

POR UNA REFORMA DE LA LEGISLACION MATRIMONIAL CIVIL

Jaime Soto Gómez
Magistrado H. Tribunal
Superior de Medellín
-Sala Civil-

NOCION PREVIA

El derecho rige en el tiempo y en el espacio, para el diario vivir; por lo cual necesita auxiliares de las reglas de la experiencia, de lo que el mejicano Rafael de Pina, en su Tratado de las Pruebas Civiles, llama "la ciencia de la vida"; el cual, citando a Latemandi y aludiendo a Ortega y Gasset, dice que "quien no sabe sino derecho ni derecho sabe".

Ellas son necesarias para legislar, para interpretar la ley y los contratos y para apreciar la prueba.

Así, a pesar de sus decantados aciertos, nuestro Código Civil denuncia frecuentemente desconocimiento de la realidad, de ser buena reproducción o copia de legislación ajena a nuestro medio, como indican estos fenómenos, tomados al azar, entre otros: las reglas de la posesión inscritas, que crearon confusión en materia de posesión; el Art. 1434, que exige notificar judicialmente a los herederos la existencia del crédito a cargo del causante, por desconocimiento de la normal trashumancia del pueblo, que hace imosible

el real cumplimiento de la norma en la práctica; y el Art. 2042, que supone fungible el ganado por naturaleza y que habla de animales no aquerenciados, calidad que no existe en la práctica, especialmente desde la invención del alambre para cerca.

Con mira en eso, la exposición que sigue trata de volver por los fueros de la realidad social, en materia matrimonial, con referencia forzada al Proyecto de Código Civil elaborado por el tratadista Valencia Zea, innovador del derecho civil colombiano.

Este, a la vez que propone notables avances, propone mantener errores actuales y aun normas regresivas, a reglas ya superadas. Así por ejemplo, después de eliminar la contradicción que existía entre los Arts. 46 y 1420 bis del Proyecto de Código de Derecho Privado, en el actual Proyecto de Código Civil propone, como integrante del Art. 44, una norma tan retrógrada como esta: "La mujer casada tomará el apellido del marido precedido o no de la partícula "de"; no obstante, al momento de contraer matrimonio o por acto notarial posterior podrá prescindir de su empleo".

La indiscutible calidad intelectual del jurista hace más peligrosos los errores que propone.

II

EL MATRIMONIO CIVIL Y SU NULIDAD

Concepto y Definición

Por matrimonio se entienden dos cosas distintas, aunque conexas: el acto, que crea el estado o situación, y el estado o situación creado por ese acto (análogamente al contrato de sociedad y la sociedad creada por el contrato).

Sobre él existen varias teorías, como la de que es una institución, la de que es contrato e institución a la vez, la de que son dos cosas distintas: el acto jurídico y la institución o estado, y la de que es acto jurídico condición.

Muchos códigos civiles no definen el matrimonio, como el ruso, el alemán, el español, el mejicano, el panameño, el venezolano, el peruano y el argentino, así como el italiano y el costarricense de la familia.

El Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela ruso lo establece como consensual, y, en el Art. 1º, dice que "se formaliza por el registro en las oficinas de inscripción de actos del estado civil, conforme al sistema establecido en el Título IV" del mismo Código.

Respetar el matrimonio celebrado conforme a los ritos religiosos hasta el 20 de diciembre de 1917; pero una resolución del Tribunal Supremo declara que los matrimonios celebrados conforme a los ritos religiosos después del 20 de diciembre de 1917 han de considerarse de iguales efectos que los matrimonios registrados.

El matrimonio consensual propicia el incesto y la bigamia; aunque en el capítulo X, de Delitos que Constituyen Supervivencia de Costumbres Tradicionales, el Art. 199 del C. Penal establece que "la bigamia y la poligamia serán sancionadas con trabajos correccionales hasta un año o multa hasta mil rublos".

El Código de la Familia de Cuba, vigente desde el 8 de marzo de 1975, derogatorio de normas del Código Civil, amplía el sistema ruso, distinguiendo entre matrimonio formalizado y no formalizado, comprendidos en esta definición, que da el Art. 2º: "El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común.

"El matrimonio solo producirá efectos legales cuando se formalice o se reconozca de acuerdo con las reglas establecidas en este Código".

El Art. 18 dispone que "la existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocido por tribunal competente". Es el matrimonio no formalizado.

El Art. 102 del C. C. chileno define el acto como "un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indudablemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente".

Pero, en un proyecto de ley de divorcio, elaborado por Fernando Fueyo Lanieri (1), como Art. 28 propone una norma en estos términos: "El Art. 102 del Código Civil se sustituye con el siguiente: ... "El matrimonio es un acto jurídico familiar, destinado a la plena unión de un hombre y una mujer, siendo algunos de sus fines vivir juntos, organizar y desarrollar de manera responsable una familia, y participar solidariamente en el progreso integral de la comunidad. El matrimonio se contrae de por vida; pero es disoluble por causas establecidas en la ley" (norma en la cual ni la técnica legislativa ni la gramática saldrían bien libradas).

En Noción Elemental de Derecho Civil, siguiendo el C. C. francés, Joseph Hémarid da esta definición: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer establecen entre sí una sociedad que no pueden romper sino en los casos previstos en la ley" (2).

El Art. 113 del C. C. Colombiano simplifica la definición del chileno, diciendo que "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"; definición que no es aplicable al caso contemplado en el Art. 136, de matrimonio en Art. de muerte, porque, si uno de los contrayentes o los dos están en peligro de muerte, no se unen para procrear, ni para vivir juntos y quizá ni para ayudarse, salvo a bien morir, sino para fines distintos, como legitimar hijos.

Se observa que la definición enuncia tres fines como uno solo.

Importa definir si el acto mencionado es contrato o no. Mientras los demás contratos admiten el precontrato o promesa de contrato, regulado por el Art. 89 de la Ley 153 de 1887 (sustitutivo del Art. 1611 del C. C.), este no lo admite (Arts. 100 y ss.).

Y tiene otras características: suponiéndolo contrato, sería el único que no se puede celebrar sino entre un hombre y una mujer; admite una capacidad inferior a la necesaria para los demás contratos (mera pubertad) (Art. 140, apte. 2, ib.) sin corresponder al peculio profesional (Art. 294) y forma especial de permiso; no admite la autonomía de la voluntad, para introducirle modalidades accidentales (Art. 1501 del C. C.), como plazo o condición; si es inexistente jurídicamente, no genera siquiera obligaciones naturales (Art. 1527, apte. 3); al contrario de los demás contratos, que pueden extinguirse por voluntad de las partes (la autonomía de la voluntad), solo se extingue por sentencia judicial (constitutiva); tiene causales de nulidad propias, ajenas a los demás contratos; admite una causal de caducidad (Art. 136); es el único contrato que se celebra ante un juez (solemnidad máxima, que se propone suplir); tiene una modalidad propia: la suspensión parcial de sus efectos, por separación de cuerpos; sus causales de nulidad no están sometidas a caducidad ni prescripción comunes, sino a caducidad especial.

Esto tiene importancia para efectos de causales de divorcio y de separación de cuerpos y de bienes; si es contrato, el incumplimiento de una parte autoriza a la otra para incumplir, dentro de la interpretación tradicional del Art. 1609 del C. C.; luego la parte que incumple no tiene tutela jurídica contra la otra; y la H. Corte rechazó la excepción de que la mora o incumplimiento de un cónyuge lo priva de tutela contra el otro; con lo cual le negó la calidad de contrato.

Lo dicho explica que el canonista español Jaime Mans Puigarnau diga que, si se toma como contrato "sui generis", es demasiado "sui generis" para ser contrato.

FINES

A pesar de la definición enunciar la procreación como fin del matrimonio, el Código no la regula en armonía con ella.

Así, como se dijo, si uno de los contrayentes o los dos están moribundos, no se casan para procrear. Ni lo hacen personas estériles, vgr., por la edad.

Lo expuesto significa que tal fin apenas se presume en los contrayentes, de tal suerte que su conducta puede desvirtuar la presunción; luego no es de la esencia del pacto y ni siquiera de su naturaleza (Arts. 1501 y 1603 del C. C.).

Por eso, se ha explicado como mero vestigio del derecho canónico el Art. 1848, que dispone: "Si por el hecho de uno de los contrayentes se disuelve el matrimonio antes de consumarse, podrán revocarse las donaciones que por causa del matrimonio se le hayan hecho en los términos del Art. 1846.

"Carecerá de esta acción revocatoria el cónyuge por cuyo hecho se disolviere el matrimonio".

Según el primitivo Art. 152 del Código, el matrimonio solo se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges; de lo cual resultaba que el transcrito Art. 1848 solo venía a ser aplicable al cónyuge que daba muerte al otro.

