

✓

NOCION SOBRE MATRIMONIO CIVIL Y SU NULIDAD

Dr. JAIME SOTO GOMEZ
Magistrado Tribunal Superior de Medellín
Sala Civil.

INTRODUCCION

LA IMPORTANCIA DEL DERECHO DE FAMILIA

Según apotegma atribuido a Benjamín Franklin, a todo podemos escapar menos a los impuestos y a la muerte.

En la vida civilizada los contratos de transporte y compraventa son tan profusos que frecuentemente cuando el niño llega al uso de razón es experto en celebrarlos o en lucrarse de ellos, en paseos, adquisición de golosinas, etc. En la vida urbana, para la persona mayor es imposible escapar siquiera un día de la semana a la celebración de uno de los dos (lo cual explica regulaciones aparentemente caprichosas de la ley sobre la compraventa, que deja huellas patrimoniales, como caducidades en términos breves). Pero el hombre salvaje puede morir sin haber pagado jamás impuesto, ni siquiera por medio de una estampilla que es la forma más simple de ello, y puede no haber celebrado nunca un contrato de compraventa ni haber sido transportado siquiera en canoa al cacerío más próximo.

Mas, aunque ese salvaje no haya durado sino unas horas, tuvo relaciones familiares, dentro de la incipiente organización social a que perteneció.

Ello se explica porque la familia es anterior al estado, y da idea de la urdimbre de derechos de tal ramo que tiene la persona civilizada.

De lo expuesto surge que el derecho de familia es el más fiel al hombre, pues lo acompaña de la cuna a la tumba, o sea que es más fiel que el derecho fiscal, lo cual es demasiado.

Desgraciadamente, adolece de vacíos y omisiones graves, que reclaman una revisión de él, no obstante el esfuerzo que se ha hecho en los últimos años por estudiarlo y corregirlo. A pesar de lo limitado del tema enunciado, comprobaremos varias veces esta afirmación.

I. DEL MATRIMONIO

CONCEPTO Y DEFINICION

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 o 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.

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

Respeto los matrimonios celebrados 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 un capítulo X, de Delitos que constituyen Supervivencia de Costumbres Tradicionales, el artículo 199 del Código 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 artículo 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 sólo producirá efectos legales cuando se formalice o se reconozca de acuerdo con las reglas establecidas en este Código".

El artículo 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 reconocida por tribunal competente". Es el matrimonio no formalizado.

El artículo 102 del Código Civil chileno define el acto como "un contrato solemne por el cual un hombre u una mujer se unen actual e indisolublemente, 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 artículo 28 se propone uno en estos términos: "El artículo 102 del Código Civil se sustituye por 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".

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

El artículo 113 del Código Civil 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 artículo 136, de matrimonio en artículo 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 artículo 89 de la Ley 153 de 1887 (sustitutivo del artículo 1611 del Código Civil) éste no lo admite (artículos 100 y ss.).

Y tiene otras características: suponiéndolo contrato, es 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 (artículo 140, apte. 2, ib.) sin corresponder a su peculio profesional (artículo 294) y forma especial de permiso; no admite la autonomía de la voluntad, para introducirle modalidades accidentales (artículo 1501 del Código Civil), como plazo o condición; si es inexistente jurídicamente no genera obligaciones naturales (artículo 1527, apte. 3); al contrario de los demás contratos, que pueden extinguirse por voluntad de las partes (la autonomía de la voluntad), sólo se extingue por sentencia judicial; tiene causales de nulidad propias, ajenas a los demás contratos; admite una causal de caducidad (artículo 136); es el único contrato que se celebra ante un juez (solemnidad máxima); tiene una modalidad propia: la suspensión 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 artículo 1608 del Código Civil; luego la parte que incumple no tiene tutela jurídica contra la otra.

Al negar la H. Corte la excepción de que la mora o incumplimiento de un cónyuge lo priva de tutela contra el otro, está negándole la calidad de contrato al matrimonio.

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 enunciar la procreación como fin del matrimonio, el Código no lo 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.

Por eso, se ha explicado como mero vestigio del derecho canónico el artículo 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 artículo 1846.

