

JURISDICCION DE LA FAMILIA

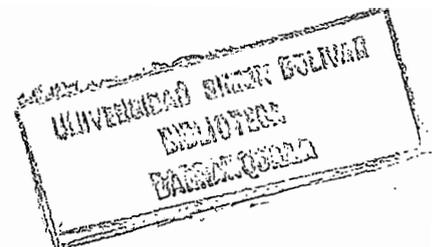
NEREIDA UHIA PIMIENTA

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

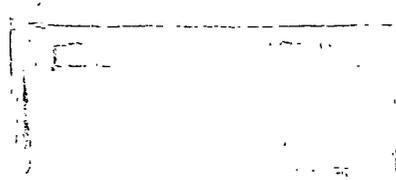
FACULTAD DE DERECHO

1987



4034268

DR
#0925



UNIVERSITAT BULGAR
BIBLIOTECA
SOFIA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	
BIBLIOTECA	
NO. INVENT.	445
FECHA	21 FEB. 2008
CATEG.	DONACION

JURISDDICCION DE LA FAMILIA

NEREIDA UHIA PIMIENTA

Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogado.

Director: CESAR MERCADO, Abo.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1987

T
346.015
U.28

Barranquilla, Noviembre 17 de 1987

Señor
DECANO FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
Atención Dr. Carlos Daniel Llanos Sánchez
Ciudad

Estimado Dr. Llanos:

En mi calidad de Director de la Tesis del graduando NEREIDA UHIA PIMIENTA, intitulada JURISDICCION DE LA FAMILIA y después de hacer un estudio minucioso, pude observar que está contenida en 12 partes, desarrollando en ella a cabalidad esa figura jurídica que tanto alcance e importancia tiene en la legislación civil colombiana.

No solo esboza e interpreta las leyes pertinentes, sino que refleja con claridad la doctrina y jurisprudencia, finalizando con sus propios criterios.

Por la eficacia de su trabajo, doy concepto favorable para que cumpla con un requisito más y pueda optar a su título de Abogado.

Atentamente,

CESAR MERCADO
Director

/lbt

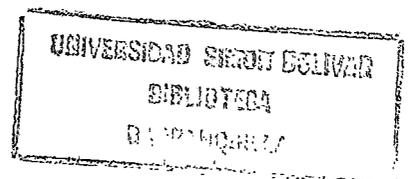
NOTA DE ACEPTACION

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

Barranquilla, Noviembre de 1987



AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos :

A CESAR MERCADO, Abogado titulado, Catedrático de la Universidad Simón Bolívar y Director de este Trabajo.

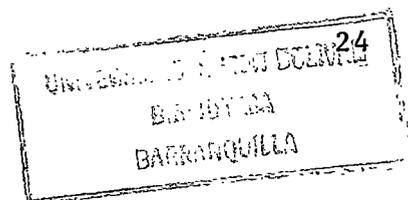
A CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Simón Bolívar.

A la UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

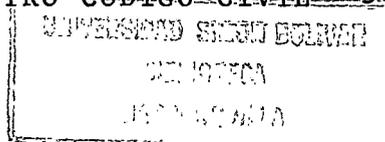
A todas aquellas personas que de una u otra forma colaboraron en la realización del presente trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

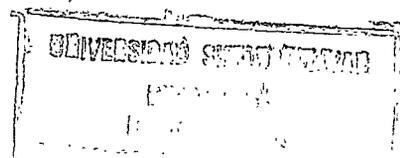
	pág
INTRODUCCION	8
1. NOCION E IMPORTANCIA	9
1.1 ETIMOLOGIA	9
1.2 NOCION	10
1.3 ORIGEN DE LA FAMILIA	10
1.4 IMPORTANCIA Y FIN DE LA FAMILIA	11
1.5 LA FAMILIA LEGITIMA Y LA FAMILIA NATURAL	14
2. HISTORIA DE LA FAMILIA	15
2.1 LA FAMILIA PRIMITIVA	15
2.2 LA FAMILIA EN GRECIA Y ROMA	15
2.3 LA FAMILIA MEDIOEVAL	17
2.4 LA FAMILIA CONTEMPORANEA	18
3. EL DERECHO DE FAMILIA	20
3.1 NOCION	20
3.2 UBICACION DEL DERECHO DE FAMILIA	21
3.3 CARACTERES DEL DERECHO DE FAMILIA	22
3.4 NATURALEZA JURIDICA DE LA FAMILIA	23
3.5 EL ESTADO FRENTE A LA FAMILIA	24
3.6 PLANIFICACION FAMILIAR	



4.	LA FAMILIA EN LA LEGISLACION COLOMBIANA	26
4.1	ASPECTOS PREVIOS	26
4.2	CONCEPCION INSTITUCIONAL	27
4.3	PATRIMONIO DE FAMILIA	28
5.	EL PARENTESCO	31
5.1	CUESTION PREVIA	31
5.2	NOCION	51
5.3	PARENTESCO EN EL DERECHO ROMANO	32
6.	CLASIFICACION DEL PARENTESCO	33
6.1	PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD	33
6.2	PARENTESCO DE AFINIDAD	34
6.3	PARENTESCO CIVIL O LEGAL	36
6.4	PARENTESCO ESPIRITUAL	37
7.	LINEA	39
7.1	NOCION	39
8.	EL GRADO	41
8.1	NOCION	41
8.2	DETERMINACION DEL PARENTESCO	41
8.3	GRADO DE PARENTESCO EN DERECHO CANONICO	42
8.4	ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL PARENTESCO	43
8.5	LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y EL PARENTESCO	44
8.6	CUANDO DEBEN SER OIDOS LOS PARIENTES	45
9.	LOS ESPONSALES ANTE LA LEY CIVIL	49
9.1	ETIMOLOGIA, ANTECEDENTES	49
9.2	DERECHO ACTUAL. TENDENCIAS LEGISLATIVAS	51
9.3	ORIGEN DE LOS ESPONSALES EN NUESTRO CODIGO CIVIL	52



9.4	DEFINICION. CARENCIA DE OBLIGATORIEDAD	53
9.5	INEFICACIA DE LA CLAUSULA PENAL	54
9.6	CELEBRACION DEL PACTO DE ESPONSALES	54
9.7	EFFECTOS SECUNDARIOS DEL PACTO DE ESPONSALES	54
9.8	CONTRATO DE CORRETAJE MATRIMONIAL	55
10.	LOS ESPONSALES ANTE EL DERECHO CANONICO	57
10.1	ANOTACIONES PREVIAS	57
10.2	FORMALIDADES	58
10.3	EFFECTOS	59
10.4	TERMINACION	60
11.	EL MATRIMONIO	62
11.1	ETIMOLOGIA. NOCIONES GENERALES	62
11.2	DERECHO MATRIMONIAL. NOCION	63
11.3	HISTORIA	63
11.4	EL MATRIMONIO EN GRECIA	64
11.5	EL MATRIMONIO EN ROMA	65
11.6	EVOLUCION HISTORICA POSTERIOR	66
12.	NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO	69
12.1	GENERALIDADES	69
	CONCLUSION	76
	BIBLIOGRAFIA	77



INTRODUCCION

Entre las distintas ramas que integran el derecho civil, tal vez ninguna ha sufrido una mayor transformación que el Derecho de Familia. La legislación sobre la familia ha tenido una continua evolución en nuestros días: llega al extremo de pretender sustraerse, según algunos, del ámbito tradicional del derecho privado. para ampararse bajo las instituciones del Derecho Público. No podemos ignorar que de aquella rígida concepción del Derecho Romano, con caracteres eminentemente políticos y religiosos que modelaban las relaciones familiares, no queda más que el nombre.

Para sociólogos y juristas, la evolución familiar merece un detenido estudio; su trascendencia en la vida social y en las mismas costumbres de los pueblos es innegable; no olvidemos que el seno de la familia tiene origen en el amor conyugal que se suele traducir en el advenimiento de la prole y en el desenvolvimiento y desarrollo de los hombres. La familia es, sin duda, el factor más influyente en el nivel moral de las naciones. □

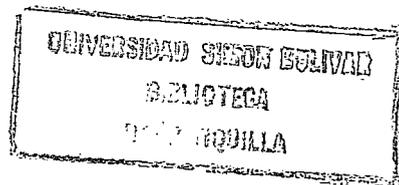
1. NOCION E IMPORTANCIA

1.1 ETIMOLOGIA

Algunos consideran incierto el origen de la palabra castellana familia; así, por ejemplo, la Nueva Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana, comúnmente llamada Espasa por el nombre de su editor, cita como posible origen de esta voz la palabra latina fames (hambre), y le atribuye esta opinión a Taparelli, quien bien podría ser Massino Taparelli D'Azeglio, ya que no cita la fuente en forma precisa.

Sin embargo, la raíz más aceptada y segura es la que nos da J. Corominas¹ en su magistral Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Castellana, quien sostiene que la voz familia descende de la palabra familia, y ésta a su vez del antiguo latín famulus (esclavo). Esta última voz latina tuvo origen en la palabra osca famel, que también signi

¹COROMINAS, J. Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Castellana



ficó esclavo* .

1.2 NOCION

Comúnmente, a la palabra familia se le han asignado dos significados: uno en sentido amplio, por el cual se comprende a aquel grupo de personas que por naturaleza o por derecho están sujetas a la potestad de uno. Es sinónimo de conjunto de individuos unidos entre sí por vínculos jurídicos o naturales, como son el parentesco y el matrimonio; otro en sentido estricto, según el cual se le considera como la agrupación de personas cuya generación es común, por descender de un mismo tronco a traíz; comprende a los padres y a los hijos.