A la luz de la inconsecuencia del Código, de considerar la procreación como fin del matrimonio y no desarrollar tal principio, se explica la tesis de que la imposibilidad de procrear no constituye causal de nulidad (corresponda ella a esterilidad o a impotencia).

Pero algunas causales de divorcio son tan amplias, en relación con la época de que date su origen, que materialmente (no formalmente) comprenden causales de nulidad, pues pueden corresponder a época anterior al matrimonio.

Con todo, no parece fácil que ello ocurra con la causal 6ª de divorcio, por la cantidad de circunstancias concurrentes que exige, en estos términos: "toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o psíquica de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud moral (dice la norma, por "mental") o física del otro cónyuge o imposibilite la comunidad matrimonial"; o sea que exige la concurrencia de estos elementos en un hecho: a) enfermedad o anormalidad en uno de los cónyuges, b) que sea grave, c) que sea incurable, d) que sea física o psíquica, e) que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge y, f) que imposibilite la comunidad matrimonial.

El proyecto de reforma de los libros 1º y 4º del C. C. proponía eliminar la exigencia de que concurren los dos elementos últimos (poner en peligro la salud psíquica o física del otro cónyuge e imposibilitar la comunidad matrimonial) por la existencia de uno de ellos (sustituyendo "e imposibilite" por "o imposibilite").

De esta suerte, si la esterilidad de un cónyuge o, por lo menos, la impotencia, causa en el otro el daño dicho y en la comunidad matrimonial, causa efecto de nulidad, por la vía del divorcio.

De acuerdo con lo expuesto en los Arts. 176 y siguientes del C. C. (9º y ss. del Dto. 2.820 de 1974) no se menciona el débito conyugal.

Sin embargo, es causal de divorcios y de separación de cuerpos y de bienes el grave e injustificado incumplimiento de las obligaciones de cónyuge (marido o mujer) (causal 2ª, Art. 154 del C.C.) (4º de la L. 1ª de 1976), en lo cual se debe comprender la obligación sexual dicha (3).

No se configura la causal si el cónyuge que incumple es estéril o impotente, porque su incumplimiento no es injustificado, como exige la norma; por lo cual solo queda la posibilidad dicha de la causal 6ª.

Se observa que, mientras el derecho canónico es un tratado de sexología para los cónyuges, en contraste con él, el derecho civil parece elaborado por San Luis Gonzaga o Santa Teresita del Niño Jesús.

Los Códigos Español (Arts. 83 y 101), mejicano (Art. 156), costarricense de la familia (Art. 15), venezolano (Art. 47) e italiano (Art. 123) consideran la impotencia sexual causa de nulidad; y el italiano considera también la esterilidad si el otro cónyuge no tuvo "conocimiento de este defecto antes del matrimonio" (Calogero Gangi).

CAPACIDAD

En conformidad con el actual Art. 116 del C. C. (2º del Dto. 2820 de 1974), las personas mayores de dieciocho años pueden contraer matrimonio libremente.

Los Arts. 117, 118, 119 y 120, en armonía con el 140, exigen permiso de los padres que estén en ejercicio de la patria potestad; o de otros ascendientes o de curadores, según el caso, a los menores de tal edad púberes, para contraerlo, bajo sanciones patrimoniales que establecen los Arts. 124, 125 y 1266, apte. 4º

Los Arts. 118 y 120 defieren a un ascendiente la misma facultad, a falta de padres, sin especificar si se extiende o no a ascendientes naturales, a quienes la ley no tiene en cuenta para otros efectos.

A falta de ascendientes a quienes se refieren los Arts. 118 y 119, el púber menor de dieciocho años requiere el consentimiento de curador general para casarse, o, a falta de este, de un curador especial, según el Art. 120. (A ellos se refiere el Art. 1777, para efectos de capitulaciones matrimoniales).

En conformidad con los Arts. 121 y 122, de las personas a quienes se debe pedir permiso para casarse, solo el curador que lo niegue está obligado a expresar la causa, y esta no puede ser sino una contemplada en el Art. 122, el cual contempla tres causas absolutas y objetivas (impedimento legal, no haberse cumplido las diligencias necesarias para contraer segundas nupcias y estar sufriendo el menor pena de reclusión) y tres relativas y personales (grave peligro para la salud del menor a quien se niegue el permiso o para la prole; vida licenciosa pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual de la persona con quien el menor pretende casarse; y no tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente cumplimiento de las obligaciones del matrimonio).

Desatiende causales tan graves como el peligro grave para la salud del otro esposo, no del menor mismo; estar el otro esposo sufriendo pena de reclusión; desproporción de edades, especialmente de varón menor con respecto a la mujer; etc.

Las normas citadas permiten, absurdamente, a los padres allanar las graves causales que el curador puede aducir, como si a este debiera importar más que a los padres la suerte del menor.

Según el Art. 140, apte. 2, solamente el no ser púber un contrayente es causa de nulidad; la violación del Art. 117 no genera esto.

De acuerdo con el Art. 156, aparte II, del C.C. mejicano, es impedimento no dispensable la falta de consentimiento de quien o quienes "ejercen la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos".

Y Luis Fernández C. anota: "La falta de consentimiento de los ascendientes o representantes legales, para la celebración del matrimonio de los menores, es también motivo de nulidad relativa, o simple anulabilidad en la mayoría de las legislaciones. Así ocurre con el Derecho Alemán, en el Francés, en el Suizo, en el Mexicano, etc." (4).

Y, refiriéndose a la legislación italiana, afirma Calogero Gangi que en Italia la falta de permiso requerido de otra persona hace anulable el matrimonio, anulabilidad que la ley permite sanear, por varios medios (5). (Alude él a los Arts. 90 y 121 del C.C. italiano).

Lo lógico, en Colombia, sería someter el acto a la sanción del Art. 6º del C.C., haciendo nulo el matrimonio por la violación de la ley en su celebración.

En lugar de esta sencilla medida, los Arts. 124 y 125 establecen severas sanciones para el menor, en forma impropia.

El 124 se refiere a quien no habiendo cumplido la edad mínima para casarse libremente "se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo", dice, como si en algún caso no estuviera obligado a ello, pues, si faltaran los ascendientes, el permiso sería imposible; y tampoco podrían desheredarlo. Pero faculta para esto no solo a "aquel o aquellos cuyo consentimiento fuere necesario", sino a "todos los otros ascendientes"; y agrega que, "si alguno de estos muriere sin hacer testamento, no tendrá el descendiente más que la mitad de la porción de bienes que le hubiera correspondido a la sucesión del difunto": una persecución encarnizada al menor imprudente, que no hizo daño a nadie (en contraste con injusta tolerancia con el cónyuge culpable en casos de extinción del matrimonio y de la sociedad conyugal).

No dice qué ocurre si el ascendiente testa parcialmente, sin disponer nada en relación con el contrayente supuestamente culpable, ni en favor ni en contra. Puede no ser el caso del Art. 1276 (preterición de legitimario). Por equidad, se debe entender que le condona la presunta falta, a pesar de lo que dispone el Art. 1269(que la revocación del desheredamiento tiene que ser expresa).

Es preciso ver la gravedad de la presunta falta, frente a las causas de desheredamiento que trae el Art. 1266, y si este contempla el desheredamiento. Entre faltas morales contempla "el haberse abandonado a los vicios o ejercido granjerías infames; a menos que pruebe que el testador no cuidó de la educación del desheredado".

Cabe preguntar si el amancebamiento queda comprendido en tal causal. Aunque literalmente no cabe, con criterio severo se puede entender que sí.

Pero entonces surge el contraste de que el amancebamiento admitiría la excepción o excusa dicha, y el matrimonio imprudente no. Y es mayor el contraste si se entiende que aquel no está comprendido en tal causal.

El Código contiene el error de no contemplar el caso del matrimonio imprudente por haber carecido el contrayente de la educación de quienes debieron dársela, ni el caso de contraer el matrimonio imprudente como medio de escapar del mal trato del ascendiente. También por equidad, se debe entender que tampoco en estos casos se configura la causal de desheredamiento.

Aunque la sola exigencia de mayor edad no da seguridad de acierto en el matrimonio, sí contribuye a evitar errores matrimoniales.

El rigor del Código va más lejos: según el Art. 314 (44 del Dto. 2820 citado), el matrimonio emancipa al menor; y, sin embargo, según el Art. 140, sus padres pueden pedir la declaración de nulidad del matrimonio del impúber; la cual no revoca el desheredamiento; de tal suerte que el menor queda doblemente sancionado. (El Art. 140 establece, entre otros casos, que no hay lugar a declarar la nulidad del matrimonio "cuando la mujer, aunque sea impúber, haya concebido", sin exigir que sea del marido,; porque se basa en la presunción legal de que es de él. Pero tácitamente niega también la nulidad si concibió de otro hombre, porque, en todo caso, es apta para procrear).

