

CONCUBINATO Y MATRIMONIO

NESTOR ZEQUEDA M'

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR
AL TITULO DE ABOGADO

PRESIDENTE DE TESIS
BLAS CASTILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR



4034506

DR #0964

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	
FOLIO	
5	-4034506
NO. DE FOLIOS	294
FECHA	25 FEB. 2008
GANJE	CONACION

T
346.016
E.41

NOTA DE ACEPTACION

PRESIDENTE DE TESIS

JURADO:

JURADO:

Señor:

Decano

Facultad de Derecho

Universidad "Simón Bolívar".

E.

S.

D.

Nestor Alfonso Zequeda
Mestre, egresado de esa facultad, el año pasado, me
dirijo a usted muy respetuosamente para solicitar se
sirva designar Director para el Trabajo dirigido de que
habla el decreto 3.200 de 1.979.

Propongo al señor Decano
como Director, al profesor Blas Castilla ó al doctor
Blas Gonzalez, .

Adjunto a esta solicitud,
el anteproyecto anunciado. .

Agradeciéndole la atención que preste a la presente
y dándole las gracias por anticipado, me suscribo de
usted.

Atentamente,

Nestor Zequeda M
Nestor Zequeda Mestre

C.c 77.007.207 de Valledupar

Blas Castilla

BLAS CASTILLO DIAZ

Abogado Titulado

Calle 36 No. 43-91

Oficina 209

Teléfono: 414054

Barranquilla

Barranquilla, Octubre 27 de 1.986.-

Señor Doctor

CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ,
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad "Simón Bolívar".
E.S.D.

Apreciado Doctor:

Me permito rendir concepto favorable acerca del trabajo de tesis elaborado por el egresado NESTOR ZEQUEDA MAESTRE, intitulado "CONCUBINATO Y MATRIMONIO", tema que maneja con propiedad durante el transcurso del trabajo, en forma ordenada y juiciosa, profundizando en esa institución que por ser de comocurrencia, tiene una significativa connotación jurídica y de actualidad.

Cumplo así con la labor que usted tuvo a bien encomendarme.

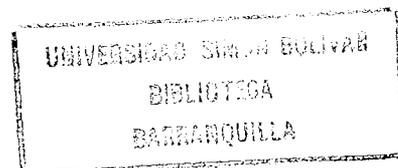
Atentamente,



BLAS CASTILLO DIAZ

T.P. 26.989 del Minjusticia.

c.c.# 7.414.502 de Barranquilla.



D I R E C T I V A

RECTOR	Dr. JOSE CONSUEGRA HIGGINS
DECANO	Dr. CARLOS LLANOS SANCHEZ
SECRETARIO ACADEMICO	Dr. BLANCA F. DE CASTRO
SECRETARIO GENERAL	Dr. RAFAEL BOLAÑO NOVILLA
PRESIDENTE DE TESIS	Dr. BLAS CASTILLO DIAZ

DEDICATORIA

A MI PAPA JOSE MARIA ZEQUEDA

A MI CUÑADO FREDDY OROZCO

A MI AMIGA ZOBEIDA BARRERO

AL DOCTOR CARLOS LLANOS

A MI AMIGA LUCY PEREZ

NESTOR ZEQUEDA M.

A G R A D E C I M I E N T O S

A mis Queridos Padres.

Al doctor CARLOS LLANOS, Decano de nuestra Facultad de Derecho.

Al doctor BLAS CASTILLA, por su invaluable colaboración como mi Director de Tesis.

Y a todas aquellas personas que de una u otra forma hicieron posible la realización de esta Tesis.

NESTOR ZEQUEDA M.

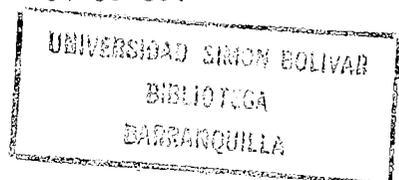
E P I G R A F E

" El progreso de las naciones y de los grupos humanos depende más de la institución familiar, que de la prosperidad de las empresas particulares o de la del Estado mismo".

LEHMANN

T A B L A D E C O N T E N I D O

	Páginas
INTRODUCCION.	
CAPITULO I SECCION PRIMERA	
1. CONCUBINATO	1-2-3-4-5-6- 7-8-
CAPITULO II	
2. ELEMENTO DEL CONCUBINATO	9
2.1. DICCIONARIO SOBRE EL CONCUBINATO	9-10
2.2. CLASIFICACION DEL CONCUBINATO	10-11-12
CAPITULO III	
3. ETIMOLOGIA	13
3.1. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y SU APLICACION A LA LOGICA SOBRE EL CONCUBINATO	14-15
3.1.1. PROYECTO DE LEY 48 DE 1.978	15-16-17-18- 19-
3.1.2. EXPOSICION DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY SOBRE PATRIMONIAL CONCUBINARIA ..	19-20-21-22- 23-24-25-26-
3.1.3. SITUACION DE LA CONCUBINA EN OTRAS LEGISLACIONES	26-27-28-29- 30-31-32-33- 34-35-36.



CAPITULO IV

4. REFORMA QUE PROPONEMOS AL CONCUBINATO 37-38-39-40
41-42-43.

CAPITULO V.

5. LA LEY COLOMBIANA FRENTE A LOS CONCUBINOS
SUS BIENES Y LAS RELACIONES CON TERCEROS. 43-44-45-46
47-48-49-50
51-52

5.1. CONSTITUCIONES, LEYES Y DECRETOS A QUE
SE HACE REFERENCIA 52-53

CAPITULO VI.

6. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA 54-55-56

6.1. ENUMERACION DE LA JURISPRUDENCIA 57-58

6.2. EXTRACTOS DE LA SOCIEDAD DE HECHO EN EL
CONCUBINATO 58-59-60-61
62-63-64-65
66-67-68-69

6.3. EXTRACTOS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA
EN EL CONCUBINATO 69-70-71-72
73-74.

6.4. EXTRACTOS DEL CONTRATO DEL TRABAJO ENTRE
CONCUBINOS 74-75-76-77

CAPITULO VII

7. CONCLUSIONES GENERALES 78-79-80-81
81-82-83-84
85-86-87.

SECCION SEGUNDA PARTE

CAPITULO I

INTRODUCCION - MATRIMONIO

CAPITULO I.

1. ASPECTOS HISTORICO DEL MATRIMONIO, EN EL

ABORIGEN COLOMBIANO 90-91-92-93-94
95-96-97-98

1.1. CONCEPTO ACTUAL DEL MATRIMONIO 98-99-100

1.1.2. EL MATRIMONIO VISTO POR LA MUJER101-102-103-
104-105-106-107

1.1.3. EL MATRIMONIO VISTO POR EL HOMBRE ...107

1.1.3.1. EDUCACION DE LA AFECTIVIDAD108-109-110-
111-112

1.1.3.2. EDUCACION DOMESTICA 113-114-115-116
117-118-

1.1.3.3. LA EDUCACION SEXUAL 118-119-120-121

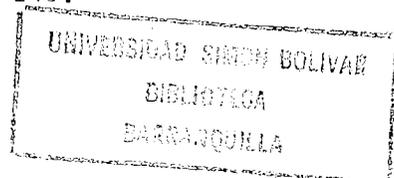
CAPITULO II

2. SIGNIFICADO Y FUNCIONES DEL MATRIMONIO .. 122-123-124-125

2.1.1. MATRIMONIO Y SOCIEDAD 126-127-128-129
130.

2.1.2. MATRIMONIO E HIJOS130-131-132-133-134
135-136-137-138-139

140.



2.1.4. MATRIMONIOS ROTOS 140-141

CAPITULO III

3. DIFERENCIAS PARA CONTRAER MATRIMONIO

EN OTRAS LEGISLACIONES 142

3.1.1. BARRERAS INTERNAS 142-143-144

3.1.2. LA INTOLERANCIA DEL RACISMO 144

3.1.3. EL MATRIMONIO ENTRE BLANCO Y NEGRA 145-146-

3.1.4. LAS DIFERENCIAS DE RELIGION 146-147

3.1.5. LAS BARRERAS SOCIALES Y ECONOMICA 147-148-149

CAPITULO IV

4. LA EDAD 150

4.1.1. FACTOR DE DESAJUSTE 150-151

4.1.2. MINORIA DE EDAD 151

4.1.3. COMENTARIOS AL ARTICULO VII DEL
NUEVO CONCORDATO 152

CAPITULO V.

5. LA MADRE SOLTERA 153

5.1.1. ATENTADO CONTRA LA SOCIEDAD 153-154

5.1.2. TABUES Y PROHIBICIONES 154-155

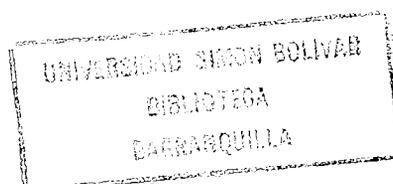
5.1.3. PODER MAGICO DEL LA MUJER 155-156

5.1.4. EL CONCEPTO DE FAMILIA 157

5.1.5. MATRIMONIO DE URGENCIA 158

5.1.6. DEL PADRE AL MARIDO 158-159

5.1.7. EL AMOR Y EL DESHONOR	159
5.2. LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD .	159-160
5.2.1. LA CLASE ALTA	160
5.2.2. LA CLASE MEDIA	160
5.2.3. LA CLASE HUMILDE	161
CONCLUSIONES	162
BIBLIOGRAFIA	163



I N T R O D U C C I O N

He escogido este tema impulsando por el deseo de esclarecer ciertos puntos no discernidos que me quedarón a través del estudio de esta carrera.

Abordar el campo, del derecho es una labor inquietante, sinuosa y ardua, además su estructura y contenido sobre todo sus límites en una definición son gaseosos como el amor; lo sentimos y lo comprendemos, pero nos es imposible trasladarlo a la imprenta.

Dado que el derecho camina a la par con el paso humano, no es posible concebir la presencia del mismo en ciertas conductas sociales y en otras no.

A este fenómeno lo denomina Kelsen "plenitud hermetica del derecho".

El anterior aserto nos impulsa a tratar el inquietante tema del Concubinato en Colombia por ser un fenómeno social, de gran trascendencia que se encuentra expósito y tan sólo goza de la protección jurisprudencial en cuanto a sus efectos.

En cuanto al Matrimonio, se encuentra codificado, lo define y lo regula.

En nuestro derecho además de ser una institución de carácter civil, lo es también de carácter eclesiástico.

El matrimonio es el fundamento de la familia legítima.

Metodológicamente este anteproyecto se enmarca en las normas que para su elaboración y la elaboración de tesis esta reglamentada por el instituto Colombiano de normas técnicas.

Por lo anterior sometemos a la consideración del director el presente anteproyecto.

El autor.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1. TEMA

CONCUBINATO Y MATRIMONIO

1.1.1. Justificación.

Este estudio es importante por cuanto de acuerdo al número de "matrimonios de hecho", que existen en la sociedad Colombiana se ha creado una situación que rompe los moldes jurídicos de nuestro país, por fuera del derecho establecido en los códigos y como el derecho precisamente no es inamovible ni estático, éste tiene que ir buscando las soluciones a los problemas sociales en la medida en que estos los va gestando.

Por ello se justifica que abordemos este tema con toda seriedad y respecto, para precisar que normas han reconocido derechos para esta unión y especialmente los procedimientos de la jurisprudencia a nivel de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en famosas y edificantes tallas que le hacen honor al más alto tribunal jurisdiccional.

1.2. OBJETIVOS

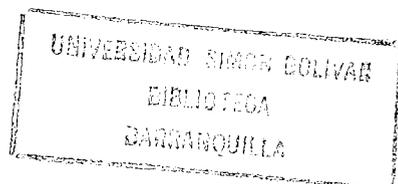
1.2.1. GENERALES

En el discurso de la historia las relaciones sexuales extramatrimoniales han sido desconocidas en el ámbito jurídico.

Cada criterio siempre se invoca partiendo de vocablos tales como moral, buenas costumbres y orden público: quienes ven al concubinato como una afrenta a las buenas costumbres, un ataque a la familia o licitud de su conformación invocan, como más alta razón la moral lesionada.

1.2.2. ESPECIFICOS.

- a. Hacer un estudio histórico - jurídico de la familia y del matrimonio.
- b. Estudiar la institucionalidad del matrimonio en Colombia.
- c. Incidencia religiosa del matrimonio en Colombia (concordato).
- d. Matrimonio en otros países.
- e. Concubinato en Colombia - deberes y regulación legal.



1.3. MARCO TEORICO.

Teóricamente esta investigación tiene como marco el concepto de matrimonio que está en nuestro código civil regulado.

Y el concepto de concubinato que la ley positiva no lo regula pero sí a sus efectos.

1.4. GENERALES.

El matrimonio legítimamente concebido civil o eclesástico tiene repercusiones legítimas y ésta enmarcado dentro de la ley positiva.

El concubinato según nuestras costumbres tradicionalistas y la moral atenta contra ellas y lesiona su conformación.

1.4.2. DE TRABAJO.

El matrimonio tiene como consecuencia el origen de la familia legítima.

La familia legítima legalmente constituida tiene efectos retroactivos e irretroactivos.

Nuestros códigos ampara al cónyuge, ascendientes y descendientes.

- el concubinato jurídicamente no está regulado pero sí

sus efectos.

- en derecho civil secesiones tiene participación legítima los hijos de uno de los concubinos, más no su compañero.

1.5. MARCO HISTORICO.

El trabajo que pretendemos desarrollar tiene como parámetro histórico los matrimonios eclesiaticos celebrado según las normas del concilio de Trento (art. 12, ley 57 de 1.887).

Asi dada la mentalidad catolica nuestra, la ley civil le ha reconocido todos sus efectos a partir del art. 113 del Código Civil, nos define el matrimonio civil y los posteriores artículos su incidencia y regulación.

El concubinato tiene como pebámetro histórico las costumbres que en una forma reiterada se a venido ejerciendo en nuestro país a pesar de ser católico y de ideas tradicionalistas.

SECCION PRIMERA:

CONCUBINATO

C A P I T U L O I

Reseña histórica del concubinato: en los primeros tiempos las uniones irregulares eran una realidad y se daban por doquier así en el Antiguo Testamento encontramos casos que hablan de la normalidad de ciertas uniones.

En el primer libro de la Biblia que es el Génesis nos ilustra al respecto en el Capítulo XXII narra como Nacor, hermano de Abraham, tuvo ocho hijos con Melka y cuatro con Roma.

Luego vemos en el Levítico que nos encontramos con una prohibición: " No tomarás como esposa secundaria la hermana de tu esposa ni tendrás que ver con ella viviendo todavía está"

Esta prohibición es de importancia porque en el Deuteronomio se supone como normal que un israelita tenga además de su esposa, una segunda mujer. Y así a través de la historia encontramos diversas uniones, las anotadas anteriormente nos la presenta la Biblia para así darnos una

imagen de lo que fué en esa época la familia derivada de esas uniones algunas veces incestuosas y repudiadas.

1.1. Uniones sexuales en Roma.

En Roma se distinguieron cuatro uniones regulares:

- El Iustae Nuptiae
- El Concubinatus
- El Sine Connubio
- El Contubernio.

El Stuprun era la unión sexual irregular que fue penado por la Leyes de Augusto:

El concubinato venia a ser para los romanos cierta especie de matrimonio lícito y reconocido al menos en cierto grado, por las leyes.- (uria, Tomo II, p.536).

Las cuatro primeras uniones se consideraron regulares al paso que la última era irregular, y si bien todas eran consideradas por el derecho, al menos existia una orden jerarquía y de importancia entre ellos, ocupando la primera un plano superior a los demas.

1.2. El Concubinato para los romanos constituía una especie de matrimonio lícito y reconocido, en cierto grado, por la leyes, eran una especie de matrimonio, aunque de condición jurídica inferior reconocido por la legislación imperial; a partir de Augusto.

Según Trujillo, en su obra de derecho Romano comparado nos dice:

" Los Romanos no designaban con este nombre lo que se entiende en nuestros días, o sea una unión ilícita, reprobada

da por las leyes; sino que se daba este nombre a una unión legal, y que producía algunos efectos civiles que las mismas leyes determinaban. (1)

1.2. Origen.

El auge del concubinato en Roma se debió a la ley "Julia de Adulteris" promulgada por Augusto en el Año I después de Cristo, antes de esta Ley la unión sexual entre un hombre y una mujer sin estar casados, era considerado como un hecho ajeno a toda previsión social.

La República Romana debido al caos reinante a consecuencia de las guerras, sucumbe finalmente para dar lugar a la inauguración del régimen imperial con César Augusto. Bajo su mandato el concubinato es reconocido por las leyes como una especie de matrimonio.

El concubinato se estudió en la sociedad imperial porque las Justas Nupcias estaban prohibidas entre libertos o mujeres de teatro y entre gobernadores y mujeres de la provincia.

.....

1. Petit, Eugéne Tratado Elemental de Derecho Romano. Edit. Nacional. Mexico, 1971.-

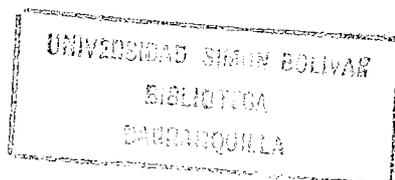
Lo importante del concubinato radica en los efectos que el produce sus consecuencias estan en relación con su naturaleza, a los concubinatos la Ley no les daba ningún título, la mujer no podía participar de la dignidad de su compañero, no habiendo entre ellos vinculo perpetuo tampoco existia dote ni donación "Propter-Nuptias", ni se aplicaban las disposiciones legales que regían los bienes de los casados.

Los hijos concebidos bajo esta unión eran ate la Ley hijos de la naturaleza; es decir naturales. Tamaban de su Madre el nombre y seguian su condición.'

Por no entrar a la familia del padre y carecer la Madre de la Patria potestad, se consideraban Sui Juris desde su nacimiento.

En la época de Justiniano se dió una disposición la cual decia que no muerto el padre y no dejaba mujer o hijos, se les concede un derecho restringido en la sucesión abintestato del mismo, equivalente a una sexta parte.

Mas tarde Constantino crea la legitimación como vinculo para que los hijos naturales ocupen el lugar que tienen



los matrimonios legítimos.

1.3. Concubinato en Francia

Para tratar este tema partimos de tres momentos históricos:

- Derecho Antiguo
- Revolución Francesa
- Código de Napoleón

En el antiguo derecho Francés (finales del siglo xv y siglo XVI) esta clase de unión libre concubinato es considerado como contrario al bien del estado y por esta razón no se puede aceptar.

La concubina no tiene capacidad para recibir asignación testamentaria del concubinario toda repulsión que impida estas relaciones ilícitas se centra los hijos habidas en ellas, desconociendoles toda clase de derecho frente a sus padres y el derecho de disponer de sus propios bienes por cuasa de muerte ya que pasaban a manos del Rey.

Con los acontecimientos políticos, sociales económicos y culturales que tienen lugar en el año de 1789 a 1977, período que es conocido como la Revolución Francesa las co-

sas cambiaron totalmente. La constitución del 3 de septiembre de 1791 convierte al matrimonio en un contrato civil reglamentándose así el derecho de heredar que tiene un hijo por fuera del matrimonio no es culpable de su condición y por lo tanto tiene este derecho, el de heredar.

Más tarde en el código de Napoleón expedido en 1804 no tomo partido por el problema del concubinato. El maestro Luis Josserand nos da una imagen perfecta al decir que los redactores del código de 1804 " echaron púdicamente un velo impenetrable dejando al concubinato sin reglamentación alguna y guardando así un deliberado silencio en la relación de su articulado".

Es decir el código de Napoleón, ni aprobó, ni improbo el concubinato sencillamente, lo ignoró.(1).

Debemos agregar que el vacío dejado por el código de Napoleón con respecto al concubinato oligó a la jurisprudencia a otorgarles "efectos a la unión libre en los siguientes sentidos:

.....

(1) Restrepo Uribe, Jibofio. Matrimonio, Divorcio y Concordato. Editorial Temis Bogotá 1.972.-

- a.) Para darle acción de perjuicios a la concubina contra el concubinario por el rompimiento injustificado de la unión.
- b.) Para darle acción de reparación contra el tercero causante de la muerte de su concubinario.
- c.) Para reconocer una obligación natural a cargo del concubinario, para atender a las necesidades futuras de su compañera.
- d.) Para considerar los intereses pecuniarios las sociedades de hecho y las donaciones entre concubinos.
- e.) Para admitir a la doncella seducida en acción de perjuicios contra el seductor, mediante la aplicación del Art.1382 del código referente a la responsabilidad civil extracontractual. (1).

.....