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

Según el primitivo artículo 152 del Código, el matrimonio sólo se disolvía por la muerte de uno de los cónyuges; de lo cual resultaba que el transcrito artículo 1848 sólo venía a ser aplicable al 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 (corresponde ella a esterilidad o a impotencia).

Pero algunas causales de divorcio son tan amplias, en relación con la época de la cual 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 o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial"; o sea que exige la concurrencia de estos elementos en un hecho: a) enfermedad o anormalidad de 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 moral, dice la norma, por no repetir psíquica, o física del otro cónyuge y, f) que imposibilite la comunidad matrimonial.

El proyecto de reforma de los Libros 1o. y 4o. propone eliminar la exigencia de que concurren los dos últimos elementos (poner en peligro la salud psíquica o física del otro cónyuge e imposibilitar la comunidad matrimonial) por la existencia de uno de los dos (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, por la vía del divorcio, causa efecto de nulidad.

De acuerdo con lo expuesto, en los artículos 176 y siguientes del Código Civil

(9o. y ss. del Decreto 2820 de 1974) no se menciona la obligación de contribuir a la procreación.

Sin embargo, es causal de divorcio y de separación de cuerpos y de bienes el grave e injustificado incumplimiento de las obligaciones de cónyuge (marido o mujer) (causal 2a., artículo 154 del Código Civil)4o. de la Ley 1a. de 1976), en lo cual se debe comprender la obligación sexual dicha. (Para la doctrina el deber es imposición legal en favor del interés social general, y la obligación es en interés particular de otra persona, así como la carga es en interés propio. La norma citada asimila deberes a obligaciones, nominalmente).

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 sólo 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 (artículos 83 y 101), mejicano (artículo 156), venezolano (artículo 47) e italiano (artículo 123 considera la impotencia 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 artículo 116 del Código Civil (2o. del Decreto 2820 de 1974), las personas mayores de dieciocho años pueden contraer matrimonio libremente.

Los artículos 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 artículos 124, 125 y 1266, apte. 4o.

Los artículos 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 artículos 118 y 119, el púber menor de dieciocho años requiere el consentimiento de curador general para casarse, o, a falta de éste, de un curador especial, según el artículo 120 (a ellos se refiere el artículo 1777, para efectos de capitulaciones matrimoniales).

En conformidad con los artículos 121 y 122, de las personas a quienes se debe pedir permiso para casarse, sólo el curador que lo niegue está obligado a expresar la causa, y ésta no puede ser sino una contemplada en el artículo 122. el cual con-

templa 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 niega 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 grave peligro 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 éste debiera importar más que a los padres la suerte del menor.

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

De acuerdo con el artículo 156, aparte II, del Código Civil 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 en el Derecho alemán, en el francés, en el suizo, en el mexicano, etc". (3)

Y, refiriéndose a la legislación italiana, afirma Calogegi da cuenta de que en Italia la falta de permiso necesario de otra persona hace anulable el matrimonio, anulabilidad que la ley permite sanear, por varios medios. (4)

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

En lugar de esta sencilla medida, los artículos 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 sólo a aquel o aquellos cuyo consentimiento fue necesario, sino a "todos los otros ascendientes"; y agrega que, "si alguno de éstos muriere sin hacer testamento, no tendrá el descendiente más que la mitad de la porción de bienes que le hubiera correspondido en la sucesión del difunto".

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 artículo 1276. Por equidad, se debe entender que le condona la presunta falta, a pesar de lo que dispone el artículo 1269.

Es preciso ver la gravedad de la presunta falta, frente a las causas de desheredamiento que trae el artículo 1266, y si éste contempla el amancebamiento. Entre faltas morales contempla "el haberse abandonado a los vicios o ejercido granjerías infames; a menos que se 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 admite la 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 maltrato del ascendiente. Por equidad, se deben entender que también en estos casos no 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 artículo 314 (44 del Decreto 2820 citado), el matrimonio emancipa al menor; y, sin embargo, según el artículo 140, sus padres pueden pedir la nulidad del matrimonio del impúber; la cual no le revoca el desheredamiento; de tal suerte que el menor queda doblemente sancionado. (El artículo 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, indica aptitud para procrear).