APTITUD PARA CASARSE

Se supone que, si un contrayente no está informado de defectos graves del otro, se casa suponiendo en este apenas imperfecciones comunes.

Así, quien se casa lo hace creyendo en la existencia de ciertas cualidades mínimas en la otra persona. No se puede suponer que las personas se casan por buscar el mal, en lugar del bien, o la desgracia, en lugar de la felicidad. Lo que determina que el consentimiento de la persona normal es la búsqueda del bien.

Sin embargo, el C. C. desatiende esta regla obvia de la experiencia, dando la espalda al error en cualidades sustanciales de la otra persona.

Así, el Art. 140 solo tiene en cuenta como causal de nulidad el error en la identidad de la otra persona, no en cualidades sustanciales suyas; ni siquiera en el caso de un contrayente haber sido inducido a contraer mediante dolo (que es un medio de inducir en error: el efecto inmediato del dolo es el error y el de este el consentimiento, o sea que el dolo viene a ser causa remota del consentimiento, por medio de error. El dolo es solo agravante moral del error).

Ejemplos claros de este son las esterilidad y, aún más, la impotencia ignorada por la otra parte: además de afectar el matrimonio objetivamente, afecta al cónyuge que creía en la normalidad del otro y basó su consentimiento en esa creencia.

Debería ser nulo todo matrimonio en el que a un contrayente le falte una cualidad cuya ausencia normalmente habría hecho desistir de la celebración al otro contrayente, en el caso de haber sabido tal ausencia.

Y el C. C. no admite siquiera someter el consentimiento a ciertas condiciones, como lícitas, cosa que sí hace el derecho canónico: vgr., si no tiene tales o cuales antecedentes; si tiene esta o aquella cualidad; etc. (cáns. 1097 y 1102).

En este sentido el derecho canónico se adelanta una vez más al civil, en cuanto el canon 1098 establece: "Quién contrae matrimonio engañado por dolo provocado para obtener el consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza pueda perturbar gravemente el consorcio de vida conyugal, contrae inválidamente".

El matrimonio es el acto social más importante que ejecuta el hombre, por su trascendencia. Ni siquiera actos tan importantes en la vida como escoger religión, profesión y nacionalidad le igualan, porque no afectan a otras personas como lo hace él.

Sin embargo, el C. C. se desentiende de la cuestión de fondo, y en las diligencias previas a él se limita a averiguaciones incompletas y rutinarias.

Hay un espejismo en una aparente amplitud para divorciarse en otros países, en los cuales se involucran causales de nulidad con causales de divorcio: ciertos defectos generadores de nulidad producen el efecto de esta bajo la forma de divorcio. Tal ocurre en Estados de la Unión Americana, de lo cual ilustran estos casos: impotencia concomitante con la celebración, en Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Colorado, Florida, etc.; en favor del marido, el estar la mujer en cinta al tiempo de casarse, sin intervención ni conocimiento de él, en Alabama, y algo semejante en Arizona; la subsistencia de matrimonio anterior, en Colorado; en favor de la mujer, el haberse casado antes de cumplir dieciséis años y no haber ratificado el matrimonio al cumplirlos, en Delaware, etc. En tales casos se niega a la nulidad su nombre propio. Quizá hay fines pragmáticos en ello; quizá el divorcio halaga más políticamente.

III

EFECTOS DEL MATRIMONIO

La colocación de sus reglas en el Código Civil

Se supone que los contrayentes salen del templo o del juzgado cargados de derechos y de obligaciones, aunque su matrimonio, celebrado sobre las bases deleznable que permite la ley, esté condenado a rápida extinción, por nulidad o por divorcio. Además, salen sometidos a un régimen patrimonial.

Entonces, si el legislador se hubiera basado en las reglas de la experiencia, como la lógica, habría colocado un conjunto de efectos generales a continuación de las reglas de la celebración, por ser lo que sigue inmediatamente a ella; ya que la extinción ha de ser posterior.

El no haberlo hecho así da la idea de que el legislador creyera más en la nulidad del matrimonio que en efectos positivos suyos.

Clases de Efectos

El matrimonio produce efectos generales, en todos los casos, y efectos especiales, en algunos.

Algunos efectos son permanentes o definitivos, sobreviven a la extinción del matrimonio, como a la declaración de nulidad, y otros no sobreviven, son inestables, en ese sentido.

El Art. 52 de la L. 153 de 1887 establecía excepciones a la legitimación regulada en el Art. 237 del C. C., como la de que el matrimonio careciera "de las condiciones necesarias para producir efectos civiles".

El haber sido derogado aquel, por el Art. 31 de la L. 1ª de 1976, da pie a la tesis de que desapareció tal excepción. Por eso la omitimos en cuadro que presentamos adelante.

Ahora, los efectos generales consisten en derechos y obligaciones recíprocos y en generación de un régimen patrimonial, que es uno (sociedad de bienes o conyugal), si no se celebran capitulaciones matrimoniales que lo excluyan y él se celebra en el país, o distinto (separación de bienes), si se celebró en el exterior, los cónyuges se domicilian en el país y no prueban la existencia de sociedad conyugal en el país de la celebración, o múltiple (sociedad conyugal parcial y separación parcial, etc.) si se acordó así en capitulaciones matrimoniales.

Los Arts. 176 y ss. del C. C. (9º del Dto. 2820 de 1974) están contenidos en un título designado con epígrafe erróneo, en cuanto se refiere a "obligaciones y derechos", a pesar de extenderse a regulación de sociedad conyugal, que no corresponde a tal concepto específico, sino a uno general.

En normas anteriores, el C. C. sanciona irrespetos de un cónyuge al otro, sin haber mencionado la obligación de respetarse. No la menciona siquiera en el capítulo correspondiente a obligaciones conyugales.

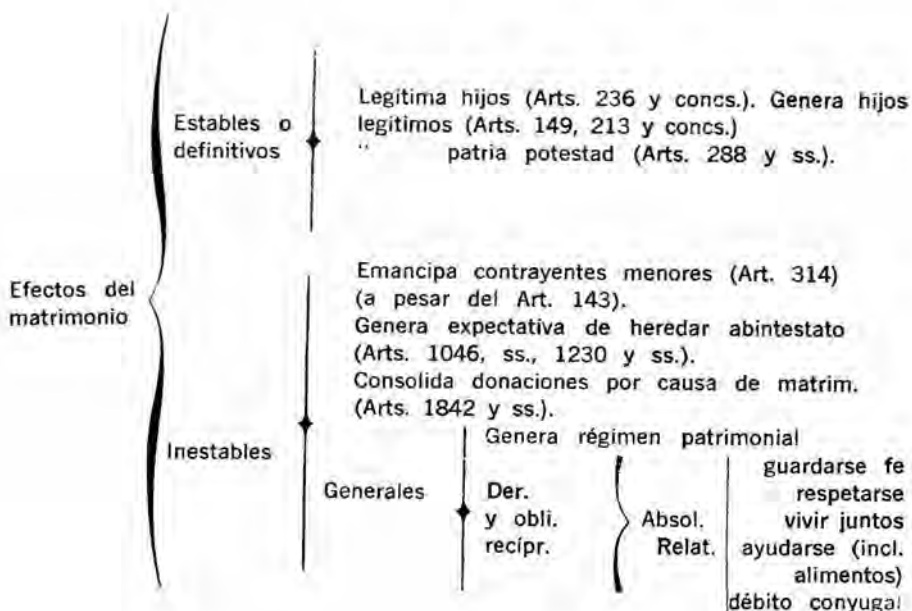
Como está insinuado, el C. C. establece sanciones (divorcio y separación de cuerpos) por violación de obligaciones conyugales, sin declarar primero estas. La separación de bienes sí aparece colocada en lugar lógico, después de la regulación de obligaciones. (En proyecto de reforma al C. C. se propone mantener tal falta de lógica).

Se habló también de la omisión de regular la presunta obligación de contribuir a la procreación.

En esa forma, el C. C. establece obligaciones absolutas, no afectadas por circunstancia alguna: guardarse fe y respetarse, y obligaciones relativas: vivir juntos, ayudarse (que comprende la prestación de alimentos) y cumplir el débito conyugal, en cuanto sea posible y preciso. (Por ser preciso se debe entender que la otra parte lo exija).