(1) Restrepo Uribe Jiborio, Matrimonio, Divorcio y Concordato. Editorial Temis Bogotá 1.972.-

C A P I T U L O I I

2. ELEMENTOS DEL CONCUBINATO

2.1. Diccionario sobre el Concubinato.

Amancebamiento (de amancebarse) trato ilícito y habitual de hombre y mujer. (1).

Amancebamiento delito del adulterio del marido que se encuentra penado en la mayoría de las legislaciones actuales aunque a veces el nombre g nerico de adulterio.

Si el hombre no esta casado no hay amancebamiento, y es indiferente que la mujer lo este o no.

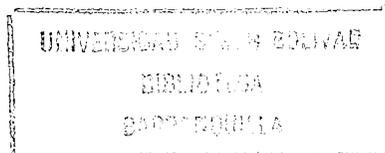
Mientras suscite el vinculo matrimonial, el amancebamiento es posible.

Cuando se disuelve el matrimonio el amancebamiento no es posible.

A diferencia del adulterio de la mujer, un solo acto sexual, sea con una o varias mujeres, no constituye amancebamiento.

.....

(1) Real Acadèmia Española. Diccionario de lengua española. 1a. 18a. Edición. Editorial Espasa Madrid. 1956.-



Tampoco lo constituyen las relaciones no carnales. Es necesario una relación sexual habitual y continua (2).

Amacia querida, Concubina (3)

Concubina: Manceba o mujer que vive y cohabita con algun hombre como si fuera su marido, siendo ambos libres o solteros y pudiendo contraer entre si legitimo matrimonio; bien que en un sentido más lato y general se llama también concubina, cualquier mujer que hace vida maridable con un hombre que no es su marido cualquiera que sea el estado de ambos (4).

Concubinato: comunicación o trato de un hombre con su concubina (5).

2.2. Clasificación del Concubinato.

Las uniones sexuales dadas entre los seres humanos solamente hay dos formas de realizarlas una por el matrimonio y otra por fuera del mismo. Cuando estamos frente a las relaciones fuera del matrimonio decimos que estamos en presencia de la unión libre'

De modo que para nosotros la expresión unión libre es el término generico.

Debido a las diversas situaciones en que puedan encontrarse las personas, la unión libre (Término genérico) podemos clasificarlo en:

- Adulterio, en el cual se comprende la situación denominada como amancebamiento.
- Unión incestuosa, la realizada por personas que en razón del vinculo del parentesco no podian contraer matrimonio jamás. Ciertos autores dan a esta unión a la de adulterio la de "Concubinato Calificado".
- Unión Ocasional, en esta unión se da solamente la satisfacción del apetito sexual en una forma transitoria, circunstancia por la cual no hay ánimo de permanencia.
- Concubinato la características primordial en esta unión son exactamente las relaciones estables extramatrimoniales entre personas no imposibilitadas para contraer matrimonio.

Encontramos dos clases de concubinato.

Concubinato simple y concubinato compuesto; el primero existe cuando solamente se da la comunidad del hecho y el

Segundo se da cuando existe comunidad de techo, habitación, lecho, comunidad de vida, es el clásico concubinato.

2.3. Elemento que forman el concubinato.

- Relaciones sexuales entre un hombre y una mujer
- Comunidad de vida.
- Permanencia en la comunidad del hecho.
- Mutuo consentimiento.
- Unión que sugiere una vida en común con aparencia matrimonial.

Si se presenta la supresión de algunos de los anteriores requisitos o elementos que conforman el concubinato no hay lugar para hablar del concubinato puesto que estos requisitos son indispensables para hablar del concubinato perfecto.

Algunos escritores como el Doctor HUMBERTO RUIZ quien sigue en este punto al tratadista VALENCIA ZEA, colocan la características de la procreación, como la base principal para definir el concubinato; (toda unión estable de hecho entre persona de diferente sexo que sin ser casados viven como tal y cuya finalidad es la procreación. (6).

La doctora ESTHER MEZA DE CALLE nos trae dos (2) requisitos del concubinato.

- La notoriedad de la vida común
- La correlativa fidelidad que deben guardarse varios concubinos (7).

C A P I T U L O I I I

3. Etimología.

La palabra concubinato viene del latín Concubinatus que deriva de concubina a su vez concubina se deriva del latín Concubare, formada de Cum, Con y Cubare, que significa acostarse.

Se colige de la anterior que la palabra concubinato alude etimológicamente a comunidad del hecho.

La comunidad del hecho nos conduce directamente a las relaciones sexuales que se deban realizar fuera del matrimonio que vienen a dar origen a una nueva figura del matrimonio.

El concubinato es una situación de hecho que consiste en

la cohabitación de un hombre y una mujer para mantener relaciones sexuales estables.

3.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y su Aplicación a la lógica sobre el concubinato.

a.) Respecto de la filiación:

Los nacidos dentro del concubinato son hijos ilegítimos y por consiguiente se consideran como hijos naturales por el nacimiento respecto a la madre, por reconocimiento respecto al padre, o por sentencia de un juez dictada de acuerdo con la Ley. (Ley 45 de 1.936, Art. 1).

b.) Respecto de los bienes de esta unión no surge lógicamente sociedad conyugal pues ésta se da exclusivamente en el matrimonio. Puede darse que durante el concubinato los concubinos adquieran bienes , ante esta situación la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera:

Deben analizarse el origen del patrimonio teniendo en cuenta lo siguiente:

1. Los bienes en el concubinato, que forman el patrimo-

nio surge de un contrato de trabajo entonces deben sujetarse a lo que la ley laboral establece en relación con el contrato de trabajo.

2. Los bienes en el concubinato que forman el patrimonio surgen con los hechos, con una especie de consentimiento tacito, Entonces, se dá origen a una sociedad de hecho no hay contrato de trabajo sencullamente, los concubinos conviven y espontaneamente se forma un patrimonio, Debe distinguirse lo siguiente:

a. Si el concubinato subsiste con el ánimo de lucro los concubinos tienen la acción pro-socio, análogos a la que tienen los socios en una sociedad de hecho para pedir lo que a cada uno le corresponde.

3. Si no cabe contrato de trabajo no hay sociedad de hecho y se forma un patrimonio, procede la acción de enriquecimiento injusto, entonces cada uno de los concubinos puede demandar lo suyo y reclamar por lo que al otro se halla enriquecido de manera injusta.

3.1.1. Proyecto de Ley 48_n de 1.978, que la representante a la camara Nahir Saavedra de Deivis Echandia a presentado

al Congreso de la República por lo cual se legisla sobre la sociedad patrimonial entre concubinos.

El concubinato ocasional solo es tenido en cuenta por el ordenamiento jurídico para regular la situación de estos hijos nacidos bajo esta unión.

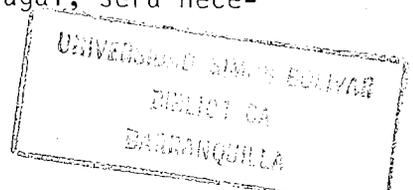
PROYECTO DE LEY 48 DE 1.978

Por la cual se legisla sobre sociedad patrimonial entre concubinos:

Artículo 1° El hecho de vivir por dos (2) años o más continuos en estado de concubinato, crea una sociedad patrimonial entre los concubinos, con efectos desde la iniciación de aquel.

Artículo 2° Si durante la vigencia del concubinato ninguno de los concubinos ha tenido sociedad conyugal, el haber de la sociedad patrimonial entre aquellos estará formando por los bienes de que trata los Arts. 1781 a 1804 del C.C., adquiridos por cualquiera de los concubinos dentro del concubinato.

Artículo 3° En caso de que alguno de los concubinos o ambos hayan tenido o tengan sociedad conyugal, será nece-



sario liquidar primero ésta, a solicitud del otro, o uno de los conyuges para proceder a la liquidación de la sociedad patrimonial entre aquellos bien sea en el mismo proceso de sucesión o luego de la liquidación de la sociedad conyugal como consecuencia de un proceso de separación de cuerpos o de bienes, de divorcio o de nulidad del matrimonio.

En estos casos el haber de la sociedad patrimonial entre concubinos, se forma por los bienes adjudicados al conyuge concubino en la liquidación de la sociedad conyugal, más, aquellos de que trata los artículos 1781 a 1804 del C.C. que hubieren sido adquiridos antes de la sociedad conyugal o después de su disolución.

Artículo 4º A cada uno de los concubinos le corresponderá el cincuenta por ciento del haber liquido de la sociedad patrimonial que entre ellos exista.

Artículo 5º La sociedad patrimonial entre concubinos se disuelve:

1. Por terminación del concubinato, cualquiera que sea la causa que lo produzca.

2. Por la declaración de presunción de muerte de uno de los concubinos.

Artículo 6° Producida la disolución del concubinato por muerte de uno de los concubinos, o de ambos, podrá pedirse liquidación de la sociedad patrimonial, dentro del respectivo proceso de sucesión o de la acumulación de ambos.

Cuando la disolución se produzca por otra causa, cualquiera de los concubinos podrá pedir la liquidación mediante del procedimiento de que trata el Artículo 625 del C.P.C.

Artículo 7° Se considerará inexistente cualquier renuncia a la sociedad patrimonial entre los concubinos o a la participación que corresponde a cada uno.

Artículo 8° La renuncia a los gananciales que haga el concubino en la sociedad conyugal, formada con su conyuge producirá efectos solamente en la parte que no le corresponda al otro concubino en la liquidación de la sociedad patrimonial que exista entre aquel y este.

Artículo 9° En los términos anteriores quedan reformados los artículos 1837 a 1841, adicionados el artículo 525 del

C.P.C. y cualesquiera que sean incompatibles con lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 10° Esta ley rige desde su promulgación.

Nahir Saavedra De Deivis Echandía

3.1.2. EXPOSICION DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY SOBRE " SOCIEDAD PATRIMONIAL CONCUBINARIA "

Sociedad de hecho entre concubinos

Aunque de hecho, entre nosotros la familia natural y las extramatrimoniales son comunes, no es esta la situación jurídica actual, porque en estricto derecho se considera como familia solamente a la organizada alrededor del matrimonio, que implica una permanencia del grupo en virtud de las normas legales que lo protejan.

DIFERENCIAS ENTRE FAMILIA LEGITIMA Y FAMILIA NATURAL.

- a. En comparación con la familia legítima, la familia natural o de hecho tiene una situación similar, pero solo en cuanto a la descendencia; mientras que la familia legítima existe independientemente de que haya

hijos o no, porque el vínculo entre los esposos esta señalado y protegido por la ley.

- b. Los concubinos permanecen en la situación legal de extraños, sin poder alegar protección legal entre sí.

Desde el punto de vista objetivo no hay norma que permita afirmar la existencia de un derecho o relación jurídica entre los concubinos.

Por hecho del matrimonio surgen para los cónyuges deberes que la Ley ha reglamentado y cuyo incumplimiento tiene consecuencias previstas en la Ley de cohabitación, fidelidad, socorro y ayuda mutua, los cuales deben observarse conforme a la Ley.

Entre los concubinos no existen estos deberes; cualquiera de ellos puede abandonar a su compañero sin consecuencias de ninguna clase, pues así como se unen, pueden separarse.

Tampoco existe entre ellos obligación legal de fidelidad; la voluntad que los une continúa tan libre como antes para tener relaciones sexuales con terceros, y sin embargo, se deben fidelidad.

- c. No existe entre los concubinos un estatuto legal que regule su relación.

Si hay descendencia, surgen obligaciones para los concubinos como padres y para aquella como hijos, pero entre los concubinos no surge ningún tipo de relación; esta relación es solamente de padres a hijos, y viceversa, quedando la situación de los concubinos exactamente igual a la que existía en el momento en que se inició su unión, o como si esta hubiera sido esporádica, es decir, sin concubinato.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha afirmado claramente que los concubinos son absolutamente independientes ante el derecho; entre ellos no existen relaciones jurídicas. Esa independencia implica, por oposición a la dependencia que surge del matrimonio, que los concubinos no sufren restricción jurídica alguna en sus vidas y se consideran completamente extraños ante el derecho.

- d. Respecto de las relaciones patrimoniales, la Corte ha afirmado que entre ellos no existe algo que se pa-

rezca la sociedad conyugal.

El solo concubinato no da lugar a relaciones jurídicas; así como no hay obligaciones o deberes personales protegidos por la Ley, tampoco al producirse la ruptura de la situación, hay algo para liquidar entre ellos.

En sentencia publicada en la Gaceta Judicial, dijo la Corte:

" Entre concubinos no se forma sociedad conyugal, pero sí puede constituirse una compañía de carácter lucrativo, civil o comercial, regular o de hecho, y celebrarse toda clase de contratos, porque ellos no están unidos por un vínculo legalmente incompatible con esas convenciones y porque como personas jurídicamente independientes gozan, de libertad para concertar esos mismos contratos sobre cualquier clase de bienes, raíces o muebles.

La nulidad consagrada por el artículo 3° de la Ley 28 de 1.932 no es aplicable por analogía a los contratos celebrados entre los concubinos:

- 1.) Por ser una sanción de carácter estricto;
- 2.) Porque estos no se hayan ligados por ningún vínculo que la ley considere inconciliable con dichas conven-

ciones".

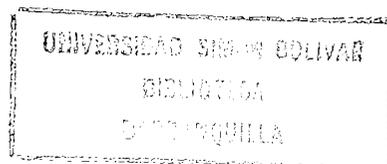
Sobre la posibilidad de constituir sociedad de hecho entre concubinos, la Corte ha dicho que sí pueden constituirla, y para ello les exige los mismos requisitos que deben reunir estas sociedades entre extraños a saber:

1. Affectio societatis, que es decir, una clara voluntad de asociarse para fines patrimoniales.
2. Aportes efectivos. Es necesario probar los aportes reales porque sin ellos no hay sociedad, pero puede serlo el simple trabajo.
3. Vocación a participar en utilidades y pérdidas, pero pudiendo ser diferente el porcentaje de cada uno.

De lo anterior se deduce que no es la situación de concubinato la que dá existencia a la sociedad, sino la situación especial de hecho que se configura con los mencionados requisitos.

Este punto está claramente expresado en la sentencia del 10 de Diciembre de 1.947.

En sentencia del 7 de Mayo de 1.935, dijo la Corte:



" Como el concubinato no crea por si solo comunidad de bienes ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente, lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficio, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad, para el manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro y de ambos".

En sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia en Septiembre de 1.972 que reitera el punto.

En conclusión, la doctrina Colombiana no admite que entre concubinos puede haber una sociedad patrimonial distinta de la de hecho. No se excluye la sociedad patrimonial de hecho por la circunstancia de que exista un concubinato, pero no basta este para que exista la sociedad de hecho.

Sin embargo creemos que es indispensable proteger a la concubina que no reúne los requisitos para que se acepte la existencia de una sociedad de hecho, lo cual ocurrirá cuando ella haya estado dedicada exclusivamente a los trabajos del hogar o, además, a alguna actividad laboral

propia, como el desempeño de un cargo público o privado, para contribuir a los gastos del hogar y de los hijos.

En este caso no existe actualmente protección patrimonial a la concubina y dado el inmenso número de concubinatos que existen en el país resulta injurídica, injusta y antidemocrática, esa actual desprotección.

Existe en nuestra legislación un antecedente respecto al reconocimiento de la existencia con efectos jurídicos del concubinato. En efecto, el artículo 59 del decreto 2810 de 1.974, dice:

" Los padres de los hijos extramatrimoniales podrán ejercer los derechos concedidos por los artículos precedentes a los padres legítimos, si viven juntos. En caso contrario ejercerá tales derechos aquel de los padres que tengan a su cuidado al hijo".

Vemos que el artículo anterior, al otorgarles a los padres no casados que vivan juntos, es decir, en concubinato, derechos similares sobre los hijos (patria potestad, guarda, derechos derivados del matrimonio), esta reconociendo explícitamente a la familiaⁱⁿ extramatrimonial esta norma es

muy lógica, pues no sería correcto negarle al padre que ha reconocido al hijo el derecho de nombrarle tutor o curador por testamento de representarlo como titular de la patria potestad y de recibir los frutos de los bienes del hijo en razón de la misma, de ejercer la guarda cuando ella sea procedente, administrar sus bienes y llevar la representación judicial del mismo; derechos de que tratan los artículos 291 - 292 - 297 - 306 - 307; puesto que se les impone también por igual, los deberes que de la misma patria potestad y en general de la calidad de padres les corresponde.

Naturalmente, al padre extramatrimonial no se le puede otorgar la patria potestad ni la guarda del hijo que ha sido declarado tal en proceso contradictorio, es decir, oponiéndose a la pretensión de ser padre.

3.1.3. Situación de la concubina en otras legislaciones:

Doña Josefina Amézquita de Almeida nos ilustra al respecto de la siguiente manera:

CHILE: En primer lugar, puede existir una sociedad expresamente pactada por los concubinos, que podrá ser civil o comercial.

En este caso, la suerte de los bienes de la sociedad que darán regidos por los preceptos legales que reglamenta estos contratos.

En otros casos podrá existir entre los concubinos "sociedad regular de hecho", considerada como una sociedad consensual como la colectiva civil, siempre que concurra los elementos de esta, es decir, aporte, participación, pérdidas y ganancias y la *affecctio societatis*. Respecto de este último requisito, no puede darse por existente por el solo hecho del concubinato, sino que su presencia debe obtenerse de otras circunstancia como sería por ejemplo, la cuenta bancaria a nombre de los dos concubinos; la correspondencia dirigida a ambos; el que los dos concubinos, estén en un mismo pie de igualdad en la dirección del negocio, etc.

También puede haber entre los concubinos una "sociedad irregular de hecho", la cual se presenta, cuando, tratándose de una sociedad solemne, no se cumpla las solemnidades exigidas por el legislador, por ejemplo, en las sociedades mercantiles. En este caso, también hay una sociedad de hecho, que en Chile han llamado "irregular de hecho" y

y para diferenciarla del caso anterior (Art.2057 del C.C. chileno y 357, 359 del C. de Comercio).

Finalmente, entre los concubinos puede existir una comunidad universal con respecto a los bienes que han adquirido durante el concubinato con el esfuerzo común la cooperación mutua. Esta es la situación que se presenta con mayor frecuencia ante los tribunales chilenos, respecto al concubinato indirecto producido por el matrimonio religioso. " fallecida una de las personas legadas por éste vínculo sus herederos han pretendido tener derecho a todos sus bienes. Ha esta presunción se ha puesto el concubino sobreviviente, alegando la existencia de una comunidad y reclamando la mitad de los bienes, derecho que los tribunales le han reconocido invariablemente."

PERU: La legislación peruana en general no reconoce derechos de la concubina salvo casos muy aislados, como los de cierta indemnización previstos en los artículos 369 y 370 del C.C. No tienen derechos hereditarios salvo la posibilidad del legado, pero dentro de los límites que la ley sucesoral permite.

En cuanto a los bienes que se adquieren durante el concubinato, no existe legislación específica, pero la jurisdicción ha llenado este vacío al determinar que la concubina tiene derecho al 50 por ciento de los bienes adquiridos por el concubino durante la vigencia del concubinato el cual funciona como una verdadera sociedad de hecho.

CUBA: El Código Civil de la familia de Cuba contempla y da mucha importancia al matrimonio por comportamiento.

Artículo 18: La existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con actitud general y legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocido por tribunal competente.

Cuando la unión matrimonial estable no fuere singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio surtirá plenos efectos legales en favor de las personas que hubiera actuado de buena fé y de los hijos habidos de la unión.

Artículo 19: La formalización o el reconocimiento judi-

cial.

Artículo 20: La ejecutoria recaída en el proceso sobre el reconocimiento de la existencia de la unión matrimonial será inscrita en el libro de la sección correspondiente en el registro del estado civil del domicilio conyugal.

De tal manera una vez reconocida la unión matrimonial está surtirá todos los efectos jurídicos de un matrimonio común desde su iniciación.

MEJICO: En el actual proyecto de reforma al Código Civil Mexicano, se contempla el concubinato, pues hasta ahora los que vivían en este estado habían quedado al margen de la Ley. El legislador, dándose cuante de que no podía cerrar los ojos a un modo de vivir muy generalizado en algunas clases sociales, reconoce que el concubinato produce algunos efectos jurídicos, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia. Esos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso reconocer la prevalencia del matrimonio, que la Comisión consideró como la forma

legal y moral de constituir la familia.

La necesidad evidente de reglamentar ese estado social se patentiza en los casos de pago a las familias de los obreros por accidentes de trabajo, pues en la mayoría de los casos los patronos irresponsables eluden cumplir la indemnización, fundándose en que la mujer de la víctima no es su esposa legítima y en la dificultad que haya para demostrar la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, cuando no han sido registrados.