La primera significación corresponde a la que los romanos tenían de la gens, la segunda se acomoda más a la etimología latina de la palabra familia, con la que se designaba en su tiempo la casa o el hogar.

1.3 ORIGEN DE LA FAMILIA

La familia, como fenómeno social, es tan antigua como la hu

* Esta opinión la confirman, entre otros, FREUND, KLUGE, F. y GOTZE, A. (Etymologisches Wörterbuch der lateinischen sprache).

manidad misma, con la cual es consustancial; tiene su origen natural en la conjunción de los sexos y como institución jurídica deriva del matrimonio, que es la unión sancionada por la ley.

Pero la generación no constituyó el origen de la familia; en la antigüedad influyó primordialmente como factor de integración la religión del hogar y el culto a los antepasados. Primitivamente fue una agrupación de carácter religioso, más que una asociación natural con comunidad de culto como elemento de cohesión.

1.4 IMPORTANCIA Y FIN DE LA FAMILIA

La Familia, como célula infraestatal, es el factor esencial en la organización de la sociedad y del Estado; esto explica porqué en naciones civilizadas se han expedido estatutos que reglamentan en los derechos y obligaciones surgidas en su seno, tendencia que se agudiza día a día, a medida que se resalta la influencia trascendental que ejerce la célula familiar. "Para la mayoría de los hombres, la familia es el factor esencial de virtud y de felicidad, primero en la infancia -tiempo de su formación-, después en la edad adulta, en el hogar que ellos fundan. El nivel de una nación, depende, ante todo aunque no exclusivamente, del respeto de la institución familiar".

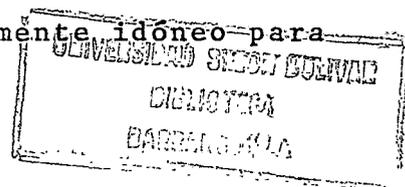
La familia es la célula por excelencia. Esta colectividad, excluida hasta nuestros días del lenguaje jurídico, o aún de la vida jurídica es, no obstante, de todas las agrupaciones de personas, la más antigua y la más importante; la más antigua, porque es una colectividad natural y la única agrupación natural; la más importante porque sin ella no se concibe la posibilidad de una vida en sociedad. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

En el seno de la familia cumplen los esposos las obligaciones que la moral y el derecho les imponen tanto en su condición de casado como en su carácter de padres. Estas obligaciones, que a la vez ocasionan derechos correlativos, son primordialmente el débito conyugal, la cohabitación, la fidelidad, el socorro y la ayuda que se deben los esposos entre sí, la crianza y la corrección.

Los aspectos más notables de la familia como célula jurídico-social, son:

- En las relaciones de su vida privada, el hombre encuentra en la familia la satisfacción de sus legítimas aspiraciones y la complementación de sus afectos.

- La familia es el medio moral y legalmente idóneo para



cumplir con la conservación de la especie humana, función que conduce a la perpetuación de la sociedad.

- La familia es el medio idóneo de más trascendencia de que disponen las personas para recibir educación; son los padres quienes durante la niñez y la adolescencia de sus hijos, les transmiten el conocimiento de los valores morales de la vida, cuya perduración en las personas es por toda su existencia.

- En el orden social, la familia es continuadora de las tradiciones sociales y políticas, las cuales se van transmitiendo de generación en generación. Los padres infunden a los hijos ideas religiosas y políticas, convicciones morales y sociales, ejerciendo influencia decisiva en la formación de los nuevos ciudadanos, quienes serán los continuadores de la civilización de sus antepasados.

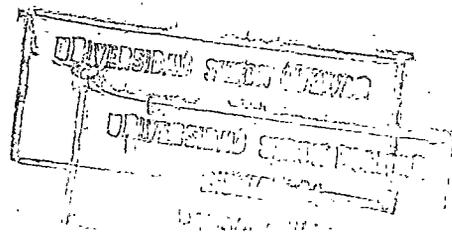
Ello no quiere decir que en la sociedad familiar siempre se presente una identidad ideológica, no; por el contrario, las diferencias entre padres e hijos suelen ser profundas y más en una época como la actual; pese a ello, la influencia familiar impone su carácter indeleble.

1.5 LA FAMILIA LEGITIMA Y LA FAMILIA NATURAL

Existe disparidad de criterios entre los tratadistas de Derecho sobre cuál ha sido la fuente originaria de la familia: para algunos, el tratamiento es una característica esencial; para otros, es concebible jurídicamente la familia natural, cuyo origen es el concubinato o la vida común de sus miembros, manifestándose bajo signos de estabilidad y notoriedad.

La familia, sostiene Mazeaud, no es, para el derecho, "toda colectividad formada entre padres e hijos". Es preciso que esa agrupación presente los caracteres de moralidad y estabilidad que son los únicos susceptibles de permitirle cumplir su misión social; la agrupación formada por el matrimonio es la familia legítima. Esta es la única familia. Lo que a veces se llama familia natural, no constituye familia.

Al lado de la familia legítima, fundada en el matrimonio, afirma Cirilo Pavón, surge paralelo otro grupo familiar que es consecuencia de instintos genésicos producidos fuera del matrimonio; este grupo constituye la mal llamada "familia natural", puesto que su verdadera designación debería ser el de ilegítima, porque se forma fuera de la constitución legítima del matrimonio.



2. HISTORIA DE LA FAMILIA

2.1 LA FAMILIA PRIMITIVA

El origen histórico de la familia se confunde con la aparición del ser humano. En los tiempos primitivos, los padres y los hijos se agrupaban en células más o menos numerosas, sometidos a la rígida potestad del jefe de la tribu, en ciertas ocasiones varón de cualidades excelsas, de experiencia y sobriedad que lo hacían acreedor de esa jefatura (familia patriarcal); en otros, bajo la dirección de una mujer, quien debido a su experiencia y moralidad se constituía en factor indispensable en la dirección de la familia (familia matriarcal); el vínculo que mantenían unidos a los componentes de la familia primitiva, estribó en el parentesco y en la religión.

2.2 LA FAMILIA EN GRECIA Y ROMA

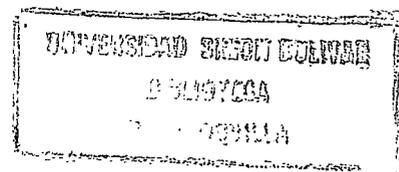
La antigua lengua griega tenía una palabra particularmente expresiva para designar la familia: epistión, vocablo que significaba literalmente lo que se halla junto al hogar. La

familia estaba constituida por un grupo de personas cuya religión permitía involucrar el mismo Dios y ofrecer comida fúnebre a sus antepasados comuneros.

Entre los romanos la palabra familia (famulus) comprendía diversos significados; entre otros, los siguientes:

1. Conjunto de personas unidas entre sí por vínculos de agnación.
2. Célula formada por individuos colocados bajo la potestad del pater-familias, o bajo su patria potestad o manus.
3. Los individuos que tenían su origen común por descender de un mismo tronco.
4. El mismo patrimonio de la persona.
5. Los esclavos pertenecientes de una persona.

Estaban constituidas por la mujer o esposa (a menos que su matrimonio fuese de aquellos que no concebían potestad sobre ella), los hijos, los nietos, los adoptados, los hijos extramatrimoniales, adoptivos, y demás personas libres que se hallaban con el Pater familias en una relación in causa mancipi.

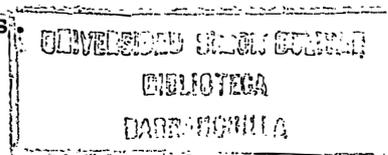


Tanto en Roma como en Grecia, la familia se caracterizó por la cohesión existente entre sus integrantes, quienes comulgaban en un mismo culto a sus antepasados. El padre, que como cabeza de la familia debía vigilar a los parientes sometidos bajo su potestad, gozaba de un poder de corrección casi ilimitado y solo se hallaba sometido a la voluntad de la gens.

2.3 LA FAMILIA MEDIOEVAL

La influencia de la doctrina cristiana, fundada en la indisolubilidad del vínculo matrimonial, en la asociación y respeto mutuo que debe reinar entre los cónyuges, así como en la autoridad racional del esposo sobre la esposa e hijos, prevalecen en el medioevo. La familia se representa como organismo de ética muy elevada y como un núcleo social fuertemente constituido.

La concepción cristiana del matrimonio, que en Francia perduró por siglos, vino a prolongarse cronológicamente hasta 1598, año en el cual ocurrió un hecho de innegable trascendencia: el Edicto de Nantes, que condujo a su laicización. Ello fue la causa para que se prohibiese a los protestantes la celebración del matrimonio ante los ministros del culto, lo que ocasionó su presencia ante los oficiales laicos de la justicia civil, para contraer nupcias.



La potestad del marido sobre su esposa (potestad marital) adquirió en la Edad Media un contenido eminentemente tutelar que abarcó los campos personal y patrimonial, sin que ello redundase en detrimento de la influencia de la mujer en la familia, pues la esposa continuaba como la dueña de casa.

