Se presume de derecho que las mujeres llegan a la pubertad a los 12 años y los hombres a los 14. Sin que se pueda demostrar lo contrario. Nuestro Código, siguiendo al derecho romano, señaló también la pubertad, pudo estar bien en esos tiempos, cuando el mundo no se había poblado aún. En cambio, puede ser exageradamente precoz, en el momento actual, cuando ya el mundo se ha ya poblado y existe, además, explosión demográfica en todas partes. El código Alemán fija la pubertad respectivamente a los 16 y 21 años. El Suizo, a los 18 y 20 años. El Ruso, a los 16 y 18 años. El derecho Canónico a los 14 y 16 años. La crítica ha considerado prematuras estas capacidades, especialmente para la mujer. En mi concepto, para evitar en parte la explosión demográfica, había que fijar la capacidad para contraer matrimonio a los 18 años como lo expresa el art. 2o. del decreto 2820/74. Para contraer matrimonio no sólo es necesario la madurez sexual, se necesita también cierta madurez intelectual. Si para celebrar un contrato común, se necesita una capacidad de 21 años, con mayor razón debe exigirse una capacidad casi igual para celebrar el matrimonio, que es un contrato de mucha importancia y responsabilidad. En el matrimonio no sólo se dispone de la persona, se dispone también de bienes; si acepta o se contrae un régimen de bienes en el ma -

rimonio. En consecuencia, se necesita de cierto discernimiento, de cierta madurez intelectual.

Nuestro Código, en cierta forma, se contradice. En primer término, exige que los contrayentes sean libres para expresar su consentimiento. Las personas que no son plenamente capaces, no son libres para expresar su consentimiento. El código distingue dos capacidades para el matrimonio: una capacidad libre, a los 18 años y una capacidad imperfecta para los menores de esta edad, para las mujeres mayores de 12 y para los hombres mayores de 14. Estas personas para celebrar el matrimonio, necesitan de la autorización de ciertas personas. En estos casos, no había consentimiento libre, porque estas personas que adquieren apenas una capacidad sexual, su consentimiento, no es libre, porque depende de la influencia de ciertas personas o de su autorización. En mi concepto, deben derogarse todas las disposiciones que se refieren a dicha autorización. En tal virtud, debe quedar en vigencia únicamente la edad que consagra el art. 2o. del decreto 2820 de 1970. Además, la autorización que necesitan las personas que han llegado a la pubertad, no tienen, en mi concepto ningún valor. La falta de autorización, para que tenga validez, debería producir la nulidad del matrimonio. Pero no la produce. En consecuencia, la autorización es ilusoria. La sanción, no falta de autorización, no es la nulidad, sino el desheredamiento de un ascendiente, podrá ser desheredado, dice el Código art. 124 C.C. Esta disposición, además, es facultativa, y no es obligatoria para el causante.

Los menores de edad no pueden contraer matrimonio sin permiso expreso, por escrito, de sus padres legítimos o naturales. En caso de desacuerdo, prevalece la voluntad del padre. Si alguno falta, por muerte o por otra causa, basta el consentimiento del otro. El juez de oficio procedera obtener este permiso. Entre nosotros, el permiso es solemne no valdría un consentimiento verbal.

El hijo adoptivo, también necesita del consentimiento de sus padres. Cuando faltan sus padres adoptantes, deben prestar el consentimiento sus verdaderos padres. La adopción ha terminado en este caso, y el adoptivo "continúa formando parte de la familia de origen" art. 286 C.C. a falta de ascendientes el consentimiento debe darlo un curador general y a falta de este un curador especial, art. 120 C.C.

Quando se entiende que faltan estos ascendientes? Pueden faltar estos ascendientes, por las siguientes causas: por muerte, por demencia, por ausencia del territorio nacional, sin esperarse pronto su regreso, por ignorar el lugar de su residencia. Puede faltar los padres por haber sido privados de la patria potestad, y la madre, además por mala conducta que la inhabilite para inter

venir en la educación del hijo. Cabe advertir que la emancipación, pone fin a la patria potestad. La emancipación puede ser voluntaria, legal y judicial. En este caso, se refiere el código a la emancipación voluntaria y a la judicial. La legal no tendrá efecto para la autorización, porque esta sólo tiene cabida en los casos del art. 314 C.C. Ahora, la patria potestad se concede a los padres. En consecuencia, la madre podría ser privada de la patria potestad por sentencia del juez.

Como ya se dijo solo el curador está obligado a espesar las causas que justifiquen la negativa de su consentimiento. Estas causas son taxativas y están enumeradas en el art. 122 C.C.

El menor que se casa, sin haber obtenido el consentimiento, tiene 4 sanciones:

1o. El matrimonio no es nulo. Pero el menor podrá ser desheredado por todos sus ascendientes, art. 124 C.C. Este desheredamiento, por todos los ascendientes, no es justo. Debía ser desheredado únicamente por el ascendiente que debía dar el consentimiento; por el ascendiente cuyo consentimiento era necesario, pero no por los demás, como lo sostiene el código. A estos ascendientes, cuyo consentimiento no era necesario, ninguna injuria les fué irrogada: en consecuencia, no podrían desheredar. El desheredamiento, como se dijo, es facultativo del testador. Este puede desheredar o no desheredar a su descendiente que le perdona la falta. El desheredamiento debe ser expreso; debe constar en el testamento y debe ser por una causal determinada. En este caso, por no haber obtenido el consentimiento para el matrimonio. De lo contrario, no vale el desheredamiento, art. 1267. El desheredamiento, puede ser revocado por el testador expresamente. En este caso, ha perdonado la falta. Si el testador ha instituido heredero a un descendiente que se casa sin su consentimiento, no puede considerarse desheredado, porque el testamento es esencialmente revocable, y el testador; perdono la falta; por esta razón no revoco su testamento. Además, ya dijimos que el desheredamiento debe ser expreso y por determinada causal. No hay desheredamiento taxativo ni se presume.

2o. Si el ascendiente muere sino hace testamento, no tendrá el descendiente más que la mitad de la porción de bienes que le hubiera correspondido en la sucesión del difunto, art. 124 C.C. Este es un art. muy injusto. El ascendiente no hace testamento. Tácitamente le perdona la falta a su descendiente. De no haberle perdonado, habría hecho testamento y lo habría desheredado. Sin embargo, la ley, interpretando mal la voluntad del testador lo sanciona, haciéndole perder la mitad de la herencia. Este es un desheredamiento injusto, hecho por la ley, en contra de la voluntad presunta del de cujus.

Sin coño. El ascendiente, sin cuyo consentimiento se casa el menor, podrá por esta causa revocar las donaciones que antes del matrimonio le haya hecho, art. 125 C.C. Esta facultad de revocar las donaciones, no la tienen todos los ascendientes, la tiene únicamente el ascendiente cuyo consentimiento era necesario para el matrimonio. Esta sanción se refiere únicamente a las donaciones por causa de muerte, que se hacen en testamento, porque estas son esencialmente revocables. Las donaciones entre vivos son irrevocables. Sin embargo de acuerdo con el art. 1485, C.C. las donaciones entre vivos, podrían revocarse por ingratitud. La falta de tal permiso, no constituye causal de ingratitud o de indignidad. en el momento de la celebración del matrimonio, explorar si de su libro 40. El matrimonio contraído sin el necesario consentimiento de la persona de quien haya obligación de obtenerle, no le priva del derecho de alimentos. Art. 125 C.C. Sin embargo, algunos jurisconsultos creen que lo pueden privar de los alimentos congruos. Los descendientes tienen derecho a los alimentos congruos, art. 414. Estos alimentos los pierden, cuando se han hecho culpables de injuria grave. Muchos han creído que, casarse sin consentimiento, es injuria grave y que, en consecuencia, no tendrían derecho de los alimentos congruos. En mi concepto, esto no es cierto, la falta de consentimiento, no constituye injuria grave ni es causal de indignidad, art. 1025 C.C. Puede ser, como se vió, causal de desheredamiento, pero no puede ser nunca causal de indignidad, porque no es injuria grave. La de matrimonio, solo existen dos violaciones: el error en la persona y la fuerza. art. 140 mod. 10. 30 y 60. Todas estas sanciones gravísimas, inconsultas, desaparecerían, prohibiendo el matrimonio antes de los 18 años. Al llegar a esta edad, pueden casarse libremente. Antes no, a que tengan madurez sexual. Para celebrar el matrimonio, no solo se necesita madurez sexual, sino madurez intelectual, capacidad de discernir, y esta no puede existir antes de los 16 años. Con esta solución, se obvian todos estos inconvenientes del código, y esta exagerada reglamentación que se ha hecho sin necesidad, además, existe cierta incongruencia en el código. En el art. 123 dice que, sin el previo consentimiento, no podrá procederse a la celebración del matrimonio. Si el juez celebra el matrimonio, sin el consentimiento previo y por escrito, este funcionario debe ser el responsable y no los contrayentes. Además si los ascendientes niegan el consentimiento, cuando la negativa es injusta, debio facultarse al juez para que, en subsidio, otorgue el consentimiento. "El juez debe proceder de oficio a obtener el consentimiento, art. 129. Pero si ese consentimiento es negado arbitrariamente por los ascendientes, se condenaría a los descendientes a un celibato temporal, lo cual sería injusto y contrario al derecho natural.

2.1.3.- CUANDO PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO HAYA FALTADO EL CONSENTIMIENTO DE ALGUNO DE LOS CONTRAYENTES O DE AMBOS.- De los elementos del matrimonio, el consentimiento es el más esencial. -

Sin consentimiento, no puede existir matrimonio. El consentimiento, se confunde con el contrato mismo. El contrato es el acuerdo de voluntades. Pero, el consentimiento consiste, precisamente, en ese acuerdo. La palabra consentimiento, viene de sentire cum, que quiere decir, estar de acuerdo con otro. Sólo cuando dos voluntades concurren, cuando están de acuerdo, entonces, hay consentimiento. En los locos, se presume falta de consentimiento, están o no están en interdicción. En cambio, en los mentecatos, pre-

Según nuestro Código, el matrimonio es esencialmente consensual. Se constituye por el consentimiento y se perfecciona también por el consentimiento, art. 115. Es obligación del juez en el momento de la celebración del matrimonio, explorar si de su libre y espontánea voluntad, se unen en matrimonio, art. 135 C.C. El consentimiento de los esposos debe pronunciarse en voz perceptible, sin equivocación y por las mismas partes", art. 138 C.C. de acuerdo con el art. 140 C.U. num. 30., el matrimonio es nulo, cuando falte el consentimiento. En nuestro concepto, el matrimonio no sólo sería nulo, sino inexistente.

El consentimiento, para que sea válido, debe estar libre de vicios. No es lo mismo la falta de consentimiento, que un consentimiento viciado. Cuando no hay consentimiento, no hay matrimonio. En cambio, cuando hay un vicio, el matrimonio existe, pero viciado. Los vicios del consentimiento son: el error, la fuerza y el dolo, art. 1508. En materia de matrimonio, solo existen dos vicios: el error en la persona y la fuerza, art. 140 num. 1o. 5o. y 6o. Por la naturaleza del contrato de matrimonio, no se aplica el error de derecho, ni el error esencial ni el error sustancial en la materia. Por la misma razón, no se tiene en cuenta. Se ha considerado como dolo el engaño, el fraude, la maquinación de que se ha servido una de las partes para casarse con la otra. Este dolo, cuando es obra de una de las partes y es determinante, es decir, es la causa única del matrimonio, sería gravísimo. Sin embargo, este dolo vicia al consentimiento en todos los contratos, y no lo vicia en el matrimonio. Además, queda abierta la puerta, para conseguir matrimonios vejativos, sirviéndose del dolo inductivo, lo cual sería, por lo menos, inhumano. Sin embargo, nuestro código, para no atender contra la estabilidad del matrimonio, suprimió el dolo como vicio del consentimiento. Una voluntad, determinada por el engaño, oscurecida por el fraude y la maquinación, nunca podría ser libre espontánea. Además, no se puede consagrar el dolo como fuente única de derechos y obligaciones.

2.1.3.1.- Los dementes. El Código considerará como absolutamente incapaces a los dementes, los imberbes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, art. 1504 C.C. En el matrimonio faltando un poco a la lógica, dice que se presume falta de consentimiento en los locos furiosos, mientras permanezcan en la locura y en los mentecatos en interdicción, num. 30., art. -

140 C.C. Aquí, propiamente, no hay falta de consentimiento. La ausencia de razón, produce la falta de voluntad y de libertad. En consecuencia, el demente no puede expresar su consentimiento, porque no puede discernir. La persona es absolutamente incapaz.

El Código hace una diferencia inútil, entre los locos y los mentecatos. En los locos, se resume falta de consentimiento, estén o no estén en interdicción. En cambio, en los mentecatos, presume falta de consentimiento únicamente cuando están en interdicción. Estimo que los dementes, llamense locos, mentecatos, furiosos, sea su enfermedad congénita o adquirida, cualquiera que sea su nombre científico, estén o no estén en interdicción, el resultado ante el derecho es el mismo, carecen de razón y no pueden manifestar su voluntad. Toda persona que sufre una perturbación patológica de su actividad psíquica que suprime su capacidad de discernir, es absolutamente incapaz, y no puede celebrar ningún contrato. Con mayor razón, hallándose en estado de demencia, no puede celebrar el contrato del matrimonio.

Se pregunta, si la presunción que establece el código de falta de consentimiento es una presunción legal o es una presunción de derecho? Algunos, como los señores Champeau y Uribe y Rodríguez Piñeres, han sostenido que se trata de una simple presunción legal. En consecuencia, los dementes en intervalo lúcido, podrían válidamente celebrar el matrimonio. El código no establece expresamente y con claridad esta presunción legal. En consecuencia, considero que deben aplicarse los principios comunes. Hay que distinguir dos clases de dementes: dementes sin interdicción y dementes en interdicción. Los actos de los dementes en interdicción son nulos. Esta presunción es de derecho y no admite prueba en contrario, de consiguiente, no se podría demostrar que el demente obró en intervalo lúcido. En cambio, los actos de los dementes que no están en interdicción, se presumen válidos. Esta presunción es simplemente legal admite prueba en contrario. Para destruir esta presunción, es necesario demostrar que la persona que celebró el matrimonio estaba demente en ese momento. Esta doctrina, no tiene excepciones. Tiene que aplicarse al matrimonio. Nunca puede ser aconsejable ni prudente el matrimonio de una persona falta de razón. "El matrimonio de un alienado, no es socialmente deseable", dice Josseland.