Se reglamentó también en el proyecto más clara y convenientemente la sucesión del concubino, estableciendo reglas que no permiten que la concubina quede desamparada cuando ha vivido maritalmente con el autor de la herencia durante los últimos cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o cuando ha tenido con él hijos; siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

De esta manera se quiso que no quedarán fuera de ley esos matrimonios de hecho tan frecuentes en las clases humildes mexicanas, que aún cuando no están sancionados por el Juez,

ni por el cura, no forman uniones efímeras sino verdaderas familias ligadas con lazos duraderos.

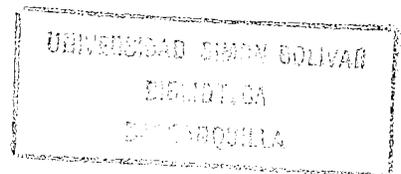
Por eso el proyecto, en sus arts. 1367 y 1603, reformados, no concede derechos hereditarios a toda concubina, sino solamente a aquella que suple, por decirlo así, a la esposa legítima, pues no se trata de alentar la prostitución y el libertinaje, sino de proteger a la madre y a la mujer que vive con un hombre como si este fuera su marido, formando un verdadero hogar.

Tampoco tienen derecho a heredar las concubinas cuando son varias, porque en este caso no se ha formado propiamente un hogar que tenga puntos de semejanza con el que forman marido y mujer.

Sin embargo, aun cuando en el caso de que se trata, no se quiso equiparar la concubina son menores que los que tendría si fuera la esposa,

Texto vigente del Código Civil mexicano:

Artículo 383° Se presumen hijos del concubinato y de la concubina:



- I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato.
- I.I. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.

Artículo 1366° El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes:

- I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte.
- II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior.
- III. Al conyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Salvo otra disposiciones expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente.

IV. A los ascendientes.

- v. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su conyuge durante los cinco (5) años que precedieron inmediatamente a su muerte y con quien tuvo hijos, siempre que hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes.

Este derecho solo subsistirá mientras la persona de que se trate no contriga nupcias y observe buena conducta.

Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fuera su conyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

- VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si estan incapacitados o mientras que no cumplan los dieciocho años, sino tienen bienes para subvenir a sus necesidades.

Artículo 1635 La mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco (5) años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, tiene derecho a heredar con-

forme a las reglas siguientes;

I. Si la concunina concurre con sus hijos que lo sean también del autor de la herencia, se observará lo dispuesto en los artículos 1624 y 1625.

II. Si la concubina concurre con descendientes del autor de la herencia, que no sean también descendientes de ella, tendrá derecho a la mitad de la porción que le corresponda a un hijo.

III. Si concurre con hijos que sean suyos y con hijos que el autor de la herencia hubo con otra mujer, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo.

IV. Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión.

V. Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de esta.

VI. Si el autor de la herencia no deja descendientes, conyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenecen a la concu-

bina y la otra mitad a la beneficencia pública.

En los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV, deben observarse lo dispuesto en los Artículos 1624 y 1625, si la concubina tiene bienes.

Si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas en las condiciones mencionadas en este artículo ninguna de ellas heredará.

Se concluye de que los anteriores textos que, a pesar de que el proyecto mexicano consideró que como homenaje al matrimonio, no debía equiparse igualitariamente la situación de la esposa con la de la concubina, tratándose de un concubinato de muchos años con el cual se ha constituido un hogar y se han procreado hijos, la concubina tiene todos los derechos de una mujer que haya contraído válidamente matrimonio, puesto que el papel que ella desempeña en el hogar es exactamente el mismo de una esposa.

C A P I T U L O I V

4. REFORMA QUE PROPONEMOS AL CONCUBINATO

4.1. Coexistencia de sociedad conyugal y de sociedad concubinaria y sus liquidaciones.

En Colombia, es un hecho que son muchos las personas que viven en concubinato, y hasta ahora la ley no las ha protegido debidamente, despreocupándose de los efectos que surgen como consecuencia del mismo.

Me atrevo a proponer una reforma radical al respecto, ya que la considero indispensable para que nuestra legislación esté de acuerdo con el momento histórico en que vivimos. Para este fin partiré de la base de dos hipótesis que son las siguientes: que el concubinato no tenga sociedad conyugal con otra mujer, y que si la tenga.

Primera Hipótesis

En el caso de que el concubinato no tenga sociedad conyugal con otra mujer, pueden ocurrir también dos situaciones:

1. Que el hombre nunca haya estado casado con otra mujer
2. Que habiendo estado casado, la sociedad conyugal se en-

encuentre disuelta por muerte de la esposa, divorcio vincular o separación de bienes o de cuerpos.

En ambos casos no existe problema para reconocer la existencia de una sociedad patrimonial concubinataria, dándole derechos a la concubina sobre el 50% de los gananciales obtenidos dentro del concubinato; es decir no estarían a formar parte de dicha sociedad los bienes adquiridos por el concubinario antes de crear el concubinato, no los que dentro de este reciba por herencia, legado o donación.

También sería necesario considerar como parte del haber de la sociedad patrimonial concubinataria, para que haya verdadera igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, los bienes que esta adquiriera a título oneroso dentro del concubinato.

En cuanto a su disolución, esta sociedad patrimonial concubinataria se disolvería en el momento de terminar el concubinato, o de la muerte de uno de los concubinos.

En cuanto a la liquidación de esta sociedad considero que podría pedirla cualquiera de los concubinos, una vez producida la disolución del concubinato, o dentro del proceso de la sucesión por muerte de cualquiera de ellos. Sin em-

bargo, mientras no se solicite la liquidación de la sociedad, por la disolución del concubinato aquella debe subsistir, pero solo para los efectos de equidad y como sociedad disuelta; sin que los bienes adquiridos con posterioridad por cualquiera de los concubinos entren a formar parte del haber social, como si ocurre cuando de hecho se separan de cuerpos los esposos y ninguno demanda la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial conyugal, bien sea en proceso de separación de bienes, o como consecuencia de la separación judicial de cuerpos o del divorcio vincular.

Esa diferencia debe consagrarse porque es la consecuencia de existir o no el matrimonio.

Segunda Hipótesis

En el caso de que exista sociedad conyugal del concubinato con otra mujer, sería indispensable respetar los derechos de la esposa a los gananciales y reconocer la sociedad patrimonial concubinataria, únicamente sobre los bienes que se adjudiquen al concubinario en la liquidación de la sociedad conyugal con su esposa.

En este último caso sería necesario contemplar a su vez va-

rias situaciones:

A. Que se disuelva primero la sociedad conyugal y después de la sociedad concubinataria; sin este caso la formula propuesta opera sin dificultad, porque en el proceso para liquidar la primera no se consideraría la existencia de la segunda, ni la concubina podría ocurrir a él como parte; posteriormente, al disolver el concubinato, bastaría que cualquiera de los concubinos solicitara la disolución y liquidación de la sociedad concubinataria.

B. Que ocurra primero la muerte del concubinario, caso en el cual se haría en el proceso de sucesión de este, tanto la liquidación de la sociedad conyugal, como de la concubinataria, primero aquella y luego esta.

C. Que al disolverse el concubinato en vida de los concubinos, subsista una o dos sociedades conyugales con terceras personas, caso en que sería necesario consagrar que una vez decretada la existencia y disolución de la sociedad concubinataria, por demanda de cualquiera de los concubinos, en la misma sentencia se decreta la disolución de las sociedades conyugales, para lo cual sería necesario citar al procesom en la demanda, al cónyuge del demandado y

a) de demandante, si lo tuviere,

2. Procedimiento para disolver la sociedad concubinaria en vida de los concubinos.

Hay dos hipótesis:

1. Si hay decisión judicial previa, en proceso ordinario, sobre existencia de la sociedad concubinaria o simplemente del concubinato, aun cuando no se haya decretado su disolución, el procedimiento debe ser el mismo que se sigue para la disolución y liquidación de la sociedad conyugal en vida de los cónyuges, es decir, el abreviado que regulan los arts. 414, num. 1º, y 422 del Código de Procedimiento Civil.

2. Pero si no existe esa decisión judicial previa, debe adelantarse primero el proceso ordinario declarativo y a continuación del mismo el de liquidación, por trámites de los arts. 625 y 626.

4.2. Situación de los hijos habidos dentro del concubinato.

No veo que puedan surgir problemas respecto a los hijos habidos dentro del concubinato, pues aún considerándolos como

extramatrimoniales, para los efectos jurídicos estarían en pie de igualdad con los hijos legítimos, en el caso de que el padre o la madre hayan tenido hijos de un matrimonio ya disuelto, o posterior al concubinato.

Repito que hipotéticamente no había diferencias entre unos y otros, pues dentro de las reformas propuestas contemplé también la de la igualdad de derechos herenciales entre hijos legítimos y extramatrimoniales, hayan nacido o no dentro de concubinato y antes o después del matrimonio de sus padres con tercera persona.

Respecto de la presunción de ser hijos del concubinato, los nacidos dentro del concubinato, vemos que esta existe desde la ley 45 de 1936 y actualmente en la ley 75 de 1968 en forma indirecta, puesto que probadas las relaciones sexuales, las cuales a su vez se presumen entre los concubinos, los hijos gozan de tal presunción de paternidad extramatrimoniales. Sin embargo, sería mejor consagrar expresamente la presunción de que los hijos habidos por la mujer dentro del concubinato, son también del concubinario.

Propuesto a la Cámara de Representantes el 5 de Septiembre de 1978 por la infrascrita representante por el departamen-

to de Boyaca.

Nahir Saavedra de Devjs

C A P I T U L O V

5. LA LEY COLOMBIANA FRENTE A LOS CONCUBINOS, SUS BIENES Y LAS RELACIONES CON TERCEROS.

A diferencia de la preocupación legislativa en materia de hijos extramatrimoniales, en las restantes materias que atañen al fenómeno concubinario, la regulación positiva ha sido en Colombia prácticamente nula.

El concubinato en nuestro derecho ni se acepta, ni se rechaza abiertamente; se encuentra en una situación que podríamos llamar " Paralela al derecho", puesto que se le conceden ciertos efectos y no hay norma que lo declare como situación contraria al ordenamiento legal.

Sin embargo, la posición híbrida asumida no muestra ser la más aconsejable, pues se presta a vacíos legislativos, injusticias y confusiones.

Las normas factibles de aplicación a las relaciones de los concubinos entre sí y con los terceros, son normas regadas

en las diferentes ramas del derecho positivo, no siendo aplicables inequívocamente, pues en su mayoría tocan apenas tangencialmente la cuestión.

Curioso resulta leer las Constituciones Políticas anteriores a la de 1886.

En ellas se encuentran una discriminación entre las personas casadas y las que llevan una vida marital por fuera del matrimonio.

En la Constitución de 1921 de Villa del Rosario de Cúcuta se inserta: "Para ser sufragante parroquial se necesita : 2 Ser casado o mayor de veintiun años" (Artículo 15).

En la Constitución del Estado de la Nueva Granada, dada por la Convención constituyente en el año de 1.832, se lle en el artículo 8: "Son ciudadanos todos los granadinos que tengan las cualidades siguientes:

1' Ser casado, o mayor de veintiun años", y en el artículo 26 de la sección referente a las elecciones de CAnton:

"para ser elector se requiere;

2. Ser casado, o haber cumplido veinticinco años "

En la reforma de la Constitución en 1843, se suprime la calidad "ser casado" consagrada en la anterior Carta Fundamental.

En la Constitución Política de la Nueva Granada de 1853, volvemos a encontrar el requisito alternativo de ser casado como presupuesto de la ciudadanía: " Son ciudadanos los varones granadinos que sean, o hayan sido casados, o que sean mayores de veintiun años " (Artículo 3).

Lo mismo sucede en la Constitución para la Confederación Granadina de 1858, pues considera como "ciudadanos hábiles para elegir o ser elegidos para los puestos públicos de la Confederación, los varones granadinos mayores de veintiun años, y los que no teniendo esta edad sean o hayan sido casados" (artículo 5).

Aún en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia del año 1863 se muestra, por última vez, preferencia por el varón casado; "Son elegibles para los puestos públicos del Gobierno jeneral de los Estados Unidos, los colombianos varones, mayores de veinte y un años, o que sean o hayan sido casados; con excepción de los Ministros de cualquier religión" (Art.33).

El Código Penal que rigió hasta cuando entró en vigencia la Ley 95 de 1936, consagraba como delito contra la moralidad pública, los "amancebamientos públicos". Se tipificaba el delito y la sanción así: "las personas de dife-

rente sexto que, sin ser casadas, hicieron vida como tales, en una misma casa, de una manera pública y escandalosa, sufrirán, el hombre, la pena de confinamiento por uno a tres años en lugar que diste por lo menos nueve miriámetros de su domicilio, y que sea distintos de aquel en que su cómplice debe sufrir su condena y del en que tenga su domicilio, vecindad o residencia, y la mujer la pena de arresto por cuatro meses a un año, y concluída no podrá ir al lugar en que el hombre esté sufriendo su condena mientras no acabe de cumplirla" (art. 451).

Además, se contempla bajo diferente rudeza cuando se tratara de hombre casado o mujer casada sin estar legítimamente separados de sus respectivos conyuges. Si el "amancebado" era empleado público se le destituía e inhabilitaba de cuatro a ocho años.

El matrimonio de las personas que en tal estado vivían antes que se terminara el juicio, era motivo de cesación de procedimiento; y después de terminado el juicio, atemperaba la pena.

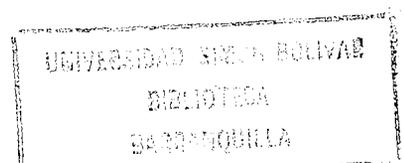
Con la expedición del nuevo Código, desaparecen los citados tipos penales al comprenderse la distinción entre la moral

y el derecho, entre los "ideales éticos" con los "dictados del derecho".

En nuestra actual legislación, como lo hemos afirmado, no se encuentra un tratamiento de conjunto, global, del cual pueda inferirse la posición de nuestro derecho positivo, frente a la vida maridable que efectúan un hombre y una mujer sin estar casados de acuerdo con los requisitos legales.

La materia global, en especial en lo que respecta a prestaciones sociales, es de las pocas ramas o áreas de ordenamiento jurídico colombiano en donde se hace expresa mención de la mujer concubina.

La Ley que establece el seguro social obligatorio y crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, la Ley 90 de 1946, prevé que en caso de fallecimiento producido por accidente o enfermedad profesional, la viuda tendrá derecho a una pensión equivalente al 25% del salario de base, siempre que no sea inválida, pues de serlo, la pensión se elevará al 30% del salario base. Pero, y es lo que importa a nuestro fin, a falta de viuda es tenida como tal "la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital du-



rante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, siempre que ambos hubieren permanecido solteros durante el concubinato; si en varias mujeres concurren estas circunstancias, sólo tendrán un derecho proporcional las que tuvieren hijos del difunto (artículo 55).

Nótase que aunque en principio la Ley 90 de 1946 pretende favorecer a la mujer barragana de "concubinato clásico", porque exige la calidad de solteros entre los concubinarios y la permanencia de las relaciones sexuales, al final no puede afirmarse lo mismo, pues protege a las mujeres fértiles del causante polígamo. El decreto 2623 de 1950 de 1950, por el cual se aprueba el Reglamento general del seguro obligatorio de riesgos profesionales, prescribe en su artículo 20, que a falta de viuda tiene los mismos derechos la mujer que haya sido unscrita como compañera en el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, siempre que haya vida marital con el asegurado durante los tres años anteriores a su muerte; o la mujer con que el causante hubiera tenido hijos "reconocidos". En ambos casos se exige la soltería de la mujer, y de darse en concurrencia, se prefiere la mujer con quien el asegurado haya tenido

hijos.

Hay que hacer entonces la misma observación al decreto reglamentario 2623: defiende y protege en los casos vistos a la compañía fecunda, la prefiere a la compañera estéril. Además, debe recordarse que no es propio hablar de concubinato mientras no exista singularidad en los sujetos que realizan la comunidad de lecho. Se observa que en materia de riesgos profesionales, la ley laboral en ausencia de viuda protege genéricamente a la mujer de toda unión libre, con el único requisito de ser soltera, sin hacer distinción entre los diferentes tipos de unión libre.

En lo que hace al seguro de maternidad, el decreto 2690 de 1960 reglamenta dicho seguro y el de enfermedad no profesional. El asegurado, a falta de mujer legítima, tiene derecho " a que se le preste a la mujer con quien esté haciendo vida marital bajo el mismo techo", la asistencia médico- obstétrica, siempre que hayan permanecido solteros durante la vida marital extramatrimonial, y que obviamente, la compañera se encuentre inscrita en los registros del Seguro con la antelación requerida en el mismo'

La protección del seguro de maternidad en este evento se

acorde con la idea que cobija tan solo a la mujer de "concubinato perfecto", pues al tenor de la norma se requiere comunidad de lecho, comunidad de techo y ausencia de impedimiento para contraer por vínculo anterior de cualquiera de los que en tal estado viven.

En predios totalmente ajenos al derecho laboral se encuentran reglas, luego de una meticulosa búsqueda, que pueden tener aplicación en la familia concubinaria. La Ley 135 de 1961, sobre reforma social agraria, en su letra del artículo 80, modificado parcialmente por el artículo 33 de la Ley 4a. de 1973 y adicionado por el artículo 24 de la ley 1a. de 1968. dice que por regla general las propiedades que por compra o expropiación adquiriera el Incora sólo pueden dedicarse, entre otros fines, a "construir unidades agrícolas familiares". Y se entiende por unidad agrícola familiar el predio suficiente para proporcionar a una familia con el trabajo de toda ella, una vida de condiciones aceptables (artículo 50). Por lo tanto si la ley 135 de 1961 no retringe la familia a la legítima, no parece existir impedimento para que el Incora facilite terrenos a familias surgidas por fuera del matri-

monio, con el objeto de construir unidades agrícolas de tipo familiar.

La legislación penal, como tuvimos oportunidad de mencionarlo al tratar del régimen anterior, no consagra como tipo delictivo ni a la unión libre adulterina, ni al concubinato simple, ni al perfecto. Consagra sí, con justificada razón en el título referente a los delitos contra la familia, como conductas antijurídicas las uniones libres incestuosas. la bigamia y el matrimonio ilegal, o sea, el contraído a sabiendas de un impedimento dirimente.

Además, como muestra quizás de que nuestra legislación no protege al concubinato, en los delitos contra la asistencia familiar consagra la respectiva acción penal únicamente para la mujer legítima, ya que el tenor del artículo habla de "conyuges" y en consideración al principio de tipicidad que rige el derecho penal, no es posible extender por analogía la acción a la mujer extramatrimonial.

De otro lado, el derecho civil se comporta de igual forma que las ramas estudiadas. Nada dice, en pro o en contra, diferente de regular a los hijos legítimos, sobre las

restantes situaciones que atañen al hecho social de la barraganía. Las referencias son indirectas, nunca con el objetivo de tomar partido. Tal es el caso de las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, la Ley 1a. de 1976 las erige en causas de divorcio, siéndolo además de separación de cuerpos y bienes.

Entonces, según lo planteado existe un gran vacío legislativo, vacío legislativo que ha querido llenar nuestra jurisprudencia sobre todo en lo que respecta a los bienes.

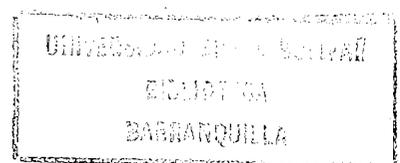
Debe de todas maneras tenerse muy en mente que, por principio constitucional, a los particulaes les está permitido hacer todo aquello que no esté expresamente prohibido:

"Los particulaes no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes"

(Artículo 20).

5.1. CONSTITUCIONES, LEYES Y DECRETOS A QUE SE HACE REFERENCIA.

Constitución de 1821 de Villa del Rosario de Cúcuta, Constitución del Estado de la Nueva Granada de 1853; Constitución 1843; Constitución Política de la Nueva Granada de



de 1.853; Constitución para la Confederación Granadina de 1858; Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1853ñ Constitución Política de Colombia de 1886: Códigos de Santander y Cundinamarca de 1859: Códigos de la Unión de 1873.

Ley 57 de 1887 ; Ley 153 de 1887; ley 95 de 1890; ley 45 de 1936; ley 95 de 1936ñ ley 83 de 1946; ley 90 de 1946 decreto 2623 de 1950; ley 140 de 1960ñ decreto 2690 de 1960; ley 135 de 1961; ley 75 de 1968; ley 24 de 1974; decreto 2820 de 1974; ley 5 de 1975; decreto 206 de 1975 decreto 772 de 1975 y ley 1a. de 1976.-

C A P I T U L O VI

6. JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.

En el anterior capítulo nos ocupamos de mostrar la manera como el legislador colombiano ha regulado el fenómeno concubinario y sus efectos.

Vimos cómo el concubinato en el país es ante la ley "naturalmente neutra", pues no se lo protege o favorece, pero tampoco se lo tacha o prohíbe legalmente.