APTITUD PARA CASARSE

Se supone que, si un contrayente no está informado de defectos graves del otro, se casa suponiendo en éste 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 el consentimiento de la persona normal en la búsqueda del bien.

Sin embargo, el Código Civil desatiende esta regla obvia de la experiencia, dan-

do la espalda al error en cualidades sustanciales de la otra persona.

Así, el artículo 140 sólo tiene en cuenta como causa 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 éste el consentimiento, o sea que el dolo viene a ser causa remota del consentimiento, por medio del error).

Ejemplos claros de esto son la 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 cual a un contrayente 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 Código Civil no admite siquiera someter el consentimiento a ciertas condiciones lícitas, como lo hace el derecho canónico: vgr., si no tiene tales o cuales antecedentes; si tiene ésta 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: "Quien contrae matrimonio engañado por dolo provocado para obtener el consentimiento, acerca de una cualidad del otro contrayente, que por su naturaleza puede 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 su vida como escoger religión, profesión y nacionalidad le igualan, porque no afectan a otras personas como lo hace él.

Sin embargo, el Código Civil 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 ésta 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 encinta 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. ¿Hay fines pragmáticos en ello? ¿Halaga más el divorcio que la nulidad?

II. EFECTOS DEL MATRIMONIO

LA COLOCACION DE SUS REGLAS EN EL CODIGO CIVIL

Se supone que los contrayentes salen del templo o de juzgado cargados de derechos y obligaciones, aunque su matrimonio, celebrado sobre 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 hubiera tenido sentido de 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 artículo 52 de la Ley 153 de 1887 establecía excepciones a la legitimación regulada en el artículo 237 del Código Civil, como la de que el matrimonio careciera "de las condiciones necesarias para producir efectos civiles".

El haber sido derogado aquél, por el artículo 31 de la Ley 1a. de 1976, da pie a la tesis de que desapareció tal excepción. Por eso la omitimos en cuatro 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 artículos 176 y ss. del Código Civil (9o. y ss. del Decreto 2820 de 1974) están contenidos en un título designado con epígrafe erróneo, en cuanto se refiere a obligaciones y derechos y su regulación se extiende a sociedad conyugal, que no corresponde a tal concepto específico, sino a uno general.

En normas anteriores, el Código Civil 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.

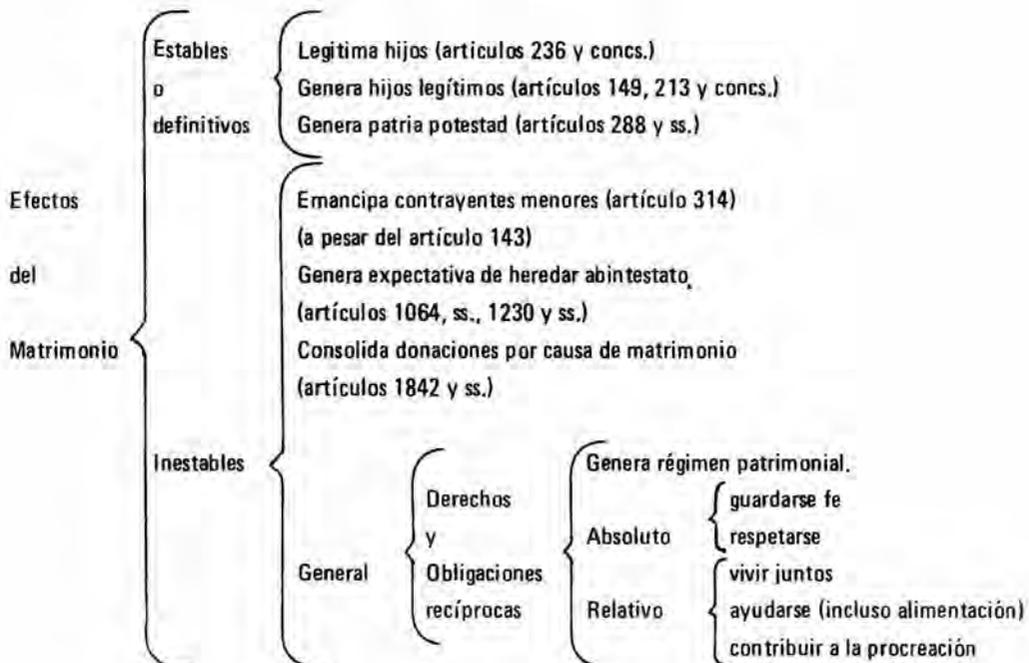
Como está insinuado, el Código Civil establece sanciones (divorcio y separación de cuerpos) por violación de obligaciones conyugales, sin declarar primero éstas. La separación de bienes sí aparece colocada en lugar lógico, después de la regulación de obligaciones. (En proyectos de reforma al Código Civil 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, 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 procrear, en cuanto sea preciso y posible. (Por ser preciso se debe entender que la otra parte lo exija).