2.1.3.2.- Los sordomudos. Nuestro Código dice que si pueden expresar con claridad el consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente el matrimonio. Esta disposición, no está de acuerdo con el art. 1504 del C.C., porque según este artículo los sordomudos son incapaces, cuando no se pueden hacer entender por escrito. En cambio, para el matrimonio, el código establece una excepción. Basta que el sordomudo se de a entender por signos manifiestos. Para celebrar los contratos de orden común, que tie-

nen menos importancia, se necesita que manifiesten su voluntad por escrito. Yo pienso que solo hay dos formas inequívocas de expresar la voluntad: por la palabra y por la escritura. El matrimonio de los sordomudos, por signos manifiestos podría justificarse antes. Ahora, cuando el sordo mudo, puede aprender a expresar su voluntad por escrito no sería admisible por simples signos manifiestos. La facultad de apreciar los signos del sordomudo, quedaría al prudente arbitrio del Juez. Lo que para un Juez puede ser un signo manifiesto, para otro juez pudiera suceder que ese mismo signo no sea manifiesto.

2.1.4. CUANDO EL MATRIMONIO SE HA CELEBRADO ENTRE LA MUJER-ADULTERA Y SU CÓMPLICE.- Para que se declare la nulidad del matrimonio era necesario que previamente se haya declarado en juicio probado el adulterio. Comete adulterio, la mujer que tiene relaciones carnales con un hombre que no es su marido. Antes el adulterio constituía delito, el código actual lo suprimió. Probablemente, el código civil se refería al juicio penal. Ahora cuando no está erigido en delito, la prueba del adulterio habrá que producirla dentro del proceso civil sobre nulidad de matrimonio. Debe de luego que es imposible un juicio previo por adulterio, porque este delito ya no existe. Por consiguiente, la condición que puso el código es actualmente imposible de cumplirla.

Además, este numeral del art. 140 del C.C. vulnera el principio de la igualdad de las personas en el matrimonio. La mujer que ha cometido adulterio, no puede casarse con su cómplice. En cambio, el marido infiel si puede haberlo una vez disuelto el matrimonio. Además, y esto es lo más grave, como la mujer adúltera no puede casarse con su cómplice, se le permite continuar sus relaciones sexuales fuera del matrimonio, en concubinato. En el Código de Napoleón esta nulidad fue derogada y lo propio debe hacer nuestro código.

2.1.5.- CUANDO UNO DE LOS CONTRAYENTES HA MATADO O HA INTENTADO MATAR AL CONYUGE CON QUIEN ESTABA UNIDO EN UN MATRIMONIO ANTERIOR El matrimonio es nulo. En este caso el cónyuge culpable tiene dos sanciones: una sanción penal, por el delito cometido y una sanción civil que le prohíbe contraer matrimonio. Esta prohibición que acarrea nulidad absoluta es injusta, por que sería condenar al cónyuge homicida a un celibato perpetuo. Esto va contra la libertad de las personas. En otras legislaciones el cónyuge sobreviviente, no puede casarse con el asesino de su marido o mujer, porque sería inmoral que uno de los cónyuges haga dar muerte al otro, con el fin de casarse con su cómplice. La nulidad existiría únicamente entre el cónyuge sobreviviente y el asesino, pero no sería nulo cuando se case con otra persona. Así sucede en el Derecho Canónico. Nuestro código solo dice que es nulo para el cónyuge culpable, su cómplice podría casarse con cualquier persona, lo

cual no es justo, porque los dos deberían tener la misma prohibición y cuando cualquiera de los dos contraiga matrimonio con cual quier persona se debería anular ese matrimonio.

2.1.6.- CUANDO LOS CONTRAYENTES ESTAN EN LA MISMA LINEA DE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES, O SON HERMANOS.- Entre padres e hijos no puede haber matrimonio, repugna a la misma naturaleza. En todas partes, estas uniones han sido reprobadas y declaradas incestuosas.

El matrimonio entre hermanos, no ha sido aceptado. Las personas que viven bajo el mismo techo, no deben pensar en matrimonio.

La santidad del hogar, la moralidad de la familia, reprueba este matrimonio. Además la ciencia ha demostrado que estos matrimonios entre parientes cercanos, pueden producir la degeneración física e intelectual de la especie; la descendencia de estos matrimonios puede adolecer de graves anomalías patológicas, fisiológicas y síquicas; la sordera, la epilepsia, la locura etc. Esta nulidad es aceptada universalmente, ora se trata del parentesco legítimo, ya se trate del parentesco natural. La ley no distingue.

2.1.7.- CUANDO SE HA CONTRAIDO ENTRE EL PADRE ADOPTANTE Y LA HIJA ADOPTIVA, O ENTRE EL HIJO ADOPTIVO Y LA MADRE ADOPTANTE, O LA MUJER QUE FUE ESPOSA DEL ADOPTANTE.- Falta a la lógica nuestro código, porque por la misma razón, debió establecer la nulidad del matrimonio de la hija adoptiva y el que fue marido de la adoptante. Además debió limitarse el matrimonio de los adoptantes con los adoptivos, porque el parentesco civil solo existe entre estas personas. De lo contrario, debía anularse el matrimonio entre los hijos de los adoptantes y los adoptivos y el matrimonio de los adoptantes, con los hijos de los adoptivos.

2.1.8.- CUANDO SE HA CONTRAIDO POR PERSONAS QUE ESTAN ENTRE SI EN EL PRIMER GRADO DE LA LINEA RECTA DE AFINIDAD LEGITIMA.- Es nulo el matrimonio entre yerno y la suegra, entre la nuera y el suegro, entre el padrastro y su entenada y entre la madrastra y su entenado. Otras uniones, podrán presentarse, pero, en la práctica, no sucede y, por lo mismo, el código no las ha establecido. Por ejemplo, sería un absurdo pensar en el matrimonio del yerno con la abuela de su mujer o con la abuela de su suegro.

2.1.9.- CUANDO RESPECTO DEL HOMBRE Y DE LA MUJER O DE AMBOS, ESTUVIERE SUESISTENTE EL VINCULO DE UN MATRIMONIO ANTERIOR.- Una de las propiedades del matrimonio es la unidad. El matrimonio es con una sola mujer y con un solo marido. Estando unidos con un matrimonio anterior, nadie puede casarse por segunda vez, porque comete bigamia. Sin embargo conviene advertir que en Colombia no hay nulidades de pleno derecho como en Francia, así el primer matrimonio es nulo, no es obstáculo para la celebración de un nuevo

, pero la anulación del primer matrimonio debe ser declarada por el juez. Nadie puede hacerse justicia por sí mismo. Si antes de esta declaración, se contrae un nuevo matrimonio, este matrimonio siempre será válido, si se declara la nulidad del primero. La nulidad declarada tiene efecto retroactivo. Lo que es nulo, no puede producir efecto. En consecuencia, el segundo matrimonio sería válido. Al contrario, si la nulidad del primero no se declara el segundo matrimonio sería nulo y además se había cometido bigamia.

2.1.10.- CUANDO SE HA CELEBRADO ANTE UN JUEZ INCOMPETENTE Y ANTE TESTIGOS INHABILES. El matrimonio ha de celebrarse, de modo privativo, ante el juez civil municipal de domicilio de la mujer. En consecuencia, si se celebra entre otro juez, ante un funcionario distinto, o con unos testigos que no tengan esta habilidad especial, ese matrimonio es nulo, y su nulidad es absoluta. La falta de proclamas o de publicidad del matrimonio, no constituye nulidad. Estas son, en mi concepto, las fuentes de las nulidades absolutas. Pudiera suceder que, en el concepto del código, no sean todas. Otros jurisconsultos hacen una clasificación distinta. Creo que, cuando se reforme el Código, debe adoptarse esta clasificación que se hace aquí. Cómo puede haber nulidad relativa, por ejemplo, cuando no hay consentimiento?. Sin consentimiento, no puede existir ningún contrato. Sin embargo, el Código dice que esta nulidad no puede alegarse sino por los contrayentes o por sus padres y guardadores. Lo mismo sucede con el matrimonio de un impuber. Este no puede alegar la nulidad, pasados tres meses después de haber llegado a la pubertad o cuando la mujer ha concebido. Es decir, que este matrimonio no existe, por incapacidad absoluta de los contrayentes. Sin embargo, se ratifica tácitamente. Cosa absurda y contraria al sentido común.

2.2.- Nulidad Relativa del Matrimonio. Las causas o fuentes de la nulidad relativa, serían las siguientes: El error en la persona, pero únicamente el error sustancial. El error en la persona física y el error en la persona civil o jurídica son errores esenciales y producen la nulidad absoluta del matrimonio, por falta de consentimiento.

El matrimonio celebrado por violencia física o moral, ya provenga de fuerza de una de las partes o de un tercero, vicia el consentimiento. El dolo, el código guardó silencio. Los jurisconsultos modernos han criticado la exclusión del dolo como vicio del consentimiento en el matrimonio. El código, al suprimir el dolo, deja abierta la puerta para el engaño, la intriga, el fraude y la mala fe. El derecho Alemán y el Suizo consagran el dolo como vicio del consentimiento en materia de matrimonio. El dolo es causa de error y, cuando ese error es grave, creo que se debe anular el matrimonio. Esta nulidad relativa no es de orden público. Esta establecida en interés de las personas determinadas por

las leyes. En consecuencia, sólo esas personas pueden alegarla. -
surse que no existe una sociedad conyugal. Por el hecho del ma-
trimonio. La inexistencia, la nulida absoluta y la relativa, no exis-
ten de pleno derecho. Nadie puede hacerse justicia por si mismo.-
Todas deben ser declaradas por el juez. Declaradas las nulidades-
por el juez, producen efecto retroactivo. Dejan a las partes en-
el mismo estado anterior al contrato, como si no hubiesen contra-
tado. Sin embargo, los matrimonios nulos, producen algunos efec-
tos, por excepción. Los hijos de un matrimonio nulo, son legíti-
mos. La sociedad conyugal se disuelve por la declaración de nuli-
dad. El matrimonio es a modo de un contrato de tracto sucesivos;-
en consecuencia, la declaración de nulidad no puede borrar todo -
lo hecho. Muchos hechos, como la procreación, la sociedad de bie-
nes, son irreversibles y no pueden volverse atrás. atribuirán para
los gastos de crianza y educación. Si uno resulta culpable, serán
de su cargo los gastos. 3.- EFECTOS DE LA NULIDAD acción, si tuviere es-
tipos; de lo contrario, los dichos gastos, le corresponden al que
los La nulidad del matrimonio, judicialmente declarada, produce
los siguientes efectos:

El art. 10. Pone termino al contrato del matrimonio. En adelante, -
quedan los cónyuges como si no se hubiesen casado. En condición de
poder contraer un nuevo matrimonio.

20. Cesan, entre los cónyuges, todos los derechos y las obli-
gaciones que nacieron del contrato del matrimonio, art. 148. To-
dos los actos accesorios al matrimonio, quedan también nulos, co-
mo las capitulaciones matrimoniales. Lo accesorio, sigue siempre
la suerte de lo principal. ca, los gastos le corresponden a éste.

30. Si uno de los contrayentes obró de mala fé y, por su -
culpa, se anula el matrimonio, es obligado a indemnizar al otro -
todos los perjuicios que le haya ocasionado, art. 148.

Los hijos de un matrimonio nulo son legítimos, sin tener que
Como se estiman estos perjuicios?. Dice el código que se ex-
timan con juramento. Se ha de entender que estos perjuicios y su-
cuantía, se han de demostrar en el juicio correspondiente, por
los medios de prueba consagrados por la ley. No sería justo que
se determine por el sólo juramenteo de una de las partes, de las
partes interesados. Cuando el juez condena a pagar perjuicios en -
abstrato, in género, esos perjuicios se determinan según el art.-
308 de C. Procesal. Cuando se trata de perjuicios morales, el -
juez los podrá fijar hasta en la suma de \$ 30.000.00 de acuerdo -
con la Corte Suprema de Justicia. En que consiste la mala fé? -
Consiste en tener conocimiento de una causal de nulidad y ocultar
la al otro contrayente. Por ejemplo, la bigamia. Esta culpa, por-
no ser contractual, no se presume, y habría que demostrarla.

La sociedad conyugal se disuelve, núm. 40. art. 1820. Disuel-

ta la sociedad conyugal, se procede a su liquidación. Podría pensarse que no existe una sociedad conyugal. Por el hecho del matrimonio, existe la sociedad conyugal, art. 180. Se entiende que se trata de un matrimonio válido. Si el matrimonio es nulo, se podría creer que no hay sociedad conyugal. Pero puede existir de hecho una comunidad, la cual debe ser liquidada. En el concepto del código, existe la sociedad conyugal, porque dice que se disuelve por la sentencia de nulidad. Si se disuelve, es porque ha existido. Mal puede disolverse una sociedad que no ha existido jamás.

50. Los hijos de un matrimonio nulo son legítimos. Así lo dice expresamente el art. 149. Quedan bajo la potestad del padre. Pero, ambos padres, en proporción a sus bienes, contribuirán para los gastos de crianza y educación. Si uno resulta culpable, serán de su cargo los gastos de alimentación y educación, si tuviere medios; de lo contrario, los dichos gastos, le corresponden al que los tenga, art. citado.

Este art., debe considerarse reformado por el C. Procesal. El art. 411 de este Código dice que los hijos menores de 7 años y las mujeres quedaran en poder de la madre. Cuando exista incompatibilidad física o moral de ambos conyuges, el juez confiará el cuidado de los hijos a otras personas. Si la incompatibilidad fue re sólo de la madre, se entiende que los hijos deben quedar en poder del padre. Se ha de fijar la cuota con que cada con uge debe contribuir a los gastos de crianza educación y gastos de los hijos, de acuerdo con la capacidad económica de aquellos. Si uno sólo tiene capacidad económica, los gastos le corresponden a éste. Cuando el matrimonio se declara nulo por culpa de uno de los conyuges, la sentencia reconocerá en concreto los perjuicios, o en género, siempre que el interesado lo solicite.