El único campo que el legislador colombiano se preocupa por regular a espacio, es el atinente a los hijos nacidos por fuera del matrimonio.

Las restantes áreas que se presentan con gran frecuencia en la realidad, como son las relaciones personales y patrimoniales de los concubinos entre sí y en relación con terceros, no son materia de ninguna normatividad positiva.

Ante el gran vacío legislativo, corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia tratar de poner luz a las distintas situaciones. La doctrina de nuestro terruño es más que escasa en esta materia, es avara. La jurisprudencia, por su parte, se ha pronunciado especialmente en relación con

el campo patrimonial de los concubinos, el tratamiento de los bienes que existen o se crean alrededor de la vida en barraganía.

Nos proponemos en este capítulo mostrar la jurisprudencia emanada de nuestro más alto tribunal, la Corte Suprema de Justicia, para completar la visión que nos hemos fijado; respuesta que da el derecho a un hecho social innegable por su importancia en relación con la familia.

y su gran proporción.

Nuestra jurisprudencia, en relación con el régimen de bienes de las personas que viven en estado concubinario, ha mantenido invariablemente una misma posición al respecto.

A partir de 1935 encontramos en el país jurisprudencia. Su planteamiento es tomado de los conceptos emitidos en Francia por la Corte de Aix, el 18 de Diciembre de 1933.

Nuestra Corte Suprema, siguiendo los planteamientos franceses, ha tratado de llenar la falta de norma positiva proponiendo tres posibles situaciones bajo las cuales puede regirse, según las particularidades de los casos concretos la situación patrimonial del concubino y la manceba.

Las posibilidades de que hablamos son: que existía una sociedad de hecho entre los concubinos, o que se presente un enriquecimiento torticero, o finalmente, que pueda configurarse un contrato de trabajo entre las personas que optaron por abarraganarse.

Nos proponemos en el espacio siguiente mostrar el pensamiento de nuestra Corte. Nada mejor para hacerlo que transcribir la forma como se ha expresado, para lo cual presentamos extractos escogidos, en los que consideramos puede apreciarse la posición jurisprudencia en cada una de las posibilidades enunciadas: sociedad de hecho, enriquecimiento injusto y contrato de trabajo.

6.1. ENUMERACION DE LA JURISPRUDENCIA.

Antes de acometer los extractos prometidos consideramos de importancia presentar a manera de lista, las sentencias emitidas por la Sala de Consación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

La enumeración que hacemos es completa, pues se encuentran incluidos los pronunciamientos en los cuales se habla al respecto desde el año de 1935 hasta el último, que se conoce en 1976.

El producto de investigación que se reduce a cortas líneas, lo plasmamos con el ánimo de prestar a los estudiosos del tema un índice jurisprudencial, a más de los extractos esenciales de las más representativas sentencias.

Nos resta hacer dos observaciones: la senetencia base y pilar fundamental de la jurisprudencia en materia de régimen patrimonial entre los concubinos, es la del 30 de noviembre de 1935. Como anteriormente lo expresamos, la sentencia del año 1935 tiene su antecedente ideológico en la sentencia de la Corte de Aix de 1933. Todas las senten

cias han sido dictadas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, excepto la del 28 de octubre de 1949, que fue preferida por el "Tribunal Superior del Trabajo".

Enumeración:

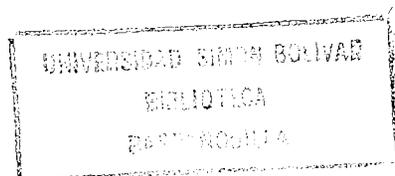
Noviembre 30 de 1935; diciembre 6 de 1943; diciembre 7 de 1943; mayo 7 de 1947; septiembre 16 de 1947; octubre 28 de 1949; mayo 19 de 1950; octubre 1 de 1953; marzo 30 de 1954 diciembre 12 de 1955; octubre 17 de 1957; marzo 26 de 1958 mayo 20 de 1959; noviembre 5 de 1960; febrero 28 de 1961; julio 24 de 1961; agosto 10 de 1961; febrero 21 de 1963; noviembre 25 de 1966; septiembre 20 de 1972; octubre 18 de 1972; octubre 1 de 1973; octubre 18 de 1973; febrero 23 de 1976 y agosto 26 de 1976.

6.2. EXTRACTOS DE LA SOCIEDAD DE HECHO EN EL CONCUBINATO.

a. Sentencia de noviembre 30 de 1935.

" Las sociedades de hecho se dividen en dos clases así: Primera. Las que se forman por virtud de un consentimiento "expreso" y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige

para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales. Segunda. Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito. Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase -que los expositores llaman "sociedades creadas de hecho por los hechos"- no puede alargarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas sociedades creadas de hecho: en éstas tal acuerdo no falta: lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción. De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito. Se presumirá ese consentimiento se inducirá de los hechos, el contrato implícito de sociedad, y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de hecho cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúnan las siguientes condiciones: 1o. Que se trate de una serie



coordinada de hecho de explotación común; 2o. Que se ejerza una acción paralela y simultanea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3o. Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por parte de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa; 4o. Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tendencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios".

"Si la sociedad -lo que es muy frecuente- se ha creado de hecho entre concubinos, será necesario que medien estas dos circunstancias: 1o. Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si este fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinate

En general la ley ignora las relaciones sexuales fuera el matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa. 2o. como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, no sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos".

"Recientemente la jurisprudencia francesa, en armonía con la doctrina que acaba de exponerse, ha decidido: "Que la colaboración de un concubino en los negocios del otro es susceptible de hacer nacer una sociedad de hecho".

(Aix, 18 diciembre 1933. Dalloz, 1935, 2.41). Comentando esa sentencia, el renombrado profesor Nast dice lo siguiente:

"En general, las sentencias admiten esta acción ("La acción pro socio") entre concubinos cuando se establece que realmente ha existido una sociedad de hecho y especialmente cuando, como sucede con frecuencia, los concubinos han explotado en común, un comercio una industria una hacienda, etc. Con todo, se han emitido algunas dudas sobre la legitimidad de esta solución, en cuanto los concubinos no se propusieron como objeto, desde un principio, una participación de beneficios, condición necesaria para que haya sociedad (artículo 1832 del C.C.), sino únicamente se propusieron poner en común sus ganancias para subvenir a las necesidades domésticas. La verdad es que es imposible adoptar una solución única para todos los casos en que se presenten: todo depende de una cuestión de hecho y particularmente de la "intención" de los concubinos, tal como ella puede desprenderse de la conducta que ellos hayan tenido. Cuando han explotado en común fondos de comercio o de una industria o un fondo rural, será conveniente decidir, según

las circunstancias, que existía entre ellos una sociedad en participación o una sociedad de hecho colectiva o que, por el contrario, no existía entre ellos ninguna sociedad, porque la colaboración del uno en la explotación gerenciada por el otro haya consistido solamente en una prestación de servicios sujeta a remuneración. Cuando los concubinos han vivido bajo el mismo techo, en principio, la propiedad de los bienes muebles como de los inmuebles pertenece al uno o al otro, como en el caso de cónyuges separados de bienes, o de amigos que viven en común; pero podrán considerarse como bienes indivisos de ambos, y por tanto, sujetos a participación, aquellos bienes que hayan adquirido en común o con sus economías comunes y aquellos bienes que no puedan saberse a cuál de ellos pertenecen".

b. Sentencia de octubre 10. de 1953:

"Nunca la simple colaboración entre concubinos, cualquiera que sea el tiempo de duración y la índole o naturaleza de las labores por ellos realizadas, puede ser medio suficiente para acreditar la formación de una sociedad de hecho; las actividades así cumplidas, no otra cosa revelan que el

ánimo de prolongar, estabilizándola a través suyo, aquella unión ilícita, con lo cual la sociedad que de ese solo hecho pretendiera deducirse, adolecería de nulidad por ilicitud en su causa, tal como lo previene la última parte del artículo 2083 del Código Civil. Esa, precisamente, la diferencia que, desde el punto de vista patrimonial, ofrecen estas uniones irregulares con la que resulta del matrimonio pues mientras en la sociedad se forman por el mismo hecho del consentimiento matrimonial, en las otras, debe acreditarse, por medio específicos, el ánimo o voluntad de asociación respecto de ciertas y determinadas actividades, y para repartir las ganancias o las pérdidas que de ellas resulten". . .

c. Sentencia de Marzo 26 de 1958

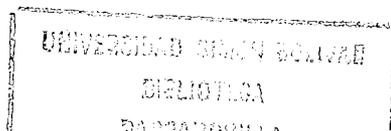
2o. Reconocida la existencia de una sociedad de hecho, en cualquier momento puede procederse a su liquidación, a solicitud de uno cualquiera de los concubinos, aunque generalmente el problema de liquidación suele presentarse a la muerte de uno de ellos.

"Los bienes a que se extiende la liquidación de la sociedad

de hecho entre concubinos son: a) Los adquiridos con posterioridad a la constitución del estado de concubinato y a título oneroso, es decir, como fruto del trabajo e industria de los concubinos, No comprende los bienes que algunos de los concubinos hubiera tenido antes de asociarse con el otro concubino, o los adquiridos durante el estado de concubinato a título gratuito (herencia, donaciones).

"Hasta aquí existe cierto paralelismo entre las sociedades de hecho entre concubinos y la sociedad conyugal entre cónyuges. Pero tal paralelismo no es total. Supongamos que el concubinato tiene negocios y bienes tanto en Bogotá como en Girardot y la concubina se encuentra asociada a los negocios de esta ciudad, careciendo de influencias en los negocios de Bogotá. Aquí la sociedad de hecho existe sólo para los bienes del municipio del domicilio de la concubina. Esta diferencia no existe en la sociedad conyugal.

"Por este motivo con razón ha dicho la Corte que debe existir un criterio de causalidad entre la asociación de hecho y los bienes provinientes de la misma (G.J.Tomo42, Pág.844).



b) Determinados los bienes de la sociedad de hecho es necesario proceder a repartirlos en dos partes iguales; uno para cada concubino.

3) Para la formación de una sociedad de hecho entre concubinos no es necesario el aporte de un capital en dinero para poder reconocer una tal sociedad".

D. Sentencia de Noviembre 5 de 1960:

"1. Los elementos específicos del contrato de sociedad en general son: el concurso de dos o más personas, el aporte de cada una de éstas, un fondo común, un objeto social, la participación en las ganancias y pérdidas y la affectio societatis o ánimo de formar una sociedad y de colaborar activamente en el desarrollo de sus actividades.

"Además de estos factores, la sociedad debe reunir también los elementos que son comunes a todo acto jurídico, esto es, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos.

"7. La conyugal es la única sociedad de ganancias a título universal que nuestra ley autoriza, porque los cónyuges al unirse en matrimonio, ponen en común su trabajo, sus actividades y esfuerzos en beneficio mutuo: cada cónyuge

trabaja y adquiere, no para sí solo, sino también para su consorte.

"8. La sociedad conyugal no es un contrato sino una institución de orden público y de carácter acesorio, porque se forma por el hecho del matrimonio y no puede subsistir sin él. La sociedad (regular o de hecho), si es un contrato, a veces implícito y presenta modalidades que las distinguen de la sociedad conyugal. Entre concubinos no puede haber sociedad conyugal, pero si es posible que se forme una compañía de índole convencional cuando la pactan de modo expreso o cuando ambos trabajan y colaboran en una empresa o negocio común, independiente de sus relaciones concubinarias.

"9. El artículo 2095 del Código Civil establece que cuando uno de los socios contribuye solamente con su industria, servicio o trabajo y no hay estipulación sobre su cuota de beneficios, corresponde al juez regular esta cuota, en caso necesario. El señalamiento de tal cuota es asunto que la Ley defiere en este último caso a la facultad discrecional del juzgador".

E. Sentencia de octubre 1° de 1973

"Como lógica conclusión emerge de lo expuesto, que quienes no están unidos en l^égítimo matrimonio que produzca efectos civiles, para que puedan tener derecho a participar en las utilidades consieguidas durante el término de la unión, deben probar que entre ellos existió una verdadera sociedad de hecho; no no les basta con acreditar que eran concubinarias.

"Doctrina invariable de la Corte ha sido la de que por cuanto la vida en común de los amancebados no genera, per se, no comunidad de bienes ni sociedad de hecho, para declarar la existencia de ésta y que cada concubinario pueda reclamar los derechos que se conceden a quien tiene la calidad de socio, se exige de quien alega su existencia aduzca la prueba idónea".

F. Sentencia de Febrero 23 de 1976.

"En el caso de este tipo de sociedad de hecho, cuando se discute sobre su existencia, el litigio debe trabarse entre concubina y concubinario. Pero si, por muerte de uno de ellos, el sobreviviente niega a los sucesores del desaparecido la existencia de esa relación jurídica sustancial,

es claro que cualquiera de los herederos del difunto, o varios o todos, pueden demandar al socio supérstite para que se haga la declaración de que existió la apuntada compañía de hecho.

"...para la cabal integración del contradictorio no se requiere la presencia de todos los herederos del difunto, como quiera que para la comunidad universal formada por la desaparición de aquél, cualquier heredero está legitimado para pedir a su nombre".

6.3. EXTRACTOS DEL ENRQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL CONCUBINATO.

A. Sentencia de mayo 7 de 1947:

"La doctrina y la jurisprudencia francesa, después de rechazar la acción de responsabilidad extracontractual para el concubino que alega haber sufrido perjuicios por la ruptura de un concubinato no originado en seducción dolosa, le ha concedido, para compensarse de los cuidados y desembolso o para participar de los beneficios obtenidos durante la vida común, la acción de in rem verso, que es la legalmente adecuada o conducente para impedir el en-

riqueciendo sin causa, y la acción prosocio, para los casos en que haya existido una sociedad de hecho entre los concubinos. La base jurídica de esta jurisprudencia es que las relaciones intersexuales en forma de concubinato no son por sí mismas ni por sí solas un obstáculo esencial para la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto, de las sociedades de hecho, cuando se encuentran reunidas las condiciones legales para su aplicación y no figuran como causa o motivo de los actos jurídicos las relaciones intersexuales".

B.Sentencia de Diciembre 12 de 1955

Considera la Corte que para que se presente el enriquecimiento torticero es necesario:

" 1o. - Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar un menoscabo de un patrimonio.

" 2o.- Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecimiento

haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

" Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecimiento puede derivar de la desventaja del empobrecido, o a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

" Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dada por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

" El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

" 3o.- Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. "El enriquecimiento torticero, causa y título sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en

el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

" 4o.- Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por in contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos. Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por un hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

" 5o.- La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

" El objeto de enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enri-

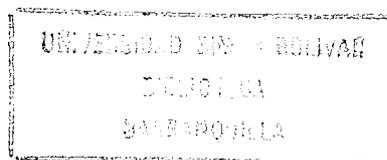
riqueció el demandado!"

C. Sentencia de Marzo 26 de 1958:

" 5o.- El enriquecimiento injusto se produce toda vez que un patrimonio reciba un aumento a expensas de otro, sin una causa que lo justifique. El enriquecimiento sin causa debe reunir tres elementos conjuntos:

- a) Un enriquecimiento o aumento de un patrimonio;
- b) Un empobrecimiento correlativo;
- c) Que el enriquecimiento se haya realizado sin causa, es decir sin fundamento jurídico.

" I) En cuanto al enriquecimiento 'sin causa debe tratarse de todo provecho o ventaja que represente un aumento del activo de un patrimonio, como sucede cuando se adquiere un derecho; también puede consistir en el incremento o mayor valor que adquiere un derecho, como cuando el propietario de la finca pasa a serlo de lo edificado o construído por otro en ella. También el provecho puede estar representado en una disminución del pasivo como cuando alguien tiene que cancelar una deuda ajena; o simplemente, en evitar a otra persona un gasto de estaría obligada a hacer.



" En la generalidad de los casos el provecho o desventaja es de orden patrimonial; sin embargo, ese provecho puede ser de orden intelectual.

En general el enriquecimiento sin causa supone dos patrimonios separados, debidamente delimitados. Precisamente el enriquecimiento sin causa se da cuando el provecho o ventaja que ha de pertenecer a un patrimonio se desplaza a otro patrimonio diferente.

" II) Es necesario que el enriquecimiento haya costado una desventaja o sacrificio que experimente el patrimonio empobrecido. Siempre tendrá que aparecer una disminución en el patrimonio del empobrecido, pues la ley no sanciona los enriquecimientos que no producen correlativamente un empobrecimiento en otro patrimonio.

" III) La falta de una causa o fundamento jurídico en el enriquecimiento sin causa, es sin duda el elemento esencial que justifica el principio que prohíbe que las personas se enriquezcan a expensas de otra".

6.4. EXTRACTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE CONCUBINOS.

" El contrato de trabajo defiere de las relaciones sexuales extralegales por todos los aspectos, entre los cuales deben destacar los de que en éstas ni se prestan servicios de carácter laboral, ni existe subordinación jurídica, ni hay remuneración de índole asalariada. Cualquier elemento de los indicados, que aparentemente pueda presentarse, sería de naturaleza extraña al contenido económico social de la relación de trabajo y ajeno a la protección característica de la legislación especial. Sin embargo, no puede significar lo anterior, en término absolutos, que el concubinato entre la trabajadora y uno de los socios de una sociedad de hecho o de cualquier otra clase, se oponga necesariamente a la existencia de un contrato de trabajo entre aquéllas y la sociedad. Porque es obvio que la concubina bien puede prestar servicios, laborales a la persona jurídica o a la sociedad de hecho, y nada autorizaría para que ésta se aprovechara gratuitamente de ellos, y se enriqueciera sin causa, con la sola consideración del concubinato de la trabajadora con uno de los socios. La distinción debe plantearse con toda la nitidez para no desamparar lo propiamente laboral en lo que corresponda, y para no prote-

ger el concubinato como si fuera contrato de trabajo, confundiéndolos".

B Sentencia de Febrero de 1963:

" Se puede admitir en principio que la relación entre concubinos no es de trabajo, pero no es aceptable la tesis de que aquéllas sea opuesta a éste, o que la relación concubinaria excluya la de trabajo dependiente.

" Por último debe observarse que la tesis del Tribunal no es la de que entre concubinos no pueda darse el contrato de trabajo, como lo sugiere el recurrente, sino la de que en el supuesto de haberse probado el servicio personal, no fue independiente de la relación sexual extramatrimonial entre los litigantes. En concepto de la Sala, si la concubina presta servicios personales en beneficio del hombre con quien vive, ese hecho no impide el nacimiento del contrato laboral. En tal hipótesis, objeto de la convención es el trabajo personal, respecto del cual el trato sexual es extraño e independiente y, por tanto, sin incidencia en el derecho social.

Pero, como es obvio, es preciso demostrar que el servicio

personal no se prestó en consideración a la vinculación concubinaria, extremo que no ha tenido comprobación en este proceso". (Sala de Casación Laboral, 21 de Febrero de 1963, T. CI, No. 2266, págs. 639 y 640).

C A P I T U L O VII

7. CONCLUSIONES GENERALES

1. El concubinato perfecto es un hecho social de tal magnitud que merece toda la atención del derecho, no solamente por la gran proporción en que se presenta, sino fundamentalmente, por ser fuente de la familia y ésta de la sociedad.

2. El legislador colombiano no se ha preocupado por tomar una posición definida ante las manifestaciones concubina-rias. Nuestra ley no protege ni reprueba al concubinato, trata de ignorarlo. Decimos que trata de ignorarlo, porque siendo las manifestaciones sociales tan notorias es imposible una actitud absolutamente pasiva.

3. La misma familia como fuente de la sociedad, no puede decirse que se encuentra armónica y suficientemente regulada. En nuestra Constitución Política actual, no se encuentra ningún artículo dedicado a erigir la familia como altar que merece todo el beneplácito del Estado, por ser célula primaria y esencial de la sociedad.

En las Cartas Fundamentales anteriores a la de 1886, se consagraba una discriminación en contra de los varones que hacían vida marital por fuera del matrimonio: se consideraba ciudadanos a los varones que llevaban a cierta edad, o a los que hayan sido o sean "casados".

4. Puede decirse que la ley de nuestro país ha consagrado sus preceptos, en materia de unión libre propia, con el único y exclusivo objeto de reglar la situación del hijo habido por fuera del matrimonio.

Nuestra legislación en lo que hace a filiación ilegítima presenta un desarrollo, que mirado en conjunto, puede considerarse como positivo. Los pilares fundamentales de la "humanización" del derecho positivo colombiano, frente a las personas nacidas por fuera del matrimonio civil o canónico, descansan en la ley 45 de 1936 y en la ley 75 de 1968.

5. A la luz del régimen actual, según las circunstancias de procreación hay dos clases de filiaciones: legítima. En la filiación ilegítima, o sea, la que absorbe las personas dadas a luz por fuera de los lineamientos legales, encon-

tramos dos categorías de personas: las naturales y las simplemente ilegítimas.