2.4 LA FAMILIA CONTEMPORANEA

El individualismo, fruto de la Revolución Francesa, tuvo de decisivo influjo en la estructura familiar. No obstante haberse conservado el carácter monogámico del matrimonio, se impone el matrimonio civil, con el consiguiente establecimiento del divorcio vincular. La trascendencia y el esplendor de la ceremonia religiosa de antaño fueron reemplazados por una simple manifestación de voluntades ante un funcionario del Estado.

A partir de 1789 se ha propendido a la identificación paulatina de los derechos y obligaciones de los esposos, con la consiguiente desaparición de la potestad marital; esto ha hecho que las obligaciones derivadas de la patria potestad se diluyan y la autoridad paterna tienda a desaparecer, lo cual, a su vez, ha ocasionado un exceso de libertad en la juventud, con detrimento de las sanas costumbres sociales.

No obstante, muchas legislaciones, sobre todo las de origen

romano, mantienen la estructura tradicional de la familia; según ella el padre, continúa siendo cabeza del hogar; subsisten la potestad marital y la patria potestad, y se le asigna a ésta un contenido más de tutela que de poder; en las instituciones que son fruto de el derecho más reciente, se responsabiliza con mayor énfasis de sus obligaciones a los esposos, pero en especial de las que tienen para con sus hijos.

3. EL DERECHO DE FAMILIA

3.1 NOCION

En sentido amplio, es el conjunto de reglas de derecho y de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de familia. Comprende normas de orden personal, como son las que regulan las relaciones entre cónyuges y entre padres e hijos, y reglas de orden patrimonial, que versan sobre el régimen económico, entre cónyuges y entre padres e hijos, con lo cual le atribuimos un contenido amplio y acorde con las tendencias del derecho moderno; más esto no lo comparte la doctrina francesa, que en cuanto al derecho de familia solo cobija lo referente al estado de las personas, el matrimonio y la filiación. Este ha sido el criterio de la escuela exegética, cuyas orientaciones tienden a limitar el ámbito del derecho de familia exclusivamente a reglas de derecho de orden personal, sin considerar nada del campo patrimonial.

De acuerdo con Bonnacase, las normas que estructuran el de

recho de familia se pueden clasificar en cuatro grupos:

- Las que tienen como fin exclusivo este aspecto del derecho, como sucede con las que reglamentan el matrimonio y la filiación.
- Las que lo tienen como fin principal, más no como único objeto.
- Las que tienen como fin accesorio o indirecto el derecho de familia; por ejemplo, las relativas a la sucesión por causa de muerte.
- Las normas que repercuten indirectamente sobre la familia, las que establecen la participación forzosa en especie de las sucesiones.

En sentido estricto, el derecho de familia se reduce al estudio del matrimonio y los regímenes matrimoniales o derecho matrimonial y al parentesco o derecho del parentesco.

3.2 UBICACION DEL DERECHO DE FAMILIA

Entre las instituciones del Derecho Civil, tal vez ninguna ha sufrido evolución tan notoria como la familia. Con razón pudo afirmar el ilustre profesor de la Universidad de

Bolonia, Antonio Cicu, en su famosa obra sobre la filiación que la legislación de familia ha emprendido, en principio, manifestaciones de tránsito, desde la espera peculiar, y para muchos tradicional, del derecho privado, hacia la más amplia del derecho público.

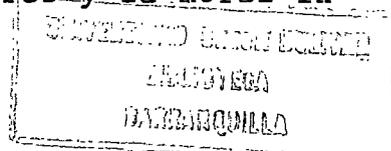
Pero si esta tendencia es indudable, no lo es menos que el derecho de familia en las legislaciones actuales se conserva aún como una parte del derecho privado, a pesar de ser un derecho eminentemente social, lo cual explica el carácter de orden público de sus normas.

3.3 CARACTERES DEL DERECHO DE FAMILIA

Conforme a Planiol, Riperti Andre Roust, notamos como caracteres más eficaces del derecho de familia:

- Su contenido Etico-Moral. Las normas jurídicas que gobiernan la familia son, en última, repetición de principios morales; por ello las obligaciones derivadas del derecho de familia tienen una peculiaridad especial con respecto a las demás, cual es el fundamento perfectamente natural que presentan; tocan más de cerca con la moral que cualquiera otra rama del derecho.

Por este motivo, la religión, las costumbres y la moral in



fluyen particularmente en este derecho. Todo lo anterior explica por qué el derecho de familia se relaciona íntimamente con los principios religiosos, pues, como advierte Planiol, el derecho de familia se rigió en Francia durante largos siglos por el derecho canónico; y si bien la Revolución lo regularizó, no ha perdido éste su carácter, en la medida en que las leyes revolucionarias y las leyes modernas se han apartado de los principios tradicionales en que había sido establecida la familia, han debilitado la solidez de la institución.

3.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LA FAMILIA

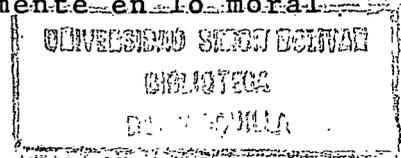
La familia no es persona jurídica, por su ordenación es puramente individualista: Se le reconoce derechos a la persona de sus miembros, más no a la célula como un todo. La familia no se da una capacidad jurídica autónoma, por cuanto no adquiere personería distinta de la de sus integrantes. El mal llamado patrimonio familiar no lo es en sentido estricto, ya que su aparente titular carece de personalidad; ante el derecho no existen más que un patrimonio afectado que forma parte de los patrimonios individuales de los cónyuges y sus hijos.

3.5 EL ESTADO FRENTE A LA FAMILIA

El estado, entidad rectora custodia del bien común, tiene como función primordial crear las instituciones que favorecen el desarrollo del hombre. La familia, institución primordial que es una especial protección del Estado, constituye el adecuado desarrollo y complemento del individuo. Teniendo en cuenta el carácter moral y consuetudinario de las relaciones, a la autonomía privada y reconociendo la autoadministración de la familia, los padres gozan del derecho de la educación de sus hijos; si esta función no les es posible cumplirlas directamente y a cabalidad, por lo menos tienen derecho a orientar a sus hijos y escoger los centros educacionales, donde pueda cumplir con este anhelo natural.

3.6 PLANIFICACION FAMILIAR

La procreación y educación de la prole constituyen el fin primario del matrimonio, fin en el que coinciden la legislación civil y la canónica; presenta por ello un doble aspecto: la crianza de nuevos hijos y su educación idónea para hacerlos útiles a la familia y a la sociedad; y este fin primario del matrimonio debe darle íntegramente en su doble aspecto; los padres deben procrear el número de hijos que puedan educar y, por lo tanto, les corresponde determinar su capacidad y aptitud para ello, especialmente en lo moral.



y en lo económico.

No cumplen este fin primario quienes se abstienen sistemáticamente de llevar hijos al matrimonio por motivos baladíes, como tampoco lo cumplen quienes se dedican a procrear hijos a sabiendas de la imposibilidad en que se hallan para criarlos y educarlos. Al controlar la natalidad, los padres deberán valerse de los medios moralmente lícitos, para cumplir este fin esencial del matrimonio.

En ningún caso se opone a que la autoridad pública, dentro del ámbito de su competencia, pueda intervenir para efectuar una información apropiada, adoptando las medidas convenientes, con tal que estén de acuerdo con la ley y se respete en últimas la justa libertad de los esposos.

4. LA FAMILIA EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

4.1 ASPECTOS PREVIOS

En nuestro derecho positivo no existe ordenamiento legal que incluya de manera sistemática e íntegra, la reglamentación de los derechos y de las obligaciones que se derivan de las relaciones familiares; la mayoría de las disposiciones que rigen esta materia además de presentar una orientación eminentemente individualista, se hallan dispersas en múltiples estatutos legales, lo que explica inarmonía.

Ello impide que se configure una concepción legislativa unificada y orgánica del derecho de familia. Esta falta de unidad obedece a múltiples razones, entre ellos: las disposiciones de carácter familiar han sido expedidas en diversas épocas y han estado influidas por diversas circunstancias; sus propiciadores han profesado tendencias filosóficas distintas.

Indudablemente se han logrado avances en este aspecto, pero en la expedición de la legislación se ha adolecido de doble

deficiencia, falta de una planeación completa del problema familiar que permita un posterior desarrollo lógico en las medidas y soluciones que se pretenda tomar, y carencia de unidad de criterio que debe influir precisamente en la concepción de dicha planeación.

4.2 CONCEPCION INSTITUCIONAL

- Constitución Política. Nuestra Constitución Política solamente utiliza la palabra familia en dos de sus disposiciones: Una en el artículo 23 del Título Tercero, que reglamenta los derechos civiles y las garantías individuales, preceptúa que nadie podrá ser molestado en su persona y familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en las leyes; y segunda, en el Artículo 50, por el cual se faculta al legislador para establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

- Código Civil. En este código no existe una concepción de la familia considerada como célula; tal vez la única norma que da una idea de la institución familiar es el artículo 874, que al referirse a los derechos del usuario y del habitador, preceptúa que en las necesidades personales de éstos se comprenden también las de su familia, la cual se

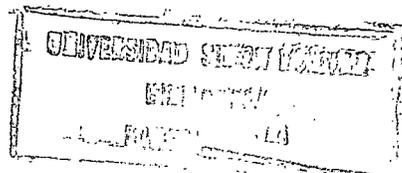
entiende formada por su mujer y los hijos que existen, a la constitución de dichos derechos como los que sobreviven después y esto aún cuando el usuario o el habitador no esté casado ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de su constitución.