El Art. 1820 (25 de la L. 1ª de 1976) dispone expresamente que en el caso de nulidad declarada por bigamia (apte. 12 del Art. 140) no se forma sociedad conyugal; pero tácitamente indica que tampoco se forma en el caso del matrimonio celebrado en Art. de muerte (Art. 136), si él caduca, por no ratificarse ("revalidar" dice la norma) y no morir uno de los contrayentes en el término de cuarenta días (de tal suerte que aquel queda sometido a una condición suspensiva).

Lo expuesto se resume en un cuadro sinóptico así:



IV

NOCION SOBRE INEXISTENCIA JURIDICA, NULIDAD Y OTRAS FORMAS DE EXTINCION DEL MATRIMONIO CIVIL

La Inexistencia Jurídica y Aparente Ineficacia

En 1943, con respecto al Art. 6º del C. C., la H. Corte negó la admisión en nuestro derecho de la inexistencia jurídica; tesis que solo se explica porque nuestra ley no emplea tal expresión.

Los Arts. 187, 232 y 265 del C. P. C. hablan de inexistencia jurídica, formal o relativa, sin referirse expresamente a incumplimiento de los Arts. 1500, 1527, apte. 3, y 1760 del C. C. (mientras que los Arts. 1740 y 1741 se refieren a falta de documento privado como solemnidad exigida por la ley, en ciertos casos) (mientras que el Art. 898 del C. de Co. unifica la sanción para los dos casos).

Dos ejemplos aclaran esto: Cicerón y Cleopatra no se casaron entre sí (ni intentaron hacerlo), ni Enrique VIII e Isabel la Católica: el matrimonio que se afirmara celebrado entre tales supuestas parejas sería inexistente material o absolutamente.

Pero una pareja puede creer que se casa ante el secretario del juzgado, ante un alcalde o un inspector de policía, o ante un notario o cualquiera otro funcionario administrativo, etc.: ese acto intentado tiene una sanción legal: es inexistente jurídica, formal o relativamente. (Pero veremos tesis contraria).

Se atribuye a Zaccharie (Francés, según da a entender Eugenio Velasco Letelier (6), o alemán, según Alessandri y Somarriva) la teoría de la inexistencia jurídica, en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo no es nulo, porque ni siquiera existe jurídicamente. Según eso, el acto nulo por lo menos existe, aunque viciado. (En el derecho romano el acto nulo era inexistente por naturaleza; el derecho francés introdujo la necesidad de la declaración judicial de nulidad; y legislaciones modernas, como la alemana, la suiza y la italiana vuelven al sistema primitivo, según el profesor Valencia Zea).

Según Velasco Letelier, después de la enunciación de las causales de nulidad, en el Art. 146 del C. C. francés, Napoleón hizo introducir un párrafo aparte que dice: "No existe matrimonio cuando no hay consentimiento" (lo cual es obvio y válido con respecto a cualquier acto jurídico). (En el apte. 3, el Art. 140 de nuestro C. C. contempla la falta de consentimiento como causa de nulidad, en forma impropia, punto sobre el cual hemos de volver).

El colombiano Valencia Zea, innovador en puntos importantes de nuestro derecho, encuentra que este sanciona actos con inexistencia jurídica; y, deduciendo que el infante no puede consentir, según la ley, afirma que su acto es inexistente. Así mismo, pone ejemplos de actos inexistentes por falta de solemnidad debida: ventas de inmuebles hechas por escritura privada y matrimonio celebrado ante notario (7), confundiendo, así, inexistencia material o absoluta (de falta de consentimiento) con inexistencia jurídica, formal o relativa (de falta de una solemnidad).

También el Art. 898 del C. de Co. involucra las dos formas.

En contra de la tesis de inexistencia jurídica, formal o relativa del matrimonio por falta de solemnidad se yergue una tesis de nulidad, apoyada en el tenor literal del Art. 11 de la L. 57 de 1887, según el cual el matrimonio civil es nulo: "1º, cuando no se ha celebrado ante el juez y los testigos competentes", la cual llega a convertir el concubinato en matrimonio civil nulo, que requiere declaración judicial de nulidad, como si la ley exigiera una máxima solemnidad al acto social más trascendental del hombre, como dijimos, para resolver su omisión tan simplemente.

Aparte de ello, habría dificultad práctica para definir cuando empiezan algunos concubinatos, y resultaría incurriendo en bigamia el concubino que esté casado, con otra persona. Así mismo, la realidad

es que muchas parejas adoptan el concubinato porque "no quieren" casarse; de tal suerte que la tesis comentada la contraría en muchos casos. Ella puede ser válida solamente para ciertos grupos sociales marginales, como indios semicivilizados, que quieren casarse, sí, pero no por el rito legal, sino por uno propio o primitivo, como también gitanos.

En la simulación absoluta las partes no quieren celebrar el acto, sino solo aparentarlo, de modo que no produzca efectos jurídicos, sino distintos, como materiales, cual es el ocultar un bien a los acreedores. En efecto, si una parte dice vender una cosa a la otra, por un precio, y esta dice comprarla; pero ni aquella quiere venderla ni el precio es cierto, y esta no quiere comprarla ni acepta el precio realmente, no hay acto jurídico, sino meramente material, una mera apariencia, un acto teatral.

Esto contestaría la pregunta de qué ocurre si las partes simulan casarse, diciendo consentir (para algún efecto distinto: vgr., eludir el servicio militar), pero realmente negando el consentimiento, según la doctrina.

Pero vimos que la solución que da el apte. 3 del Art. 140 citado es la nulidad del matrimonio civil (solución igual a la del derecho canónico).

Ahora, al lado de la nulidad absoluta y la inexistencia jurídica existe una figura jurídica semejante a las dos: la ineficacia jurídica, la cual también se asemeja a la inexistencia material o absoluta, en cuanto esta implica ausencia de efectos jurídicos.

Ella consiste en una nulidad absoluta que no requiere declaración judicial, porque está declarada de pleno derecho, por la misma ley. Opera por ministerio de esta.

Por esto, es errónea la redacción del Art. 140 citado, en cuanto dice que "el matrimonio es nulo y sin efecto" en tales casos; pues, como vimos, el matrimonio nulo es fértil en efectos.

A esta crítica respondió la comisión revisora de los libros 1º y 4º del C. C. proponiendo suprimir la expresión "y sin efecto".

Casos de verdadera ineficacia (a veces no advertidos por la doctrina y la jurisprudencia) contienen los Arts. 1537 del C., 12 de la L. 95 de 1890 (sustitutivo del 1132 del C. C.), 1184 de este y 1760 del mismo estatuto, así como los Arts. 6º, 23 (apte. 5), 392 (apte. 9) y 434 (apte. 5) del C. P. C. y numerosas del C. de Co. (Arts. 122, 141, 200, 294, 330, 362, 366, 390, 435, 524, 655, 712, 717, 962, 992, 1005, 1203, 1244, 1328, 1936, etc.),

Pero el Art. 115 del C. C. es tan extenso como estéril, pues la forma parece indicar ineficacia del matrimonio si faltan solemnidades, y no es tal su alcance real, ya que solo es inexistente jurídicamente si falta la solemnidad principal de celebrarse ante juez, según la tesis más arraigada, o adolece de nulidad por un vicio específicamente contemplado en la ley, si el juez competente lo declara así.

A esta crítica la comisión mencionada respondió proponiendo la supresión de estos términos de la norma: "y no producirá efectos civiles y políticos si en su celebración se contravinieren a tales normas, solemnidades y requisitos"; de tal suerte que dejaría vigente una primera parte meramente declarativa o doctrinaria, no práctica.

Nulidad y otras formas de extinción del matrimonio civil

Nuestra ley civil habla de disolución y de causas de nulidad del matrimonio civil. La legislación cubana habla de extinción de él, término más amplio.

En él podemos comprender disolución, nulidad y caducidad.

Joseph Hémard explica los efectos que produce el matrimonio putativo, a pesar de su nulidad, como efecto de la buena fe de uno de los contrayentes o de los dos. Pero vimos que entre nosotros no solo el matrimonio putativo produce efectos, sino todo matrimonio, sin que importe que sea nulo ni la causa de la nulidad, con la salvedad de efecto patrimonial del matrimonio declarado nulo por bigamia (Art. 1820 del C. C.).

Así, con esta salvedad, la nulidad produce efectos de disolución: para el futuro, no para el pasado.

No ocurre lo mismo con la caducidad, dispuesta en el Art. 136 del C. C.