Los hijos de un matrimonio nulo son legítimos, sin tener en cuenta si el matrimonio fué de buena o de mala fé. En Colombia, no existe la teoría del matrimonio putativo del derecho Canónico, del Derecho Francés y del Código Chileno. El matrimonio putativo es el contraído de buena fé, por uno de los cónyuges o por ambos. Cuando se anula un matrimonio putativo, la nulidad se refiere a un matrimonio de mala fé, sus efectos se extienden a los hijos, estos serían naturales. Nuestro Código, con un sentido más humano, mas justo, resolvió, sin hacer ninguna distinción, que los hijos de un matrimonio nulo son legítimos, art. 149. En esta forma, se defiende la estabilidad, la firmeza del estado civil de hijo legítimo, que adquiere, por haber nacido del matrimonio de sus padres. Este estado civil, no puede modificarse, porque el matrimonio se declare nulo. Una persona no podría ser hoy hijo legítimo, por haber nacido de un matrimonio, que se presume válido, y mañana no, porque dicho matrimonio se declaró nulo. Este modo de pen-

sar, fuera de estar contra la naturaleza, iría contra el derecho adquirido, con el estado de hijo legítimo. Pero si el matrimonio fué de mala fé? Aún en este caso. Los hijos son terceros. Ellos son siempre de buena fé. En todo caso, el código defiende la buena fé de los terceros. La mala fé de sus padres es personalísima, y no puede pasar a los hijos. No pueden ser víctimas inocentes de una culpa que no han cometido. Estimo que nuestro Código se anticipó, con mucho, al derecho moderno. El derecho moderno trata de considerar putativo todo matrimonio con respecto a los hijos; en consecuencia, estos siempre serán legítimos, aunque el matrimonio sea de mala fé. Inclusive, cuando el matrimonio se declara inexistente, los hijos son legítimos. Algunos, como ya se dijo, sostienen que, cuando el matrimonio se declare inexistente, los hijos son naturales o ilegítimos. Creían que esa sería una diferencia entre la inexistencia y la nulidad. Según nuestro Código, ya se dijo que, en cuanto a sus efectos, no hace distinción entre la nulidad y la inexistencia. Los actos que la ciencia jurídica llama inexistente, según nuestro Código, son nulos y producen los mismos efectos que la nulidad. Se podía pensar, de acuerdo con esto, que los hijos de un matrimonio inexistente, son legítimos. La inexistencia no existe de pleno derecho, necesita declaración judicial. Y esta sentencia, no produce efectos contra los hijos, que son terceros, de buena fé. La buena fé, crea el derecho.

La nulidad absoluta era insubsanable, y la relativa era subsanable. Los hijos de un matrimonio nulo, tienen todos los derechos de los hijos legítimos. El derecho de alimentos. El derecho de sucesión, tanto para heredar como para ser heredados. Algunos juristas, les ha parecido grave esta solución. No pueden comprender, cómo un hijo nacido de una bigamia o de un incesto, pueda ser hijo legítimo? Estamos que este hijo es legítimo. Sería injusto, inhumano, que la falta de sus padres tenga que sufrirla el hijo. El hijo será siempre un tercero de buena fé. La nulidad lo pone término al matrimonio, pero no tiene efectos contra los hijos. Lo mismo sucede con la simulación. Declarada judicialmente, no produce efectos para terceros de buena fé. Si por testamento, se reconoce un hijo natural, revocado el testamento, no se revoque el reconocimiento. De lo contrario, se atendería contra la certidumbre y la firmeza del estado civil y la buena fé de terceros.

60. Las donaciones o promesas que, por causa de matrimonio, haya hecho uno de los cónyuges al otro, subsistirán, siempre que este sea de buena fé, art. 150. El cónyuge de buena fé, tiene derecho para conservar las donaciones o para existir las promesas por causa de matrimonio. La buena fé, se presume siempre. Quien alegue la mala fé, debe probarla. La buena fé consiste en la certidumbre de haberse celebrado el matrimonio, por los medios legales, exentos de vicios. El código siempre protege, como se ha dicho, la buena fé. De lo contrario, anulado el matrimonio, la donación, por causa de matrimonio, también sería nula. Por esta razón la excepción de validez esta consagrada únicamente en favor.

del cónyuge de buena fé. Por el contrario, si el cónyuge donatario es de mala fé, no tiene derecho para conservar las donaciones por causa de matrimonio. El art. 1846, dice: "Declarada la nulidad del matrimonio, podrán revocarse todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al que lo contrajo de mala fé, con tal que de la donación y de su causa, haya constancia en la escritura pública. De la escritura, se presume la causa de matrimonio, aunque no se exprese".

2. Hay que tener intención o voluntad de ambas partes, para que un justo error en materia de hecho, no se oponga a la buena fé. Si una persona se casa, ignorando en absoluto una causal de nulidad, por ejemplo, que el otro cónyuge estaba casado, no hay mala fé. Tampoco había mala fé, en el caso del error de derecho; por ejemplo, en el impedimento de crimen, cuando se conoce el hecho del crimen, pero se ignora que este hecho constituye una causal de nulidad. El derecho moderno, trata de equiparar el error de derecho al error de hecho. En ambos casos, el contrayente es excusable, y, en consecuencia, ha obrado de buena fé.

3. Hay que observar todos los requisitos de fondo y de forma. 4.- SANIAMIENTO DE LA NULIDAD

Cómo se puede sanear la nulidad? De acuerdo con el Código, la nulidad absoluta era insubsanable, y la relativa era saneable. Esta era una diferencia que existía entre las dos nulidades. La nulidad absoluta, no se podía ratificar; en cambio, la nulidad relativa, si se podía retificar. El termino ratificar esta bien en el mandato, cuando se ratifica los actos ejecutados por el apoderado, sin poder suficiente. Pero, en los demás contratos, no está bien. Mal se puede ratificar un contrato nulo, un contrato que no existe. En consecuencia, se puede usar el término con-validar, sanear. Ahora, de acuerdo con la ley 50 de 1.936, todas las nulidades son saneables, tanto las absolutas como las relativas. No existe diferencia entre ellas por este aspecto. La única nulidad que no pueden sanearse, son las que provienen de objeto y causa ilícitos. No hay ninguna dificultad en cuanto a las nulidades relativas. Estas siempre se pueden sanear por la voluntad de las parte, porque están establecidas exclusivamente en su favor, y sólo ellas las pueden alegar. La dificultad se refiere a las nulidades absolutas, porque estas son de orden público, estan establecidas en interés social. Las puede declarar el juez de oficio; se pueden alegar por todo el que tenga interés en ello. Puede pedir la nulidad el agente del Ministerio Público en interés de la moral y de la ley y en defensa de los menores. Entonces, como se podría sanear esta nulidad?

Para sanear o convalidar la nulidad absoluta, se necesita cuatro requisitos: que las partes conozcan bien las causas o las fuentes que produzcan esta nulidad; que tengan la voluntad o la intención de subsanarla; que la causal que produjo la nulidad ha-

ya desaparecido; y que el nuevo acto se celebre con la plenitud de los requisitos o de las formalidades legales. Por ejemplo, se podría subsanar, al desaparecer la causal de nulidad. Al salir de la impub. En primer término, es necesario saber, a ciencia cierta, cuál es la causal que produce la nulidad. Si esa causal es subsanable o insubsanable; si ha desaparecido o no. Hay que saber la manera de subsanar la causal de la nulidad anotada. Aunque sea impuber, art. 143. Esta solución, es un absurdo. No había más 2. Hay que tener intención o voluntad de ambas partes, para subsanar el vicio. Sin consentimiento de las partes, no se puede subsanar una nulidad absoluta. De allí que, para muchos juristas, esta nulidad es relativa y subsanable.

3o. La causal que produce la nulidad debe haber desaparecido. Porque si la causal existe, no se podría subsanar el acto. Por ejemplo, los actos son nulos. Este matrimonio de los dementes se podría subsanar.

4o. Por último, el nuevo acto que se celebre debe cumplir con todos los requisitos internos y externos. Es decir, la única forma de convalidar un acto nulo es la de celebrarlo nuevamente con la observancia de todos los requisitos de fondo y de forma. De otra manera, sería imposible la revalidación o convalidación de un acto nulo absolutamente. Por ejemplo el matrimonio del demente en interdicción. Para que se pueda sanear, sería menester que el juez revoque el decreto de interdicción, y que el matrimonio se vuelva a celebrar con todas las formalidades. Lo mismo debería suceder en el caso de impubertad. Para sanear este matrimonio, el impuber debe de haber salido de esa incapacidad para proceder luego a la celebración de un nuevo matrimonio válido. No hay consentimiento, como pensaba Pothier. Podría sancionarse, una vez conocido

el error. Nuestro Código, en materia de nulidad del matrimonio, sufre las más graves contradicciones, por haberse separado de la teoría general de las nulidades y por tratar de establecer una nulidad especial para el contrato del matrimonio. Según el art. 15 de la ley 57/87, en el matrimonio, hay nulidad de subsanables y nulidades insubsanables. Los impedimentos dirimentes, constituyen nulidades insubsanables. Las otras nulidades, son subsanables. Los jurisconsultos llamaron a las primeras, nulidades absolutas, y a las segundas, relativas. Pero, ahora, como se vio, ambas nulidades son subsanables. En consecuencia el art. 15 de la ley 57 del 87, debe estar modificado o derogado por el art. 2o. de la ley 50/36. Cuales serían las únicas nulidades insubsanables? Estas nulidades serían, en mi concepto, las siguientes:

1o.- La identidad de sexo. Mientras exista esta identidad, la nulidad sería insubsanable. Pero al casarse se comete el error y se cumple. Pero no se condona.

2o.- La incapacidad absoluta. Dijimos que en esta incapacidad están los impuberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender con señales inequívocas. El matrimonio de estas tres personas es nulo, por falta de capacidad y por falta de

razón. Sus actos son más que nulos, inexistentes. Pero esta nulidad se podía subsanar. La de los impuberes, por ejemplo, se podría subsanar, al desaparecer la causal de nulidad. Al salir de la impubertad, podrían celebrar nuevamente el matrimonio. Pero el error del código estriba en que esta nulidad desaparece y se subsana tácitamente, por ministerio de la ley, después de tres meses de haber salido de la impubertad o por haber concebido la mujer aunque sea impuber, art. 143. Esta solución, es un absurdo. No había matrimonio. Era inexistente, por falta de capacidad sexual y por falta de razón. Sin embargo, el código le da valor, por esta especie de ratificación tácita. De allí que, para muchos juristas y consultos, esta nulidad es relativa y subsanable.

Los dementes están en incapacidad absoluta, por falta de razón. Sus actos son nulos. Este matrimonio de los dementes se podría convalidar volviendo a celebrarlos con la observancia de los requisitos legales. Una vez que los dementes han recobrado la razón. Y si el demente se halla en intervisión, debía, para celebrar el nuevo matrimonio, pedir que se levante el decreto de interdicción. De lo contrario, se presume de derecho que está demente. El matrimonio del sordo-mudo, podrá sanearse, cuando este sordo-mudo aprenda a darse a entender por escrito. Pero nunca sanearse por el solo silencio de los contratantes, como lo da a entender el código.

30. El error en la persona física de los contrayentes constituye un caso de nulidad absoluta del matrimonio. No hay consentimiento, como pensaba Pothier. Podría sanearse, una vez conocido el error, celebrando nuevamente el matrimonio. Entonces, el código esta mal, cuando dice que esta nulidad de purga o desaparece, cuando la víctima del error, continúa en la cohabitación después de haberlo conocido. Esta es una ratificación tácita, de un matrimonio que no existe, por falta de consentimiento. En este caso el error en la persona física, sería un error impropio, porque, propiamente, no es error, sino falta de consentimiento.

40.- Los impedimentos dirimentes. Dice el Código que constituyen nulidades absolutas y que son insubsanables. De acuerdo con esto, serían insubsanables, las siguientes prohibiciones: El adulterio, el crimen de homicidio, el incesto, la bigamia, el parentesco civil y la afinidad. Sin embargo, cuando desaparezca el rigorismo del código, se podrían subsanar tres de estos impedimentos; el impedimento de crimen, el de adulterio y la bigamia. El impedimento de crimen debe limitarse al cónyuge que cometió el homicidio en la persona del otro y a su cómplice. Pero no condenar, como lo hace el código, al cónyuge criminal a un celibato perpetuo, lo cual es inhumano y pugna contra la libertad para contraer matrimonio, que es de derecho natural. El adulterio se podía subsanar, con abolición de este impedimento. Es preferible concederle-

un matrimonio al conyuge culpable, antes que permitirle que continúe en concubinato. La bigamia podía subsanarse, una vez que el primer matrimonio se haya disuelto. Es decir, una vez que haya desaparecido la causal, se puede celebrar un nuevo matrimonio.

5o. Cuando no se ha celebrado ante el juez competente los testigos hábiles, se puede sanear, una vez conocida la causal, procediendo a celebrar un nuevo matrimonio con la observancia de todas las formalidades externas, esto es, ante el juez competente y ante los testigos hábiles.

Las nulidades relativas son subsanables. El error y la fuerza se subsana por el Ministerio de la Ley, por haber vivido tres meses los conyuges sin hacer ninguna reclamación después de que han quedado en libertad, art. 145.

Se pregunta, si la nulidad puede sanearse por la prescripción? El código dice que "en todo caso puede sanearse por la prescripción extraordinaria" art. 2o. ley 50/36. En materia de matrimonio, las nulidades absolutas, no pueden sanearse por la prescripción. La regla general es que son imprescriptibles, art. 15 ley 50/87. La razón es obvia. Mientras exista la causal de nulidad, se puede pedir su declaración. Por ejemplo, el matrimonio entre hermanos. Esta nulidad no prescribiría jamás. En el caso de las nulidades relativas, la ley, apartándose del derecho común, ha establecido, plazos muy cortos para la prescripción. Esta nulidad, por ser de corto tiempo, no se suspende. Corre contra toda persona.

5.- DISOLUCION DEL MATRIMONIO

El matrimonio se disuelve de tres maneras: por la declaración de nulidad; por la muerte de uno sólo de los cónyuges; y por la muerte presunta. Y por el divorcio. Ya estudiamos lo relacionado con la nulidad del matrimonio. Según nuestro Código, el matrimonio, antes de su declaración de nulidad, se presume válido y produce todos sus efectos. Declarada la nulidad, muchos de sus efectos no son reversibles, no se pueden borrar. Entonces, la nulidad disuelve el matrimonio. Le pone fin para el futuro. Sin poder borrar todos sus efectos. Porque no es un contrato de ejecución instantánea, sino, más bien, de tracto sucesivo.

El matrimonio se contrae por toda la vida. No se contrae por determinado tiempo ni bajo condición. El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges. art. 152. En esto consiste su indisolubilidad. En condiciones normales, solo la muerte le puede poner fin.