4.3 PATRIMONIO DE FAMILIA

En desarrollo del mandato constitucional, nuestro legislador reglamentó, mediante la ley 70 de 1931, el mal llamado patrimonio de familia; entendió como tal la destinación especial que se da a un bien en servicio de la familia.

Además de la ley 70 de 1931 se han dictado otras disposiciones legales reglamentarias del mismo tema, como son la ley 91 de 1936, los decretos 2476 de 1953, reglamentario del patrimonio de familia para viviendas construidas por el Instituto de Crédito Territorial, y el 3073 de 1968, para las levantadas por la Caja de Vivienda Militar. Pero se ha considerado como la ley orgánica del patrimonio de familia a la ley 70 de 1931, que presenta las siguientes características:

- El patrimonio de familia se entiende constituido no solo en favor del beneficiario designado, sino de su cónyuge y de los hijos que lleguen a tener, salvo que expresamente se pacte otra cosa.



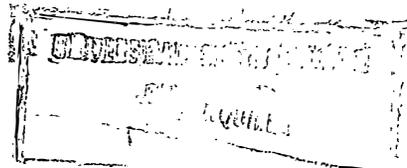
- Puede constituirse a favor de una familia compuesta por el matrimonio, el marido, la esposa y los hijos menores de edad, de una familia integral.

- Pueden ampararse con el patrimonio de familia los bienes inmuebles exclusivamente, sin que importe que sean propios de los cónyuges o sociales.

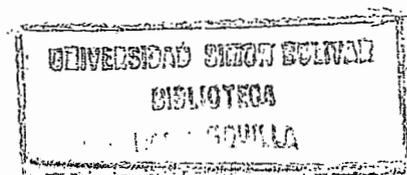
- El patrimonio de familia solo es susceptible de ser constituido sobre el dominio pleno, siempre y cuando los bienes que cobije no se hallen gravados con hipoteca, censo o anticresis.

Lo anterior no tiene aplicación a los deudores de la Caja de Vivienda Militar, Instituto de Crédito Territorial e Instituto de Acción Social de Bogotá, instituciones que se rigen por sus estatutos particulares que permiten el gravamen de los inmuebles que construyen, para respaldar obligaciones de los beneficiarios favorecidos con las adjudicaciones.

- El patrimonio de familia puede ser constituido por un tercero dentro de los límites fijados por el Código Civil para la disposición de bienes, por medio de donaciones entre vivos o asignaciones testamentarias a título singular; subsiste, una vez disuelto el matrimonio, el favor del cónyuge y subsiste en beneficio de los hijos menores.



- Para la constitución del patrimonio de familia es menester la autorización judicial con conocimiento de causa y el lleno de requisitos exigidos. Pero si es casado o tiene hijos menores, la enajenación o la cancelación se subordinará al consentimiento de su cónyuge o de sus hijos menores, caso en el cual esto será por medio de un curador nombrado por el juez.



5. EL PARENTESCO

5.1 CUESTION PREVIA

En muchos pueblos, aún de cultura jurídica avanzada, se ha identificado la idea general de parentesco con el concepto específico de consanguinidad. Fúndase esta conclusión en el hecho universalmente aceptado de que la gens y las tribus, primeras formas de sociedades humanas, se componen en todas partes de individuos que se tienen por parientes; pero en ello existe error manifiesto, por cuanto hay parientes que no son consanguíneos, por ejemplo, los afines y los ligados con adopción.

5.2 NOCION

Etimológicamente la palabra pariente proviene del nombre latino parens, parentis, que significa padre o madre. Según el Diccionario de la Real Academia Española, parentesco es el vínculo, conexión o enlace por consanguinidad o afinidad. El parentesco es la relación de familia que existe entre dos personas.

5.3 PARENTESCO EN EL DERECHO ROMANO

En Roma, el parentesco tenía dos modalidades: la agnación y la cognación.

Agnación -agnatio- era el vínculo jurídico que unía a los parientes por línea masculina, es decir, a todas las personas que se encontraban bajo la potestad de un mismo pater familias, o que se encontrarían, si este no hubiera fallecido.

Cognación -cognatio- era el vínculo de sangre que unía a las personas descendientes de un tronco común, y tanto podía darse en la línea masculina como en la femenina. De ordinario, agnación y cognación se mostraban coincidentes, y así los hijos de un mismo pater familia eran entre ellos, a la vez agnati y cognati. Habían casos, sin embargo, en que ello no ocurría: la mujer in manu, por ejemplo, era cognata respecto de su familia ordinaria y agnata en relación con la de su marido.

6. CLASIFICACION DEL PARENTESCO

6.1 PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD

Según el Artículo 35 del Código Civil, el parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre personas que descienden de un mismo tronco o raíz que están unidas por el vínculo de sangre. El parentesco de consanguinidad puede ser legítimo o ilegítimo. Es legítimo cuando todas las generaciones de que resulta han sido autorizadas por la ley; si cualquiera de los eslabones que unen a dos personas, cuyo parentesco se desea establecer, no proviene de matrimonio legítimo, nulo o putativo, el parentesco es ilegítimo.

Los hermanos, dispone el Art. 54 del Código Civil, pueden serlo por parte de padre y de madre y se llaman entonces hermanos carnales, en el caso de hermanos nacidos de padres casados; pueden ser también hermanos sólo por parte de padre o sólo por parte de madre, y se llaman paternos en el primer caso y maternos en el segundo. Es lo que ocurre entre hijos de padres que han enviudado y vuelto a casar.

6.2 PARENTESCO DE AFINIDAD

El Código Civil no contiene una noción genérica de afinidad; simplemente se limita a definir por separado la afinidad legítima y la ilegítima; tomando los caracteres comunes a las dos especies, podemos afirmar que la afinidad es la relación que existe entre una persona y los consanguíneos de otra a quien ha conocido carnalmente; por lo tanto, no es menester el matrimonio para que se configure este tipo de parentesco.

La afinidad es de dos clases: legítima e ilegítima; la legítima según el artículo 47 del Código Civil, es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer.

En consecuencia, hay parentesco de afinidad legítima entre el marido y los hermanos legítimos de su esposa o viceversa; hay así mismo, afinidad legítima entre los hijos de esposa nacidos en matrimonio anterior, o entre cónyuges y los hermanos del marido o los hijos legítimos de éste nacidos en matrimonio anterior.

Es afinidad ilegítima -según el Art. 48 del Código Civil-, la que existe entre una de las personas que no han contraído matrimonio y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, ... o entre una o dos personas que están o han esta

do casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra. Por consiguiente, habrá parentesco de afinidad ilegítima entre quienes han tenido relaciones sexuales estables y los consanguíneos legítimos del otro, entre la concubina y los hermanos legítimos del concubinario; o entre uno de los cónyuges y los parientes ilegítimos del otro, entre el marido y el hermano natural de la esposa; entre quienes han realizado el acto sexual y los consanguíneos ilegítimos del otro, entre la concubina y el hermano natural del concubinario.

Por otra parte, con respecto a la afinidad, deben tenerse en cuenta los siguientes principios:

- Entre cónyuges no existe parentesco alguno.
- Un solo acto sexual no es suficiente para dar origen al parentesco de afinidad entre quien ha conocido carnalmente a una persona y los consanguíneos de otra; es menester que las relaciones sexuales revistan condiciones de notoriedad y estabilidad.
- La afinidad no fenece por la disolución del matrimonio o la suspensión de la vida en común.

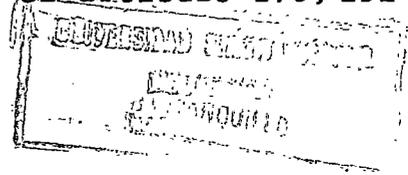
6.3 PARENTESCO CIVIL O LEGAL

Definición: Es una ficción legal por medio de la cual se crea una relación entre adoptando y adoptado, o entre éstos y sus consanguíneos, semejante al parentesco de consanguinidad.

Conforme al Art. 50 del Código, el parentesco civil, es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo, se encuentran entre sí respectivamente en las relaciones de padre, madre e hijo.

Según definición del Código Civil, el parentesco civil no trascendía más allá de quienes intervenían en la adopción, vale decir, adoptantes y adoptivos; se configuraba entonces un parentesco civil entre los consanguíneos o afines del adoptante y el adoptado, como tampoco se configuraba parentesco civil entre el padre adoptante y los consanguíneos del adoptivo.

Con la vigencia de la Ley 5a. de 1975 surgió una nueva concepción del parentesco civil o legal, aunque vaga e imprecisa. Según el Art. 279, inciso segundo de la ley, la adopción simple establece parentesco entre el adoptante, el adoptivo y los hijos de éste; por su parte, el artículo 278, ibi



dem, dispone que por la adopción plena el adoptivo cesa de pertenecer a su familia de sangre, bajo la reserva del impedimento matrimonial previsto en el ordinal 9 del Art. 140 del Código Civil.

6.4 PARENTESCO ESPIRITUAL

El parentesco espiritual, creación del derecho canónico anterior al código actualmente vigente, consistía en la proximidad de personas nacidas del bautismo y de la confirmación. Solamente el bautizante y el padrino contraen por el bautismo parentesco espiritual con el bautizado; los padrinos de bautismo o padres espirituales deben considerar a su hijo como perpetuamente confiado a su cuidado.