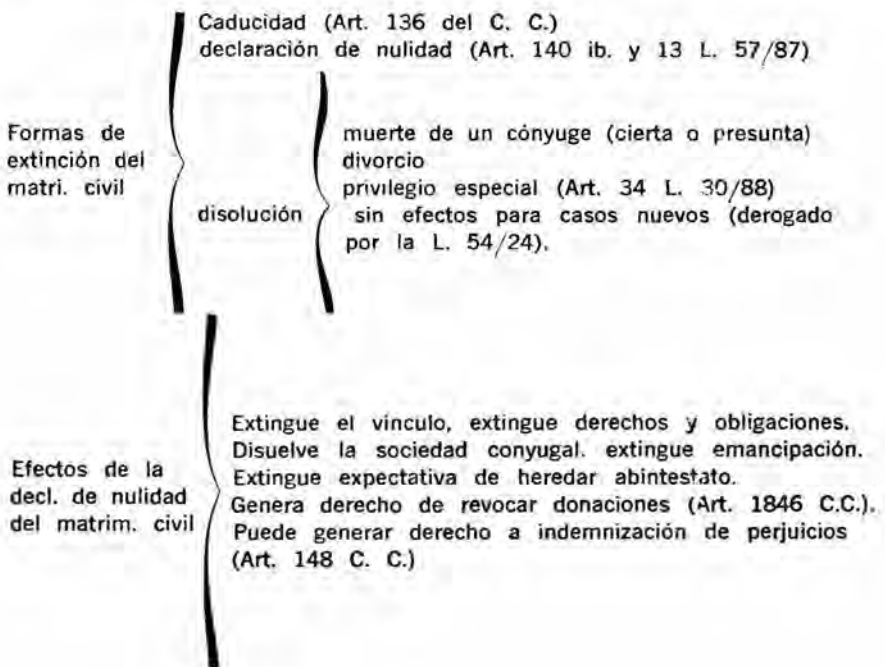
Hay dos formas de caducidad. Una consiste en la falta de cumplimiento de un requisito (carga en este caso) necesario para que nazca un derecho, como la presentación para el pago de la letra de cambio, para que nazca la acción cambiaria de regreso, al decir de los Arts. 691 y 787 del C. de Co.

Otra es la extinción de la tutela jurídica sustancial por el solo transcurso del tiempo sin haber ejercido un derecho o demandado para obtener su cumplimiento, como en los casos de los Arts. 143 y 145 del C. C., con respecto a la declaración de nulidad del matrimonio; con respecto a la acción posesoria, según el Art. 976; y con derechos relativos a la compraventa, según los Arts. 1860, 1890, 1913, 1915, 1916, 1938, 1943, 1944 y 1954, extinción que el C. C. denomina, impropriamente, "prescripción".

Prescriben derechos y obligaciones, frente a otra parte; caduca la tutela jurídica sustancial, frente al estado. La prescripción se suspende y se interrumpe; la caducidad simple se impide, instaurando la pretensión judicial respectiva; ni se suspende ni se interrumpe.

La caducidad que contempla el Art. 136 citado corresponde a la compleja, de falta de cumplimiento de un requisito para que nazca un derecho.

Las formas de extinción y los efectos de la declaración de nulidad del matrimonio se resumen en dos cuadros sinópticos, así:



V

PROPUESTAS DE REFORMA SOBRE INEXISTENCIA Y NULIDAD DEL MATRIMONIO CIVIL

La comisión revisora de los libros 1º y 4º propone tímidas reformas, bajo el erróneo título de la Nulidad del Matrimonio y sus efectos, que comprende un Art. 151 relativo a la Inexistencia del matrimonio; luego debería ser de la Nulidad y la Inexistencia del matrimonio.

Además de proyectos de reforma ya enunciados, propone elevar a dieciséis (16) años la edad mínima para contraer válidamente el matrimonio; y agrega como causal (6ª) "impotencia perpetua y antecedente a la celebración del matrimonio"; pero propone reglas iguales a las vigentes con respecto a error en la persona y al consentimiento.

Según el Art. 151 que propone, no existe matrimonio si se contrae entre personas del mismo sexo, o si no se celebra ante juez civil, en casos distintos de matrimonio de colombianos en el exterior y de matrimonio celebrado en Art. de muerte (Arts. 127 y 137).

En su proyecto de Código Civil, el Dr. Valencia Zea propone reformas en estos términos:

Art. "1051 - Son incapaces para el matrimonio:

- 1º Los que no hubieren cumplido dieciséis años;
- 2º El que de palabra o por escrito, o por signos inequívocos, no pudiere expresar su voluntad claramente;
- 3º El que en el momento de celebrarlo no estuviere en su sano juicio".

"1052 - Está prohibido el matrimonio:

- 1º A los consanguíneos entre si en línea directa y a los hermanos;
- 2º A los parientes por adopción en línea recta;
- 3º Al partícipe de la muerte de su cónyuge con su cómplice;
- 4º Al que se encontrare ligado por matrimonio anterior".

Propone un Art. 1054 que permitiría a los colombianos en el exterior "celebrar matrimonio con arreglo a este Código ante los agentes diplomáticos o consulares colombianos, o ante los funcionarios competentes en la forma establecida por la ley del respectivo país". Pero, además de que no parece fácil cumplir las formalidades de un Código colombiano en el exterior, en el apte. 2º de un Art. 1068 que propone, omite hacer la salvedad relativa al Art. 1054, de suerte que resulta contradiciéndolo formalmente, con aparente sanción de nulidad.

Omite el contenido de un Art. 1387 que proponía en proyecto anterior, según el cual, antes de contraer matrimonio la mujer embarazada viuda o "cuyo matrimonio haya sido disuelto deberá poner

de presente al otro contrayente su estado de preñez', así como la sustitución del exagerado Art. 173 del C. C. vigente, que él propone eliminar, en lugar de mejorar.

Propone un Art. 1068 en estos términos: "El matrimonio es inexistente jurídicamente:

- 1º Entre personas del mismo sexo.
- 2º Cuando se celebra ante personas o funcionarios que no sean jueces.
- 3º Cuando alguno de los contrayentes o ambos desconocieren la naturaleza del acto que celebraron.
- 4º Cuando se haya celebrado con posterioridad a la revocación del poder o a la muerte del poderdante.
- 5º Cuando faltó el consentimiento, por haberse simulado para su celebración".

El apte. 3º corresponde a una norma del Art. 1332 del C. C. alemán.

El mismo autor propone un Art. 1071 en estos términos:

"El matrimonio es nulo:

- 1º Cuando se celebra con violación de los Arts. 1051 y 1052;
- 2º Cuando se celebró ante juez incompetente;
- 3º Cuando alguno de los cónyuges hubiere incurrido en error o dolo, o hubiere sido víctima de fuerza o coacción moral o física;
- 4º Por impotencia antecedente al matrimonio.

Tales proyectos proponen repetir errores del derecho canónico y no proponen repetir aciertos suyos, según se verá.

El canon 1055 del C. de Derecho Canónico dispone: "La alianza matrimonial por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Nuestro Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados"

El principio de la unidad del matrimonio, contenido en el canon 1056, se expresa diciendo que el matrimonio es de "uno con una". Es sencillo y amplio.

Según el canon 1084, "la impotencia antecedente y perpetua para realizar el acto conyugal, tanto por parte del hombre como de la mujer, ya absoluta ya relativa, hace nulo el matrimonio por su misma naturaleza". En su parágrafo 3, este canon y el 1098 solo sancionan la esterilidad cuando se ha ocultado con dolo, y el 1102 permite contemplarla como condición de pasado.

Así, resulta que el cónyuge estéril puede cumplir un medio, de fomento del amor, pero no el fin principal de la procreación.

Se da como razón de la aparente inconsecuencia el que el estéril prometió algo que creyó tener, mientras que el impotente prometió algo que sabía no tener. Pero esto se puede resolver en mera presunción, desvirtuada en muchos casos, como en el de quien comprobó ser estéril en matrimonio anterior; y, en cambio, es inocente de engaño el impotente relativo, solo frente a su cónyuge.

Así, la procreación no resulta ser fin principal del matrimonio canónico, sino mero ideal, y el fin principal, junto con la educación de los hijos, viene a ser la realización normal del acto conyugal, aunque la letra del canon diga otra cosa.

Así, los proyectos de ley comentados tienen el mismo error del canon.

Y en los dos se propone repetir el caso que dió origen a la teoría de la inexistencia jurídica del matrimonio: la identidad de sexo de los contrayentes.

En este punto los autores de los proyectos no supieron copiar la fórmula positiva de la unidad, del derecho canónico.

No prevén el caso de que una persona no contraiga matrimonio con otra del mismo sexo, sino con dos o más del sexo contrario, a la vez: vgr., un varón con dos o más mujeres, simultáneamente, o una mujer con varios hombres; de tal suerte que las personas del mismo sexo no estarían contrayendo entre sí.