Se consideran como hijos legítimos, los concebidos y nacidos dentro del matrimonio de sus padres, y los concebidos en vida marital ajena a la unión legal que son legitimados ipso jure o voluntariamente, según el caso, por el matrimonio posterior de sus padres.

Tienen la calidad de hijos naturales, los concebidos y paridos por fuera del matrimonio de sus progenitores, siempre que hayan sido reconocidos o declarados como tales conforme a derecho, La calidad de natural se tiene con respecto de la madre por el mismo hecho del alumbramiento, si se acredita dentro de los cartabones legales.

Son hijos simplemente ilegítimos, los que no siendo legítimos no se han alcanzado la calidad de naturales.

6. Según se esté frente a un hijo legítimo, natural o simplemente ilegítimo, el derecho positivo consagra distintos tratamientos legales, La base de los diferentes enfoques en atención a la procreación de la persona, ha sido y es económica. La clasificación de las personas según su "relación de procreación" es eminentemente una calificación patrimonial; no otra cosa se deduce del estudio del régimen

sucesorio y las instituciones de los alimentos, la patria potestad y la autoridad paterna.

7. Por fuera del campo de la filiación ilegítima, la ley no se ocupa para nada del concubinato perfecto.

El parametro fundamental legal que se observa al estudiarlo es el vacío. Nada se dice de las relaciones personales y patrimoniales que existen entre los concubenarios y entre éstos y los terceros. Las esporádicas menciones son, precisamente, esporádicas y escasas.

8. Ante el vacío legislativo nuestra jurisprudencia ha tenido que abordar las materias expósitas.

La jurisprudencia se ha pronunciado especialmente en lo que atañe al régimen patrimonial de los concubinos y ha encontrado que puede regularse, de acuerdo con las específicas circunstancias de cada caso, bajo tres supuestos: sociedad de hecho, enriquecimiento injusto y contrato de trabajo.

9. En lo que hace a la sociedad de hecho entre concubinos según la Corte Suprema de Justicia, hay que tener en cuenta:

- a.) El concubinato no crea por sí solo sociedad de hecho, ni comunidad de bienes.
- b.) La sociedad de hecho admite dos clases: la que se forma en virtud de un consentimiento expreso y la creada por los hechos. En la sociedad creada por los hechos se considera al consentimiento como tácito o implícito, es decir, dados ciertos hechos y requisitos se presume tácitamente la voluntad de asociarse y puede entonces hablarse de sociedad creada por los hechos.
- c.) Aunque la cohabitación per se no da nacimiento a ninguna compañía patrimonial, nada se opone a que se forme una sociedad de hecho entre el concubino y la barragana. Dicha sociedad generalmente se presenta bajo la forma de sociedad creada por los hechos.
- d.) Para que de los hechos pueda inducirse el consentimiento implícito y por lo tanto reconocerse la sociedad creada de hecho o por los hechos, se requiere: que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendientes a la consecución de beneficios que la colaboración se desarrolle en pie de igualdad, por

lo tanto sin que medie ninguna relación de dependencia y que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios'

e.) Además, para que pueda darse una sociedad creada de hechos entre concubinarios se requiere, fuera de los requisitos anunciados y lógicamente los propios del contrato en general y los específicos de la sociedad, los siguientes adicionales: que el móvil determinante de ese contrato social no sea el de crear o mantener el concubinato, pues de serlo, el contrato sería nulo por causa ilícita; y que pueda distinguirse claramente la actividad común de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de obtener beneficios, del simple resultado de una vivienda común y de una intimidad en el manejo, conservación o administración de los bienes individuales o comunes.

f.) Configurada como se ha expuesto la sociedad de hecho, el concubino y sus herederos tienen la "acción pro-socio" (por una sociedad) para hacer valer sus derechos, en la partición de los bienes adquiridos en común.

10. Frente al enriquecimiento injusto entre concubinos, la posición de la Corte puede resumirse así:

a.) El concubinismo por si mismo supone el enriquecimiento injusto; sin embargo, por razón del concubinato puede configurarse siendo de muy remota ocurrencia.

b.) Siguiendo a Bonnacase, nuestra Corte considera que los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa son dos: un elemento de hecho y uno de derecho.

El elemento de hecho consiste en la pérdida o desplazamiento de un valor que sale de un patrimonio en provecho de otro. El elemento de derecho se da cuando no existe ninguna justificación, en derecho, de ese desplazamiento o pérdida de valor.

c.) Como nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro, configurado el emriquecimiento sin causa surge la acción denominada in rem verso, para eliminar la pérdida patrimonial no justificable en derecho. Esta acción tiene carácter subsidiario, por tanto no puede hacerse efectiva cuando el actor tiene otra via (v.gr. acción pro socio), o cuando el embrobrecido teniendo otra acción la perdió por su cul-

pa o por cualquier hecho. Además, como cosa que se cae de su peso, el ejercicio de la acción no puede dirigirse a violar o a desconocer una disposición imperativa de la ley.

d.) Para que la acción prospere se exige entonces: que exista un enriquecimiento por parte del demandado y un empobrecimiento correlativo en cabeza del actor; que no exista ninguna justificativa de derecho (legal o contractual) del empobrecimiento; que el demandante carezca de cualquier otra acción y que con ella no se pretenda soslayar una disposición imperativa de la ley.

11. En lo que hace a la última posibilidad del contrato de trabajo entre concubinos, es claro al igual que en los anteriores supuestos: el concubinato por si mismo no supone la existencia del mencionado contrato.

En la relación concubinal, al decir, del Tribunal Supremo del Trabajo, no se prestan servicios de carácter laboral, ni existe subordinación jurídica, ni hay remuneración de índole asalariada.

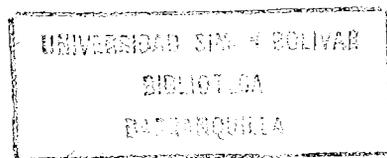
No hay duda en aceptar que el contrato de trabajo difiere de las relaciones sexuales extramatrimoniales, pero tampoco

puede afirmarse que el concubinato excluya la relación laboral. Nada se opone para que se configuren los elementos de trabajo en la pareja concubinaria. Pueden concurrir los dos tipos de relaciones, laboral y concubinal en una misma pareja, siempre que no se confundan la una con la otra, sino que exista una distinción clara de que el servicio no se preste en consideración a la relación concubinaria, o como una simple colaboración espontánea a manera de "ama de casa".

12. La unión de hecho no implica para los concubinos ninguna merma de su capacidad "ni pérdida de aptitud para contratar en sus relaciones recíprocas.

Entre concubinos pueden celebrarse válidamente toda clase de contratos, siempre que la causa de éstos no sea la creación o fomento del "estado antimatrimonial".

Más aún, de nuevo dice la Corte, la nulidad absoluta con que el artículo tercero de la ley 28 de 1932 sanciona a las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles (salvo el mandato general o especial), celebrados entre cónyuges, no es aplicable por analogía a los concubinos, ya que se trata de una sanción de carácter estricto



y la ley no considera inconciliable la situación de los concubinos con dichas convenciones.

SECCION SEGUNDA PARTE

MATRIMONIO

INTRODUCCION

El matrimonio es un "estado" y un continuo proyecto a realizar conjuntamente por dos seres humanos de diferente sexo. En la pareja humana que se ama de verdad no puede ocurrir como entre los animales. Estos, en determinado momento dan y reciben corporalmente para después seguir cada uno su camino, sin volver a encontrarse jamás, excepto en algunas especies en las que el macho y la hembra conviven un tiempo juntos para cuidar a sus crías.

No, la pareja humana está formada por dos seres que, además de estar unidos sexualmente, tienen por delante un camino que recorrer. Un camino que recorrerán juntos y durante el cual juntos irán creando vida y amor. Es una entrega sin reservas es un darse para siempre este término es la gran aventura de los conyuges ya que su mutua entrega compromete hasta la médula la realidad íntima de cada uno de ellos.

Todo hombre o mujer perteneciente a nuestra moderna civilización siente, al unirse a su pareja, el deseo y la ambición de alcanzar juntos un porvenir común.

Sean fueren sus creencias , la pareja humana que se une para formar un hogar realiza un acto volitivo de continuidad y de permanencia.

C A P I T U L O I

1. ASPECTO HISTORICO DEL MATRIMONIO, EN EL ABORIGEN COLOMBIANO.

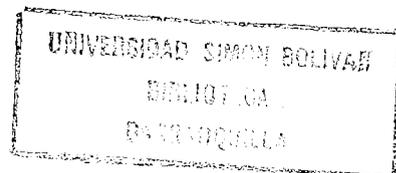
De la misma manera como estudiamos las formas matrimoniales que se presentaron en Roma y en la España de la Edad Media, debemos analizar las encontradas en los primitivos moradores de nuestro país: los aborígenes.

Entre los principales sistemas hallados para adquirir mujer, podemos mencionar los siguientes:

a.) Matrimonio por captura:

Se trataba de un sistema complementario, dado que la comunidad tenía otros métodos para conseguir esposa. En una forma matrimonial bélica que proviene de las guerras de exterminio, en las cuales se considera a la mujer como botín de guerra del captor, que la tomaba para sí como mujer secundaria.

Aunque es posible encontrarla en los pacíficos. Chibchas, su frecuencia es considerable en las tribus que habitaban el occidente colombiano.



Con el tiempo las formas de llevarse a la mujer ya no implican el rompimiento del régimen de seguridad (estado de guerra) y puede presentarse bajo la variante del "raptó casi figurado".

b. Matrimonio político:

Se presenta en dos casos: primero, como consecuencia de la guerra en la cual el jefe vencido enviaba al triunfador sus parientas como símbolo de amistad para que las tomara como esposas; y, en el segundo, como unión correspondiente a un sistema endógamo, principalmente para mantener apretada la clase alta de la tribu y conservar el poder.

c. Matrimonio por compra:

Es uno de los procedimientos más generalizados; consistía en comprar a la novia pagando un precio (mantas, joyas, tejidos, cosechas...) a la familia para resarcirle el bien que perdía, ya que en las sociedades indígenas se consideraba a la mujer como un gran valor, por representar la satisfacción sexual, la compañía del varón, su cuidado personal y del hogar.

Otra forma admitida de pago de la esposa era la prestación

de servicio p realización de tareas, en sustitución de la entrega de especies. Y parece factible que el precio necesario para adquirir una mujer casadera aumentaba si ya se tenían otras.

Tal era la normalidad de dicha forma de matrimonio, que "en el año de 1623 (Real Cédula de 29 de septiembre de 1963) el rey Felioe IV pide que se controle a los indios efectivamente para que no sigan vendiendo a sus hijas en matrimonio y que establezcan severas sanciones al respecto"¹

d. Matrimonio por trueque de mujeres:

El matrimonio por trueque de mujeres se presentaba en dos eventos de primero de ellos lo relata el padre Gumilla, citado por la doctora Gutierrez de Pineda: "Es pues la orden que ninguno que no tuviere hermana se casará fácilmente, porque el que se quisiera casar ha de rescatar o comprar su mejer por una hermana suya, y si dos hermanas tuviere, dos comparará, y si más, porque tantas mujeres

¹ Gutierrez de Pineda Virginia. la Familia en Colombia Editorial Iquema, v.I, Trasfondo histórico. Bogotá, 1963, Pág.89.

cuentas tuviere para trocar, tantas mujeres habrá por ellas, y si las mujeres son hermanas, aunque sean muchas con todas tiene acceso"²

El segundo evento se presentaba cuando el trueque se efectuaba ya no sobre parientes (hermanas) sino entre esposas, situación que no alteraba en nada las relaciones siempre que se cumplieran los debidos resarcimientos del caso.

e. Matrimonio preferencial:

Corresponde a la segunda forma mencionada de matrimonio político.

Es un matrimonio endógamo de existencia excepcional y de naturaleza consanguínea, que parece corresponder a la formación de la clase dirigente, con el objeto de procrear un heredero de la misma sangre de la jefatura.

La naturaleza consanguínea de esta unión matrimonial debía cumplirse dentro de la rama uterina y no con los parientes paternos.

.....

² Idem, pág. 90

Fuera de los estratos altos, existía en la comunidad una prohibición de carácter absoluto de contraer uniones endógamas.

Entre los casos concretos que menciona Don Pedro Cieza de León, citado por la doctora Gutierrez de Pineda, podemos referir los siguientes entre los Zopia, "casarse con sus sobrinas y algunos con sus mismas hermanas"; entre los Carrapa, "los señores principales se casan con sus sobrinas, y algunos con sus hermanas"; entre los indios de la ciudad de Urabá, "cásanse con hijas de sus hermanos".³

Cabe decir que solamente cuando se trata de la primera mujer el matrimonio es preferencial.

f. Compromiso de infantes:

Al igual que el matrimonio por captura no es una forma excluyente, ya que coexiste con otros sistemas matrimoniales. Opera por medio de un pacto o convenio que celebran los padres de los infantes desde su nacimiento, con consiste en casar la pareja al llegar a cierta edad.

.....

3. Idem, pág. 91.

Se presenta principalmente en los grupos donde había escasez de mujeres.

Ejemplos de esta clase de compromiso se han encontrado en los naturales del valle de Santiago, en las tribus Karibe del oriente colombiano, en los Támara del oriente llanero y entre los Panches y los indios de la Palma, que presentan variantes particulares.

Como puede apreciarse en las formas matrimoniales expuestas en los grupos aborígenes colombianos, se encuentra como sistema de organización social la familia polígínica.

La polígina tiene sus fuentes en las guerras de exterminio, en las cuales un grupo busca la extinción de otro para controlar zonas de recursos animales, vegetales y minerales; y en las guerras de confederación, en las cuales el jefe de una tribu trata de someter o anexar otra. En el caso de las guerras de exterminio, la tribu o grupo vencedor tomaba como cautivas a las mujeres del vencido las que desempeñarían los papeles de esclavas y mujeres secundarias,

Mientras que tratándose de las guerras de confederación el vencido como muestra de respeto por el pacto de surji-

sión, entregaba al jefe vencedor una parienta o más (matrimonio político).

Aunque la posibilidad de ser poligínico era para todos, en realidad sólo se encontraba en unos cuantos por ser primordialmente jerárquica esta condición que simboliza prestigio y posición en el hombre indio.

La característica más destacada de la poliginia es su forma desigual, es decir, la existencia de jerarquías diferentes entre las esposas.

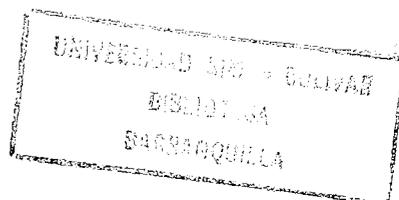
"En la familia compuesta india existía una jerarquización entre las co-esposas de un hombre, reconociendo la presencia de una primera mujer cronológica, que ocupaba el estatus social y económico de mayor importancia, mientras las demás sólo obtenían el papel de segundas esposas o concubinas"⁴.

Es interesante notar que la primera esposa no solamente

.....

5.

Idem, pág. 116



se diferencia de las demás en ser cronológicamente tomada por el hombre, sino también en que proviene de un status semejante al del marido, a diferencia de las demás co-esposas, que normalmente provienen de capas inferiores.

Además, la ceremonia de unión era más compleja, gozaba en el hogar de derechos superiores y, algunas veces, sus hijos tenían prelación en la sucesión.

Por lo que, aunque las esposas secundarias ocuparan en el marido un puesto de prelación afectivo con relación a la primera esposa, ésta se encontraba en una categoría superior.

Pueden mencionarse igualmente como fuentes de la poliginia el prestigio que ella conllevaba al ser símbolo de conquista social: el levirato, institución mediante la cual el varón hereda de un pariente las mujeres que éste tuvo en vida la economía, por considerarse la mujer una gran fuerza productiva: "todo lo hacen las mujeres y los varones no hacen otra cosa que la guerra", el déficit de varones adultos y algunos factores sexuales, como los que refiere el historiador Pantágoras, del complejo ribereño del río Magdalena:

"una de las causas más evidentes porque se halla tener cada indio tantas mujeres que pueden haber, es porque desde que la mujer se siente preñada hasta que pare y ha criado su hijo y quitandole la teta o leche, no ha de tener ayuntamiento carnal con ella su marido, ni en el ínterin que les baja sus costumbres mujeriles, y como los varones son muy lujuriosos procuran siempre tener con quien cumplir sus apetitos"⁵.

1.1. CONCEPTO ACTUAL DEL MATRIMONIO.

Nuestro Código Civil en el artículo 113 nos dice: " El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y de auxiliarse mutuamente.

Para la mayoría de los tratadistas de Derecho Civil el matrimonio es un contrato, pero hay quienes niegan ese carácter.

.....

6. Idem, pág. 111.

Para DUGUIT, el matrimonio es un acto jurídico condición. Según ese autor " ver en el matrimonio un contrato es innegablemente un error. Sin duda es una convención, pero una convención que es la condición del nacimiento de una situación legal y objetiva: la situación legal de los casados, el estado de los casados; situación permanente que tiene consecuencias generales que se imponen no solo los esposos, sino a todos y que esta determinada por la Ley en sus efectos y en su extensión."

Existe la doctrina institucional " GEORGE RENARD, HAURIOU". Puede reunirse en estas palabras de Renard " El matrimonio es un contrato? Si, en la forma; si, de considerarlo solo en apariencia; si, de entenderlo como un contrato-condición, como el consentimiento bilateral del hombre y la mujer que lo somete al estatuto legal de los casados. Pero el estatuto de los casados está por encima de la voluntad de los esposos: es un postulado del orden jurídico, interpretado por la ley, la forma es contractual; pero en el fondo el matrimonio es un acto de institución, Y a fortiori lo que es para quienes admiten su indisolubilidad".

La teoría mixta (PLANIOL Y ROBERT, COLIN Y CAPITANT, Y DESQUEYRA), dice: " En el matrimonio hay en realidad, como en la adopción una voluntad creadora de efectos jurídicos y esta voluntad esta sometida a 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 al acuerdo de las voluntades es necesario para que tenga lugar la aplicación de las normas legales es impotente para condicionar los efectos y la duración del compromiso la función de la voluntad esta limitada a una sumisión a las reglas legales".

Para los sostenedores de esta teoría el matrimonio es un contrato y además una institución.

La teoría ECLECTICA (BONNECASE) afirma: " con el término matrimonio se distinguen dos cosas muy distintas a.) la institución del matrimonio. esto es, el conjunto de reglas que presiden en el derecho positivo la organización social de la unión de los sexos.b.) El acto jurídico de la naturaleza especial que expresa la adhesión de los futuros esposos determinan anticipadamente la condición jurí-

- IOI -

dica de sus bienes para durante el matrimonio o para el caso en que se ofrezca su disolución".

1.1.2. EL MATRIMONIO VISTO POR LA MUJER.

Parece evidente que existen dos maneras de entender el matrimonio: una femenina y otra masculina. A esta diferente concepción del matrimonio cabe atribuir la mayor parte de los problemas que ambos cónyuges se plantean, que son, en muchos casos, suficientemente graves como para destruir si no la unión en sí (extremo al que se llega difícilmente, sobre todo por presiones de índole social, en los países en que no existe divorcio), si al menos la comunión afectiva entre los esposos y la posibilidad de dialogar.

Examinemos ahora la concepción femenina del matrimonio y veamos hasta que punto esta cargada de idealismo y falta de contacto con la realidad y hasta que punto, por tanto, es responsable del ulterior fracaso.

Pero para ello tendremos que partir de la educación que se da a la mujer, y de los principios que se le inculcan, principios, o, como los llamaremos en adelante, pequeñas ideas, que condicionan a la mujer hasta el extremo de im-

pedir -si no sabe liberarse a tiempo de su malefico- pensar como independencia de criterio, tomar decisiones, amar libremente, y otras actividades propias del ser humano, sin las cuales resulta imposible que hombres y mujeres puedan realmente comunicarse.

A las niñas se las educa con diminutivos: que si la muñequita, que si el vestidito, que si los pastelitos, la casita. Luego vienen las monjitas o las señoritas (suplico absurdo) y finalmente, con o sin intervención de San Antonio, la boda -LA BODA- en mayúsculas y sin diminutivo.

Pero ya es tarde; las niñas, que entre tanto se habian convertido ya en mujercitas, se han acostumbrado a las cosas pequeñas, o mejor dicho, a las pequeñas ideas.

Estas pequeñas ideas las han recibido envueltas en papeles de birllantes colores, como caramelos, y como caramelos las han engullido. Y con estas pequeñas ideas la niña, ya mujer, ha de vivir y educar a sus hijos.

¿Cuáles son y qué tienen de malo esas pequeñas ideas?