De la confirmación válidamente administrada nace también parentesco espiritual entre el confirmado y el padrino, en virtud del cual éste tiene obligación de considerar como confiado perpetuamente a su cuidado y de procurar su educación cristiana.

Pero los efectos en uno y otro eran distintos; mientras que en el bautismo el parentesco daba origen a un impedimento matrimonial de carácter dirimente, en la confirmación daba origen a la obligación por parte del padrino de considerar al confirmado como confiado perpetuamente a su cuidado y de pro

curarle una educación cristiana. El código de reciente vigencia, no contempla el parentesco espiritual.

7. LINEA

7.1 NOCION

Por línea se entiende la serie y orden de las personas que descienden de una raíz o tronco común.

La línea es de dos clases:

- Recta o directa: Está formada por personas en donde unas son generantes y otras engendradas, vale decir, unas descienden de otras o viceversa, unas son engendradas y otras generantes.

La línea recta o directa puede ser ascendente o descendente, según se tome de generante a engendrado o de engendrado a generante. Por ejemplo, será línea ascendente la que va del nieto al abuelo o del hijo al padre; y descendente, la que se cuenta de padre a hijo o de abuelo a nieto.

- Indirecta o colateral, transversal u oblicua: Se forma por personas que descienden de un tronco, pero no son unos

generantes y otros engendrados.

María, la madre de Santiago y Carlos; Carlos y Santiago son parientes consanguíneos en línea colateral por descender de un mismo tronco o raíz, su madre; pero ni Santiago ha sido generante de Carlos, ni éste de aquél.

8. EL GRADO

8.1 NOCION

Llámase grado la unidad de medida del parentesco. Se representa por una persona de cada generación.

El Código Civil establece impropriamente que los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones, concepción en realidad equívoca si se tiene en cuenta que en el grado se toma una persona determinada por cada generación y no la generación en conjunto, como sí ocurre en el derecho canónico.

8.2 DETERMINACION DEL PARENTESCO

Para determinar los grados de parentesco entre dos consanguíneos se procede así: se parte de la persona que se desea establecer el parentesco hasta el tronco común, contando cada una de las generaciones que les ligen, representadas por una persona: se desciende hasta la generación de la otra persona con quien se desea establecer el parentesco.

co. Si la consanguinidad es en línea recta, basta contar el número de eslabones que unen a los parientes, prescindiendo de quien se parte.

Si la consanguinidad es en línea colateral, se parte de la persona que desee establecer el parentesco, hasta llegar a la persona con quien se desea determinado, se sube hasta encontrar el tronco común y se desciende hasta el otro pariente, se cuentan los grados o eslabones existentes entre esas dos personas y se prescinde, claro está, de la persona de quien se parte.

8.3 GRADO DE PARENTESCO EN DERECHO CANONICO

En el derecho canónico, anterior al Código vigente, el grado de parentesco comprendía toda la generación, y no como ocurre en nuestro derecho, en que la generación es representada por una persona. Esta diferencia no se presentaba cuando el parentesco se refería a personas que se hallaban en línea recta, más sí, cuando se trataba de línea colateral.

Ejemplo: Nicolas - Padre de Braulio, abuelo de Carmenza
Braulio - hijo de Nicolás, padre de Carmenza
Carmenza- Hija de Braulio, nieta de Nicolás

Si se desea establecer el parentesco entre Nicolás y Carmen

za, se llegaba a la conclusión de que eran consanguíneos en línea recta, en segundo grado tanto en derecho civil como en derecho canónico y que las generaciones que median entre ellos son dos :

	Ignacio	
Bernardo		Casimiro
Diana		Favio

Ignacio, padre de Bernardo y Casimiro y abuelo de Diana y Favio; Bernardo, padre de Diana y Casimiro, padre de Favio.

Se desea establecer el parentesco entre Diana y Favio, según el derecho canónico, son consanguíneos en segundo grado, pues para llegar al tronco o raíz común hay dos generaciones: la de Bernardo y Casimiro y la de Ignacio, que es otra.

8.4 ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL PARENTESCO

- El parentesco de consanguinidad es legal y, lógicamente, más importante que el de afinidad por tener su origen en la misma sangre; así lo ha reconocido nuestro legislador.

- Al parentesco legítimo se le concedía una mayor importancia que al ilegítimo sucesoral, quienes estaban unidos con parentesco legítimo que con ilegítimo.

- El parentesco civil o legal crea relaciones semejantes al natural y da origen a la célula familiar, constituyéndose en fuente de derechos y obligaciones.

- El parentesco espiritual desapareció, como ya anotamos, con la vigencia del nuevo Código Canónico.

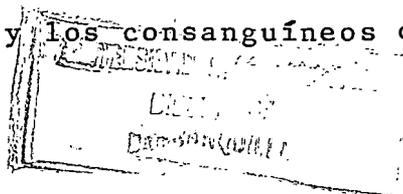
8.5 LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y EL PARENTESCO

El vínculo ó conexión de carácter natural, que existe entre el hijo producto de la práctica eutelegenésica y el dador produce, ineludiblemente, dentro del ordenamiento jurídico, distintos efectos.

Con respecto al parentesco, pueden señalarse:

- **Consanguinidad:** Resulta evidente que entre el procreado por inseminación artificial y el dador, existe una relación de consanguinidad, conforme lo prevé el Art. 35 del Código Civil. Se trata de personas que llevan la misma sangre en virtud de la generación. La situación con respecto de la madre es menos dificultosa, pues es ella quien concibe por motivo de la fecundación.

- **Afinidad:** La afinidad, como ya lo explicamos, es el parentesco que surge entre una persona y los consanguíneos de



otra, a quien ha conocido carnalmente. Se tiene por lo tanto que la fuente de afinidad es doble: la relación sexual y la consanguinidad; al omitirse la relación sexual para reemplazarla por la inseminación, nos hallamos ante esta situación: entre el dador y los consanguíneos de su esposa o concubina no existe parentesco de afinidad propiamente dicha y viceversa, no se configuraría afinidad entre los consanguíneos del dador y su cónyuge o concubina, debido a la falta de conocimiento carnal.

No obstante, el caso presenta mayor complejidad cuando la esposa es inseminada artificialmente por varón distinto de su esposo.

Sostuvimos que entre la madre y el hijo fruto de la inseminación artificial existe parentesco de consanguinidad.

8.6 CUANDO DEBEN SER OIDOS LOS PARIENTES

El artículo 61 del Código Civil establece que en los casos en que la ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:

- Los descendientes legítimos.

- Los ascendientes legítimos, a falta de descendientes legítimos.

- El padre y la madre naturales que haya reconocido voluntariamente al hijo (hoy la madre tiene el carácter de natural por el hecho del reconocimiento), o éste a falta de descendientes o ascendientes legítimos.

- El padre y la madre adoptante, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los puntos anteriores.

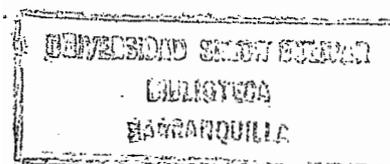
- Los colaterales legítimos (a falta de todos los anteriores).

- Hermanos naturales.

- Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

Igualmente, se oirá al cónyuge, y cuando los parientes fueren menores, se oirá a su representante.

Son muchos los casos en el legislador exige que para tomar una determinación se oiga a los parientes; vemos algunos de ellos:



- De acuerdo con el Artículo 255, cuando el Juez se pronuncie sobre una modificación en el cuidado o custodia del hijo, reservada comúnmente a ambos padres.

- Según el Artículo 311, en caso de suspensión de la patria potestad.

- Para el caso de designación del curador adjunto, a tenor del artículo 442.

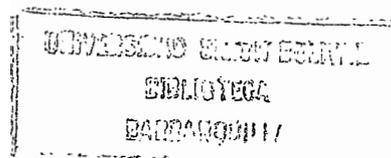
- Para confiar la administración a un guardador, cuando por testamento se han nombrado varios tutores o curadores para que ejerzan sus cargos de consumo, todo de acuerdo con el artículo 453.

- Cuando la guarda legítima no pueda ser ejercida por el padre o la madre, según el artículo 457.

- Para designar curador dativo Art. 462.

- Para exonerar al guardador de la confección del inventario, cuando los bienes del pupilo son exiguos (Art. 470).

- Para solicitar la designación de curador para el menor cuando éste no le pidiere (Art. 526).



- Para renovar al guardador (Art. 630).

En fin, son muchos más los casos en que el legislador impone la obligación al juez para oír a los parientes, con lo cual se quiere resaltar la trascendencia que se le da al parecer de los familiares.

9. LOS ESPONSALES ANTE LA LEY CIVIL

9.1 ETIMOLOGIA. ANTECEDENTES

Etimológicamente, la palabra esponsales proviene de la voz latina sponsus (esponsales), que quiere decir esposo; hay quienes afirman que en su origen se encuentra en las acepciones spes (spei), que significa esperanza; otros, remontan al vocablo latino spondere, que equivale a prometer.

El Diccionario de la Real Academia Española deriva el vocablo esponsales de sponsales, plural de sponsus, que quiere decir esposo, el pacto esponsalicio, como promesa para celebrar matrimonio, ha perdido actualidad; su importancia es más histórica que jurídica. En el derecho romano se privó de efecto al pacto esponsalicio, pero luego, en la época romana helénica, se toma de legislaciones orientales, el sistema de afianzar con las llamadas arras esponsalicias su cumplimiento.