Por tanto, lo que se debió proponer sobre este punto, en los proyectados y criticados Arts. 151 y 1068 respectivos es: El matrimonio es inexistente jurídicamente: 1º, si no se celebra entre un hombre y una mujer.

Así, quedarían conjurados el matrimonio homosexual y el múltiple.

VI

PROPUESTA DE REFORMA

Con base en lo expuesto, se propone simplificar y aclarar la legislación matrimonial vigente, sobre puntos tratados, así:

Proyecto de ley . . . , por el cual se reforman normas del Código Civil relativas a las personas y al matrimonio.

Artículo 1º - El Art. 92 del Código Civil quedará así: "Se presume que la concepción precedió al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principió el día del nacimiento".

TITULO IV

DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Artículo 2º - El Art. 113 ... así: "Los esposos pueden hacer capitulaciones sobre bienes que aportarán a la sociedad conyugal o que excluirán de ella, o sobre el régimen a que someterán esos bienes, por escritura pública si implican disposición de inmuebles. En caso contrario bastará que consten en documento privado auténtico, que se registrará con el matrimonio".

Artículo 3º - El Art. 114 ... así: "Los menores de edad necesitan permiso judicial para celebrar capitulaciones matrimoniales".

Artículo 4º - El Art. 115 ... así: "Las capitulaciones matrimoniales solo surtirán efecto a partir de la celebración del matrimonio, y no afectarán a terceros".

TITULO V

DEL MATRIMONIO

Artículo 5º - El Art. 116 ... así: "El matrimonio es un acto solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos y de ayudarse mutuamente".

"En los contrayentes se presume la intención de procrear".

Artículo 6º - El Art. 117 ... así "El matrimonio se puede contraer mediante poder conferido por un esposo ausente, ante notario o cónsul, con designación de la persona con quien ha de verificarse el matrimonio. La revocación del poder solo producirá efecto si se notifica a la otra persona antes de la celebración del matrimonio".

Artículo 7º - El Art. 118 ... así: "En el territorio de la república, el matrimonio se celebrará ante el juez que conozca del ramo civil del domicilio de uno de los contrayentes, con la presencia de dos testigos hábiles".

"El el exterior, los colombianos podrán celebrar el matrimonio con arreglo a esta ley ante los agentes diplomáticos o consulares colombianos, o ante los funcionarios competentes, en la forma establecida por la ley del respectivo país".

Artículo 8º - El Art. 119 ... así: "No podrán ser testigos de la celebración del matrimonio:

- 1º Los menores de dieciocho años;
- 2º Los interdictos por demencia;
- 3º Quienes actualmente se hallen privados de la razón;
- 4º Los ciegos;
- 5º Los sordos;
- 6º Los mudos;
- 7º Quienes se hallen en interdicción por sentencia penal;
- 8º Los extranjeros no domiciliados en la república; y,
- 9º Las personas que no entiendan el idioma de los contrayentes.

Artículo 9º - El Art. 120 ... así: "Quienes pretendan contraer matrimonio manifestarán su propósito al juez competente, verbalmente o por escrito, expresando su identidad, su domicilio o su residencia, el estado civil de cada uno, los nombres de sus padres, la edad, los nombres de los hijos que tengan y los de los que pretendan legitimar, con expresión de los que tengan bajo patria potestad, y los nombres de personas que puedan declarar sobre sus condiciones personales, con expresión de su domicilio y su residencia".

"Con la solicitud presentarán documento legal que acredite su nacimiento, con expresión de lo que conste sobre su estado civil actual".

Artículo 10º - El Art. 121 ... así: "Perfeccionada la solicitud, el juez la admitirá, ordenará publicarla por prensa y radio, si hubiere en el lugar, y en tres edictos que se fijarán en el juzgado y en dos oficinas públicas más; y señalará fecha y hora para recibir los testimonios, que no podrá ser para antes de ... días ni para después de ... Los edictos se fijarán por todo el tiempo del trámite.

"El auto se notificará al respectivo agente del Ministerio Público, para que intervenga en cuanto interese al orden público".

“Si uno de los contrayentes es vecino de otro municipio, dispondrá que en él se hagan las mismas publicaciones, por medio de juez comisionado, que deberá devolver oportunamente los respectivos comprobantes”.

“Se interrogará a los testigos sobre las condiciones personales de las partes y su seriedad, así como manifestaciones de estas, indicadoras de su conocimiento recíproco, y sobre los medios de que dispongan para atender dignamente a sus obligaciones familiares”.

“Si el juez lo considera preciso, podrá comisionar al juez del otro domicilio, en el caso respectivo, para que reciba testimonios sobre tales hechos”.

“Si uno de los contrayentes hubiere estado unido por otro matrimonio, averiguará el cumplimiento de los Arts. 128 a 132”.

Artículo 11 - El Art. 122 ... así: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los Arts. 128 y concordantes citados, si la investigación no diere resultado satisfactorio, el juez deberá aplazar la celebración, hasta cuando cesen los motivos de duda o que hagan inconveniente el matrimonio, en auto que admitirá apelación”.

Artículo 12 - El Art. 123 ... así: “En el auto en que autorice el matrimonio, señalará fecha y hora para el acto, comprendida dentro de los ... (...) días siguientes, acto que se efecturá aunque no se haya logrado notificar a los interesados, si concurrieren en la oportunidad señalada”.

Artículo 13 - El Art. 124 ... así: “El juez iniciará la ceremonia informando a los concurrentes de las causales de nulidad señaladas por la ley y del contenido del Art. 170 interrogará juradamente a los contrayentes y a los testigos sobre si conocen que concorra alguna causal de nulidad; y, si no constare ninguna, tomará el consentimiento a cada contrayente. Así mismo, los interrogará sobre los hijos que quieren legitimar”.

“Si fuere preciso, deberá designar intérprete, a menos que uno de los testigos lo supla”.

“Los contrayentes deben manifestar el consentimiento en forma clara y perceptible, o por señales inequívocas”.

“La diligencia se consignará en un acta que deben firmar los contrayentes, los testigos, el juez y el secretario, de la cual se expedirá copia autenticada, gratuitamente, para que se registre en la respectiva oficina del estado civil”.

Artículo 14 – El Art. 125 ... así: “Si uno de los contrayentes o los dos estuvieren en inminente peligro de muerte y, por esto, no fuere posible practicar las diligencias previas, se podrá proceder a la celebración del matrimonio sin su cumplimiento”.

Artículo 15 – El Art. 126 ... así: “Se presumen válidos los matrimonios que se celebren entre extranjeros ante agentes diplomáticos de países extranjeros, sin perjuicio de lo acordado en tratados internacionales”.

Artículo 16 – El Art. 127 ... así: “El matrimonio es inexistente:
1º, si falta el consentimiento de uno de los presuntos contrayentes;
2º, si no se efectuare ante un juez, en el territorio colombiano; y,
3º, si no se efectuare entre un hombre y una mujer”.

TITULO VI

DE LAS SEGUNDAS NUPCIAS

Artículo 17º – El Art. 128 ... así: “Quien tenga hijos bajo su patria potestad o bajo tutela o curatela, para casarse deberá hacer inventario solemne de los bienes que administra por tal concepto.

“Para la confección de este se dará al hijo un curador especial”.

Artículo 18º – El Art. 129 ... así: “Habrá lugar al nombramiento de curador aunque los hijos no tengan bienes propios de ninguna clase en poder del padre o de la madre, o no se hubieren aumentado los recibidos por inventario. En tal caso el curador especial deberá comprobar uno u otro hecho”.

Artículo 19º – El Art. 130 ... así: “El juez se abstendrá de autorizar el matrimonio hasta cuando la persona que pretenda contraer nupcias le presente copia auténtica de la providencia por la cual se designó curador especial a los hijos, del auto que le discernió el cargo y del inventario de los bienes de los menores, o se le pruebe sumariamente que no se encuentra en la situación prevista en el Art. 128”.

“La violación de lo dispuesto en este Art. ocasionará la pérdida del usufructo legal de los bienes de los hijos y multa al funcionario por el valor de la mínima cuantía procesal. Esta se decretará, disciplinariamente, a favor del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

Artículo 20º – El Art. 131 ... así: “La persona que haya administrado con culpa grave o dolo los bienes del hijo incapaz perderá el usufructo legal y el derecho a heredar como legitimario abintestato”.

Artículo 21º - El Art. 132 ... así: "La mujer embarazada que estuvo casada antes no podrá pasar a nuevas nupcias antes del parto, y la no embarazada en edad fértil no podrá hacerlo antes de transcurrir ciento veintidós días subsiguientes al de la extinción del anterior matrimonio".

"Pero se rebajarán de este plazo todos los días que hayan precedido inmediatamente a la extinción en los cuales haya sido absolutamente imposible el acceso del marido a la mujer".