Vayamos por partes: ¿cuáles son? ¡Oh!, pues muy corrientes Pueden formularse, además, de muy diversas maneras, pero en esencia se reducen a las siguientes:

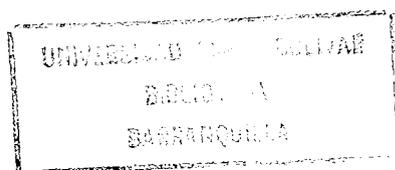
a) Las niñas tienen que gustar. Deben, por tanto, hacer lo posible por gustar, ir bien vestidas, bien peinadas, hacer monadas y ¿como no? ser un poco hipocritas porque, desemgañemonos, sin una pizquita de hipocresia es imposible complacer a todo el mundo.

Examinemos ahora la cuestión mpas de cerca (que tiene de malo). Eso de gustar, que parece tan inofensivo, se convierte en fuente de prohibiciones -no ensuciarse, no despeinarse, no moverse bruscamente..- y, en la escuela, en falta de espontaneidad -sonreir cuando no se tienen ganas, saludar a unos amigos de mamá que son pesadísimos, decir, "no, gracias, ya he merendado" cuando una se muere por comer unas cuantas galletitas con cualquier tontería...

¿Sólo eso? No, sólo eso, no. Sigamos.

La niña, que va repromiendo sus tendencias a manifestarse tal cual es -por gustar, por complacer- se va, convirtiendo cada vez más en producto, en objeto. Y como, la competencia es realmente agobiante - abundan las mujeres aún más que los detergentes- la cosificación (o sea, el hecho de convertirse en cosa) llega a extremos inconcebibles.

A veces a uno le da por pensar que a ciertas mujeres no



les falta más que regalar puntos para la vuelta al mundo de dos personas, o boletos para el sorteo de un seiscientos.

¿Y el hombre? El hombre, como es lógico, no sabe por donde anda. Se pierde en el laberinto de las minifaldas, de los ojos sombreados por largas pestañas (postizas o no) de los graciosos movimientos insinuantes, y a la hora de comprar (casarse) puede que esté tan aturdido que se queda con lo que menos se ajuste a su manera de ser y a sus necesidades.

De acuerdo; hemos exagerado. Este lo es intolerable. Pero es que a veces la manera más convincente de demostrar que algo está llegando a ser intolerable es exagerarlo al máximo, llevarlo hasta sus últimas consecuencias, a las más absurdas, Y el hecho de que la mujer, o de que muchas mujeres están eb venta es incontrovertible. Y también intolerable. La mujer necesita al hombre, pero el hombre también necesita a la mujer, y, sin embargo, normalmente se atreve a ser él mismo, y no vive tan pendiente de gustar. Por eso podemos llegar a la conclusión de que si bien procurar gustar es algo que honra a todo ser humano (hombre

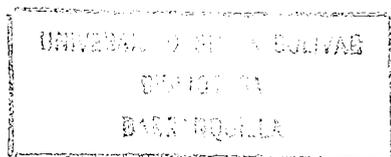
o mujer), porque es una deferencia hacia los demás y una muestra de respeto para con uno mismo, el hecho de que el gustar se convierta en una obsesión es aniquilador; despersonaliza y cosifica, o sea, arruina la personalidad y convierte a los seres humanos en cosas .

b) Las niñas tienen que ser obedientes y sumisas.

Esta obediencia y sumisión, que hace unos años se llamaba modestia, se ha considerado tradicionalmente el principal adorno de la mujer. Es uno de los requisitos indispensables de la feminidad, palabra mágica cuyo principal encanto reside en que nadie sabe exactamente cómo definirla, pero que se puede expresar con un encogimiento de hombros y la sonrisa vaga y coqueta de quien está en el intringulis.

De todos modos -y dejando de lado esta espinosa cuestión (la de la feminidad) - , hay que tener presente que tampoco la docilidad y la sumisión acaban aquí.

Ahondemos un poco más. Lo más grave de estas adorables y femeninas cualidades es que llevan a la mujer a aceptar como buenas -sin atreverse ni siquiera a reconsiderarlas un momento- una serie de normas de conducta que le vienen im-



puestas desde la infancia y cuya principal finalidad es conseguir que se adapte plenamente a su condición de ser humano a medias; de ser humano al que no se sabe bien por qué le están sutilmente vedadas las actividades que mejor contribuyen al desarrollo de la personalidad del individuo y a su conciencia de incidir de alguna manera en el mundo de ser humano, en definitiva, cuya única misión consiste en hacer agradable la vida a los hombres y en perpetuar la especie, cuando lo que debiera hacer es pensar por su cuenta, discutir las normas de conducta y enfrentarse a ellas. Dejar, en resumidas cuentas, de ser sumisamente femenina para convertirse en un ser independiente que somete a crítica lo que se le inculca y que decide por sí mismo su destino,

c) El fin de toda mujer es casarse y tener hijos. Puesto que el hombre es animal social, parece lógico que viva en compañía y que se una a otro ser del sexo opuesto formado por una sociedad cuyo fin sea el satisfacer mutuamente las necesidades afectivas y sexuales y educar a los hijos. Hasta aquí muy bien. Nada que objetar. Lo que sí es criticable es el considerar que la participación social de la mu-

jer termina así, en tan estrechos horizontes, y que fuera del matrimonio nada le incumbe, todo le es ajeno.

Este planteamiento adolece del defecto al que anteriormente no hemos referido; la pequeñez. Es una visión del mundo estrecha, limitada, mezquina. Y a quien perjudica mayormente es a la mujer, que de hecho se limita a la sociedad matrimonial, porque el hombre, mediante el trabajo, encuentra la manera de incidir en la realidad de participar en otras sociedades y ser plenamente animal social.

d) El matrimonio colma a todas las necesidades y apetitos de la mujer. Otro error. Otra pequeña idea falsa. No hay necesidad de demostrarlo. Basta ir por ahí, mirar la cara de muchas de las mujeres de más de cuarenta años y preguntarles por su matrimonio.

1.1.3. EL MATRIMONIO VISTO POR EL HOMBRE.

¡Que poco preparados llegan por regla general los hombres al matrimonio! Por ello, y para facilitar la educación de los maridos, se han escrito estas páginas, divididas para mayor claridad, en tres apartados que corresponden a la educación de la afectividad (enseñar al marido a ser cariñoso), a la educación doméstica (enseñarle a colaborar en las tareas del hogar, o, como mínimo, a no obstaculi-

zarlas) y a la educación sexual (hacerle comprender que también la mujer experimenta necesidades de este tipo y que del satisfacerlas o no depende en gran medida su equilibrio psíquico y su felicidad).

1.1.3.1. EDUCACION DE LA AFECTIVIDAD.

Es realmente difícil, cuando de "educación del marido" se trata, saber por donde empezar. ¡Existen tantas cosas, tantas pequeñas cosas que una mujer desearía cambiar de su marido!

¿ Y cuáles son esas cosas? "¡Oh, quisiera que mi marido fuese más atento conmigo, que se interesase más por mis problemas, que me consultase más a menudo, que me hablara como cuando éramos novios, que fuese más cariñoso, que me llevara más a menudo a cenar fuera, al cine..." .

Estas cosas y otras parecidas acostumbran a responder la mayor parte de las mujeres cuando se les pregunta a este respecto. Y si nos fijamos bien, todos estos deseos o velados reproches pueden reducirse a un solo problema de la afectividad.

La educación que se da a la mujer tiende a convertirse en

un ser dulce, cariñoso y lleno de atenciones para con los demás. A la niña se la educa sentimentalmente.

En cambio, al niño no. Desde su más tierna edad oye aquello de que "los hombres no lloran", se le dan juguetes bélicos y se encuentra, además, con una serie de prohibiciones sociales que le impiden jugar con muñecas, hacer comidas, "labores", y, generalmente, toda una serie de actividades que siempre ha sido consideradas femeninas.

Teniendo estas cosas ya no podemos extrañarnos tanto de que al hombre adulto le cueste mostrarse "cariñoso", y mas en público, puesto que, dada la mentalidad absurda que impera entre nosotros, estas demostraciones de afecto podrían suscitar comentarios como los siguientes: "es un calzonazos.", "se le cae la baba por su mujer" y otros parecidos, que, como es lógico, habrían de herir profundamente al marido.

Por todo esto, y porque no hay que olvidar que la afectividad es el resultado de una educación determinada. la mujer no debería hacer responsable a su marido individualmente de este defase emocional, sino darse cuenta de que lo

que ocurre es que la diferente educación que ha recibido es causa de esta especie de inhibición afectiva.

Por otra parte debería comprender que también a él puede chocarle su manera de comportarse, hasta el punto de considerarla a veces "pegajosa" o "pesada" y sentirse algo cohibido ante sus muestras de cariño.

¿ Y como superar esas diferencias? Pues bien. Ante todo es necesario tener presente que aparte de la diferencia de caracteres -diferencia que puede ser más o menos acusada según los casos-, existe una diferencia educacional de la que ni hombres ni mujeres son responsables directamente y que sólo pueden remediar, por una parte, siendo conscientes de ella, y, por otra, mediante un esfuerzo de comprensión mutua y de verdadero cariño.

No hay que impacientarse en ningún caso. Como parece ser que "el predicar con el ejemplo" suele dar buenos resultados. lo mejor es que la mujer, dosificandolas y sin hacerse pesada, insista en sus atenciones y demostraciones de cariño para con el marido de manera que éste, insensiblemente, se vaya acostumbrando a ellas y acabe por corres-

ponder. Los reproches, las quejas, los dramas y los llantos no hacen más que agravar la situación. pues el marido considera "que no hay para tanto. y se siente vagamente culpable, lo que no contribuye a mejorar la situación sino a empeorarla, porque el sentimiento de culpa le hace reaccionar con violencia y, de esta manera, las relaciones se van haciendo cada vez más tirantes.

Quede claro, por tanto, que lo que hay que hacer es mostrarse comprensivo en todo momento y aprovechar con inteligencia las ocasiones favorables, y saber abandonar la partida cuando las circunstancias lo requieran.

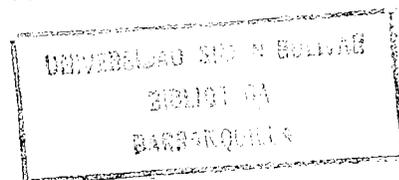
En definitiva: el viejo "tira floja".

De todos modos, es necesario hacer notar que la actitud del hombre obedece también a otras causas (el trabajo productivo, el tener que enfrentarse con las incidencias a menudo nada gratas de la "lucha por la vida" etc.) y que, por tanto, no es posible que un matrimonio pueda vivir en perpetuo idilio, encerrados ambos esposos en una torre de marfil, sin contacto con el mundo exterior.

Asimismo debe la mujer tener presente que si ella dejara

el hogar para trabajar también fuera de casa, sus horizontes se ampliarían, disminuirían su necesidad, a veces enfermedad, de afecto, y por tanto disminuirían también sus exigencias, y que, al enfrentarse con problemas parecidos a los que afectan a su marido tendría más cosas en común con él y reinarían entre ambos este compañerismo que solo es posible hallar entre personas que tienen las mismas inquietudes y que comparten afectos e intereses.

Veamos, por tanto, que si bien suele ser cierto que los hombres se comportan muchas veces de manera egoísta y poco considerada, es igualmente cierto que el universo femenino es demasiado cerrado, y que el hombre puede fácilmente ahogarse en él. Por eso a la mujer le incumbe también esforzarse por estar en contacto con el mundo; saber lo que ocurre, leer, interesarse por la actividad profesional del marido, etc. y también, y esto sería la solución eficaz, ejercer, aunque sólo fuera durante unas horas, una actividad que la satisficiera fuera de casa., de manera que se relacionara diariamente con otras personas, con lo cual el marido no sería su única posibilidad de incidir en el mundo, ni se vería obligado a llenar, él sólo el



vacio afectivo que, por lo general, se va creando alrededor de la mayoria de las amas de casa.

1.1.3.2. EDUCACION DOMESTICA.

Como hemos apuntado anteriormente, entendemos por "educación domestica" el hecho de enseñar al marido a ayudar en los trabajos de la casa, y, lo que es más difícil, convencerle para que "se deje enseñar" a realizar estos menesteres.

Desde que el ser humano se hizo sedentario, hace muchos miles de años, los varones y las mujeres se repartieron el trabajo de la siguiente manera: el varón salía a cazar y a pescar para conseguir los alimentos fundamentales, y la mujer permanecía en casa al cuidado de los hijos, de los animales domésticos y de las tierras, en las que se empezaba a cultivar algunas plantas. En el hogar la mujer se ocupaba también de tejer, de fabricar utensilios de cerámica, etc.

Ha llovido mucho desde entonces. El varón, para vivir, ya no se ve obligado a cazar ni a luchar a muerte con su prójimo por una presa cualquiera. Sin embargo la mujer sigue en casa. Con lavadora, aspiradora, y demás, pero sigue en

casa. Y esto no es justo. En una sociedad tan desarrollada industrialmente como la actual, la mujer debería haberse incorporado plenamente al proceso productivo y los enojosos trabajos caseros deberían haberse colectivizado de tal manera que no esclavizaran a nadie.

A la mujer se le ha tendido una trampa, está en un círculo vicioso. Vean si no. La mujer se ocupa de las cosas del hogar porque "no trabaja", y no trabaja porque se tiene que ocupar de la casa. De esto se desprende que si ella no hace un esfuerzo real para que las cosas dejen de funcionar de esta manera, dentro de unos cuantos millares de años más la situación seguirá, en lo que a la mujer respecta, igual que en el neolítico.

Sólo podrá romper las cadenas que la esclavizan mediante el hecho consumado, Si trabaja si ejerce una profesión las tareas domésticas se harán solas. Descubirá de pronto que en vez de lavar la ropa en casa, aunque sea con ayuda de una lavadora, puede recurrir a una lavandería que le devolverá la ropa limpia y seca, descubrirá que comer en los restaurantes es agradable y variado o que las comidas sencillas que se preparan en casa en un momento son las más

sanas y que además no engordan descubrirá que sus hijos aprenden a desenvolverse solo con gran rapidez y que se vuelven cada día más sociables, descubrirá que el planchado, si compra la ropa con inteligencia, es una actividad que ha pasado a la historia; descubrirá, en fin, que el mundo nuevo se abre ante ella y que, sin saber cómo, se ha librado de un suplicio absurdo.

¿ Y en cuanto a la educación del marido? Pues bien; se hará también sola. Si el varón se considera incapaz de realizar cualquier trabajo doméstico es porque su educación se ha realizado en otra dirección (recoremos que las cocinas, las muñecas, las labores le estaban prohibidas), por lo que se sentiría disminuido en su calidad de varón si se ve obligado a prestar ciertos servicios.

Y, sin embargo, las tareas del hogar no son femeninas en sí, sino que lo son porque hasta ahora las ha realizado la mujer, y esto porque ella, como ser humano de segunda categoría, debía realizar los trabajos menos satisfactorios desde el punto de vista de la realización personal.

Pero cuando la mujer desempeña cualquier trabajo remunerado

la casa deja sistemáticamente de ser exclusivamente competencia suya. Hacer la cama y fregar cuatro cachorros dejan de ser tareas femeninas y pasan a ser neutras. Una familia es una comunidad en la que cada uno de sus miembros aporta determinados servicios y recibe a su vez determinadas compensaciones.

El hecho de que la mujer trabajando fuera de casa perciba un salario la equipara al hombre, y esta igualdad, conseguida mediante el trabajo y, sobre todo, mediante la independencia económica, sólo será real si el varón, en el hogar se equipara a la mujer, o sea, si colabora en las tareas domésticas. Tareas que, por otra parte, no serán excesivas, ya que el aumento de ingresos conseguido para la familia mediante el trabajo de la mujer puede servir para descargar a ambos de las tareas más pesadas.

No olvidemos que la simplificación del mobiliario y lo reducido de las viviendas han resuelto por sí mismas gran parte de estos problemas.

Al principio, el varón, por falta de práctica, se muestra torpe, pero la mujer no debe desanimarse ni abando-

nar la partida "porque tardo menos tiempo en hacerlo yo misma que explicandole a él como hay que hacerlo".

Una buena solución consiste en hacer las cosas a la vez (la cama entre los dos, los platos fregados por uno y aclarados por otro, etc.), con lo cual resulta más distraído y cabe al mismo tiempo la posibilidad de ir hablando y comentando las incidencias de la jornada. Al cabo de un tiempo se habra acostumbrado totalmente, hará las tareas de manera mecanica y ni se dará cuenta de ello. Por otra parte los hijos educados en este sistema, colaborarán muy pronto a su vez arreglándose la habitación, ocupándose de su ropa. etc.

¿ Y las mujeres que tienen el proyecto de trabajar de casadas y se encuentran con la tenaz oposición de novio?

Pues bien; primero intentaran por las buenas convencerles de que no serán felices si tienen que abandonar su trabajo de que las tareas domésticas por lo monótonas, resultan totalmente aburridas y falta de alicientes, de que entre los dos ganarán más dinero y podrán vivir con más holgura ¿Y si él no se deja convencer? Si él no se deha convencer porque: a.) le importan ,ás unos perjuicios absurdos

Que huelen a podrido que la felicidad de la mujer a la que quiere (de lo que se deduce que la quiera muy poco); b.) es poco inteligente, y c.) lo que en realidad buscaba era una criada y como lo del servicio se está poniendo tan difícil...

Si esto sucede, la mujer, al romper sus relaciones con él, debe alegrarse, ya que se libra de vivir con un hombre egoísta que no la quiere ni la respeta.

1.1.3.3: LA EDUCACION SEXUAL.

Ni el hombre ni la mujer son educados sexualmente en nuestro país; esto es un hecho incontrovertible.

Sin embargo, existe la costumbre de pensar que el hombre ya sabe lo suficiente, con lo cual la mujer se casa confiada, sin preocuparse lo más mínimo de este problema.

Sólo más tarde empieza a considerar que algo no marcha del todo bien, que ella no se siente satisfecha, y como ahora ya no está tan de moda decir que la mujer no tiene por qué sentir placer durante el acto sexual, comienza a impacientarse, a hablar de*estos asuntos con sus amigas, y a hacerle algunos reproches a su marido.

Pero lo que ni le pasa por la cabeza es considerar que el marido, cuando ambos se casaron, era tan ignorante como ella misma. ¿De dónde deberá provenirle la ciencia?

En los países en que las mujeres decentes son tan decentes, la única ocasión que tiene un hombre de realizar experiencias sexuales es frecuentando algunas prostitutas, y como es lógico no es ésta la mejor escuela del amor. Lo cierto es que, en la mayoría de los casos, el hombre lo ignora todo de la mujer y por este motivo, no por mala fé, obra a menudo con gran torpeza, dejándola casi siempre sumida en una gran tensión nerviosa.

¿Qué debe hacer la mujer en estos casos? Pues bien: educar al marido, ya lo hemos dicho. Pero claro, antes de educar al marido necesita educarse a sí misma. ¿Y cómo conseguirlo? Leyendo libros al respecto, por ejemplo.

Ahora se están publicando libros y revistas muy claros y muy eficaces cuyo propósito es informar lo más detalladamente posible sobre estos asuntos, y que son asequibles al lector menos preparado. Otra solución puede ser el consultar a un médico sobre el emplazamiento y función de los orga-

nos de que se componen los genitales. Sin embargo, los libros suelen cumplir mejor esta función puesto que explican que las zonas erógenas son múltiples, el importante papel de las caricias, la relación que existe entre sexualidad y afectividad, etc.

¿Y luego? Luego, una vez se ha leído y comprendido lo suficiente acerca de estos asuntos, empezar a practicar con el ejemplo, puesto que la mujer habrá aprendido que debe participar activamente en el acto sexual.

Otra solución puede ser decirle al marido: "Acabo de leer un libro muy interesante acerca de la vida sexual" y dejarlo descuidadamente a su alcance. Sería sorprendente que no se le ocurriera ojearlo.

Finalmente una última consideración; es necesario darle a este problema toda la importancia que tiene. Hasta ahora se ha considerado tema tabú y ello ha sido la causa de la infelicidad de muchas mujeres. Es ahora, pues, de que se preocupen de él, y, sobre todo, que tenga presente que sin una vida sexual satisfactoria no pueden sentirse colmadas, y que de su infelicidad van a hacer partícipes, aún sin proponérselo, a sus maridos y a sus hijos, ya que si no

están contentas les será muy difícil reprimir sus accesos de mal humor y disimular su tristeza!

La resignación, tan aconsejada hasta hace poco, es ineficaz, pues, aunque la mujer consciente quiera ignorarla, la depresión subsiste y acaba por salir a flote y por repercutir en el bienestar de toda la familia.

Por ella misma y por los suyos, la mujer consciente no puede seguir sumida en la ignorancia ni permitir que su marido desconozca la importancia de la vida sexual y su íntima relación con la vida afectiva.