Sobre la muerte presunta, los juristas no están de acuerdo. Unos dicen que disuelve el matrimonio. Otros sostienen que no lo disuelve. Los que sostienen esto último, afirman que el matrimonio es indisoluble, que se contrae por toda la vida. En consecuencia, no puede disolverse en vida de los cónyuges ni aún por la muerte presunta disuelve el matrimonio. La razón es obvia. El art. 152 dice que "el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges". El código no hace ninguna distinción. Se refiere a la muerte. Pero, como la muerte puede ser real o presunta, y el legislador no distingue, es natural que, de acuerdo con la ley, ambas muertes disuelven el matrimonio. La muerte presunta produce, en cuanto a los bienes del desaparecido, todos los efectos de la verdadera muerte. Se abre su sucesión. Se disuelve la sociedad conyugal. Todo el mundo puede ejercitar sus derechos, como en el caso de la muerte real. En consecuencia, la muerte presunta, los cónyuges podrían celebrar un nuevo matrimonio. ¿Qué sucede si uno de los cónyuges contrae nuevo matrimonio, después de la muerte presunta, y reaparece su cónyuge ausente. ¿Será nulo el nuevo matrimonio? El nuevo matrimonio no sería nulo, porque el matrimonio anterior se disolvió por la muerte presunta. No hay dos matrimonios. Hay uno sólo, el nuevo matrimonio. Esta solución tendría todo su valor, aunque el cónyuge reaparecido pida la rescisión del decreto que declaró su muerte presunta. Esta rescisión no tiene efecto contra los derechos adquiridos por terceros. Pero si el cónyuge declarado muerto reaparece, y el otro no se ha casado, entiendo que podría reacer su matrimonio y la sociedad conyugal, una vez restringido el decreto de la muerte presunta, por lo que el Código no lo prohíbe. Por el contrario lo autoriza, ya que no hay derecho adquirido por terceros.

Pienzan algunos que el matrimonio no consumado se puede disolver en la impotencia. Jurídicamente, la impotencia se

solver. En otros términos; que la falta de consumación anula o disuelve el matrimonio. Al respecto, el art. 1848, dice: "Si por el hecho de algunos de los cónyuges se disuelve el matrimonio antes de consumarse, podrán revocarse las donaciones que por causa de matrimonio se le han hecho en los términos de el art. 1846. Ca recerá de esta acción revocatoria el cónyuge por cuyo hecho se disuelve el matrimonio.

La opinión anterior, se funda en una falsa interpretación de el art. transcrito. Este art. no dice que el matrimonio se disuelve cuando no se ha consumado. Este art. dice que, si por culpa de una de los cónyuges se disuelve o anula el matrimonio antes de la consumación, podrán revocarse las donaciones que se hicieron por causa de matrimonio. Que el matrimonio puede disolverse o anularse antes de su consumación es evidente. Un matrimonio nulo, con impedimentos dirimentes, que se descubren antes de su consumación, puede anularse inmediatamente. Y anulado, queda disuelto. Y si uno de los cónyuges proscribió de mala fé, y, por su hecho o culpa, dió lugar a la disolución, el otro cónyuge puede revocarle las donaciones hechas por causa de matrimonio. El que procedió de mala fé, no tiene acción revocatoria. Propiamente, este art. no hacía falta. Su contenido es igual al art. 1846. La corte añade: "La falta de consumación de un matrimonio civil, no es causa que determine su disolución, pues esta sólo se produce por el hecho de la muerte de uno de los contrayentes".

Pero, si el matrimonio no puede consumarse por impotencia de uno o de ambos contrayentes, puede disolverse? La impotencia no es causa de nulidad ni causa de disolución del matrimonio. Para mayor claridad, en el matrimonio, conviene distinguir tres cosas: la diferencia de sexos, la impotencia y la esterilidad.

Ya dijimos que es de esencia del matrimonio la diferencia de sexos. El matrimonio debe celebrarse entre un hombre y una mujer. La identidad de sexos, produce la inexistencia del matrimonio. Entre nosotros, produce la nulidad, porque no está consagrada legalmente la teoría de la inexistencia. Y tanto la nulidad como la inexistencia, necesitan de declaración judicial. No pueden existir de pleno derecho, porque nadie se puede hacer justicia. Por sí mismo. Por esta razón, todo acto inexistente o nulo se presume válido y produce todos sus efectos, hasta que la nulidad se pronuncie por sentencia del juez. Sería muy raro y casi difícil la identidad sexual en el matrimonio. Cada contrayente debe demostrar su sexo con la correspondiente partida del estado civil. En dicho documento debe constar si es hombre o mujer. En el caso de la identidad sexual, faltaría también el consentimiento, porque la voluntad del hombre sería la de casarse con una mujer, y la voluntad de la mujer, de casarse con un hombre.

Más grave es la impotencia. Jurídicamente, la impotencia se

parece a la impubertad. El impuber no puede contraer matrimonio, porque no tiene capacidad sexual. El que sufre de impotencia, no puede contraer matrimonio, porque carece también de capacidad sexual. El impotente tiene un defecto orgánico y fisiológico que le impide el acto sexual. La impotencia es la incapacidad para realizar el acto sexual. En cambio la esterilidad es la incapacidad de enjendrar. El esteril puede perfectamente realizar el acto sexual, pero no puede tener hijos. En el derecho Canónico, la impotencia es causa de nulidad o disolución del matrimonio. En cambio, la esterilidad no constituye ningún impedimento. Tanto la impotencia, como la esterilidad, deben ser anteriores al matrimonio. La impotencia posterior, no disuelve el matrimonio. En el derecho Civil, el Código de Napoleón guardó silencio sobre la impotencia. La doctrina ha considerado este silencio como una negación. La impotencia no es causal de nulidad del matrimonio. El mismo silencio, guarda nuestro Código. Para asegurar la firmeza del matrimonio y para evitar los procesos escandalosos del derecho antiguo sobre la impotencia, por la dificultad de su prueba, el legislador prescindió de la impotencia como impedimento del matrimonio.

DEL DIVORCIO

1.- CONCEPTO Y GENERALIDADES

La palabra divorcio viene del latín *divortius*, que quiere decir separación. Cuando dos cosas unidas se separan, se dice que se han divorciado. En consecuencia, el divorcio, en términos generales, es la separación de los cónyuges. Los cónyuges, unidos por un matrimonio válido, al divorciarse se separan.

El divorcio puede ser perfecto e imperfecto. El divorcio perfecto, *quod ad vinculum*, consiste en la disolución de un matrimonio válido por sentencia del juez. Este divorcio rompe el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en libertad para contraer un nuevo matrimonio. El divorcio imperfecto, *quod thorum et cohabitationes*, suspende la vida común de los casados. Este divorcio, que se llama también separación de cuerpos, no destruye el vínculo, lo debilita, sin romperlo, suprimiendo la vida común, por sentencia del juez y por causas determinadas por la ley.

Nuestro código llamaba divorcio a la simple separación de cuerpos. El divorcio perfecto no existía. Ahora existen, como cosas distintas, el divorcio y la separación de cuerpos. Por esta razón el epígrafe del título VII del libro 1.º del Código Civil es "DEL DIVORCIO Y DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS". En el Derecho Canónico, no se habla de divorcio. El divorcio perfecto o pleno, lo llama disolución del vínculo, y al imperfecto o semi-pleno, lo llama separación de lecho, mesa y habitación o, simplemente, separación de cuerpos.

En consecuencia, las causas de disolución o disgregación de la familia, fuera de la muerte y de la nulidad del matrimonio, son tres: el divorcio, la separación de cuerpos y la separación de hecho. El divorcio, como se dijo, es la ruptura del vínculo matrimonial. La separación de cuerpos es la suspensión de la vida común de los casados. La separación de hecho se perfecciona por la simple voluntad de los cónyuges que convienen en vivir separados. El divorcio y la separación de cuerpos constituyen estados de derecho. Existen por sentencia judicial, a petición de ambos cónyuges o uno de ellos, por causas determinadas por la ley. La simple separación es un estado de hecho, al margen de la ley. La simple separación por este aspecto, se parece al concubinato. En el concubinato, la unión es un simple hecho, y la separación también es un hecho que pone término a la vida común.

El interesante tema del divorcio ha ocupado la atención de sociólogos, psicólogos, novelistas y juristas a través de toda la historia. Unos son partidarios del divorcio y otros lo reprueban; es maldecido por unos, bendecido por otros; hay quienes lo vitu-

peían como pasión ciega, y quienes hacen su apología con desmedido entusiasmo. Al tiempo que constituye un escándalo para muchos, representa la más auténtica virtud para otros. Para resolver este problema, es necesario hacer un estudio concienzudo e imparcial, para llegar a la conclusión si se debe aceptar o prohibir el divorcio.

En la Revolución Francesa, el matrimonio se secularizó. Fue considerado como un contrato. En consecuencia, los antiguos usaron y abusaron del divorcio. En un principio, existió el repudio. En fuerza de un exagerado concepto de la potestad marital, el marido por un acto unilateral, podría repudiar a su mujer. Se encuentra este divorcio en el derecho hebreo, en el islámico y en el germánico. Los romanos también conocieron el divorcio. En un principio, lo practicaron en forma de repudio. Después, cuando se corrompieron las costumbres, por obra de las conquistas y de las riquezas adquiridas, los romanos se divorciaron por mutuo consentimiento. El divorcio acabó con el matrimonio. Fue la ruina de la familia y la causa de la decadencia del Imperio romano. Según una inscripción de Pompeya, una mujer lloraba la muerte de un undécimo marido. En cinco años, una mujer había tenido ocho maridos, según refiere Juvenal.

Justiniano abolió el divorcio por mutuo consentimiento. Pero fue restablecido por su sucesor, Justino II. Este Código es una obra de conciliación entre los principios antiguos y los modernos. Este divorcio antiguo, se practicaba por el sólo capricho de los contrayentes, no tenía causas consagradas por la ley, y, por lo mismo, no intervenía la justicia.

La indisolubilidad del matrimonio, tampoco se conocía en el derecho antiguo. Fue la Iglesia católica la abanderada exclusiva de este principio. Para imponerlo, le tocó luchar contra las costumbres orientales, romanas y germánicas. "Quien repudiare a su mujer y tomare otra, comete adulterio". (San Marcos X. 11). Los concilios, los filósofos y los canonistas defendieron este principio. Dijeron que "lo que Dios unió, el hombre no puede separar". Sólo la muerte, puede disolver el matrimonio. "El matrimonio válido, rato y consueudo, no puede ser disuelto por ninguna potestad humana, por ninguna causa", canon 1118. Como de hecho existían muchos matrimonios desunidos por causas gravísimas, la Iglesia estableció la separación de cuerpos, que no es otra cosa que la dispenza de la obligación de vivir juntos. Una simple separación de cuerpos no impide la vida común, pero sin derecho a contraer nuevo matrimonio. Las causas para esta separación, las consagra la ley, y es la justicia la que decreta la separación de cuerpos.

El principio de la indisolubilidad, fue combatido por todos los enemigos de la Iglesia. Todos los que tenían interés en liberarse de sus matrimonios, entraron en la lucha, incluyendo reyes

, principes y políticos. Las tendencias individualistas, en nombre de la libertad, proscribieron este principio de la indisolubilidad. La reforma estableció el divorcio en todos los países protestantes. Los filósofos del siglo XVIII, como Rousseau, Voltaire y Montesquieu condenaron la indisolubilidad. Los adversarios de la Iglesia, triunfaron en la Revolución Francesa. El matrimonio se secularizó. Fue considerado como un contrato. En consecuencia, los cónyuges, libres para unirse, quedaron libres también para separarse. Se admitió el divorcio por causa determinadas y por el mutuo consentimiento. Si el matrimonio se forma por el mutuo consentimiento, puede deshacerse, de igual modo, por el mutuo consentimiento. Admitido el divorcio, sobre la separación de cuerpos. En consecuencia, fue suprimida. En alabanza del divorcio, se llegó a decir que era "el Dios tutelar del himeneo". (Chamette). Sin embargo, no sucedió así. La ley abrió las puertas del abuso. Vino la locura del divorcio. La sociedad se lanzó al fango. En París, se llegó a contar un divorcio por cada tres matrimonios. En esta época, vieron renovados los abusos que soportó Roma en el Bajo Imperio. Espantados los legisladores, trataron de corregir este mal. Pero fue imposible detener "este torrente de inmundicia", como dice Mailhe.

El problema de la indisolubilidad fue estudiado detenidamente por los redactores del Código de Napoleón. Este Código es una obra de conciliación entre los principios antiguos y los nuevos. Precisamente, ese espíritu de conciliación es lo que caracteriza siempre a esta obra inmortal. Sin embargo, el Código no suprimió el divorcio. Muchos han dicho que su conservación se debe al influjo de Napoleón. Pero esto no es cierto. En ese tiempo, Napoleón no pensaba divorciarse de Josefina de Beauharnais. Por el contrario, calificó el divorcio, "Como la más funesta de las modas". No quiso admitir a las mujeres divorciadas en las reuniones oficiales. Fue mucho después que cambió de opinión. Los redactores del Código francés, tampoco fueron partidarios del divorcio. Ellos conocían todos sus peligros. Vivieron la experiencia de la Revolución. Se refirieron al escándalo de esos divorcios continuos "que han estado a punto de transformar el matrimonio en una suerte de concubinato confesado". En contra de su modo de pensar, admitieron el divorcio, para no retroceder, para no hacer una obra reaccionaria, para no oler a noho, como se decía en esa época. La experiencia demuestra que, establecido el divorcio, el legislador no podrá volver atrás. El miedo político, será decisivo. Sin embargo, el Código de Napoleón reaccionó contra la anarquía de la familia. Trató de prevenir los abusos. En principio, el matrimonio es perpetuo. El divorcio es una excepción para casos extremos. Se admitió las dos formas de divorcio: por mutuo consentimiento, y por voluntad de uno solo de los cónyuges. El divorcio por mutuo consentimiento, tiene muchos obstáculos y requisitos que impiden su frecuencia. El divorcio por voluntad unilateral,

se concede por causas muy graves y muy restringidas. Se restableció la separación de cuerpos, para los cónyuges que no quieran divorciarse, pero que no pueden continuar su vida común. Esta separación de cuerpos es la antesala del divorcio. Según el código, se puede convertir en divorcio a petición del cónyuge contra quien se ha pronunciado la separación.