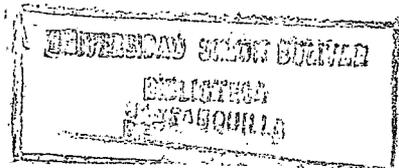
La influencia ejercida por el Derecho Romano sobre el Español vino a ser factor decisivo en la legislación española,

que mantuvo la posición romanística de los esponsales; a su vez, en la Edad Media el derecho canónico ejerció influencia decisiva en los esponsales, que siguió más o menos de cerca las concepciones romano-españolas.

Las Siete Partidas. A los esponsales que podían celebrarse desde los siete años se les reconocieron efectos tales como dar origen a un impedimento matrimonial de carácter dirimente y conceder al desposado el derecho de indemnización de perjuicios, en caso de su incumplimiento; inclusive permitieron su celebración desde los siete años, en lo cual se siguió al derecho romano justiniano.

La celebración de los esponsales tenía el carácter de un acto eminentemente consensual, para el que no se exigían solemnidades especiales; se toleró aún entre impúberes; no obstante, a partir de la vigencia de la Novísima Recopilación, se permitió que los celebraran exclusivamente personas hábiles para casarse y se exigió para su validez el escrito público.

A pesar de la generalización de las legislaciones mencionadas, se condujo al desprestigio de los esponsales, dados los frecuentes matrimonios de familia, concertados por los padres o tutores a espaldas y aún contra la voluntad de los hijos, verdadero mal de toda una larga época y cáncer del matrimo



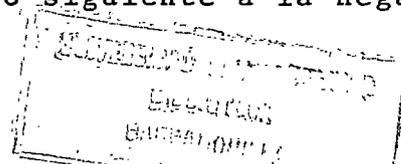
nio, que también enjuiciaron con sus plumas autores como Mo
ratín en España y Moliere en Francia.

El liberalismo surgido de la Revolución Francesa reaccionó
en extremo contra el pacto esponsalicio hasta hacerlo desa
parecer legislativamente, lo cual explica su no inclusión
en el Código Civil Francés.

9.2 DERECHO ACTUAL. TENDENCIAS LEGISLATIVAS

Con respecto a la disposición que asumen los legisladores
frente a los esponsales, existen diversas concepciones le
gislativas. Mientras que algunos niegan todo efecto de tras
cendencia tales como la acción indemnizatoria en caso de rup
tura injustificada; en legislaciones como la nuestra, se le
reconocen efectos secundarios.

En Francia, ante la ausencia de reglamentación legal, la ju
risprudencia ha llenado este vacío; los tribunales france
ses han reconocido el pago por perjuicios o daños derivados
de la ruptura injustificada del pacto. El Italia, cuando
la promesa de matrimonio se ha celebrado por personas legal
mente hábiles mediante acto público o qu conste en escrito
privado, aunque no dan derecho a acción civil para exigir
su cumplimiento, se permite la acción indemnizatoria, siem
pre y cuando se instaure dentro del año siguiente a la nega



tiva del matrimonio.

9.3 ORIGEN DE LOS ESPONSALES EN NUESTRO CODIGO CIVIL

Las disposiciones de la ley española fueron reproducidas por la pragmática sobre el matrimonio, dictada por el Senado chileno el 9 de septiembre de 1820, en cuyo artículo 18 consagró que ninguna demanda de esponsales de los que tienen edad para deliberar por sí se admitiera en los tribunales del Estado si no ha precedido a dichos esponsales el consentimiento de los padres o personas autorizadas para ello en un instrumento público y fehaciente.

Don Andrés Bello, autor del Código chileno, no consideró conveniente reconocerles efectos de trascendencia a los esponsales, para evitar que la legislación escudriñara relaciones íntimas de los esposos, misterio de la vida privada -como dice Portalis-, que en interés de la libertad y de la dignidad humanas deben siempre sustraerse a las investigaciones de la ley.

El legislador del Estado de Cundinamarca se limitó a copiar las disposiciones del Código chileno, con exclusión acertadamente a nuestro modo de ver, del artículo 101, el cual les daba el tratamiento de agravante para el caso del crimen de seducción.

9.4 DEFINICION. CARENCIA DE OBLIGATORIEDAD

Los esponsales, según el Art. 110 del Código Civil, constituyen la promesa de matrimonio mutuamente aceptada; implican un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, que no producen obligación alguna ante la ley civil.

Con la frase empleada por nuestro Código de que los esponsales constituyen un hecho privado que se somete al honor y conciencia de quienes los celebran se les están negando implícitamente el carácter contractual, a fin de concebírse los como un simple convenio, que no puede ser originario de obligación alguna ante la ley civil.

En consecuencia, el legislador colombiano no le ha concedido efectos trascendentales al pacto esponsalicio; tan solo le ha reconocido consecuencias accesorias, por cuanto no puede alegar para solicitar jurídicamente que se celebre el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios.

Si a la promesa de celebrar el matrimonio se le revistiese de las formalidades propias de una promesa de contrato, prevista por el Art. 89 de la ley 153 de 1887. Indudablemente que no; el legislador expresamente establece que los esponsales son una promesa de matrimonio mutuamente aceptada, que

la ley somete al honor y conciencia del individuo, y que no producen obligaciones ante ésta.

9.5 INEFICACIA DE LA CLAUSULA PENAL

La cláusula penal pactada para el caso de incumplimiento no tiene validez jurídica. El artículo 111 del Código Civil establece que no podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado a favor del otro para el caso de incumplirse lo prometido; sin embargo, una vez pagada la multa con causa de incumplimiento esponsalicio, no hay lugar a su devolución.

9.6 CELEBRACION DEL PACTO DE ESPONSALES

La legislación colombiana no establece formalidades especiales para la celebración del pacto de esponsales; puede revestir indistintamente la forma oral o escrita, según la voluntad de los interesados; al fin y al cabo, es un simple convenio de carácter consensual.

9.7 EFECTOS SECUNDARIOS DEL PACTO DE ESPONSALES

Según el artículo 111 no puede pedirse la devolución de la multa pagada por razón de incumplimiento de esta obligación. El derecho a retener lo que se ha pagado como multa en caso

de incumplimiento de los esponsales se fundamenta, según algunos, en que se da origen a una obligación natural; ello porque no se confiere derecho de exigir el pago de la multa, pero una vez pagada se autoriza para retener lo que se ha dado en razón de ella.

Otras sostienen que la multa constituye una estipulación accesoria que no puede subsistir jurídicamente sin una obligación válida a la que acceda; la promesa principal, o sea, la promesa de matrimonio, no es exigible y no puede considerarse como obligación válida natural; los sostenedores de esta doctrina agregan como complemento de su argumentación, que el artículo 1527 del Código Civil enumera de manera taxativa las obligaciones naturales, entre las que no se incluye el pacto accesorio sobre la multa de esponsales.

9.8 CONTRATO DE CORRETAJE MATRIMONIAL

Este tipo de contrato, denominado también de agencias matrimoniales, no ha adquirido vida real en nuestro país. Consiste en el acuerdo de voluntades mediante el cual una persona natural o jurídica (agente o intermediarios) se obliga para con otra a proporcionarse un posible esposo o esposa, mediante el pago de una comisión o precio.

Se discute si esta especie de contrato se halla viciado por

objeto o causa ilícitos o si, por el contrario, es plenamente válido. La Corte de Casación francesa negó la validez de otros contratos por considerar que adolecían de objeto ilícito.

A nuestro modo de ver, si las obligaciones derivadas de ese acuerdo de voluntades no coartan la libre voluntad de la persona para la prestación de un futuro consentimiento y se puede prestar sin presión alguna, el contrato es válido, siempre y cuando no se haya empleado medios contrarios a la ley y a las buenas costumbres.

10. LOS ESPONSALES ANTE EL DERECHO CANONICO

10.1 ANOTACIONES PREVIAS

Para el anterior Código Canónico, el pacto esponsalicio era una institución prematrimonial que revestía especial trascendencia.

La trascendencia de la obligación que se impone -sostiene Sabater March-, y las circunstancias del acto que la acompañan, como también la reciprocidad de obligaciones ordenadas a la consecución de un solo fin, pregonan evidentemente que esa promesa atañe a la justicia conmutativa.

La capacidad natural -agrega- que se requieran para que los interesados puedan emitir promesa de matrimonio, consiste en que ellos tengan, a lo menos, el mínimo grado de discreción que se exige para contraer matrimonio, cual es el conocimiento de que el matrimonio es una sociedad permanente entre el varón y mujer para engendrar prole.

A partir de la pubertad se presume en el fuero externo ese

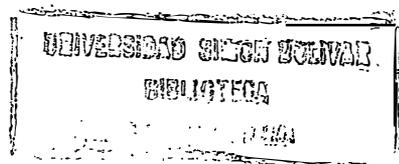
conocimiento, porque es manifiesto que no puede concebirse la obligación de los esponsales, cuyo complemento y perfección necesariamente radica en la celebración de matrimonio, sin conocer la esencia y alcance de ese término prefijado.

Carecen de capacidad natural para prometerse quienes no poseen la de contraer matrimonio, como por ejemplo, los impotentes perpetuos y absolutos, los consanguíneos ascendentes y descendentes y en primer grado colateral.