El artículo 1820 del Código Civil (25 de la Ley 1a. de 1976) dispone expresamente que en el caso de bigamia (apte. 12 del artículo 140) no se forma sociedad conyugal; pero tácitamente indica que tampoco se forma en el caso del matrimonio celebrado en artículo de muerte (artículo 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 él queda sometido a una condición suspensiva).

Lo expuesto se resume en un cuadro sinóptico, así:



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

LA INEXPERIENCIA JURIDICA Y APARENTE INEFICACIA

Según jurisprudencia de la H. Corte relacionada con el artículo 6o. del Código Civil, ella negó la admisión en nuestro derecho de la inexistencia jurídica; tesis que sólo se explica porque nuestra ley no emplea tal expresión.

Los artículos 187, 232 y 265 del Código de Procedimiento Civil hablan de inexistencia jurídica, formal o relativa; aunque se refieren a una causa de ella sin definirse en el sentido de si produce tal fenómeno o nulidad del acto jurídico.

Por otra parte, en sus dos incisos, el artículo 232 citado habla de inexistencia en forma equívoca, sin distinguir nominalmente entre tal inexistencia y la material o absoluta, siendo así que el primer inciso se refiere a aquella y el segundo a ésta.

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 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 radical contraria).

Se atribuye a Zaccharie (francés, según da a entender el chileno Eugenio Velasco Letelier (5), o alemán, según Alesandri y Somarriva) la teoría de la inexistencia jurídica, en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo, con el razonamiento de que no es nulo, porque ni siquiera existe jurídicamente. Según eso, el acto nulo por lo menos existe, aunque viciado. (Primitivamente 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 artículo 146 del Código Civil francés, Napoleón hizo introducir un párrafo aparte que dice: "No existe matrimonio cuando no hay consentimiento. (En el apte. 3, el artículo 140 de nuestro Código Civil contempla la falta de consentimiento como causa de nulidad, punto sobre el cual hemos de volver).

El colombiano Valencia Zea, innovador en puntos importantes de nuestro derecho, encuentra que éste sanciona actos con inexistencia jurídica; y, deduciendo que el infante no puede consentir según la ley, afirma que su acto es inexistente. Asimismo, pone ejemplos de actos inexistentes por falta de una solemnidad debida: ventas de inmuebles hechas por escritura privada y matrimonio celebrado ante alcalde. (6)

Pero en tales ejemplos hay dos formas distintas de inexistencia: material o absoluta la de falta de consentimiento, y relativa, formal o jurídica la de falta de solemnidad.

También el artículo 898 del Código de Comercio involucra las dos formas.

Así, el artículo 1502 del Código Civil se refiere a elementos de la estructura de un acto jurídico, y los artículos 1500 y 1527, apte. 3, se refiere a un requisito de forma: una solemnidad necesaria para que él produzca efectos civiles, de tal suerte que, si falta, el acto sólo produce obligaciones naturales. Si falta un elemento sustancial del acto, éste no produce siquiera obligaciones de tal naturaleza, por ser inexistente materialmente.

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 artículo 11 de la Ley 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 solemnidad máxima al acto más trascendente socialmente del hombre para resolver tan simplemente su omisión (aparte de la dificultad práctica de definir cuándo empiezan algunos concubinatos, y de la consecuencia jurídica de que él constituiría bigamia para el concubino que está casado, con otra persona).