Conviene recordar que el divorcio engendrado por la revolución, se hundió con ella, con la vuelta de los Borbones y el restablecimiento de la monarquía. La ley de 8 de mayo de 1.816 suprimió el divorcio. Dejó, en cambio, vigente la separación de cuerpos. La supresión del divorcio existió en Francia, hasta el advenimiento de la famosa Ley Maquet de 27 de julio de 1.884, que lo restableció. En la actualidad, casi todos los Estados han consagrado el divorcio. El fin de no dejar frustrados los anhelos

Colombia aprobó el divorcio en 1.853, en virtud de la ley 20 de junio de ese mismo año. El artículo 30 decía: "El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, o por divorcio legalmente decidido". Eran causales, el delito de uno de los cónyuges cometido en perjuicio del otro, y el mutuo consentimiento. Eran delitos el adulterio de la mujer y el amancebamiento del marido, las injurias, los malos tratos y las sevicias, si ponían en peligro la vida de los cónyuges o se hacía imposible la paz y el sosiego domésticos, y el abandono por más de tres años. Para que el divorcio por mutuo consentimiento prosperara se requería que el esposo fuera mayor de veinticinco años y la mujer mayor de veintiuno, pero menor de cuarenta; que no hubieran transcurrido ni menos de dos años ni más de veinte desde la época de la celebración del matrimonio y, por último, que los padres de los cónyuges no se opusieran.

Esta ley, que además del divorcio vincular, estableció el matrimonio civil obligatorio y que fue promulgado durante los primeros días de gobierno del General José María Obando quien recibía el poder en una época de agitación religiosa, fue derogada parcialmente, esto es, solo es la parte pertinente al divorcio, por otra del 8 de abril de 1.856 que dispuso: "El matrimonio solo puede disolverse por la muerte de alguno de los cónyuges; todo pacto en contrario es nulo", aprobada durante el gobierno de Manuel María Mallarino.

Aunque la obligatoriedad del matrimonio civil quedó vigente, el sistema matrimonial debió someterse a la profusa y diversa tarea legislativa que emprendieron los distintos Estados a partir de la Conferencia Grandina y de la Convención de Montevideo. El Estado de Guadalupe adoptó en 1.859 el Código Civil Chileno que proyectara don Andrés Bello, inspirado, entre otras, en el Código de Napoleón de 1803 y en las obras de Domat y Pothier. Es

te código fue sancionado como civil de la nación mediante la ley 84 de 1.873 y adoptado como Código de la República de Colombia por la ley 57 de 1.887. Los artículos 152 y 155 de esta obra hacen por tierra los estatutos de los Estados de la Federación que habían aprobado el divorcio en sus legislaciones particulares

Vino posteriormente el concordato (L. 35 de 1.888) a establecer el matrimonio religioso obligatorio para los católicos y a dotar de la plenitud de efectos civiles a los matrimonios celebrados de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento; la ley 54 de 1.924 (Ley Concha), que dispuso la apostasía previa como requisito para que los católicos pudieran contraer matrimonio civil; el concordato de 1.973 no exige la apostasía, y, la ley 1a. de 1.975 que aprobó el divorcio vincular. El Presidente López Michelsen, con el fin de no dejar frustrados los anhelos del pueblo Colombiano, que confió en su promesa solemne, estableció el divorcio vincular con un sinnúmero de errores que lo privan de un homenaje cálido y ferviente que toda nación esta obligada a tributar cuando las leyes se dictan pensando en el bienestar de las familias y no por intereses electoreros.

1.2.- Formas de Divorcio. El divorcio, en sus distintas manifestaciones a través de los tiempos, ha revestido las siguientes formas: el repudio, el divorcio por voluntad unilateral y por mutuo consentimiento, el divorcio como remedio y el divorcio como sanción.

1.2.1.- EL REPUDIO.- En un principio, únicamente el marido podía repudiar a su mujer. Este repudio, como se dijo, se fundaba en un concepto exagerado de la potestad marital. Se practicó en los pueblos primitivos, en el hebreo, en el islámico y en el germánico.

1.2.2.- EL DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL.- Del marido, - pasó el repudio a la mujer. Ella también podía repudiar a su marido cuando tuviera a bien. En este estado, cada uno de los cónyuges podía recobrar su libertad cuando quisiera. Este matrimonio no se diferenciaba de la unión libre. Lo consagró el Código Soviético de 1.918. Terminaba por la declaración de uno de los cónyuges ante el encargado del registro civil.

1.2.3.- DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.- Se considera el matrimonio como un contrato común. Si el contrato nace del mutuo consentimiento, en la misma forma, se deshace, por el mutuo consentimiento, mutuo disensus. Si la voluntad de los contrayentes tiene también el mismo poder para destruirlo. Sin embargo, conviene saber que el matrimonio no es un simple contrato de derecho privado. En consecuencia, no está gobernado exclusivamente por la voluntad de los contrayentes. Es un contrato de derecho de familia que está regido, en su mayor parte, por disposiciones de or-

te código fue sancionado como civil de la nación mediante la ley 84 de 1.873 y adoptado como Código de la República de Colombia por la ley 57 de 1.887. Los artículos 152 y 153 de esta obra hechan por tierra los estatutos de los Estados de la Federación que habían aprobado el divorcio en sus legislaciones particulares

Vino posteriormente el concordato (L. 35 de 1.888) a este - blecer el matrimonio religioso obligatorio para los católicos y a dotar de la plenitud de efectos civiles a los matrimonios celebrados de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento; la ley 54 de 1.924 (Ley Concha), que dispuso la apostasía previa como requisito para que los católicos pudieran contraer matrimonio civil; el concordato de 1.973 no exige la apostasía, y, la ley 1a. de 1.975 que aprobó el divorcio vincular. El Presidente López Michelsen, con el fin de no dejar frustrados los anhelos del pueblo Colombiano, que confió en su promesa solemne, estableció el divorcio vincular con un sinnúmero de errores que lo privan de un homenaje cálido y ferviente que toda nación esta obligada a tributar cuando las leyes se dictan pensando en el bienestar de las familias y no por intereses electoreros.

1.2.- Formas de Divorcio. El divorcio, en sus distintas manifestaciones a través de los tiempos, ha revestido las siguientes formas: el repudio, el divorcio por voluntad unilateral y por mutuo consentimiento, el divorcio como remedio y el divorcio como sanción.

1.2.1.- EL REPUDIO.- En un principio, únicamente el marido podía repudiar a su mujer. Este repudio, como se dijo, se fundaba en un concepto exagerado de la potestad marital. Se practicó en los pueblos primitivos, en el hebreo, en el islámico y en el germánico.

1.2.2.- EL DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL.- Del marido, - pasó el repudio a la mujer. Ella también podía repudiar a su marido cuando tuviera a bien. En este estado, cada uno de los cónyuges podía recobrar su libertad cuando quisiera. Este matrimonio no se diferenciaba de la unión libre. Lo consagró el Código Soviético de 1.918. Terminaba por la declaración de uno de los cónyuges ante el encargado del registro civil.

1.2.3.- DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.- Se considera el matrimonio como un contrato común. Si el contrato nace del mutuo consentimiento, en la misma forma, se deshace, por el mutuo consentimiento, mutuo disensus. Si la voluntad de los contrayentes tiene también el mismo poder para destruirlo. Sin embargo, conviene saber que el matrimonio no es un simple contrato de derecho privado. En consecuencia, no está gobernado exclusivamente por la voluntad de los contrayentes. Es un contrato de derecho de familia que está regido, en su mayor parte, por disposiciones de or -

den público, que limitan la autonomía de la voluntad de los contrayentes. Además, el matrimonio es un contrato especialísimo. Sus elementos esenciales y sus fines, son distintos de los demás contratos.

1.2.4.- EL DIVORCIO COMO REMEDIO.- Ciertas enfermedades de alguno de los cónyuges o de ambos autorizan el divorcio, como la demencia, el alcoholismo, el uso de drogas heroicas, la tuberculosis, la sífilis, la histeria, la epilepsia, la lepra. etc. En estos casos, la vida de los cónyuges se torna muy difícil. Entonces, el divorcio se considera como un remedio para ponerle fin al matrimonio de estas personas desgraciadas.

1.2.5.- EL DIVORCIO COMO SANCION.- Sucede algunas veces que la vida común de los casados se hace imposible. Se ha roto la armonía y la paz del hogar. Los cónyuges se han convertido en dos enemigos irreconciliables. Para estos casos graves, se ha propuesto el divorcio como una sanción para el cónyuge culpable. Este divorcio es el que más se justifica y es el más común en las legislaciones; es el más restrictivo en sus causales para que no se haga frecuente y es el que tiene más defensores.

1.3.- Conveniencia e importancia del Divorcio. Sobre el divorcio vincular, los jurisconsultos no están de acuerdo: unos son defensores del divorcio, otros lo impugnan.

Los defensores del divorcio, fuera de muchas razones, tienen dos argumentos a su favor y que se han hecho famosos por su autoridad: el argumento de Planiol y el argumento de Josseland. Planiol, dice: "Indudablemente el matrimonio se concierta para la vida. Para una unión a perpetuidad es que los esposos se comprometen; pero quien dice perpetuidad no dice indisolubilidad. A veces la vida en común se hace imposible, el hogar un foco de desorden, una causa permanente de escándalos. Es un mal que resulta de las pasiones y de las debilidades humanas. Se produce así una situación de hecho que el legislador está obligado a tener en cuenta, como responsable del orden y de las buenas costumbres, es necesario que intervenga. ¿Cuál es el remedio? Los unos dicen: La separación de cuerpos, es suficiente; si la vida en común es la causa del mal, hay que romperla por un procedimiento legal y permitir a los esposos vivir bajo un régimen de separación. El remedio es insuficiente. Sin duda la separación de cuerpos hace desaparecer el inconveniente de la vida común, suprimiendo el hogar, se suprimen las causas directas de resentimientos, pero queda subsistente el matrimonio. Los dos esposos vivirán separados, pero quedarán casados; el vínculo del matrimonio queda solamente aflojado, no está roto. Y resulta que los esposos no siendo libres, no pueden volver a casarse y crear una nueva familia; sus existencias están sacrificadas sin esperanza. Se encuentran conde-

nados a un celibato forzoso, lo que amenaza a incitarlo a un concubinato adúltero. La separación de cuerpos hace desaparecer el mal, pero lo reemplaza por otro. Después de la separación, los esposos pueden hacerse tanto mal como antes, que de otro modo. Siendo la causa del mal el matrimonio, es este el que hay que romper, y no solamente la vida común. El único remedio eficaz es el divorcio. Para establecer la paz hay que quedar cada uno en libertad, como antes del matrimonio. La ventaja del divorcio es hacer posible otro matrimonio a los esposos desunidos. El divorcio es un mal necesario, porque es el remedio de un mal mayor. Planet. Tratado Elemental. Tom. I, No. 1145.

Josserand, dice: Que, cuando "la vida común se hace intolerable a los esposos, transformándose en enemigos, sería cruel sujetar a la misma cadena dos seres que se desprecian o que se aborrecen, porque en tal caso se convertiría el matrimonio en una cadena de forçados en el sentido literal de la palabra; la unión ya no es posible ni aún nominalmente entre la mujer honrada y el marido condenado por robo o por traición, como tampoco entre el hombre honrado y la mujer que, caída en el último grado de la abyección, prostituida, deshonor y ridiculiza a su marido. En tal caso, no hay más que el divorcio". Josserand, Derecho Civil, Tom. I No. 907.

Es más importante el divorcio, se dice, porque es el único remedio de un mal gravísimo: porque termina para siempre con una situación insostenible y desgraciada y les brinda a los cónyuges la oportunidad de un nuevo y mejor matrimonio para rehacer su vida, conseguir su felicidad y reconstruir su hogar.

El hombre, cuando busca su necesario complemento en su semejante, raciocina, piensa, medita, obra mediante movimientos voluntarios, discrimina; esto le permite escoger entre muchas o muchos, con lo cual se diferencia profundamente de los animales que solo tienen sus relaciones en forma fugaz y sin que medie fuerza alguna al instinto.

Pero también sabemos que el hombre es mutable, es falible, que por esencia se equivoca a cada momento, con lo cual se diferencia por Dios.

Cuando el hombre se equivoca en la escogencia de su compañero o ésta en la escogencia de su compañero, entran de hecho a sufrir una tremenda tragedia; han llegado a labrarse su propio infortunio. Ya no es la paz familiar la que los espera, es la destrucción de la familia; no es ya la ambicionada felicidad lo que los aguarda, es el hogar y la angustia lo que los llama.

Los matrimonios felices, las familias dichosas nada tienen-

que temer a la disolubilidad, al divorcio. Ellos mismos hacen indisoluble la unión; la hacen eterna. Porque el amor impera; porque la felicidad se impone; porque la comprensión domina. Esa es la indisolubilidad sana, moral, bella. La otra es insana, inmoral, asquerosa.

Bertrand Russell también nos dice algo muy importante sobre el particular. "El amor solo puede florecer mientras es libre y espontáneo, el pensamiento de que es obligatorio lo mata. Decirle a uno que su obligación es amar de tal o cual modo, es el medio más seguro de inducirle a odiar".

Viene ahora lo que podríamos llamar la parte más afectada con el divorcio, y lo que más espaviento y escándalo produce a quienes lo impugnan: los hijos. Nadie osará decir que no son éstos los que llevan la peor parte. Si solo cuentan con la edad de la infancia, serán testigos mudos e inocentes de las disputas implacables, de los tratos soeces, de los reproches que recíprocamente se hacen sus padres.

Si son ya adolescentes, tendrán que presenciar atónitos el cuadro impío y horripilante de los golpes, los insultos y las reprimendas de sus progenitores. No tendrán en éstos el cariño y el afecto fraternales; solo podrán brindar a sus hijos el pánico, la angustia y el desorden.

Es que el divorcio no se pide porque se desea, se pide porque se necesita; no se acude a él porque sea bueno, se lo solicita porque es mal menor que la desdicha irremediable; irremediable por la indisolubilidad. Donde el sentimiento de familia es fuerte, el divorcio será, por comparación, raro, aunque legalmente sea fácil.

El divorcio es como una droga amarga y nauseabunda que debemos ingerir, por ser la única terapéutica para un tremendo mal. Terapéutica que deberá ser aplicada no de cualquier manera, sino en una forma inteligente y científica para que produzca los efectos que se esperan, se requieren y se desean.