10.2 FORMALIDADES

Las formalidades a que debían ajustarse los esponsales en el derecho canónico anterior al Código de reciente vigencia, para que surtiesen efectos, se reducían a que constasen por escrito; por lo cual debían aparecer firmadas por las partes y, a lo menos, por dos testigos, o por el Párroco o el ordinario del lugar.

Para la validez del acto no era necesario que esas cuatro o tres personas estampasen su firma dentro de una misma unidad de acto, y por consiguiente, que todas estuviesen presentes a un mismo tiempo, aunque esto fuese lo normal y lo recomendable. Estribaba ello en que siendo la prescripción canónica de la forma jurídica de los esponsales una ley estrictamente irritante, debía interpretarse en sentido res



tringido, y en este caso las cláusulas de la unidad del acto estaban sujetas a estricta interpretación, ya que derogaban la libertad natural que tienen las partes de obligarse a contraer matrimonio.

Para la validez de los esponsales o emisión de promesa matrimonial no se requería intervención de los padres de las partes. Pero todos los hijos, mayores o menores de edad, estaban obligados, bajo pecado grave, a pedir consejo a sus padres, sin necesidad de seguirlo, pues si los hijos, como enseñan canonistas moralistas tenían obligación de pedir consejo a sus padres, pero no seguirlo, para contraer matrimonio, estaban también obligados a solicitar consejo paterno con los esponsales, que conducían necesariamente de suyo al estado conyugal.

10.3 EFECTOS

Como deber primordial de los esponsales se anotaba en C.I.C. anterior el de imponer a las partes la obligación de contraer entre sí matrimonio en el tiempo convenido o lo antes posible; confería a ellas el correlativo derecho a celebrar el contrato matrimonial, ya que es razón de toda promesa crear necesariamente una obligación que se determine por el objeto en que aquella versa. Sin obligación, era del todo imposible que existiera verdadera y estricta promesa de justicia.

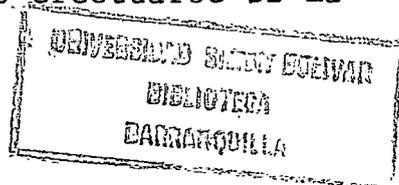
Efectuando, por consiguiente, los esponsales según la forma canónica producían ellos la obligación ineludible, tanto para el fuero interno como para el externo, de contraer matrimonio.

En el Código actual, vigente desde el 27 de noviembre de 1983, la promesa de matrimonio da lugar a pedir la celebración del matrimonio.

10.4 TERMINACION

El disenso sustancial, mantenido por las partes, determina el incumplimiento de los esponsales. Las consecuencias que esto acarrea son las acciones judiciales correspondientes que pueden promoverse en el fuero eclesiástico tales como las de indemnización, o el resarcimiento del daño si en alguna forma es debido. No son consecuencias necesarias, pero sí suelen seguirse en muchos casos de incumplimiento de los esponsales (Canon, 1062).

El Código del Derecho Canónico tan solo enumera la reparación de daños, no porque deje de admitir las otras dos, si no porque, en atención a que esas consecuencias son de género mixto, ni todos los códigos civiles admiten la reparación moral por compensación pecuniaria, ni al contrario, dejan de regular la devolución de regalos al no efectuarse el ma



trimonio.

Las acciones para exigir esa indemnización y reparación moral, deben proponerse, si se acude a la jurisdicción eclesiástica, ante el Tribunal de la Diócesis en donde el damnificado tiene domicilio o cuasidomicilio donde se dió el contrato esponsalicio.

En caso de falta de domicilio o cuasidomicilio, es competente el tribunal del lugar donde de hecho se encuentre el que va a ser demandado, pero será menester que en ese lugar reciba la citación judicial.

11. EL MATRIMONIO

11.1 ETIMOLOGIA. NOCIONES GENERALES

La palabra matrimonio proviene de las acepciones latinas ma tris munium, que significan oficio de madre; este sentido atribuido a la palabra matrimonio tiene su origen, según las partidas, en el hecho de que es a la madre a quien corresponde soportar los riesgos del parto y los mayores sacrificios que demanda la educación de los hijos.

A la palabra matrimonio suele tomársela en dos sentidos: como sinónimo del acto, rito o solemnidad, y como estado permanente resultante de ese acto.

La familia, célula intermedia entre el individuo y el Estado, tiene su origen legítimo en el matrimonio, en cuyo seno nacen vínculos de afectos entre los que se unen y entre éstos y la prole, vínculos que tienen un carácter eminentemente moral porque tienden al mejoramiento del individuo y al bienestar social.

Del matrimonio se derivan todas las relaciones, derechos y potestades familiares: fuera de él, solo pueden derivarse por expresa concesión de la ley. En la humanidad existe la tendencia natural a perpetuar la prole, por lo que el matrimonio legítimo constituye la base insustituible no solo para la organización de la familia en la vida civilizada de los pueblos, sino también como soporte primordial del régimen hereditario.

11.2 DERECHO MATRIMONIAL. NOCION

Es la parte sobresaliente del derecho de familia que regulan el matrimonio, los estados y relaciones personales y patrimoniales que de él surgen. Por consiguiente, el derecho matrimonial es aquella parte integrante del derecho de familia que contempla la reglamentación del matrimonio; comprende el estudio de su naturaleza jurídica, sus requisitos, consecuencias, prueba, etc.

11.3 HISTORIA

Sus orígenes. La Sagrada Biblia, en el primero de sus libros, el Génesis, relata como Dios creó al hombre a imagen y semejanza suya y luego hizo lo propio con su mujer, a quien dijo : "Con dolor parirás los hijos, y tu propensión te inclinará a tu marido, el cual mandará en tí".

En los tiempos primitivos el aumento de la población constituía necesidad primigenia en las nascentes sociedades políticas; ello explica por qué la poligamia bajo la modalidad de la poligamia fue comúnmente aceptada aún por la Ley de Moisés.

Con el correr de los siglos el matrimonio fue adquiriendo una concepción eminentemente monogámica, hasta llegar prácticamente a su concepción generalizada; comenzando por las legislaciones griega y romana, haremos un somero análisis histórico del matrimonio.

11.4 EL MATRIMONIO EN GRECIA

El matrimonio en Grecia "era un acto grave para la joven y no menos para el esposo". La ceremonia de la celebración, que revestía particulares solemnidades, se desarrollaba en tres etapas: en la primera, que se cumplía en la casa paterna, el padre de familia entregaba su hijo al novio, previa celebración de un sacrificio religioso; en la segunda se trasladaba a la cónyuge a la residencia de su marido; en la última, los esposos compartían una comida en el hogar, lo que implicaba ya comunión religiosa y doméstica.

En Grecia, el celibato fue condenado; se consideraba como un castigo de los dioses; a quienes lo practicaban volun

tariamente se les sancionó con severidad. De manera semejante eran sancionados quienes celebraban el matrimonio tardíamente, haciendo imposible la procreación. La prole numerosa se tuvo como un beneficio y la esterilidad como un castigo divino.

11.5 EL MATRIMONIO EN ROMA

El romanista Modestino definió el matrimonio como conjunctio maris et foeminae consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.

El matrimonio lo entendían los romanos como una situación jurídica fundada en la convivencia conyugal en el affectio maritalis; no era necesaria una convivencia efectiva, pues existía aunque los cónyuges no conviviesen en la misma casa, siempre y cuando guardasen la consideración y el respeto debidos.

En el derecho antiguo no se conoció otro matrimonio que el cummanus, hacia fines de la República, cuando los divorcios se hicieron frecuentes y la depravación de las costumbres fue invadiendo la sociedad, la manus cayó en desuso, para desaparecer definitivamente a fines del siglo III, entre otras causas, por el relajamiento de la idea religiosa, el exceso de poder del pater familias y deseo de independencia

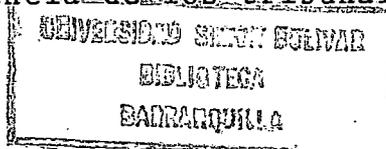
de la mujer.

Por el matrimonio cum manus la mujer sui o alieni iuris sale de la familia de origen y entraba en una nueva familia en su condición de sometida, con la particular función de procurar al jefe de la familia o sus súbditos libres una descendencia legítima.

11.6 EVOLUCION HISTORICA POSTERIOR

Después de la caída del Imperio Romano, los diversos estados implantaron su derecho matrimonial propio. La Iglesia Católica, consciente de la trascendencia del matrimonio, reclama la jurisdicción sobre él, habiéndolo revestido de particular solemnidad.

A partir del Siglo XI, favorecida por un ambiente propicio a la especulación teológica, se va formando la doctrina clásica. Esta doctrina sufre el ataque de la reforma protestante. Lutero se opone de modo decidido a su carácter sacramental, declarando que el matrimonio es cosa terrena, de competencia exclusiva de la autoridad civil. Fue entonces cuando el Concilio de Trento fijó la doctrina católica proclamando su sacramentalidad, unidad e indisolubilidad, lo que lógicamente conduce a que las causas de separación y nulidad del matrimonio sean de competencia de los tribunales



eclesiásticos; también se pronunció sobre los ritos de matrimonios y la separación de cuerpos.

Con posterioridad, mediante el decreto Tametsi, se concretó la disciplina para la celebración del matrimonio, estableciendo la forma solemne para la expresión del consentimiento.