Artículo 22º - El Art. 133 ... así: "El juez no permitirá el matrimonio de la mujer que estuvo casada sin que se le pruebe que no está comprendida en el impedimento del Art. anterior".

TITULO VII

DE LOS EFECTOS GENERALES DEL MATRIMONIO

Capítulo 1

De las obligaciones y los derechos entre los cónyuges

Artículo 23º - El Art. 134 ... así: "Los cónyuges están obligados a guardarse fe, socorrerse, ayudarse y respetarse en todas las circunstancias de la vida y a evitar toda conducta que pueda perturbar la armonía familiar".

Artículo 24º - El Art. 135 ... así: " El marido y la mujer tienen conjuntamente la dirección de la familia. Pero estará a cargo de uno de los dos si el otro no pudiere ejercerla o falta. Si hubiere desacuerdo, lo dirimirá, con conocimiento de causa, el juez u otro funcionario que la ley designe".

Artículo 25º - El Art. 136 ... así: " Salvo causa justificativa, los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos, y cada uno tiene el derecho de ser recibido en la habitación del otro".

Artículo 26º - El Art 137 ... así: "El marido y la mujer fijarán la residencia de la familia. En caso de falta de uno de los dos, por ausencia, incapacidad o privación de la libertad, la fijará el otro. Si hubiere desacuerdo en aquel caso, la fijará el juez, atendiendo al interés de la familia".

"Los cónyuges deben subvenir a las necesidades familiares ordinarias, en proporción a sus facultades".

Capítulo 2

Del régimen de bienes en el matrimonio

Artículo 27º - El Art. 138 ... así: " Si los esposos que no hubieren convenido algo distinto en capitulaciones matrimoniales, por el solo hecho de celebrar el matrimonio, en el territorio nacional, se constituye una sociedad de bienes entre ellos, de acuerdo con esta ley, menos en el caso de declaración de nulidad por la causal 8ª.

"Quienes se casaren en el exterior sin haber adoptado sociedad conyugal por capitulaciones matrimoniales y se establecieron en Colombia se regirán por la ley del país donde se casaron, a menos que se acojan a la legislación Colombiana en forma análoga a la de las capitulaciones matrimoniales".

Artículo 28º - El Art. 139 ... así: "El cónyuge que culpablemente sea la causa del divorcio, separación de cuerpos o de bienes o de nulidad del matrimonio no tendrá derecho a seguro alguno ni a participación alguna en los bienes del cónyuge inocente, por ningún concepto, como alimentos, gananciales, porción conyugal o herencia "abintestato", sin perjuicio de los derechos del inocente con respecto al patrimonio del culpable, ni de la acción de indignidad. Lo mismo regirá con respecto al que ocasione puniblemente la muerte del otro cónyuge".

"Con respecto a alimentos, porción conyugal y herencia se exceptúa el caso de que haya reconciliación manifestada por testamento".

TITULO VIII

DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Artículo 29º - El Art. 140 ... así "El haber de la sociedad conyugal se compone:

1º Del dinero y demás bienes muebles que adquiera cada cónyuge durante su vigencia;

2º De los bienes que cada cónyuge aporte a ella en capitulaciones matrimoniales, con cargo de restituirle el valor actualizado o el que acuerden los cónyuges; y,

3º De los bienes raíces que cada uno adquiera por título oneroso durante el matrimonio.

Las duras de hecho imposibles de eliminar y las jurídicas se resuelven en favor de la sociedad.

Artículo 30º - El Art. 141 ... así: " Los bienes inmuebles que los cónyuges adquieran durante su vigencia por título lucrativo se agregarán a los bienes del cónyuge, sin perjuicio del ingreso de sus frutos al haber de la sociedad".

Artículo 31 – El Art. 142 ... así “Con todo, no entrarán en el haber de la sociedad conyugal:

1º El inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio de uno de los cónyuges;

2º Las cosas adquiridas con dineros propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales, o en una donación por causa de matrimonio; y,

3º Todos los aumentos materiales que acrecen a cualquier especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa.

Artículo 32º – El Art. 143 ... así: “ Si un cónyuge adquiriere un terreno contiguo a una finca propia, por título que lo haga comunicable y con él y la antigua finca se forma una heredad o edificio de que el terreno últimamente adquirido no pueda desmembrarse sin daño, la sociedad y el cónyuge serán condueños del todo a prorrata de los respectivos valores, actualizados al tiempo de la liquidación”.

Artículo 33º – El Art. 144 ... así: “La propiedad de las cosas inmuebles que uno de cónyuges tenía con otras personas proindiviso, y de que durante la sociedad se hiciere dueño, por título oneroso, pertenecerá proindiviso a tal cónyuge y a la sociedad, a prorrata del valor de la cuota que pertenecía a aquel y de lo que haya costado la adquisición del resto, computados al tiempo de ésta”.

Artículo 34º – El Art. 145 ... así: “Las minas que adquieran los cónyuges siguen el régimen de los inmuebles”.

Artículo 35º – El Art. 146 ... así: “ La parte del tesoro que encuentre un cónyuge se entiende adquirida por título gratuito, y la parte que se asigne al dueño del inmueble se considerará propia del cónyuge dueño o de la sociedad conyugal, según que el inmueble sea propio o social”.

Artículo 36º – El Art. 147 ... así: “Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, es necesario que este se haya permutado por aquel, o que, vendido el segundo durante la sociedad, se haya comprado el primero con su precio; y que en la escritura de permuta o que en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar”.

“Para que valga la subrogación en el caso del aparte 2º del Art. 142 del Código es preciso que en la escritura de compra del inmueble conste la inversión de tales valores y el ánimo de subrogar”.

Artículo 37º - El Art. 148 ... así: "Si se subroga una finca a otra y el precio de venta de la antigua finca excediere al precio de compra de la nueva, la sociedad deberá este exceso al cónyuge subrogante; y, si, por el contrario, el precio de compra de la nueva finca excediere al precio de venta de la antigua, el cónyuge subrogante deberá este exceso a la sociedad".

"Si, permutándose dos fincas, se recibe un saldo en dinero, la sociedad deberá este saldo al cónyuge subrogante; y, si, por el contrario, se pagare un saldo, lo deberá tal cónyuge a la sociedad".

"La misma regla se aplicará al caso de subrogarse un inmueble a valores.

Pero no se entenderá haber subrogación cuando el saldo en favor o en contra de la sociedad excediere a la mitad del precio de la finca que se recibe, la cual pertenecerá entonces al haber social, con obligación por parte de la sociedad a favor del cónyuge por el precio de la finca enajenada o por los valores invertidos y con derecho para este de llevar a efecto la subrogación comprando otra finca.

"En caso de igualdad de valores la sociedad y el cónyuge concurrirán en sus derechos por mitades".

Artículo 38º - El Art. 149 ... así: "La especie inmueble adquirida durante la sociedad no pertenece a ella, aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella.

Así, no pertenecerán a la sociedad:

1º Los inmuebles que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyos se complete o verifique durante ella;

2º Los inmuebles que se poseían antes de ella por un título vicioso que se sana durante ella por la ratificación u otro remedio legal;

3º Los inmuebles que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación;

4º Los inmuebles litigiosos de que durante la sociedad adquiere uno de los cónyuges la posesión pacífica; y,

5º El derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge; solo los frutos pertenecerán a la sociedad.

Artículo 39º - El Art. 150 ... así: "Se reputan adquiridos durante la sociedad conyugal los bienes que debieron adquirirse por uno de los cónyuges y que de hecho se adquirieron después de disuelta ella, por no haberse tenido noticia de ellos o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce".

"Igual suerte correrán los frutos que sin esta ignorancia o sin este embarazo hubieran debido percibirse por la sociedad y que después de ella se hubieren restituído a tal cónyuge o a sus herederos".

Artículo 40º - El Art. 151 ... así: "Las donaciones remuneratorias de inmuebles hechas a uno de los cónyuges o a los dos por servicios que no daban acción contra la persona servida no aumentarán el haber social; pero los que se hicieren por servicios que hubieran dado acción contra tal persona aumentarán el haber social, hasta concurrencia de lo que hubiera habido acción a pedir por ellos y no más".

Artículo 41º - Se presumen sociales todos los bienes muebles comunicables por naturaleza que aparezcan en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad conyugal.

"La confesión de uno de los cónyuges no desvirtuará tal presunción en perjuicio de terceros".

"Pero se mirarán como una donación revocable, que, confirmada por la muerte del donante, se ejecutará en su parte de gananciales o en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar".