Cuando los hijos son fruto de la alegría y de la satisfacción mutua, puede amárseles de un modo más saludable y robusto, más acorde con los fines de la naturaleza, más sencillo y directo, y sin embargo, más altruista y fecundo que el de los padres ansiosos, famélicos, que arrebatan a los jóvenes indefensos pedazos de aquellas satisfacciones que el matrimonio les negó, con lo cual corrompen el espíritu infantil y sientan las bases de iguales perturbaciones para la generación siguiente. Temen el amor es te en la vida, y los que temen la vida ya están medio muertos. Es indudable que las disputas graves entre los padres son-

causa muy frecuente de desórdenes nerviosos de los hijos; por tanto, debe hacerse todo lo necesario para impedir las querellas domésticas. Cuando uno de los dos cónyuges no tiene bastante dominio para impedir que las discusiones lleguen a noticia de los hijos, valdría más que el matrimonio se disolviese. Desde el punto de vista de los hijos, la disolución del matrimonio no es siempre lo peor que puede suceder; de seguro que no es tan deplorable espectáculo como el de las voces destempladas, acusaciones furiosas y tal vez el de los golpes, que muchos niños contemplan en hogares infelices.

El divorcio es una vía de escape de un estado conyugal morboso cuya etimología no se reduce a la realización de una conducta prohibida que generalmente no es otra cosa que la manifestación aparente de un problema de dimensiones complejas. En el fracaso conyugal influyen multitud de factores anteriores y concomitantes a los síntomas, que dejan entrever una situación de crisis. Sin embargo, nuestro régimen se conforma con tipificar algunos de esos síntomas sin profundizar en la verdadera naturaleza de los problemas. Actualmente basta, verbo y gracia, demostrar que la mujer cometió adulterio para que se decrete el divorcio por su culpa. No existe, en nuestro sistema de divorcio un verdadero desarrollo de las circunstancias atenuantes y eximentes de la responsabilidad, de las causas de justificación y de los motivos de exculpación. En nuestro derecho si hay adulterio hay culpa y si hay culpa hay divorcio.

2.- CAUSAS DEL DIVORCIO

Si bien el divorcio se ha establecido como un derecho, los Estados le han brindado una reglamentación que se traduce en requisitos y formalidades y, principalmente, en el hecho de que las personas que deseen divorciarse deban invocar una causal. Nuestro Código Civil establece nueve causales que justifican la disolución del matrimonio civil:

2.1.- Relaciones sexuales extra-matrimoniales. Esta es la primera causal de divorcio, tanto para el marido, como para la mujer. El Código, con mayor claridad, se refería, en el art. 154, al adulterio de la mujer y al amancebamiento del marido. Fue el art. 40. del Decreto 2620 de 1974 que, por razones de igualdad civil de las personas, estableció, por primera vez que "las relaciones sexuales extra matrimoniales de cualquiera de los cónyuges serán causa de divorcio". El mismo principio reprodujo la ley 1a. de 1976, en el art. 154 del Código.

Esta causal de divorcio es universal. Existe en todas las legislaciones. Cuando el marido o la mujer tienen relaciones sexuales fuera del matrimonio, incurrir en esta causal. Los elemen-

tos se requieren para que exista esta causal: uno material y otro psicológico. El hecho o material consiste en las relaciones sexuales. El hecho psicológico consiste en la intención de cometer el acto sexual. Cuando falta uno de estos elementos, no hay adulterio, no hay relaciones sexuales fuera del matrimonio. En consecuencia, los actos preparatorios, la intimidad, la desmedida confianza, la tentativa, no constituyen relaciones sexuales. Tampoco hay relación sexual, cuando al acto se llega por medio de la violencia o por sugestión hipnótica.

La ley sanciona las relaciones sexuales fuera del matrimonio con el divorcio, por tres razones: Porque los cónyuges se obligaron recíprocamente a guardarse fidelidad. Esta obligación es tanto para el marido, como para la mujer. Precisamente, las relaciones sexuales fuera del matrimonio violan la obligación de fidelidad. Las relaciones sexuales constituyen una ofensa gravísima contra la honra y la dignidad del otro cónyuge, sea el marido o la mujer. Por último, porque dichas relaciones sexuales vician la fuente de la generación legítima. Exponen al marido a aceptar una paternidad que no es la verdadera, en perjuicio de los derechos hereditarios de sus propios hijos. A su vez, el marido que comete una infidelidad, se hace responsable de la paternidad del hijo, en perjuicio de los derechos hereditarios de los hijos del matrimonio.

Por excepción, estas relaciones sexuales no constituyen causal de divorcio, cuando el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado. El demandante que ha consentido o facilitado las relaciones, se hace culpable y no podría invocar su propia culpa, su propia indignidad, como causa de derechos. Habría una especie de compensación de culpa entre el demandante y el demandado. Si el demandante ha perdonado la falta, el perdón pone fin al divorcio.

Si uno de los cónyuges del bra un nuevo matrimonio, estando vigente el anterior, la ley presume relaciones sexuales. Se supone que el fin, del propósito del matrimonio es su consumación por medio del acto sexual. En consecuencia, todo matrimonio, cualquiera que sea su forma, sea civil o católica, sea eficaz o nulo, conlleva relaciones sexuales. Por estas razones, por lo que ordena la ley, la ley presume siempre esas relaciones. Pero esta presunción no es de derecho, como parece. Es una simple presunción legal, que admite prueba en contrario, cuando el segundo matrimonio no se ha consumado. Un matrimonio celebrado por poder, antes de la unión sexual de los cónyuges, no se puede afirmar que se presumen esas relaciones, porque se trata de un hecho imposible. Un colombiano se casa por poder en el Japón, no se puede presumir relaciones sexuales mientras los cónyuges no lleguen a unirse y se hagan posibles esas relaciones.

2.2.- Incumplimiento grave e injustificado de los deberes de marido y de esposa. El Código se refiere al absoluto abandono de los deberes. La legislación actual dice grave e injustificado incumplimiento. La redacción no ha mejorado en nada. Siempre se distinguirá cuando el abandono es grave para que constituya causal de divorcio. En tal forma, que no se trata de cualquier abandono. El abandono debe ser grave e injustificado. Si el abandono es grave, si el abandono es leve, si el abandono se justifica no hay divorcio. El marido, por el matrimonio contrae dos obligaciones, para con la mujer y para con los hijos. En igual forma, la mujer también contrae dos obligaciones, para con su marido y para con sus hijos. El abandono grave e injustificado de alguno o algunos de estos deberes legales, da derecho para solicitar el divorcio. El abandono será grave, cuando las obligaciones que nacen del matrimonio no se cumplen. Es imposible que se cumplan. Pero si el abandono es temporal y resulta posible que se reanude el cumplimiento de las obligaciones, el abandono no es leve y no puede ser causa de divorcio. En todo caso, queda al prudente arbitrio del juez determinar en cada caso, cuando el abandono es grave e injustificado. El abandono es una falta grave. En consecuencia, debe ser imputable al cónyuge culpable. Si la mujer, maltratada por su marido, deja su casa, para que su vida no corra peligro, no comete abandono. El abandono se justifica. Si el marido, por falta de recurso, por falta de trabajo deja de cumplir con sus obligaciones conyugales, no comete abandono. Al demandado le tocaría demostrar, por vía de excepción, que el abandono no es grave o que el abandono se justifica, demostrando la causa.

2.3.- Los ultrajes, el trato cruel, y los maltratamientos de obra. Cualquiera de estas tres causales justifica el divorcio. No es necesario la concurrencia de todas. Estas tres causales de divorcio sirven tanto para el marido como para la mujer. Comprende estas tres causales el mal trato, tanto de palabra como de obra. Los ultrajes pueden ser de palabra, el trato cruel y el maltratamiento puede ser de obra. En todos estos casos, demuestran la violación de las obligaciones que nacen del matrimonio. Ponen de manifiesto la indignidad o la maldad, la sevicia del cónyuge responsable. Para obtener el divorcio, no sólo se ha de probar los ultrajes, el trato cruel o los maltratamientos. Es necesario demostrar también que estos hechos graves ponen en peligro la salud, la integridad corporal o la vida de uno de los cónyuges o de sus descendientes o hacen imposible la paz y el sociológico doméstico. Cualquiera de estas cosas, dan derecho para pedir el divorcio. Lo mismo se aplica a los descendientes. Se entiende que estos descendientes son los que viven dentro del hogar doméstico de los cónyuges. Pueden ser del marido o pueden ser de la mujer.

Algunos afirman que los ultrajes y los maltratamientos deben

ser frecuentes. Este término no lo consagra la ley. Sin embargo, el Código habla en plural: ultrajes y maltratamientos. En consecuencia, dos ultrajes y maltratamientos serían suficientes para justificar el divorcio, cuando sean graves. No obstante, el juez debe tener cierta libertad para apreciar la gravedad indiscutible, contra la vida, contra la integridad corporal, puede ser suficiente para el divorcio.

Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos deben ser personales. Cuando son obra de un tercero, de un ascendiente, descendiente o hermano, o de un extraño, no serían imputables ni podrían atribuirse a una violación de las obligaciones y deberes conyugales. Pero, si se demuestra que uno de los cónyuges se ha servido de un tercero para agredir a su cónyuge, entonces, esta agresión o ultraje, sería imputable y causa suficiente para pedir el divorcio. Los ultrajes, el trato cruel y el maltratamiento de obra, son hechos graves e ilícitos. En consecuencia, para que sean imputables, a uno de los cónyuges, tienen que ser intencionales, es decir: voluntarios, conciente y libres. Una herida involuntaria, no constituiría maltratamiento de obra ni trato cruel. Los ultrajes del cónyuge demente, el trato cruel y el maltratamiento de obra, no podrían entrar en esta causal.

La ley no ha enumerado los ultrajes, el trato cruel y el maltratamiento de obra. En cada caso, el juez debe apreciarlo según su prudente arbitrio. La injuria, la calumnia, los atentados contra la vida, la salud, la integridad corporal, funcional o psíquica, pueden configurar esta causal. Negarse a cumplir, sin justa causa, con los deberes del matrimonio, puede constituir ultraje, trato cruel o maltratamiento de obra. Por ejemplo, no suministrar los alimentos necesarios para la mujer y los hijos.

El juez debe apreciar los ultrajes en forma relativa, teniendo en cuenta las circunstancias, el grado de cultura y la posesión social de los cónyuges. Ultrajes, insultos que, entre gentes de poca cultura y de baja posesión social, no tienen ninguna importancia; en cambio, estas mismas expresiones y estos mismos ultrajes, entre gente de mayor cultura y de mejor posesión social, pueden ser grave y hacer imposible la paz y el sociológico doméstico.

2.4.- Embriaguez habitual de uno de los cónyuges. - La embriaguez habitual, sea de la mujer o del marido, es causa de divorcio. Esta causal estaba consagrada en el Código. La ley ha reproducido exactamente. Ley 1a. de 1976. Esta causal es propia de nuestro Código. En otras legislaciones, como la francesa, no existe.

La embriaguez habitual, crónica, es un vicio, una enfermedad. Produce un escándalo social. Es causa de una injuria grave.

para la dignidad del otro cónyuge y un mal ejemplo para los hijos. Puede llegar a ser un peligro para la vida del otro cónyuge y un fastidio permanente para el hogar. Si la embriaguez es ocasional, temporal o periódica, no puede ser causa suficiente de divorcio.

2.5.- Uno habitual de sustancias estupefacientes. La ley habla de sustancias alucinógenas o estupefacientes. El término alucinógeno puede ser técnico, pero no es castizo. El término es alucinante. Entonces, bastaría referirse a los estupefacientes, como lo hace el código del Perú. Además, estimo que los alucinantes en nada se distinguen de los estupefacientes. Esta causal no existía en el Código. Ella es propia de la Ley.

Los estupefacientes son sustancias narcóticas, nocivas para la salud. Hacen perder la sensibilidad y producen la ilusión de un bienestar físico. Estas sustancias tóxicas y degenerativas están prohibidas en todo el mundo. Nuestro Código Penal prohíbe la venta de sustancias narcóticas y el uso de drogas heróicas, estupefacientes arts. 270 y 271: Estas sustancias están fuera del comercio por las graves consecuencias que producen para el hombre y para la raza.

El consumo de estas drogas, se ha generalizado mucho en estos tiempos. Para que constituya una causal de divorcio, el uso debe ser habitual y compulsivo. El uso habitual constituye un vicio, una enfermedad. El uso compulsivo es el obligatorio, el hábito ilícito, puede ser peligroso para el otro cónyuge y para la familia. Un mal ejemplo para los hijos. En todo caso, incompatible con la dignidad y la paz del hogar.

Algunos estupefacientes pueden ser benéficos para la salud. Pero su uso solo se justifica por prescripción médica. Cuando el uso es ocasional, temporal o por prescripción médica, no produce vicio ni intoxicación. En tal virtud, no puede ser causal de divorcio. Estas sustancias tóxicas, narcóticas o alucinantes, cuyo comercio está prohibido, son el opio, la morfina, la cocaína, la marihuana, etc.

2.6.- Las Enfermedades o anomalías. Nuestro código es el único que ha consagrado las enfermedades como causal de divorcio, Ley la. de 1.976. No existió en el derecho antiguo. Ulpiano y Pothier no fueron partidarios. Las Partidas decían que los cónyuges no deben divorciarse por causa de enfermedad, porque están obligados a guardarse la fe y la lealtad que se prometieron en el matrimonio. En Francia, por ejemplo, no existe la demencia como causal de divorcio. En cambio, la admitió el código alemán, pero por una exigua mayoría de votos. El código actual del Perú corrigió el error, y la demencia no es allí causal de divorcio. Nuestro código, con más razón y con un sentido más humano, había es-

tablecido que "la demencia, la enfermedad contagiosa y cualquier otra desgracia semejante en alguno de los cónyuges no autoriza el divorcio, pero podrá el juez, con conocimiento de causa, y a instancia de otro cónyuge, suspender breve y sumariamente, en cualquiera de dichos casos, la obligación de cohabitar, quedando sin embargo subsistentes las demás obligaciones conyugales para con el esposo desgraciado", art. 155. La disposición transcrita la creo nuestro Código como suficiente para proteger la salud del otro cónyuge, para prevenir el contagio, para evitar la transmisión de una enfermedad hereditaria y para defenderlo del horror o repugnancia que le podía causar la cohabitación en el cónyuge enfermo.