C A P I T U L O II

2. SIGNIFICADO Y FUNCIONES DEL MATRIMONIO.

En realidad, el matrimonio y la familia existen desde siempre, como lo demuestra la sociología de los animales. Existen módulos familiares en varias especies biológicas superiores y no es aventurado afirmar que la tendencia humana a tomar una familia tiene sus raíces en la naturaleza.

Matrimonio y familia son dos conceptos que marchan a la par, que se presuponen y se completan, pero son también dos conceptos que abarcan todo el universo socio-cultural en el que vemos la relación. El derecho, la economía, la sociología, la antropología, la etnología, la historia, la filosofía, la ciencia y las artes.

La religión en el matrimonio como un sacramento, el derecho como un contrato, la economía como una institución necesaria para la satisfacción de necesidades elementales para la existencia y la sociología como una actitud social,

con la familia como grupo primordial.

La antropología sitúa en la base de la familia la relación madre-hijo y estudia su comportamiento recíproco, rescatando, más allá de los datos biológicos, el proceso psicológico de cómo el hombre se separa de la familia, manera de separarse que caracteriza a la especie humana.

En el hombre esta separación se retrasa notablemente, a que instaure una serie de relaciones con la familia de origen y demás con la familia conyugal, posibilitando vínculos con tres generaciones.

La familia nació con la cesión del alimento -de cuya provisión se encargaba el macho y de la que cedía una parte a la hembra-, característica humana, puesto que en las demás familias y especies ningún animal adulto de una parte de los víveres por él obtenidos.

La familia humana está caracterizada por la monopolización de las relaciones sexuales, y de este modo llega a formar un núcleo y a sentar las bases que permitirán la supervivencia de la prole, y servirán para establecer una división del trabajo y unas formas de solidaridad, de re-

cíproca dependencia social, afectiva, moral, cultural y expresiva, y sobre todo, para la colaboración del hombre y la mujer como competentes de la pareja sexual y para la cría de su prole.

En las sociedades primitivas, matrimonio y familia son instituciones que obedecen a un fin económico, y la variedad de las formas de matrimonio influye en la estructura económica de la sociedad.

La monopolización de las relaciones sexuales, impuesta por las condiciones ambientales, es institucionalizada con normas sociales y religiosas en forma de "matrimonio". o sea, un vínculo -prioritario con respecto a las demás relaciones sexuales- particularmente solemne y público, celebrado en forma ritual y acompañado de fórmulas y ceremonias.

No obstante, en todas las sociedades sobrevive la poligamia, o bien, allí donde la monogamia es muy rígida, la prostitución. Otra característica común a todos los sistemas familiares humanos, aparte de la monopolización de las relaciones sexuales, es la prohibición del incesto entre miembros de la familia que evita las relaciones no sólo

entre padres e hijos, sino también entre hermanos.

Este tabú obedece a dos funciones; consigue que la familia mantenga una estabilidad continua en la lucha por la existencia, libre de las insidias sexuales, que tanto pesan en el comportamiento humano, y aleja a los hijos del ámbito familiar al obligarlos a la exogamia, o sea, a la búsqueda y elección del conyuge fuera del grupo originario.

Las consecuencias de esta segunda función son también muy importantes porque permiten que el núcleo familiar originario establezca relaciones con otro grupo, contribuyendo con ello a la formación de comunidades más vastas, ligadas entre sí por vínculos de parentesco y por una cohesión que de otro modo sería imposible.

La elección conyugal ha estado sujeta a particulares prohibiciones tendentes a impedir la confusión entre los núcleos familiares de castas y clases distintas. Y entre estratos sociales diferentes. En una sociedad dinámica, la elección conyugal entre grupos y sociedades diferentes tiende a consentir una ^{ra}mescolanza biológica o asimilación.

2.1.1. MATRIMONIO Y SOCIEDAD.

La familia representan el grupo humano más importante no sólo porque preexiste con respecto a los grupos de base territorial o comunidades locales, sino, precisamente, porque los nutre. El núcleo familiar es, en efecto, la cédula social primitiva, la condición de la sociabilidad, y el matrimonio se convierte en su simbolo, en el instrumento de su continuidad y de su expresión. La faz de una civilización, su evolución y su poder de gravitación dependen de muchos componentes, pero uno de los más característicos es el constituido por la cohesión del núcleo familiar, y, de un modo inescindible, por el matrimonio que este núcleo familiar instaura.

Por estas razones, las relaciones entre la familia y la sociedad como ordenación social global, ya constituían materia de estudio y de indagación por parte de la filosofía y las leyes de la antigüedad.

A través del tiempo, los diversos sistemas matrimoniales postulan la capacidad de la familia en lo que se refiere a superar todas las vicisitudes históricas y a mantenerse

como núcleo a pesar de todas las dificultades ambientales, las conmociones sociales, las erosiones étnicas, las desviaciones culturales, las prohibiciones religiosas, y los prejuicios tribales y de casta. Parece como si los seiscientos mil años de evolución de la especie desde que nuestros progenitores asumieron la posición vertical hubiesen transcurrido sólo para permitir que el hombre a través de la familia, consiga la indestructibilidad de la especie, aun cuando fuese a costa de su poder de adaptación a situaciones siempre diversas y siempre nuevas.

Toda sociedad reviste al matrimonio con formas particulares, le atribuye significado especiales, así como una estructura y una simbología que garanticen sus funciones.

En la América meridional, por ejemplo, predomina el patriarcado entre las tribus magallánicas y de las pampas, y el matriarcado en el Chaco. En la región oriental de Brasil aparecen ambas estructuras, la mujer es adquirida mediante raptos, regalo o servicio; después de los esponsales, la mujer ingresa en la familia del marido (matrimonio virilocal) o éste en la familia de la esposa (matrimonio

matrilocal). Los indios son polígamos, La elección conyugal es regulada por normas vinculantes; cuando debe ser endogámica o exogámica, cuándo existe la obligación del levirato, o cuando puede efectuarse entre primos.

En el Asia central (Turquestán, Mongolia y las repúblicas soviéticas de Turkmenistán, Uzbekistán, Kazakistán y Kirguisistán), las familias son de descendencia patrilineal y patrilocal, y las mujeres son adquiridas por compraventa, siendo frecuente el levirato. Entre los mongoles, la mujer goza de mayor libertad que entre los pueblos de religión musulmana. La poligamia era permitida a los ricos pero, actualmente las nuevas leyes promulgadas la prohíben

En la China meridional (los Lolo y los Hsifan en los confines China-Tibet- Birmania; los Thai, los Miao y los Yao, en las regiones chinas, lindantes con Tonkin y Laos), rigen diversos usos para la elección conyugal. Entre los Pai (pertenecientes al grupo Thai) cuando un joven decide casarse, sus amigos tienden una celda a la muchacha en las afueras del poblado y la secuestra. La joven grita con todas sus fuerzas para hacerse oír por los familiares y vecinos, y éstos salen armados y aparentemente dispuestos a

entablan combate con los raptos. A su vez, éstos se dan a la fuga y siembran el camino con monedas que sus perseguidores se apresuran a recoger. Unos días más tarde un mediador de los padres de la muchacha inicia las negociaciones para contratar el precio nupcial. La fiesta de los esponsales se celebra en la casa de la novia, después de lo cual la joven pareja funda su propio hogar. La norma es la monogamia, y solo los señores feudales se permitían la poligamia. Los divorcios era frecuentes y las segundas nupcias no estaban gravadas por ningún perjuicio.

Entre los esquimales, la esposa se consigue mediante compraventa y la ceremonia nupcial se celebra sin formalidades particulares. El hombre suele tener dos mujeres pero también está extendida la poliandria, El divorcio no ofrece dificultad alguna y el cambio de cónyuge se realiza incluso tres o cuatro veces.

En algunas regiones de Indonesia, la familia es matriarcal; una vez celebrado el matrimonio, el marido no va a vivir con la familia de su mujer y se queda en casa de su madre. Hace las veces de cabeza de familia un pariente varón de la esposa, normalmente el hermano mayor.

Entre la mayor parte de los paleoindonesios rige el patriarcado, y, después de celebrado el matrimonio, la mujer se une al grupo familiar de su marido.

La variedad de constitución de los núcleos familiares es muy extensa, pero todas las formas tienden a garantizar la creación del núcleo, que la descendencia queda asegurada y que se extablezca la continuación de la supervivencia de la tribu, así como de sus usos y costumbres.

2.1.2. MATRIMONIO E HIJOS.

Hasta la primera revolución industrial -que estallo en el siglo pasado con la aplicación cada vez más extensa de la energía motriz, liberada a través de la energía térmica- las economías nacionales mantuvieron ciertas diferencias, pero conservaron una característica común en su dinámica, derivada de la permanencia de un universo sociocultural cuyas raíces procedían de la Edad Media.

Los grupos sociales habían estado demasiado tiempo condicionados por este universo, a su vez excesivamente condicionado por ellos, en una red de interreacciones siempre presentes en la fenomenología social, y con la familia

en primer lugar. La sociedad rural se hallaba sólidamente anclada en las instituciones con las que se identificaba, y particularmente en las creencias religiosas que concebían a la familia como una crianza biológica con la obligación inderogable de que los conyuges procreasen para suministrar brazos a las tareas del campo, y el privilegio inalienable del poder religioso en cuanto a educar a la prole para conseguir la continuidad de la sociedad rural.

Los hijos eran, ni más ni menos, una camada de la que el padre se constituía en supremo regulador; las exigencias espirituales de los hijos eran ignoradas e incluso las elecciones conyugales les eran impuestas por el padre.

Constantemente, la nueva familia era el resultado de un cálculo de alianzas patrimoniales, de convergencias de prestigio e intereses sociales en los que ambos cónyuges tenían un papel definido; dictatorial el padre y sumiso la madre. Las instituciones jurídicas de todas las sociedades rurales consagraban el papel predominante del padre, que era quien daba el nombre de la familia, ejercitaba la patria potestad, administraba el patrimonio, incluso el aportado por su mujer, y decidía autoritariamen-

te sin contral alguno, sin admitir la menor critica.

Incluso cuando en el horizonte de la antigua sociedad apareció una nueva realidad y ésta se insinuó primero con lentitud y después con mayor rapidez, se produjo la permanencia y coexistencia de nuevas y viejas instituciones nuevos y viejos módulos de comportamiento, dos universos socioculturales en contraste.

Los elementos de crisis y de fractura salieron a relucir en una obra que, a fines del siglo pasado, adquirió gran notoriedad y contribuyó a movilizar la opinión pública y a despertar su conciencia ante los nuevos problemas y, así mismo, ante el papel que debía desempeñar en una época moderna,

Nos referimos a la obra de Maz Nordau "Las mentiras convencionales de nuestra sociedad", en la que el periodista alemán denunciaba la mentira matrimonial. El libro diagnosticaba la crisis de fines de siglo, secuela de la industrialización, exponía sus características, y, al propio tiempo, servía de término de comparación con la extraordinaria dinámica del mundo contemporáneo y con los cambios vertiginosos que se producirían en los treinta años.

Obras muy importantes de Scheler, Carrel y Huizinga -aparecidas entre 1915 y 1936- caracterizan a una sociedad irreconocible en comparación con la de fines del siglo pasado, al propio tiempo que explican el surco abierto entre las generaciones, que a pesar de haber promovido el proceso tecnológico, siguen viviendo en el pasado, y las nuevas generaciones que se adjudican este progreso y se proclaman como sus propugnadoras.

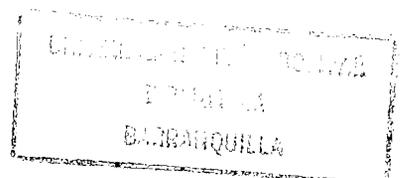
A la sociedad rural han sucedido la sociedad industrial y la sociedad urbana, en las que rigen nuevas leyes, nuevos comportamientos y nuevas necesidades promovidas y catalizadas por una economía de mercado, que son aceptadas por las nuevas generaciones porque reclaman la libertad de decisión de la persona, la paridad sexual y el acceso a una cultura antes limitada a unos pocos privilegiados.

En este ambiente de ruptura de toda barrera que no permita una postura racional, las relaciones sexuales entre los cónyuges asumen un nuevo semblante y las relaciones entre padres e hijos adquieren a su vez un rostro más humano aquél rostro precisamente que tienen nuestros hijos, para los cuales el afecto y la comprensión de su personalidad

son los factores que inducen a sus padres a respetarlos.

Antes la obligación de los padres se limitaba a procurar a los hijos la alimentación, la enseñanza, el camino profesional, la educación religiosa, la observación de las normas en vigor, y, en general, la aceptación de las estructuras existentes. Los padres actuales han comprendido la importancia de los valores sentimentales para el desarrollo de la personalidad de los hijos, importancia universalmente reconocida, aunque su aplicación se vea obstaculizada por las interferencias de la sociedad industrial que separa a los cónyuges a causa de sus tareas y también, por las mismas razones, a los padres de los hijos precisamente durante la infancia, que es el momento de que los hijos tienen más necesidad del afecto y comprensión de los padres.

El problema de la educación de los hijos en una sociedad urbana es un problema que deben afrontar los prometidos y prever su mejor solución, ya que de sus previsiones dependerá que ellos puedan continuar sus ocupaciones, o acaso sus estudios, o bien que se vean obligados a la renuncia del trabajo por parte de la madre, de los estudios por par-



te del padre, y a su esfuerzos ingentes por parte de ambos para asumir las nuevas cargas financieras y sentimentales cuyo peso deberán soportar.

Los hijos pueden contribuir a crear una atmósfera serena en la familia, o incluso a destruirla cuando los futuros cónyuges no conocen los problemas que su presencia plantea de un modo inexorable, en lo que se refiere el patrimonio genético de ambas familias. a las tendencias patológicas de las que se tienen noticia, al número de los hijos y a la posibilidad de nacimiento de gemelos, a la orientación de su educación, a la contribución que los familiares pueden ofrecer para su existencia, y a los recursos financieros de que sea doble disponer.

Un vínculo que en todas las legislaciones esta programado para toda la vida -aunque en algunas de ellas se hayan previsto recursos para desligarlo (divorcio) o disminuirlo (separación) -no puede ser afrontado a la ligera, sino con el mayor detalle posible. La felicidad de los cónyuges depende también de las previsiones que hayan formulado de cara a los problemas citados y de la franca discusión de las soluciones sin ficciones, sin falsa discreción

sin esconder por vergüenza o por orgullo, los secretos custodiados por sus sensibilidades o sus familiares.

Aunque el vínculo matrimonial pueda ser desligado por el derecho positivo de algunos países, y, en determinados casos, reconocida su nulidad por las Iglesias Cristianas, los daños sufridos por los cónyuges en su experimento de vida en común destruyen un patrimonio sentimental insustentable y sumen a ambos en una atmósfera de pesimismo y crean unos complejos de muy difícil superación. Ello es particularmente doloroso cuando se registra la presencia de unos hijos que, aunque tengan unos progenitores, están faltando de un padre y una madre afectuosos y comprensivos en los que puede confiar y a los que necesitan, tanto como a sus propios alimentos, en los primeros años de su infancia y también después, para superar la crisis de la adolescencia y cultivar las relaciones con sus coetáneos. Todo esto es lo que se ve perjudicado por la disolución de un matrimonio.

2.1.3. MATRIMONIO Y AMIGOS

A diferencia de los que sucede con todas las demás rela-

ciones que los individuos pueden mantener en el aspecto social -que constituyen y definen su natural sociabilidad y que se caracterizan por la separación de los interesados, por la singularidad de los intereses y por la unilateralidad de este mismo interés, la relación sexual una físicamente a los dos miembros de la pareja, transforma su personalidad, confunde sus universis culturales, espirituales y sociales, y tiende a hacerse continuativa, exclusiva y predonderante.

Sin embargo, una vez trancurrída la luna de miel en la que los cónyuges realizan esta unión exclusiva y buscan el aislamiento para favorecer su simbiosos biológica y espiritual, se les plantea el problema de tener una amistades, la exigencia fundamental de reanudar unas relaciones sociales que son tan antiguas como la misma sociedad. En efecto, la exogamia, o sea la elección conyugal efectuada, en la sociedades primitivas, fuera del ámbito familiar, estaba generalizada y correspondía a la necesidad, como a la necesidad sigue respondiendo hoy, de ampliar el circulo de las alianzas familiares para reformar su competencia y su seguridad.

Hoy no es muy considerable la diferencia con aquellos tiempos, pues la competencia de un núcleo familiar se expresa actualmente en diversas direcciones, en las relaciones laborales, culturales, deportivas y religiosas, y depende de la amplitud de sus relaciones sociales, como entonces, también, un sistema de seguridad familiar, no sólo económico sino también cultural y afectivo, depende hoy de las amistades antiguas y nuevas que los cónyuges, individual y conjuntamente, atraen alrededor de su núcleo.

Las amistades representan para la familia una palestra en la que se intercambian consejos, opiniones y experiencias y en la que fermentan nuevas ideas y nuevas actitudes; en la que se calman las inquietudes provocadas por el trabajo en la que se celebran las victorias o se mitigan las derrotas en la que se alimenta el valor cuando es necesario demostrarlo o se consigue un relajamiento de las tensiones provocadas por el trabajo o por la familia; en la que tiene lugar la discusión o la crítica cuando surgen nubes en el horizonte conyugal.

El problema de las amistades plantea el de la inclusión de los conyuges en el círculo de las amistades de cada uno

de ellos. Los ingleses preferían reunirse entre hombres, pero se trata de una costumbre que la sociedad industrial de hoy va extinguiendo gradualmente. El problema de las amistades asume particular relieve para los hijos que deben contar, para el enriquecimiento de su personalidad, con una multiplicidad de relaciones en todo los niveles de edad, de experiencia y de cultura, para hallar la unidad espiritual y para librarse de sus complejos ante las múltiples interpretaciones de los amigos de la familia.

La amistad se funda en una identidad de intereses culturales y sociales, en experiencias comunes, en vicisitudes que hayan exigido parecidos sacrificios, y para continuarla no basta con su recuerdo sino que es preciso que éste sea alimentado por una presencia que enriquezca a los miembros de la familia unidos por esta amistad. Cuando este enriquecimiento viene a menos, el núcleo familiar se empobrece en consecuencia, y, directa o indirectamente, queda obstaculizado y desconectado en su armonía cuando estas relaciones amistosas se ven interrumpidas. Esto sucede con mayor frecuencia en la edad madura, y un escritor contemporáneo se ha hecho interprete de ello con un aforismo

significativo: "Es preciso tener el valor de desembarazarse de los viejos amigos con su carga sentimental, vestigio de un mundo y de unos sentimientos ya desaparecidos".

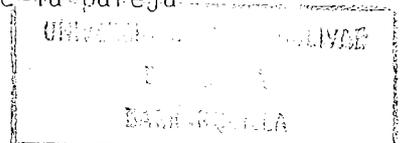
2.1.4. MATRIMONIOS ROTOS

Desgraciadamente, son muchos los casos en los que estos deseos resultan fallidos y la pareja rompe su unión con los consiguientes traumas sentimentales, familiares y sociales.

Sin necesidad de grandes y extraordinarios dramas, el cotidiano acontecer de la vida se encarga, en numerosas ocasiones, de reducir a la nada aquel impulso sagrado que empujo un día a un hombre y a una mujer a hacerse mutua entrega de si mismos.

Las causas que puedan acabar con un matrimonio son innumerables e incalificables, ya que un mismo hecho puede ser motivo de desavenencia en una pareja, mientras puede significar un auténtico lazo de unión para otra (como ocurre, por ejemplo, con los problemas o graves disgustos causados por los hijos o con la obtención de un brillante nivel económico).

Pero es indudable que el germen de un matrimonio fallido se encuentra siempre en la inadecuada elección de la pareja.



Se realizan matrimonios cuya desigualdad entre ambos cónyuges es tan notoria que, con grandes probalidades de acierto, se puede predecir que dicho matrimonio esta abocado al fracaso.

C A P I T U L O III

3. DIFERENCIAS PARA CONTRAER MATRIMONIO EN OTRAS LEGISLACIONES.

3.1.1. BARRERAS INTERNAS

BARRERAS EXTERNAS

Podría decirse que existen dos clases "tipo" de desajuste matrimonial: la desavenencia íntima, que suele ser menos evidente pero mucho más peligrosa, y el choque que es producto de las presiones ejercidas sobre el matrimonio por circunstancias ajenas a la intimidad de la pareja.