Artículo 42º - La sociedad es obligada al pago:

1º De todas las pensiones e intereses que corran y se devenguen durante ella;

2º De las deudas y obligaciones contraídas durante la existencia por uno de los cónyuges y que no fueren personas suyas, como las causadas por hijos exclusivamente propios;

3º De todas las deudas personales de cada uno de los cónyuges, el cual queda obligado a compensar a la sociedad lo que invierta en ello;

4º De todas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales de cada cónyuge;

5º Del mantenimiento de los cónyuges; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes, y de toda otra carga familiar.

Se mirarán como carga de familia los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a sus descendientes o ascendientes, aunque no sean de ambos cónyuges; pero, si el gasto fuere excesivo a juicio del juez, este podrá moderarlo e imputar el exceso al haber del cónyuge.

Artículo 43º - Vendido un inmueble propio de uno de los cónyuges, la sociedad deberá el precio al cónyuge vendedor, a menos que se haya invertido en la subrogación de otro inmueble, o en otro negocio de aquel, como en el pago de deudas personales o el establecimiento de hijos no comunes.

Artículo 44º - Cada cónyuge deberá a la sociedad el valor de cualquier parte del haber social que done, a menos que resulte exigua en relación con este.

Artículo 45º - Si un cónyuge dispusiere por causa de muerte de un bien social, el asignatario podrá perseguirla en los herederos del testador, si fuere adjudicada en estos; y, en caso contrario, solo podrá perseguir su precio, en ellos.

Artículo 46º - Las expensas ordinarias y extraordinarias de alimentos, establecimiento, matrimonio y gastos médicos de un descendiente común carente de bienes propios se imputarán a los gananciales, a menos de probarse que uno de los cónyuges quiso que se pagaran de sus bienes propios.

Si el descendiente tuviere bienes propios, las expensas extraordinarias se imputarán a estos en cuanto le hubieren sido efectivamente útiles; a menos de probarse que uno de los cónyuges o los dos quisieron pagarlas de sus bienes propios.

Artículo 47º - En general, los precios, saldos, costos judiciales y expensas de toda clase que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges se presumirán erogados por la sociedad y se deberá abonárselos.

Por consiguiente, el cónyuge que adquiere bienes por causa de muerte debe recompensa a la sociedad de todas las deudas y cargas hereditarias o testamentarias que cubra y por todos los costos de la adquisición; salvo que pruebe haberlos cubierto con los mismos bienes sucesorales o con los suyos.

Artículo 48º - Así mismo, se le debe recompensa por las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges en cuanto hayan aumentado el valor de los bienes y este subsistiere a la fecha de la disolución, pero sin exceder el valor de las expensas, actualizado al tiempo de la disolución.

Artículo 49º - Cada cónyuge deberá, así mismo, recompensa a la sociedad por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave, y por el pago que ella hiciera de multas y reparaciones pecunarias a que fuere condenado por algún delito.

TITULO IX

DE LA DISOLUCION Y LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Artículo 50º - La sociedad conyugal se disuelve:

1º Por la disolución del matrimonio, menos por la causal 8ª de nulidad, caso en el cual no se entiende formada ella;

2º Por la separación de cuerpos, salvo que los cónyuges acuerden mantenerla en forma que autorice la ley;

3º Por sentencia de separación de bienes; y,

4º Por acuerdo de los cónyuges capaces, consignado en escritura pública, con el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación.

Pero en este caso los cónyuges responderán solidariamente ante los acreedores con título anterior al registro de la escritura.

Para ésta ser oponible a terceros deberá ser registrada.

Lo dispuesto en el aparte 4º es aplicable a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por cualquiera otra causa.

Artículo 51º - El cónyuge o heredero que dolosamente haya ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad conyugal perderá su porción en la cosa, y será obligado a restituirla doblada.

Artículo 52º - Se acumulará imaginariamente al haber social todo aquello de que los cónyuges sean respectivamente deudores a la sociedad, por vía de recompensa o indemnización.

Artículo 53º - Cada cónyuge, por sí o por sus herederos tendrá derecho a sacar de la masa las especies que le pertenecen y los precios, saldos y recompensas que constituyan el resto del haber, una vez hecho el inventario respectivo. El juez podrá conceder plazo, si fuere preciso, con conocimiento de causa.

Artículo 54º - El cónyuge culpable de daño o pérdida en tales bienes deberá resarcirlos.

Los aumentos naturales, independientes de la industria humana no se cargarán a la sociedad.

Artículo 55º - Desde el momento de la disolución de la sociedad los bienes producen para el respectivo adjudicatario.

Artículo 56º - La división de los bienes sociales se sujetará a las mismas reglas de la partición de los bienes hereditarios.

Artículo 57º - Cada cónyuge tiene derecho al reintegro de lo que pagare por el otro o por razón de un bien social, en la parte que no sea deuda propia.

TITULO X

DE LA RENUNCIA DE GANANCIALES POSTERIOR A LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Artículo 58º - Los cónyuges incapaces y los herederos en el mismo caso solo pueden renunciar a gananciales con autorización judicial.

Artículo 59º - Un cónyuge puede renunciar a gananciales mientras no haya aceptado parte alguna del haber social a título de gananciales.

La renuncia solo es rescindible por error grave, espontáneo o provocado por otra parte.

La acción caduca en cuatro años contados desde la disolución de la sociedad.

Artículo 60º - El titulo VIII del libro 1º del Código Civil quedará así:

DE LA EXTINCION DEL MATRIMONIO

Artículo 169 - El matrimonio se extingue por la muerte cierta o presunta de uno de los cónyuges, por la declaración judicial de nulidad o por divorcio judicialmente declarado.

Artículo 61 - El titulo IX del libro 1º del Código Civil quedará así:

DE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO Y SUS EFECTOS

Artículo 170 - El matrimonio es nulo en estos casos:

1º Por error acerca de la persona de uno de los contrayentes, o de una cualidad sustancial en uno o en los dos;

2º Por minoría de edad en uno o en los dos;

3º Si el consentimiento se obtiene por la fuerza;

- 4º Si se celebra entre una parte adúltera y su cónyuge;
- 5º Si uno de los contrayentes dió o hizo dar muerte puniblemente al cónyuge con quien estaba unido en matrimonio anterior, para contraer el nuevo;
- 6º Si los contrayentes están en la misma línea de ascendientes o descendientes o son hermanos;
- 7º Si uno de los contrayentes es adoptante del otro;
- 8º Si uno de los contrayentes esta unido por matrimonio anterior;
- 9º Si los contrayentes están entre sí en primer grado de afinidad; y,
- 10º Si se celebra ante juez incompetente.

Artículo 171 – El matrimonio del púber es relativamente nulo y sometido a las reglas de los actos afectados de tal vicio.

En los demás casos la nulidad caducará en el término de veinte años.

Artículo 172 – El cónyuge culpable de la causal no podrá alegarla, sin perjuicio de las sanciones civiles y penales que ella le acarree y de la obligación de indemnizar al cónyuge inocente, así como del derecho de este y de terceros de revocar las donaciones hechas a aquel por causa del matrimonio.

Artículo 173 – Los hijos nacidos dentro del matrimonio que se declara nulo se someten a las reglas del título X de este libro. Los legitimados por él y los engendrados dentro de él son legítimos.

Artículo 174 – Las donaciones y promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por un cónyuge al que se casó de buena fe subsistirán, no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio.

Artículo 175 – La declaración de nulidad no obstará a la sanción penal que quepa a uno de los cónyuges o a los dos, a los derechos del cónyuge inocente y a los de los hijos.

Artículo 61 – Quedan derogados los Arts. 113 a 151 del Código Civil, 169 a 196 y 1781 a 1836, inclusive unos y otros; el aparte 4º del Art. 1266 del mismo Código; los Arts. 23 y 25 de la Ley 1ª de 1976; y el 296 del Código Sustantivo del Trabajo.

NOTAS

- (1) Dentro de Estudios "Ratio Juris" – Santiago de Chile, 1.972, pág. 53.
- (2) Précis Elementaire de Droit Civil, París, 1934, I pág. 176.
- (3) Con coutere, la doctrina divide las imposiciones legales en deberes, que corresponden al interés social general; obligaciones, que corresponden a un crédito de otra parte; y cargas, que corresponden a interés propio. como medios para obtener un fin; a las cuales Liebman agrega la sujeción: la situación en que queda una parte frente a una decisión judicial que la obliga.
- (4) El Derecho de Familia en la Legislación Comparada, México, 1947, pág. 103.
- (5) Derecho Matrimonial, Madrid, 1960, pág. 152.
- (6) De la Disolución del Matrimonio, 1973, págs. 69 y ss.
- (7) Derecho Civil, t. I, Parte General y Personas, ed. de 1957, págs. 339, 386 y 391.