Ahora, nuestro Código establece como causal de divorcio, "toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o psíquica de uno de los cónyuges que ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial".

Ya se dijo que había dos clases de divorcio: divorcio sanción y divorcio remedio. El primero es el más común. Existe en todas las legislaciones, como sanción, por faltas graves cometidas por uno de los cónyuges contra el otro. El divorcio como remedio, para librarse el cónyuge enfermo, ha sido rechazado por casi todas las legislaciones. Los cónyuges se obligaron por el matrimonio a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida, art. 176. En consecuencia, sería injusto, inhumano que un cónyuge abandone a su compañero cuando éste ha caído en desgracia, sin culpa suya. Precisamente, en la desgracia, en el infortunio, en las enfermedades, es cuando más se necesita de la asistencia, del socorro y de la ayuda del otro cónyuge. Es reprobable, muy reprobable nuestra legislación que estableció el divorcio por causa de enfermedad o anomalía. El matrimonio no es un contrato condicional, destinado a disolverse por causa de enfermedad o anomalía. El matrimonio, como se dijo, es un contrato para toda la vida, ya sea este feliz o desgraciado. El abandono sería una ingratitud, un engaño, una falta de amor, de justicia y de solidaridad. Un abandono mezquino, criminal, producido por una desgracia dolorosa y fortuita del otro cónyuge. Resulta alestoria, peligroso sobre manera, celebrar un matrimonio, a sabiendas de que el día que uno de los cónyuges enferme o sea víctima de una anomalía, el otro puede abandonarlo y contraer un nuevo matrimonio. En estas circunstancias, nadie puede sentirse contento de contraer matrimonio por amor. El verdadero amor es abnegado y fiel hasta la muerte. Es mucho más grave esta causal, si se tiene en cuenta que el Código dice que es causal de divorcio, "toda enfermedad o anomalía grave e incurable...". No sólo la enfermedad, también la anomalía es causa de divorcio.

Toda persona a quien le falte algo que debe tener, según su

naturaleza, es anormal, irregular, imperfecta, deforme, etc. El cónyuge que pierde una pierna, un pie, un brazo, una mano sería anormal. También sería anormal cuando carece de las facultades físicas e intelectuales que debía tener. Toda persona a quien le falte un ojo o cualquiera de los sentidos, sería anormal. Si una persona está demente, cretina, retardada mental sería anormal.

Después de un acto de estos, es imposible que exista, entre el término anormal no es jurídico. Aparece por primera vez en el Código. Es un término muy amplio. La ley no lo ha definido. En consecuencia, su interpretación debe hacerla el juez en cada caso. Para otorgar un divorcio, según esta causal, se necesita que la enfermedad o la anormalidad, además de ser grave e incurable, ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge y que imposibilite la comunidad matrimonial. En tal virtud, las enfermedades o anormalidades, como causales de divorcio, deben tener copulativamente tres condiciones graves, incurables y contagiosas, como la sífilis, la lepra, etc. Si las enfermedades o las anormalidades son leves, transitorias, no constituyen causal de divorcio. Ahora resulta que son pocas las enfermedades que reúnan todos estos requisitos para un divorcio. Hay enfermedades que son graves, pero no son incurables. Otras son incurables, pero no son contagiosas.

Por lo que atañe a las anormalidades, todas pueden ser graves, incurables pero ninguna puede ser susceptible de poner en peligro la salud moral o física del otro cónyuge. Yo no creo que el marido se ponga enfermo moral o físicamente porque su mujer le falte un ojo, una pierna o un brazo, un seno u otro órgano cualquiera. Tampoco estimo que esta falta sea motivo suficiente que imposibilite la comunidad matrimonial. Por este aspecto, la disposición resulta inútil e innecesaria.

Además, en este tiempo, la causal debe desaparecer. Francamente es un error el haberla establecido. El progreso de la ciencia, de la técnica y de la higiene está acabando con las enfermedades graves, incurables y contagiosas. Enfermedades que antes fueron incurables y contagiosas, hoy ya no lo son. Pero si un cónyuge, abusando de una enfermedad contagiosa, intentara contaminar al otro, se pretexto de exigir sus relaciones sexuales, este, sin duda, sería un atentado grave contra la vida y la salud del otro, que daría derecho para pedir el divorcio, sin necesidad de acudir a esta causal.

2.7. Corromper o pervertir al otro cónyuge. Esta causa consiste, en primer término, en corromper o pervertir al otro cónyuge. Esta causal es muy grave. Existe en muchas legislaciones. La reconoce el derecho canónico. Justiniano la consagró en su Novela 81. El Fuero Juzgo, cuando el marido tratara de inducir a su mujer al adulterio, ordenaba que ella podía casarse con otro.

Corromper o pervertir quiere decir depravar, inducir al vicio, adquirir malas costumbres, entregarse a las bajas pasiones. Por ejemplo, a la prostitución, al comercio sexual, al crimen, etc. Incitar al crimen, a practicar viciosas o inmorales, en la peor injuria que uno de los cónyuges le puede hacer al otro, es un ultraje que revela una depravación moral del marido o de la mujer. Después de un acto de estos, es imposible que exista, entre el marido y la mujer, esa comunidad de vida y de afecto que debe existir en el matrimonio.

La corrupción no sólo se refiere al cónyuge, se extiende al descendiente. Puede ser este un hijo o un nieto, puede ser de ambos cónyuges o de uno solo, puede ser legítimo o natural. La ley no distingue.

Comprende también esta causal la corrupción o depravación de una persona que esté al cuidado de cualquiera de los cónyuges, como el adoptivo, el pupilo, el doméstico, con tal que vivan bajo el mismo techo. La dignidad del hogar exige consideraciones y respecto para toda esta clase de personas que vivan allí. En consecuencia no se podrá inducir a la depravación.

2.8.- La separación de cuerpos decretada judicialmente y que perdure más de dos años, puede convertirse en divorcio.

Son dos cosas muy distintas el divorcio y la separación de cuerpos. El divorcio disuelve el matrimonio. La separación de cuerpos, suspende la vida común. En algunas legislaciones, al establecer el divorcio, su primieron la separación de cuerpos. Nuestro Código existe el divorcio y la separación de cuerpos. Quien no quiere divorciarse, puede implorar simplemente la separación de cuerpos. Para la separación de cuerpos viene a ser una antitesala del divorcio. Cuando por sentencia judicial se ha decretado una separación de cuerpos que perdure más de dos años, puede solicitarse el divorcio. La reconciliación ha sido imposible. En consecuencia, el divorcio se hace necesario.

2.9.- Condena privativa de la libertad personal. Esta causal debe reunir cuatro requisitos: Debe ser una pena privativa de la libertad personal; superior a nuestros años; por un delito común; que el juez lo califique como atroz o inflamante.

La dignidad del hogar, el respeto y las mutuas consideraciones, imponen la obligación de abstenerse de todo acto que pueda constituir una deshonra o una afrenta para uno de los cónyuges de lincente.

La condena debe probarse con una sentencia del juez. Nadie puede ser condenado, sino en virtud de una sentencia ejecutoriada.

, que no admite ningún recurso. Esta sentencia puede ser proferida por la justicia ordinaria o por la justicia militar. La ley no distingue. La pena tiene que ser privativa de la libertad, cualquiera que sea, con tal que sea superior a cuatro años.

3.- TRAMITE Y EFECTOS

El divorcio en el matrimonio civil se tramitará y decidirá por el proceso abreviado de que trata el título XXII Libro 3o. del C. de P.C.

La acción de divorcio es personal. Le ejercita exclusivamente el cónyuge ofendido contra el cónyuge ofensor. El divorcio que reglamente nuestro Código, es el divorcio sanción. En la sanción que uno de los cónyuges ejercita contra el otro por graves ofensas cometidas contra él. Estas injurias, estas ofensas personales, solo el cónyuge ofendido puede reclamarlas o perdonarlas. En consecuencia, ninguna otra persona, fuera del ofendido, puede ejercitar la acción de divorcio, ni los padres, no los hijos, ni los acreedores. Muerto uno de los cónyuges antes de que termine el juicio, ninguno puede continuarlo, ni los herederos. El divorcio tiene por objeto suspender la vida común de los casos. Y más se puede suspender la vida común, cuando ya la muerte ha terminado con el matrimonio y con la vida común. Habría sustracción de materia.

Solo el cónyuge inocente, puede demandar el divorcio. Al respecto el art. 156, dice: "El divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motiven...". Precisamente, el cónyuge que no ha dado lugar al divorcio es el cónyuge inocente. Pero el artículo está mal redactado. Parece indicar que, cuando ambos cónyuges son culpables, más impropio es la necesidad del divorcio, porque el divorcio es el remedio para esa situación intolerable. En éste caso no puede haber compensación de culpas. Por ejemplo el adulterio del uno, no se puede compensar ni borrar con el amancebamiento del otro. Entonces, lo que quiere decir el art. transcrito es que ninguno de los cónyuges puede invocar su propia culpa para demandar el divorcio. La acción de divorcio debe fundarse en la culpa del cónyuge demandado. Si ambos son culpables, ambos podrían solicitar el divorcio, pero con fundamento en la culpa del otro cónyuge. No es la propia culpa, porque nadie puede ser oído, cuando invoca su propia torpeza, su propia culpa o su propio dolo.

Se dijo que la acción del divorcio es muy personal. El código dice que son partes únicamente los mismos cónyuges o sus padres. Cuando los cónyuges fuesen menores de edad. Pero se dirá al Ministerio Público en interés de los hijos, art. 157. En cierta forma, éste art. está explicando por el 410 del código de P.C.

en los intereses de un capital que se consigne a este efecto en -
"la intervención de los padres o guardadores de los cónyuges sólo
procederá cuando el respectivo consorte fuere incapaz". El agente
del Ministerio Público intervendrá siempre en interés de la ley y
en defensa de los hijos menores, con todas las facultades de par-
te". En qué calidad intervienen los padres, cuando los cónyuges -
son incapaces?. La ley no es suficiente clara. No puede ser en -
nombre y representación legales de sus hijos casados. El matrimo-
nio pone fin a la patria potestad por emancipación legal del hi-
jo. art. 314 num. 2o. por otro lado, cuando son menores de edad -
quedan habilitados por el matrimonio, cuando han cumplido 18 años
Además no sería lógico decir que los padres son parte, porque es-
tos sobrarían en representación de sus hijos menores. Las partes
serían los hijos, pero no los representantes. Si los padres inter-
vienen en su propio nombre, por derecho propio, cuando los hijos
son menores de 18 años, su intervención se justificaría únicamen-
te por un interés moral. Yo creo que la intervención de los padres
está por demás y no se justifica. Si el marido es menor de 18 años
, para demandar el divorcio, sino tiene curador, como ya no lo re-
presenta sus padres, habría que darle un curador ad litem por el
juez, u autorizar el designado por él, art. 45 del C. P. De con-
siguiente, a los cónyuges, cuando son menores, no los represen-
tan sus padres. Sus representantes son un curador ad litem o un
curador nombrado por ellos y confirmado por el juez.

Al admitir la demanda de divorcio, o antes, si fuere urgen-
te, el juez adoptará, mientras dure el proceso, las siguientes me-
didas provisionales:

1o. Autorizar a la residencia separada de los cónyuges, si
estuviesen menores no habilitados de edad, disponer el depósi-
to en casa de sus padres o de sus parientes más próximos o la de-
un tercero cuando el juez lo considere conveniente. El consecuen-
cia desde el momento que se presenta la demanda, surge una situa-
ción insostenible entre los cónyuges, una perturbación tan grande
de el hogar, que se hace necesario, urgente, para evitar mayores
males, decretar la separación provisional de los cónyuges, mien-
tras dure el juicio. La vida en común la paz y el sosiego domés-
ticos, se hacen más imposibles, insupportables, con la demanda del
divorcio.

2o. Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o
de uno de otro, o de un tercero, según lo crea más conveniente pa-
ra su protección.

3o. Señalar la cantidad con que cada cónyuge debe contri-
buir, según sus facultades, para gastos de habitación y sosteni-
miento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y para la educa-
ción de estos. El juez regulará la forma y cuantía en que hayan
de presentarse los alimentos, y podrá disponer que se conviertan-

en los intereses de un capital que se consigne a este efecto en una caja de ahorros o en otro establecimiento análogo, y se restituya al alimentante o a sus herederos luego que cancele la obligación.

Igualmente, el juez podrá ordenar que el cónyuge obligado a suministrar alimentos al otro, en razón de divorcio o de separación de cuerpos, preste garantía personal o real para asegurar su cumplimiento en el futuro.

Son válidos los pactos de los cónyuges en los cuales, conforme a la ley, se determine por mutuo acuerdo la cuantía de las obligaciones económicas; pero a solicitud de parte podrá ser modificada por el mismo juez, si cambiaren las circunstancias que las motivaron, previos los trámites establecidos en el art. 137 del Código de Procedimiento Civil.

40. Cuando la mujer se encuentre embarazada, el juez, apatición del marido, debe decretar las precauciones necesarias, para evitar una suposición de parto. Para decretar esta medida provisoria, se necesita dos cosas: que el marido la solicite y que la mujer se encuentre embarazada. Estas medidas provisionales se regulan de acuerdo a lo dispuesto en el cap. 20. título 10, libro primero del Código Civil.

50. Decretar a petición del parte, las medidas cautelares autorizadas en el ordinal 10. del artículo 691 del Código de Procedimiento civil, sobre los bienes sociales, y también sobre bienes propios, con el fin de garantizar el pago de alimentos a que el cónyuge tuviere derecho si fuere el caso.

La acción de divorcio, "implica una decisión constitutiva de un nuevo estado de cosas en la vida conyugal y aún en la relación familiar, de donde surgen espontáneamente varias decisiones consecuenciales, que se tornan algunas de índole condenatoria en cuanto dice relación con el pago de alimentos, pensiones, habitación del cónyuge y de los hijos, educación de éstos. Se decide además sobre la guarda o depósito de los menores necesariamente sobre la disolución y liquidación de la sociedad conyugal".

CONCLUSIONES

10.- En Colombia, el planteamiento jurídico sobre la familia es fundamental para enfocar aspectos básicos del orden social, ya que la tipología legal, particularmente en las llamadas familias legítima y natural, determina toda una división del país que no corresponde exactamente a la estratificación social, pero que sí recae con mayor intensidad en las clases media baja y baja.