En la simulación absoluta las partes no quieren celebrar el acto, que éste produzca efectos jurídicos, sino aparentarlo, para que produzca efectos distintos, ordinariamente materiales, como ocultar un bien a los acreedores. En efecto, si una parte dice vender una cosa a la otra, por un precio, y ésta dice comprarlo, pero ni aquella quiere venderla ni el precio es cierto, y ésta no quiere comprarla ni acepta el precio realmente, no hay nada jurídico, sino una mera apariencia: no hay acto jurídico, sino 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 mera doctrina.

➤ Pero vimos que la solución que da el apte. 3 del artículo 140 es la de 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 ésta implica ausencia de efectos jurídicos.

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

Por esto es errónea la redacción del artículo 140 citado, en cuanto dice que "el

matrimonio es nulo y sin efectos" en tales casos, y vimos que el matrimonio nulo es fértil en efectos.

A esta crítica respondió la comisión revisora de los libros 1o. y 3o. del Código Civil proponiendo suprimir la expresión "y sin efecto".

Casos de verdadera ineficacia (a veces no advertidos por la doctrina y la jurisprudencia) contienen los artículos 1537 del Código; 12 de la Ley 95 de 1890 (sustitutivo del 1132 del Código Civil), 1184 de éste, 89 de la Ley 153 de 1887 (1611 del Código Civil) y 1760 de éste, así como los artículos 6o. y 392, apte. 9, del Código de Procedimiento Civil y numerosas normas del Código de Comercio.

Pero el artículo 115 del Código Civil 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 sólo 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 EXTINCION 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 Hémaré 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 sólo 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 nulo por bigamia.

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

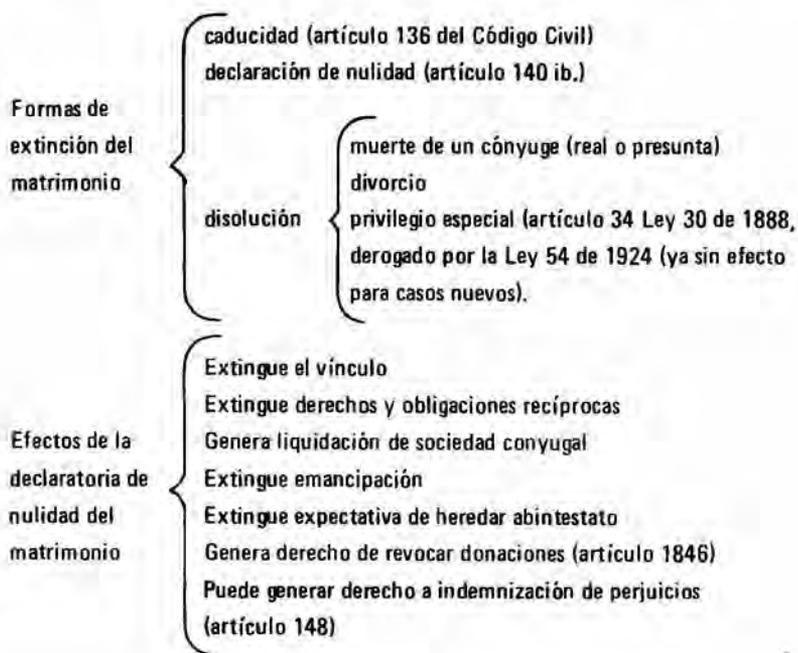
No ocurre lo mismo con la caducidad, dispuesta en el artículo 136 del Código Civil.

Hay dos formas de caducidad. Una consiste en la falta de cumplimiento de un requisito (carga, decimos nosotros) 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 artículos 691 y 787 del Código de Comercio.

Otra es la extinción de la tutela jurídica por el solo transcurso del tiempo sin haber ejercido un derecho, como ocurre con la acción posesoria, según el artículo 976, y con derechos relativos a la compraventa, según los artículos 1860, 1890, 1913, 1915, 1916, 1938, 1943, 1944 y 1954 (a lo cual corresponde explicación dada en la introducción a este trabajo), extinción que el Código Civil denomina "prescripción", impropia.

La caducidad que contempla el artículo 136 corresponde a la primera especie, 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 que presentamos a continuación.



IV. PROPUESTAS DE REFORMA SOBRE INEXISTENCIA Y NULIDAD DE 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 artículo 151 relativo a 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 dejar vigentes las reglas actuales relativas a error en la persona y a consentimiento.