Los principios difundidos por Lutero y Calvino influyeron de manera definitiva en las legislaciones de los países protestantes. Primeramente Holanda, en donde hacia fines del Siglo XVI se acogió el matrimonio civil facultativo. Más tarde, hacia la mitad del siglo XVIII, Cromwell introdujo en Inglaterra el matrimonio civil obligatorio, si bien sus disposiciones fueron abolidas en la Restauración.

En Francia, en 1787, se instituyó una doble forma de matrimonio para los no católicos, quienes podían expresar su consentimiento ya ante determinado funcionario, ya ante el párroco de su domicilio, pero en casa de dicho párroco y no en la Iglesia.

En Austria, bajo el reinado de José II, el Estado reivindicó la legislación y jurisdicción en materia matrimonial citándose a la legislación de la iglesia. El Código de Napoleón, al recoger orientaciones revolucionarias establece el

matrimonio civil obligatorio y prohíbe a los miembros de cualquier culto celebrarlo sin previa ceremonia civil.

12. NATURALEZA JURIDICA DEL MATRIMONIO

12.1 GENERALIDADES

Todos los problemas relacionados con este aspecto del derecho matrimonial se pueden sintetizar en un interrogante:

¿Qué es el matrimonio frente al Derecho?

Mientras que para los canonistas y para los civilistas franceses del Siglo XIX el matrimonio era un contrato, para los civilistas del siglo XX es una institución jurídica; sin embargo, existen concepciones doctrinales que sostienen que el matrimonio participa simultáneamente de la naturaleza del contrato y de la institución jurídica; en fin, no faltan autores que adoptan una posición ecléctica para definirlo.

A continuación exponemos una breve síntesis para estas categorías, haciendo resaltar aquellas características que les son peculiares.

- Teoría Contractual. Denominada tradicional, tiene sus máximos exponentes en los canonistas y los civilistas fran

ceses de los siglos XIX y XX, entre otros Pothier, Demolombe, Colin, Capitant y Josserand.

Los redactores del Código Civil francés consideraron al matrimonio como un contrato. Precisaron que no obstante que el matrimonio difiere del común de los contratos, es siempre un contrato.

- Teoría Institucional. Geogex Renard y Maurice Hauriou son tal vez los primeros sistematizadores de la doctrina institucional; desarrollan su teoría partiendo de un interrogante muy concreto: es el matrimonio realmente un contrato? Al cual responde sí, en la forma; sí, de considerarlo solo en su apariencia; si de entenderlo como un contrato-condición, como el consentimiento bilateral del hombre y la mujer que los coloca bajo la situación jurídica de casados.

Pero el estatuto legal que regula el sistema matrimonial está por encima de la voluntad de los esposos: es un postulado de orden jurídico, impuesto por la ley, valiéndose de reglamentaciones de carácter imperativo, su forma exterior e inicial puede ser contractual, pero en el contrato del matrimonio implica una situación más trascendental: es una institución jurídica.

Las normas jurídicas no viven en régimen de disposiciones

sino que se encuentran en instituciones jurídicas, y las instituciones jurídicas no son otra cosa que el conjunto de normas jurídicas de una serie de relaciones sociales dirigidas a los mismos fines. La institución implica consecuentemente el desarrollo de una idea jurídica a través de normas de carácter legal.

En la institución hay algo orgánico y viviente; son las instituciones jurídicas verdaderos cuerpos del derecho. Toda una moderna escuela de juristas, llama de atención sobre este aspecto de la institución. Además, las instituciones jurídicas se ordenan entre sí, se concentran y se jerarquizan. De esta suerte, la institución de la obligación alimenticia es conjunta con la institución matrimonial, para coexistir, en unión de otras, con una institución jurídica más vasta, que es la institución de la familia.

Por consiguiente, sostienen los institucionalistas, existe y puede definirse la institución jurídica, entendiéndose por tal una integración con permanencia jurídica dentro de un medio social que tiene como característica la de ser un poder organizado, cuyos miembros poseen un común destino.

La noción del matrimonio cabe en el concepto de institución: el matrimonio tiene esa integración ideal cuya realización perdura durante la vida de cualquiera de los esposos; idea

o finalidad que vale considerarse íntegramente, en la voluntad de los esposos (subjetivamente) en el espíritu de las normas naturales y legales (objetivamente), que de modo imperativo y permanente regulan el matrimonio.

- Teoría Mixta. Para Planiol y Ripert "el matrimonio participa de la naturaleza del contrato, pero es simultáneamente una institución jurídica"; en ella hay, en realidad, como en la adopción, una voluntad que está sometida de una manera general a las condiciones que el Código Civil ha impuesto para la eficacia de la voluntad contractual; pero el matrimonio, lo mismo que la adopción, es una institución jurídica. Si el acuerdo de las voluntades es necesario para que tenga lugar la aplicación de normas legales, es importante para condicionar los efectos y la duración del compromiso. La función de la voluntad está limitada a una sumisión a las reglas legales.

Pero si bien es cierto que el matrimonio es algo más que un contrato, no hay que olvidar que tiene la naturaleza del contrato. No deja de ser un contrato al mismo tiempo que una institución. Si la doctrina del siglo XIX no ha puesto suficientemente claro su carácter de institución, no hay que creer en una reacción exagerada olvidando su carácter contractual.

La única concepción que responde a la realidad de las cosas es la concepción mixta; el matrimonio es un acto completo, a la vez contrato e institución, del mismo modo que en nuestro antiguo derecho era considerado por nuestros antiguos autores como un contrato y un sacramento a la vez.

La teoría mixta es criticable por el eclecticismo de que adolece. Sostener que el matrimonio presenta los caracteres propios del contrato, pero a la vez considerarlo como institución jurídica, es no resolver el problema de su naturaleza; llegar a la conclusión de que no es posible definir el matrimonio porque su naturaleza difiere según sea el aspecto que se analice, implica no abocar el estudio de su naturaleza jurídica.

- Teoría Ecléctica: Con el término matrimonio, sostiene Julien Bonnecase, se envuelven conceptos bien distintos: la institución del matrimonio, esto es, el conjunto de reglas que presiden en derecho positivo la organización social de la unión de sexos; el acto jurídico de naturaleza especial que expresa la adhesión de los futuros esposos a la institución del matrimonio; el contrato solemne por el cual los esposos determinan anticipadamente la condición jurídica de sus bienes durante el matrimonio o para el caso que se ofrezca su disolución.

A la luz de esta distinción y tomando la palabra en su primer sentido, puede entenderse la observación que hace Bonne case cuando afirma que el conjunto de la reglamentación jurídica del matrimonio forma una institución en cuyo seno se fundan innumerables relaciones que, junto con las normas que la regulan se derivan todos de un mismo hecho natural: la unión de los sexos, y tienen todas un mismo fin: la organización social de dicha unión.

- Teoría acogida por el legislador colombiano. Nuestra legislador acogió con vehemencia, en la definición consagrada en el art. 113, la teoría contractual, lo cual es explicable por cierto, si se tiene en cuenta la tendencia individualista de algunas de las legislaciones que sirvieron de fuente al proyecto del señor Bello y que se hallaban en pleno apogeo para la época de su redacción.

No obstante haber establecido una notoria diferencia entre la reglamentación del matrimonio con la de los demás contratos, nuestro legislador estructura la figura jurídica del matrimonio tomándolo inicialmente en su sentido de acto, pero sin ignorarlo luego como estado. Es indudable que nuestro ordenamiento jurídico persiguió ante todo garantizar los derechos individualistas de los contrayentes, para lo cual rodeó de particulares garantías el consentimiento matrimonial, que debe prestarse de viva voz ante juez compe

tente, con el lleno de las demás formalidades legales, como requisito de mayor trascendencia, pero no por ello deja de reglamentar otras condiciones del matrimonio como la capacidad, el objeto, la causa y la forma solemne, con otros requisitos que el legislador ha reglamentado específicamente en el matrimonio.

Las obligaciones derivadas del contrato, como la cohabitación, la fidelidad, el socorro y la ayuda, han merecido una pormenorizada reglamentación, tanto en su concepción jurídica como en las sanciones para quienes las incumplan.

CONCLUSION

Con el presente estudio nos proponemos dar a conocer el derecho de familia a quienes se interesan en él o a quienes deseen informarse acerca de sus instituciones o sobre la realidad legislativa nacional.

Perseguimos con ello una preparación que dé origen a la crítica constructiva de nuestros ordenamientos. Estamos convencidos que el procedimiento más adecuado para poseer una legislación consecuente con nuestra idiosincracia y costumbres, tiene que partir de su conocimiento previo, de su comentario y del estudio razonado de nuestros ordenamientos vigentes con el fin de preservarlos, reformarlos, adaptar los o simplemente prescindir de ellos.

Partimos del estudio interpretativo del estatuto básico de nuestro derecho privado: Código Civil, así como de las leyes que lo complementan, adicionan o reforman, analizando su texto, escudriñando su alcance en las fuentes en que se nutrieron, pero procurando no incurrir en el método exegético.

BIBLIOGRAFIA

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia: Del Régimen de las personas. Bogotá, Universidad Javeriana, 1984. tomo 1.

_____. Derecho de Familia : Del Régimen de los bienes. Bogotá, Universidad Javeriana, 1984, tomo 2.

UNIVERSITY OF NEW ENGLAND
DUBLIN, IRELAND
DUBLIN, IRELAND