Se tiene primero los hijos legítimos, que gozan de un estatus mejor que el resto de otras categorías, con características positivas especiales dentro de los conceptos tradicionales que se tiene sobre el buen nombre familiar, el honor conyugal y la responsabilidad social.

Frente a este grupo, el gravísimo problema de los hijos naturales, que a veces, son reconocidos, y en muchos casos no. No es extraño que, respecto de estos hijos naturales, toda la carga de su sostenimiento corre a cargo únicamente de la madre, mientras el padre elude el cumplimiento de sus deberes. Son los padres simplemente biológicos, pero no verdaderos padres sociológicos. También hay madres solteras que posteriormente adoptan estos hijos a matrimonio con varón distinto al padre de los hijos anteriores, creándose delicados problemas de origen social, que es conveniente considerar en el momento oportuno.

Los llamados niños abandonados, pueden dar lugar a estas situaciones concretas: las bandas de gamines, esa especie de sociedades casi naturales de autodefensa, donde el niño está contra la sociedad y, por consiguiente, es un antisocial de hecho. Es el semillero de la delincuencia, es la escuela del crimen, es la universidad del delito en donde el niño, a medida que crece llega a la adolescencia y posteriormente a la madurez, le cobra duramente a la sociedad lo que esta no le dió. Mientras tanto, esta sociedad, a través de las instituciones jurídicas, en la llamada defensa social, les exige una responsabilidad a estos niños, y a estos adolescentes, apoyando su represión en una formación que nunca les ha dado. Aquí hay un permanente conflicto, una causa de anarquía real, de descomposición de los estamentos sociales una de las bases más profundas de desequilibrio y de inseguridad colectivos.

Las condiciones de los menores abandonados son demasiado deprimentes. Las circunstancias de su vida ya sean de familia legítima o de uniones libres pero estables, o de baja categoría se distinguen por una tremenda ineficacia de la seguridad social. Situaciones económicas paupérrimas, que generan múltiples irregularidades de la más alarmante gravedad, y hechos negativos que se mejoran ser producto de una cruda fantasía literaria, pero que ob-

decen exactamente a una angustiosa evidencia. Por ejemplo las famosas casas de inquilinato de las grandes ciudades, son verdaderos focos de miseria, de vicio desaseo y corrupciones; es el hacinamiento de familias que carecen de toda norma de higiene moral y física, cuya secuela son enormes traumatismos de carácter físico y mental, los que, a veces, dan lugar a una situación de rebelión, de inconformidad, de lucha contra el medio social, que ante esos seres se presenta hostil y totalmente deshumanizado.

Una acción efectiva del Estado y de la sociedad no se ha podido plasmar realmente en una legislación que venga a enfrentar toda esa delicadísima situación. En verdad, hay normas ideales, pero se necesita más eficacia; preceptos legales con suficiente validez para que obren en forma rápida y total.

Además, se observa cierto desconcierto de la misma acción de la justicia ante el problema; muchas veces, aún cuando tenga validez la normatividad jurídica, no posee la suficiente dinámica para evitar el conflicto, el traumatismo ineludible, en estos casos.

Colombia está en mora de librar una verdadera guerra por la niñez: para ello hay que emplear todos los medios de comunicación, todas las formas de difusión, todos los recursos de propaganda, a fin de que los diferentes grupos sociales tomen conciencia del asunto. Y fastigar constantemente a las clases altas de la sociedad, que permanecen indiferentes ante un problema que, en un momento dado, puede menoscabar sus propias instituciones. Hay que utilizar una forma de expresión más directa: sin disimulos, sin misterios; hay que poner el dedo oportunamente, en la llaga, aunque se hiera la sensibilidad del cuerpo social, puesto que ello es necesario para entender toda la gravedad de la situación.

2o.- En la familia se pueden distinguir perfectamente dos derechos: un derecho individual entre las personas que integran la familia. Cuando se expida un código sobre derecho de familia, no encuentre ninguna dificultad en que la familia por su aspecto social, como una entidad y comunidad, se constituya en persona jurídica, con un derecho propio, bien definido, y sinmenoscabo del derecho individual de cada uno de sus integrantes.

El representante de los intereses comunes, entre sí y ante terceros sería cualquiera de los cónyuges de común acuerdo. El patrimonio de esta persona jurídica estaría formada por el haber de la sociedad conyugal, por el patrimonio de familia y por otros bienes que adquiriera la persona jurídica y no se confundiría jamás con el haber exclusivo de los cónyuges o de los hijos. Ante terceros y para el cumplimiento de las obligaciones, los tres patrimonios quedarían bien definidos.

30.- Es hora de dejar de contemplar el divorcio como una acción encaminada a obtener que el Estado, por medio de la rama jurisdiccional del poder público se pronuncie, mediante una sentencia constitutiva, sobre la resolución de las obligaciones que en virtud del contrato matrimonial han contraído los cónyuges.

Si el matrimonio es un contrato, el tratamiento que debe recibir, como fuente de la familia, requiere ser más amplio que el que ofrece una protección limitada simplemente al ejercicio de una acción que pone en movimiento unas normas imperativo retributivas cuando se hace imposible o demasiado grave el cumplimiento de las obligaciones conyugales, que no son exigibles coactivamente - salvo cuando contienen prestaciones de carácter patrimonial, como los de pagar alimentos.

Los jueces civiles, deben estar auxiliados por profesionales de la medicina, de la psiquiatría, de la psicología, de la sociología, de la pedagogía, etc. especializados por vocación y por estudio en problemáticas matrimoniales. Por ahora el divorcio se imparte "administrando justicia, en nombre y por autoridad de la ley". No obstante el divorcio, más que una medida retributiva, debe ser un auxilio terapéutico encaminado a evitar mayores trastornos a los sujetos que integran la familia afectada. Es más, las personas encaminadas de administrar el divorcio deben estar en capacidad de suministrar a los cónyuges asesoría suficiente para que busquen soluciones distintas en los casos que el divorcio se puede evitar.

40.- El divorcio sería una injusta recompensa para quien por su culpa ha dado origen a la destrucción del hogar, con todas las secuelas que ello acarrea. Sería justo darle a la sentencia de divorcio un contenido penal, en el sentido de quien fuere hallado culpable en juicio controvertido quedaría en "interdicción conyugal", es decir, le sería prohibido pasar a nuevas nupcias.

50.- La increíble relajación actual de las costumbres y el aumento progresivo de la infidelidad conyugal, obedece a una acomodación de principios que exige la sociedad tecnócrata de la segunda mitad del siglo II, quizás como mal inevitable causado por el atolondramiento sentimental que resulta de la ausencia de patrones de identificación en conflicto con un perfeccionismo cerebro material, fruto de la complexificación cibernética y del estupor ante el fenómeno nuclear que empieza a conquistar el hombre. Pero la tierra transpira una tierna nostalgia por los valores que la especie libre de este síndrome de desadaptabilidad y que ración que nazca libre de este síndrome de desadaptabilidad y que recupere para sí y para sus hijos el recto camino del respeto a la humanidad.

El principio permanece vigente. La familia es una y seguirá siendo una. La familia monogámica es la única forma que permite - al amor crear más amor y que proporciona a los hijos esa justa - seguridad y confianza que necesitan, especialmente cuando esa - justa seguridad y confianza que necesitan, especialmente cuando - esa unión se encuentra cimentada sobre sólidas bases de estabilidad.

6o.- El Estado, a través de los organismos especializados, - esta en mora de complementar las normas de derecho privado con aquellas otras de derecho social, que busquen un desarrollo armónico e integral de la personalidad, particularmente en el área de las clases populares y, concretamente, en los campos de la recreación, de la salud y de la educación, sin cuyo desarrollo y resultado jamás podrá hablarse de una verdadera familia como cédula vital de la comunidad. Las grandes instituciones de poder, como la política, la economía, la religión, etc. deberán aunar esfuerzos para que a través de la ciencia y por intermedio principalmente de la universidad, se pueda dar seria, técnica y oportuna asesoría - al Estado, en cualquiera de las tres ramas independientes del poder público.

F I N

INDICE

- I. INTRODUCCION
- II. LA FAMILIA
 1. CONCEPTO Y GENERALIDADES
 - 1.1. Etimología y Concepto
 - 1.2. Importancia de la Familia
 - 1.3. Clasificación de la Familia
 - 1.4. Caracteres de la Familia
 - 1.4.1. MONOGAMIA
 - 1.4.2. LIBERTAD PARA FORMAR UNA FAMILIA
 - 1.4.3. LA FAMILIA FORMA UNA COMUNIDAD O SOCIEDAD DOMESTICA
 - 1.4.4. AUTORIDAD EN LA FAMILIA
 - 1.4.5. CARACTER JURIDICO DE LA FAMILIA
 - 1.4.6. PERSONA JURIDICA
 - 1.5. Datos Históricos de la Familia
 2. DERECHO DE FAMILIA
 - 2.1. Concepto
 - 2.2. Caracteres
 - 2.2.1. EL DERECHO DE FAMILIA ES UN DERECHO NUEVO
 - 2.2.2. EL DERECHO DE FAMILIA NO SE HALLA REGULADO EXCLUSIVAMENTE POR NORMAS JURIDICAS
 - 2.2.3. EL DERECHO DE FAMILIA ES EXTRAMATRIMONIAL
 - 2.2.4. EL DERECHO DE FAMILIA ES DE ORDEN PUBLICO
 - 2.2.5. EL DERECHO DE FAMILIA ES SOLEMNE
 - 2.2.6. EL DERECHO DE FAMILIA ES DERECHO PRIVADO
 3. EL PARENTESCO
 - 3.1. Concepto
 - 3.2. Clasificación
 - 3.2.1. PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD
 - 3.2.1.1. Líneas y Grados
 - 3.2.1.2. Derechos, Obligaciones e Incapacidades
 - 3.2.1.3. Distinciones entre la familia y el Parentesco de Consanguinidad.
 - 3.2.2. PARENTESCO DE AFINIDAD
 - 3.2.2.1. Duración de la Afinidad
 - 3.2.3. PARENTESCO CIVIL
 4. LOS ESPONSALES
 - 4.1. Concepto y Generalidades
 - 4.2. Efectos de los Esponsales
 - III. DEL MATRIMONIO CIVIL
 1. CONCEPTO Y GENERALIDADES
 - 1.1. Etimología y Concepto
 - 1.2. Características
 - 1.2.1. ES UN CONTRATO SOLEMNE

- 1.2.2. ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER
- 1.2.3. UNION DE PERSONAS, DE ACUERDO CON LAS NORMAS DEL DERECHO CIVIL

1.3. Pines del Matrimonio

2. DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

2.1. Nulidad Absoluta del Matrimonio

- 2.1.1. ERROR DE LA PERSONA DE AMBOS CONTRAYENTES O LA DE UNO DE ELLOS

- 2.1.2. CUANDO SE HA CONTRAIDO ENTRE UN VARON MENOR DE 14 AÑOS Y UNA MUJER MENOR DE 12, O CUANDO CUALQUIERA DE LOS DOS SEA RESPECTIVAMENTE MENOR DE AQUELLA EDAD

- 2.1.3.1. CUANDO PARA CELEBRAR EL MATRIMONIO HAYA FALTADO EL CONSENTIMIENTO DE ALGUNO DE LOS CONTRAYENTES O DE AMBOS.

- 2.1.3.1. Los dementes

- 2.1.3.2. Los sordomudos

- 2.1.4. CUANDO EL MATRIMONIO SE HA CELEBRADO ENTRE LA MUJER-ADULTERA Y SU COMPLICE

- 2.1.5. CUANDO UNO DE LOS CONTRAYENTES HA MATADO O HECHO MATAR AL CONYUGE CON QUIEN ESTABA UNIDO EN UN MATRIMONIO ANTERIOR.

- 2.1.6. CUANDO LOS CONTRAYENTES ESTAN EN LA MISMA LINEA DE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES, O SON HERMANOS

- 2.1.7. CUANDO SE HA CONTRAIDO ENTRE EL PADRE ADOPTANTE Y LA HIJA ADOPTIVA, O ENTRE EL HIJO ADOPTIVO Y LA MADRE ADOPTANTE O LA MUJER QUE FUE ESPOSA DEL ADOPTANTE.

- 2.1.8. CUANDO SE HA CONTRAIDO ENTRE PERSONAS QUE ESTAN ENTRE SI EN EL PRIMER GRADO DE LA LINEA RECTA DE AFILINIDAD LEGITIMA

- 2.1.9. CUANDO RESPECTO DEL HOMBRE Y LA MUJER O DE AMBOS, ES TUVIERE SUBSISTENTE EL VINCULO DE UN MATRIMONIO ANTERIOR.

- 2.1.10. CUANDO SE HA CELEBRADO ANTE UN JUEZ INCOMPETENTE Y ANTE TESTIGOS INHABILES

2.2. Nulidad Relativa del Matrimonio

2.3. Efectos de la Nulidad

2.4. Saneamiento de la Nulidad.

3. DISOLUCION DEL MATRIMONIO

3.1. Concepto y Generalidades

IV. DEL DIVORCIO

1. CONCEPTO Y GENERALIDADES

1.1. Datos Historicos

1.2. Formas de Divorcio

1.2.1. EL REFUDIO

1.2.2. EL DIVORCIO POR VOLUNTAD UNILATERAL

1.2.3. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

- 1.2.4. EL DIVORCIO COMO PETICION
- 1.2.5. EL DIVORCIO COMO SANCION
- 1.3. Conveniencia e Importancia del Divorcio

2. CAUSAS DEL DIVORCIO

- 2.1. Relaciones sexuales Extra-matrimoniales
- 2.2. Incumplimiento grave e Injustificado de los deberes de marido y esposa.
- 2.3. Los Ultrajes, el Trato Cruel, y los Maltratamientos de Obra.
- 2.4. Embriaguez Habitual de uno de los Cónyuges
- 2.5. Uso Habitual de Sustancias Estupefacientes
- 2.6. Las Enfermedades o Anormalidades
- 2.7. Corromper o Pervertir al otro Cónyuge
- 2.8. La Separación de Cuerpos Decretada Judicialmente
- 2.9. Condena Privativa de la Libertad Personal

3. TRAMITE Y EFECTOS

V. CONCLUSIONES

VI. BIBLIOGRAFIA

AN
T
346.2
C 788
Ej.1. 16696 Ej. 1
Coral Ortíz, Rosario

Familia, matrimonio civil y
divorcio.

VENCE

NOMBRE

No. del Carnet

NOMBRE

No. del Carnet

AN
T
D346.2
C788
Ej.1.

16696