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

El Dr. Valencia Zea propone normas en estos términos:

“Artículo 1384 – Son incapaces para el matrimonio:

1o. Los que no han cumplido la edad a que se refiere el artículo precedente (16 años).

2o. Los que de palabra o por escrito, o por signos inequívocos, no pueden expresar su voluntad claramente;

3o. El que en el momento del matrimonio no estuviese (sic) en su sano juicio;

4o. El que padezca impotencia antecedente al matrimonio”.

“Artículo 1385 – Está prohibido el matrimonio:

1o. A los consanguíneos entre sí en línea directa y a los hermanos.

2o. A los parientes por adopción en línea directa.

3o. Al partícipe de la muerte de su cónyuge con su cómplice.

4o. Al que se encontrare ligado por matrimonio anterior”.

Según el artículo 1387, 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”; pero no establece ninguna sanción, a menos que se entienda que la omisión de la mujer haya llevado a error, para efectos del artículo 1407, que reproduciremos.

Un artículo 1403 está propuesto en estos términos: “El matrimonio es inexistente jurídicamente:

1o. Cuando se celebra entre personas del mismo sexo.

2o. Cuando se celebre 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. 2o. pasa por alto que el artículo 1389 permite el matrimonio ante funcionarios diplomáticos o consulares en el exterior y ante funcionarios competentes del respectivo país; y el aparte 3o. corresponde a una norma del artículo 1332 del Código Civil alemán.

El mismo autor propone un artículo 1407 en estos términos:

“El matrimonio es nulo:

1o. Cuando se celebra con violación de los artículos 1384 y 1385;

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.

“Las anteriores causas de nulidad son taxativas”.

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

Literalmente, el canon 1013 del Código de Procedimiento Civil dispone: “La procreación y la educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario”.

En el proyecto de nuevo C. de D. C. se propone un canon el que compendia el canon 1012 y lo transcrito del 1013, en estos términos: “La alianza matrimonial, por la cual el hombre y la mujer constituyen entre sí una íntima comunión de toda la vida, ordenada por su índole natural al bien de los cónyuges y a la procreación 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 párrafo 2 del canon 1013 vigente, se expresa diciendo que el matrimonio es de “uno con una”.

Según el canon 1068, “la impotencia antecedente y perpetua, tanto si es impotente el varón como si es la mujer, lo mismo si es conocida por el otro cónyuge como si no lo es, ya sea absoluta, ya relativa, dirime el matrimonio por derecho natural”.

Así, resulta que el cónyuge estéril puede cumplir el fin secundario de alivio a la concupiscencia, pero no el principal de la procreación.

Se da como razón de ello que el estéril prometió lo 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 caso de quien comprobó ser estéril en matrimonio anterior.

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

Así, los proyectos comentados contienen el mismo error del canon.

Y proponen mantener errores actuales, análogos al del canon 1083, en relación con la persona del otro contrayente, contenido en estos términos: "El error acerca de la persona misma hace inválido el matrimonio.

"2. El error acerca de cualidades de la persona, aunque él sea causa del contrato, lo invalida solamente:

1o. Si el error acerca de las cualidades de la persona redundan en error acerca de la persona misma;

2o. Si una persona libre contrae matrimonio con otra a la que cree libre, pero que es esclava con esclavitud propiamente dicha".

Ya dijimos que se puede poner cualidades de la persona como condición válida, pero no en derecho civil.

En los dos proyectos civiles se propone repetir el caso que dio origen a la teoría de la inexistencia jurídica del matrimonio: la igualdad de sexo de los contrayentes.

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

No prevén el caso de que una persona de un sexo contraiga matrimonio con dos o más del sexo contrario, a la vez: vgr., un varón con dos o más mujeres, simultáneamente, o una mujer con varios varones; 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 artículos 151 y 1043 respectivos, sobre este punto, es: El matrimonio es inexistente jurídicamente: 1o., si no se contrae entre un hombre y una mujer solamente.

Así, quedarían conjurados el matrimonio homosexual y el múltiple.

Febrero de 1984

Jaime Soto Gómez