El choque íntimo se debe a las presiones que en la relación conyugal se ejercen de dentro a fuera, aun cuando a veces, por mor de las conveniencias sociales nada de ello vislumbrarn los extraños. Los distintos niveles de cultura, la desarmonía sexual, las alteraciones temperamentales, pero principalmente las diferencias de educación y de mentalidad, podrían ser especificaciones de estos conflictos latentes, difícilísimos de extripar, ya que el germen de desunión - y, por tanto, el germen de desafección y decepción

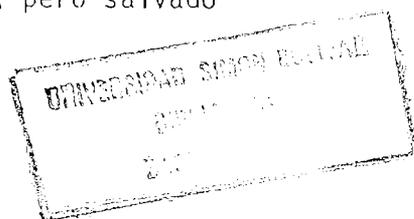
se oculta en lo más íntimo de la pareja y afecta a la respectiva personalidad y libertad de los conyuges.

Asimismo existe el choque matrimonial producto de la presión que el mundo circundante, externo al matrimonio en sí, ejerce sobre la pareja acutando con su rechazo o su repro- bación sobre el comportamiento íntimo de los cónyuges.

Las diferencias de raza, de religión e incluso de nacionalidad o clanes políticos, son un ejemplo claro de cómo el mundo exterior puede crear -y de hecho crea- antagonismos difícilmente salvables, a no ser que los consortes posean una gran dosis de fuerza moral, un profundo amor y una perfecta identidad de fines y propósitos.

Las desigualdades de tipo íntimo (menos visibles, pero más intensas e insalvables, aunque los cónyuges pertenezcan a un mismo estrato social y económico, si no existe entre ellos armonía sexual e identidad cultural) llevan a la desunión matrimonial, aunque no se exteriorice.

Por el contrario las desigualdades de tipo externo, mucho más espectaculares, significan unas barreras difícilísimas de romper al comienzo de la relación amorosa, pero salvado



el primer momento (tal experiencia sólo pueden permitirse las personalidades muy formadas y maduras), estas mismas presiones, no menos que el desgarramiento que cada cónyuge ha tenido que sufrir para vencer ancestrales prejuicios, se convierten en fuente de auténtico amor y penetración. Por otra parte, estas barreras pueden llegar a desaparecer por sí solas (las debidas a nacionalismos xenófobos, por ejemplo) y la marcha de la humanidad tiende a levantarlas o a convertirlas en fácilmente franqueables.

3.1.2. LA INTOLERANCIA DEL RACISMO

Con respecto a las barreras raciales existen diversos grados de rigor, es más tolerable la unión de un blanco con una lejana mujer china o japonesa (la raza blanca siente, pese a su superioridad técnica, un cierto respeto por la cultura secular y el exótico "misterio" de la raza amarilla) que el matrimonio realizado entre blancos y negros.

El problema racial, con su carga de tipo social y político puede llegar a ser un cáncer nacional que obnubila la mente y empuja a tomar partido no sólo a los núcleos familiares a los que pertenece la pareja, directamente afectados, sino también a los círculos periféricos componentes de sus res-

pectivos estratos sociales. Son más repudiables, para una mentalidad racista, los lazos conyugales contraídos por una mujer blanca y un hombre de color que a la inversa (a no ser que el marido sea un fabuloso principe oriental, especie ya muy escasa y cuyos tres o cuatro últimos representantes están demasiado ocupados en sus caballos de carreras y en sus "romances" com estrellas de cine, para pensar en realizar una unión duradera y estable). Los colonizadores blancos conquistaron a las mujeres indígenas, con siderándolo un privilegio de su raza.

Pero ¡ay del hombre de color que osó mirar a una mujer blan ca!

3.1.3. EL MATRIMONIO ENTRE BLANCA Y NEGRO.

Y, sin embargo, paradójicamente, en el caso concreto del problema racial norteamericano, la posibilidad de un matrimonio entre una mujer blanca y un hombre negro tiene más viabilidad que el caso contrario, ya que también entre los discriminados negros norteamericanos la mujer sufre una doble alienación: como negra y como mujer.

¿Por qué? Porque, por regla general, el acceso a la Univerer

sidad donde el hombre y la mujer dejando aparte sus diferencias de color, pueden adquirir un nivel cultural similar, capaces de borrar las diferencias de educación al adquirir ambos cónyuges un norte y una mentalidad semejante.

3.1.4. LAS DIFERENCIAS DE RELIGION.

Por su parte las barreras religiosas -exceptuando desusados fanatismos- también tienden a desaparecer.

Todas las denominaciones cristianas reconocen en sus legislaciones la realidad del matrimonio mixto, tanto entre cristianos de confesión distinta cómo entre una persona cristiana y una persona de otro credo o agnóstica. Pero el problema se plantea cuando los dos contrayentes son sinceros creyentes de su religión y desean transmitir a sus hijos sus respectivas creencias. Aquí, realmente, ya no se trata de barreras exteriores, sino de convicciones íntimas que afectan a la convivencia marital y a la educación de los hijos, poniendo en peligro el preciso don de la libertad personal de los cónyuges.

Pero será, precisamente, la auténtica vivencia de su res-

pectiva fe la que puede ayudar a estos esposos, ya que la autenticidad y sinceridad de sus creencias es un valor humano en sí mismo que probablemente ayudará a comprender y respetar las creencias -o el agnosticismo del otro consorte.

3.1.5. LAS BARRERAS SOCIALES Y ECONOMICAS

El matrimonio "burgués" ideal sería el realizado entre personas de un idéntico estrato social y sin grandes desniveles económicos. En el mundo rural pervive aún la prevención contra la extraña que se inserta en la estrecha comunidad pueblerina a través de su matrimonio con un convecino.

Naturalmente es absurdo pensar que en el mundo sin barreras, hacia el que vamos, la elección de la persona con la cual se desea construir un hogar, debe reducirse al limitado círculo del clan familiar o de la cerrada clase social.

Es imposible poner muros y delimitar los campos donde escoger el cónyuge que habrá de compartir la vida matrimonial; los viajes, los medios de comunicación y la democratización de la enseñanza tienden a romper los muros de ancestrales compartimientos estancos. La juventud, que marcha decidi-

damente hacia el último tercio del siglo XX, mantiene un contacto tan directo y estrecho entre los dos sexos, que la atracción amorosa surge entre las parejas cuyos miembros proceden de los más dispares estamentos sociales. Y, en muchos casos, precisamente esta disparidad es factor de atracción, como ocurre con la fascinación que los jóvenes bohemios -e incluso los hippies- ejercen sobre las "bien educadas" jovencitas burguesas.

Las simples barreras económicas y sociales han sido frecuentemente rotas en innumerables creaciones literarias -más que en la vida real- gracias a los poetas y a los espíritus sentimentales; desde el rosado "romance" de la humilde pastora y el gallardo príncipe a las grandes tragedias amorosas, sin olvidar a la pálidas y decimonónicas doncellas que luchaban por librar sus contrariados amores de la tiranía de un linajudo y severo padre o de la codicia de un malvado tutor...

Per- no hay que olvidar que toda esta literatura amorosa pone la palabra FIN cuando comienza -en realidad la vida cotidiana y común de la pareja víctima de tantas tribulaciones. Es decir, cuando el telón se levanta sobre la rea-

lización concreta y diaria del vulgar "contigo, pan y cebolla".

El problema se agrava en los países clasistas, porque entonces las barreras han dejado de ser externas para incidir directamente en la convivencia cotidiana de los esposos. La desigualdad social -aún más que la económica- extraña, desgraciadamente, una profunda disparidad de sensibilidad, educación y cultura, que la pareja perteneciente a diferentes estratos sociales, sólo con grandes esfuerzos podrá superar a lo largo del camino del matrimonio.

C A P I T U L O I V

4. LA EDAD.

4.1.1. FACTOR DE DESAJUSTE.

La diferencia de edad entre cónyuges es un signo externo de desajuste matrimonial. Y, sin embargo, no es este aspecto exterior el que puede hacer fracasar un matrimonio, sino algo más íntimo; la diferencia de madurez entre la pareja.

Y esta diferencia de madurez, que abarca aspectos tan trascendentes como la sexualidad, la inteligencia, la voluntad y la responsabilidad, puede darse, y de hecho se da frecuentemente, entre matrimonios de igual edad, sobre todo cuando éste ha sido realizado muy tempranamente y la pareja en el transcurso de los años se ha ido haciendo adulta mental y socialmente, pero siguiendo un ritmo diferente de maduración.

Asimismo la diferencia de edad cronológica puede ser un factor de desunión tanto cuando más joven sea el cónyuge menor; es muy diferente la boda entre una muchacha de die-

dieciocho años (casi una adolescente) con un hombre de cuarenta, que la realizada por una mujer madura de treinta y cinco años con un hombre de sesenta, aun cuando en este caso la diferencia de años sea aún mayor.

Así, pues más que de una diferencia externa de edad, el matrimonio debe precaverse contra una intima diferencia de madurez. Esa muchacha de dieciocho años, difícilmente alcanzará el completo desarrollo de su personalidad, dada su situación de "eterna menor" dentro de la pareja conyugal.

4.1.2. MINORIA DE EDAD.

El artículo 117 del C.C. nos dice "los menores de edad no pueden contraer matrimonio sin el permiso expreso, por escrito de sus padres.

Sin alguno de ellos hubiere muerto o se hallare impedido para conceder este permiso, bastará el consentimiento del otro; y estando disorde, prevelecerá en todo caso la voluntad del padre.

En los mismos términos de este artículo, se necesita del consentimiento del padre y de la madre adoptantes para el

matrimonio del hijo adoptivo.

4.1.3. COMENTARIOS AL ARTICULO VII DEL NUEVO CONCORDATO.

El Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico.

Para la efectividad de este reconocimiento la competente autoridad eclesiástica transmitirá copia auténtica del acto al correspondiente funcionario del estado, quien deberá inscribirla en el registro civil.

De lo anterior se onfiere que el estado reconoce plenos derechos al matrimonio efectuado por la iglesia previa inscripción en el registro civil.

Lo que este matrimonio no tiene es el divorcio en cambio el matrimonio efectuado por las leyes civiles si lo contempla en en sus artículos así como las diferentes causales que conducen a él.

El matrimonio efectuado por la iglesia contempla es la separación de cuerpos unicamente, y en casos especiales su anulación.

C A P I T U L O V

5. LA MADRE SOLTERA.

Durante siglos ha existido una institución que acoge en su seno a los hijos de padres desconocidos. Se le ha llamado Hospicio, Bordenía, Maternidad, Misericordia.

Los pequeños que allí crecen no conoceran nunca la vida familiar a no ser que un matrimonio sin hijos decida adoptar uno de ellos. Aprenderán a vivir en una sociedad que satisface, en el mejor de los casos, sus necesidades primarias y les concede como máxima gratificación un aprendizaje que les permita más adelante ganarse la vida. No sobran nunca quién es su padre ni su madre. El padre o ni siquiera supo su nacimiento o se negó a reconocerlo como hijo, la madre no tuvo la fuerza suficiente para hacerse cargo de su existencia. Sea como sea los niños que son recibidos en la Inclusa han sido arrojados de la vida que transcurre según las normas que fundamentan nuestra sociedad.

5.1.1. ATENTADO CONTRA LA SOCIEDAD.

La norma exige el cumplimiento de unos principios que son, en esquema, los siguientes: a.) Todo nuevo ser nacerá de una pareja unida en legítimo matrimonio; b.) todo hijo nacido fuera del matrimonio se considerará hijo legítimo y fruto del pecado.

La religión, la ley civil, la opinión pública consideran que la procreación fuera del matrimonio es un atentado contra la sociedad misma y merece ser penada. En cuanto al hombre, su actividad sexual no merece ser controlada porque no aparece en él consecuencia visible de su infracción; en la mujer el control se hace necesario, pues la gestación, el parto y la existencia del nuevo ser son un desafío a la ley. La madre soltera y su hijo son, pues, seres asociales y la norma exige que sean rechazados.

5.1.2. TABUES Y PROHIBICIONES

Pensar que en el siglo XX, en algunos países que se llaman a sí mismos civilizados pueda plantearse todavía el problema de la madre soltera, y no sólo plantearse sino que se sepa de antemano que no tiene solución, nos da la medida del desacuerdo profun^o entre los conceptos que son moneda corriente en la literatura de consumo y los

tabúes y prohibiciones que ejercen su presión en los estratos, más profundos de la conciencia.

La madre soltera, desgraciadamente, en ciertas colectividades todavía es un ser asocial que la conciencia pública se niega a aceptar. En el momento histórico en que abundan los libros que preconizan una renovada moral sexual, en que se utiliza un nuevo vocabulario que parece haber destruido los conceptos de caída, vergüenza y deshonra, estas sociedades todavía mantienen un coto cerrado en donde crecen los hijos de las madres solteras y siguen en las mismas normas que se acuñaron hace milenios y prevalecieron hasta el siglo XIX. Es evidente que no existe tabú, ni sanción, ni mito alguno que no tenga su raíz en la formación de la sociedad, en el lento y difícil proceso a través del cual los hombres aprendieron a convivir, a formar núcleos que garantizan la continuidad de la especie y a defenderla del terror de la destrucción.

5.1.3. PODER MAGICO DE LA MUJER

No podemos imaginar hasta que punto el hombre primitivo temió por su desaparición, y hasta que punto el anhelo

de continuar existiendo se realizó garantizando el nacimiento de un nuevo ser que era la continuación de uno mismo. El hombre tardó seguramente a darse cuenta de la parte que le tocaba en la gestación del hijo.

Más evidente que la relación de causa y efecto entre la concepción y el parto, fue duda alguna el poder mágico de la mujer de llevar en su seno una nueva vida. Toda la mitología nos habla del poder femenino, de su paralelismo con la fecundidad de la tierra, del don prodigioso de dar la vida. Al hombre primitivo, todo lo femenino le pareció magia y hechizo; don benéfico, pero también vehículo de fuerza malignas. La historia del hombre nos ha dejado dos imágenes que expresan el sentimiento de envidia que el género masculino sintió frente al poder de dar a luz de la mujer. El Génesis nos explica que la mujer fue sacada del costado de Adán. Todos los animales fueron creados por Dios, nos cuenta el Génesis, por pareja; el hombre, en cambio, fue creado solo, y, al cabo de un tiempo, Dios arrancó de su costado a la mujer. La imagen sugiere lo que los ojos humanos no han visto nunca: un varón pariendo, para expresar a un mismo tiempo el sagrado terror que el hecho le in-

funde y el deseo de apoderarse de esta facultad. En la mitología giega nos explican que Atenea salió de la cabeza de Zeus todopoderoso.

5.1.4. EL CONCEPTO DE FAMILIA

En el nuevo orden que inaugura el Neolítico, en que el hombre descubre que puede hacerse daño de la tierra y de sus frutos, se elabora el concepto de familia, que ha llegado hasta nosotros con poca variación. El hombre se reconoce no ya como individuo sino como jefe del núcleo familiar, En la familia trasciende el breve tiempo de su existencia y así sigue siendo dueño, gracias a la herencia, a través de sucesivas generaciones. Tiene que estar seguro de que el hijo que su mujer ha parido es su hijo.

Así elabora los conceptos de legitimidad, de honor, rodea de ritos la llegada de la pubertad, mitifica la virginidad de la mujer. No es fácil para el hombre estar seguro de la legitimidad de su descendencia, Para ello el hombre exige la virginidad de la mujer, la encierra en casa, dicta leyes impone sanciones.

5.1.5. MATRIMONIO DE URGENCIA.

Todavía en muchos países se piensa que ninguna mujer tiene derecho a poner al mundo un nuevo ser si no es aceptado y reconocido por el padre. Toda mujer que tiene un hijo fuera del núcleo familiar comete un atentado contra la familia; madre e hijo se convierten en enemigos, y por lo tanto, son rechazados. El deshonor que la madre soltera infiere a su propia familia en las sociedades primitivas puede ser vengado por la sangre; en las sociedades menos sangrientas, escondiendo la infracción con un rápido matrimonio, aunque no sea con el padre del hijo que va a nacer.

5.1.6. DEL PADRE AL MARIDO.

Naturalmente, el poder del varón es un poder económico; como miembro del núcleo familiar, la mujer no posee nada directamente. Como soltera, la mujer pertenece al padre; como casada, al marido. Ella no puede iniciar por su cuenta una familia, pero tampoco puede exigir al varón que la ha hecho madre que se reconozca como progenitor. La ley, en algunos países, impide la investigación de la paternidad y el hecho de que una mujer reclame de un hombre la legi-

timación de su hijo es considerado como difamatorio. Así la mujer soltera que se atreve a ser madre queda absolutamente fuera de la ley.

5.1.7. EL AMOR Y EL DESHONOR

Si Don Juan se convierte en un héroe maleficio es en la medida que sus actos producen el deshonor de los hombres de su clase, y, por lo tanto, desafía a Dios mismo.

Este es el sentido de la creación ejemplar de Tirso de Molina en su "El burlador de Sevilla o el convidado de piedra" que dió la pauta a uno de los personajes más constantes en la literatura universal hasta el romanticismo.

5.2. LA INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD.

Sentimental o cínica, la opinión pública llega al mismo resultado: una mujer soltera con un hijo no tiene lugar en la sociedad. Pero en los países más evolucionados en los que la mujer tiene derecho a la investigación de la paternidad, se ha elaborado lentamente una nueva concepción de este personaje que es la madre soltera, difícil de encajar en las estructuras vigentes. Como una clara intención pedagógica

gica la revista francesa "Elle" publicó el diario de una muchacha soltera en el período del embarazo, nacimiento y lactancia de su hijo. Era interesante observar como el documento, sin duda bien intencionado, ponía de relieve la valentía y la audacia de la muchacha.

5.2.1. LA CLASE ALTA.

Hasta que punto la sociedad en que vivimos rehusa todavía la existencia de la madre soltera nos lo demuestra la actitud ambivalente, entre admirada y censuradora, con que se recibe algunos casos de mujeres que publican sin ambages esta situación. La clase alta que hute las paginas de los magazines de moda nos ha acostumbrado a toda especie de transacciones de la norma desde divorcio sucesivos hasta romances o liaisons; pero si se habla de una "madre soltera" se hace evidente, a través de la noticia, la estupefacción.

5.2.2. LA CLASE MEDIA

La clase media trata de resolver siempre el caso con la boda como mal menor, aun con el convencimiento de que no dará resultado y que la pareja terminará separándose; pero se trata de conceder al hijo su inscripción correcta en



la sociedad.

5.2.3. LA CLASES HUMILDES.

Naturalmente, en las instituciones benéficas que se ocupan de los hijos sin padre van a parar las mujeres de las clases humildes. Es sorprendente verificar toda la clase de vejaciones a que tiene que estar dispuesta la mujer que llama a la puerta de estas instituciones benéficas.

Sólo el convencimiento de su propia condición les puede hacer aceptar como lógicas las fórmulas discriminatorias y los comentarios hechos, con mayor o menor actitud, a su situación.

No hay duda de que la mujer acepta la maternidad con miedo fundado en los tabúes latentes en su educación y miedo más concreto por su propia capacidad para enfrentarse con las necesidades propias y las del nuevo ser.

Para hallar un camino de salida a esta situación vigente todavía en muchas sociedades actuales es necesaria una revisión a fondo de la moral sexual y de las instituciones que garantizan la salud y la supervivencia del cuerpo social.

C O N C L U S I O N E S

Después de analizar profundamente los interesantes temas del Concubinato y el Matrimonio, me parece acertado llegar a las conclusiones siguientes:

Estas figuras las analice conjuntamente para saber hasta que punto favorece o desfavorece a las personas que las practican, sus ventajas y desventajas y como nuestra misma sociedad induce a las diferentes figuras. Hice el análisis desde los distintos puntos de vista para poder llegar con satisfacción al fin de esta Tesis.

Concluyo, hice este trabajo para que sirva de alguna forma a las personas que lean mi trabajo las responsabilidades que asume cada persona al unirse por cualquiera de estas dos figuras con la persona deseada y formalizar sus vidas felizmente como deseamos todos los seres en cierta etapa de nuestras vidas.

B I B L I O G R A F I A

- ENGLES, Federico, El origen de la familia, La propiedad Privada y el Estado, Moscú, Editorial Progreso, 1970.
- LANFORT, Pianeta, Pedro, La familia natural, Bogotá Revista Jurídica de la Universidad Nacional, mayo 1970.
- MONROY, Cabra, Régimen Concordato Colombiano, Bogotá Editorial Temis, 1975
- ESTRADA, Gloria, El concubinato, Bogotá 1978.
- CARRA, Francesco, Programa de Derecho Criminal Ed. Temis. Bogotá 1.959.
- VALENCIA, Zea, El matrimonio Editorial Temis 1980
Jurisprudencia de Corte.
- VALENCIA, Zea, Derecho de Familia Editorial Temis 1970
- LOPEZ, De Pava, Conferencia derecho de Familia Bogotá 1968
- TRUJILLO, Arroyo, Derecho Romano Comparado, Tomo 1 Bogotá Editorial Luz, 1939.
- Código Civil, Editorial Temis, Bogotá 1.979.