

1

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

Y

CIENCIAS POLITICAS

RECTOR:

DR. LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL

SECRETARIO GENERAL:

DR. CARLOS MENDIVIL CIODARO

DECANO:

DR. FABIO MORCEN DIAZ

SECRETARIO:

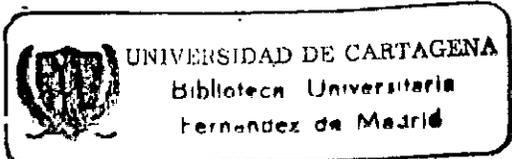
DR. PEDRO MACIA HERNANDEZ



\*\*\*\* / \*\*\*\*

A S P E C T O S   D E L   D E R E C H O

D E   F A M I L I A



TESIS DE GRADO PARA

OPTAR EL TITULO DE

ABOGADO

SCIB  
00018614

PRESENTADA POR:            ANTONIO DE JESUS MARQUEZ VERBEL

//

PRESIDENTES HONORARIOS:

DR. ANIBAL PEREZ SOTOMAYOR

DR. CARLOS VILLALBA BUSTILLO

PRESIDENTE DE TESIS:    DR. ANIBAL PEREZ CHAIN

I EXAMINADOR:            DR. RAFAEL DE LA VALLE GOMEZ

II EXAMINADOR:           DR. ALCIDES MORALES ACACIO

III EXAMINADOR:         DR. VICTOR LOZANO

46974



Cartagena, Septiembre    de 1.983

REGLAMENTO  
DE LA  
FACULTAD DE DERECHO

ART. 83.-

"LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA  
LOS CONCEPTOS EMITIDOS POR LOS GRA -  
DUANDOS. TALES CONCEPTOS DEBEN CONSI-  
DERARSE COMO PROPIOS DE SUS AUTORES".

A MIS PADRES Y HERMANOS.

A LUZ ANGELA Y ANGELA MARIA

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

5

Con el estudio que sobre el Derecho de Familia volvimos a hacer en esta ocasión, proponemos no solo su análisis global, sino también, sanar una de las inquietudes que hemos tenido y que consideramos reportaría ingentes beneficios al primigenio núcleo vital.

Todos reconocemos la importancia de esta institución en su condición de soporte primario de la sociedad. Así lo ponen de manifiesto los esfuerzos tanto particulares como estatales, en orden a su correcto desenvolvimiento, pero que con todo, no ha logrado fructificar en las proporciones deseadas. De ahí que consideremos oportuno entonces, prestarle mayor atención a un aspecto que si le reportaría resultados positivos, como es la Educación permanente y sin restricciones de todos sus miembros. Creemos que con una mayor y mejor atención de los estamentos educativos, se le brindará al individuo los recursos más idóneos para su cabal desenvolvimientos familiar y consecuentemente también, para su correspondiente función social. No estamos descubriendo nada nuevo, sino repasando una situación que de tanto traginarla, quizás, ya no la reconocemos en su real magnitud.

Sucede que a nuestra educación, además de no haberse le prestado en su decurso histórico la atención adecuada, ahora, como complemento, se le está introduciendo una se-

rie de novedades influidas a base de adelantos o experiencias que nos son extrañas, y que si bien pueden tener logros en los lugares de donde provienen, no por ello necesariamente han de ser eficaces en nuestro medio. Para ello hay que tener en cuenta las particularidades intrínsecas del común de nuestras gentes, y si las condiciones de producción en que se desenvuelven nuestras actividades, son susceptibles de que en ellas se apliquen con resultados positivos, las medidas educativas que se vienen imponiendo.

La educación plena de todos y cada uno de los miembros de la familia, especialmente para aquellos que más la necesitan, dará naturalmente mayor estabilidad al núcleo familiar, pero no la estabilidad convencional que solemos entender, nos referimos a una integración de conciencia, con la que cada quien entienda la función que le corresponda y la desempeñe en forma positiva.-

## C A P I T U L O I

### PRINCIPIOS GENERALES

#### IMPORTANCIA Y DEFINICION DE LA FAMILIA

El derecho de familia ha experimentado en Colombia cambios esenciales en estos últimos años.

a) La indisolubilidad del matrimonio constituyó en nuestro país un postulado intangible, hasta la expedición de la ley 1a. de 1976, que estableció el divorcio para el matrimonio civil.

b) Las personas bautizadas en la Iglesia Católica estaban obligadas a celebrar matrimonio conforme al Código de Derecho Canónico; el matrimonio civil solo se encontraba al alcance de los infieles (art. 17 del Concordato de 1887). La ley 20 de 1974, aprobatoria del nuevo concordato de 1973, autoriza el matrimonio civil sin tener en cuenta la religión que se profese. Al lado del matrimonio civil existe el matrimonio canónico, al que se reconocen los mismos efectos civiles que al primero.

c) La mujer casada debía obediencia al marido. En virtud de tal obediencia el marido ejercía una manifiesta potestad marital sobre la persona de la mujer y sobre los hijos, escogía la sede del hogar, etc. Pues bien, el decreto 2820 de 1974 (expedido en virtud de autorizaciones dadas al Presidente de la República por la ley 24 de

1974) excluyó todo concepto de obediencia de la mujer casada a su marido, desapareciendo así la potestad marital e igualándose en todo los derechos matrimoniales de los cónyuges.

d) La ley 5a. de 1975 reglamentó, con apoyo en las leyes modernas, todas las normas jurídicas sobre adopción.

También la doctrina y leyes de otros países comienzan a ejercer su influencia en el moderno derecho de familia, como sucede con los recientes movimientos de liberación o emancipación de las mujeres, las leyes que reglamentan la interrupción voluntaria del embarazo (especialmente la francesa del 17 de enero de 1975), el notable progreso de las ciencias biológicas y los problemas de la inseminación artificial, la planificación de la familia, etc.

Si la formación de la familia depende de la voluntad e iniciativa de los seres humanos (matrimonio, concubinato, mera unión libre), no ocurre lo mismo con su dirección y fines. La familia es, un verdadero organismo social que se interpone como entidad autónoma entre el individuo y el Estado. Es el organismo social más importante, pues la familia actual constituye el fundamento de la existencia de las naciones civilizadas. Con razón se ha dicho que el progreso de las naciones y de los grupos humanos en general, depende más de la institución familiar.

liar que de la prosperidad de las empresas particulares o del Estado mismo.

Definición.- En sentido restringido se entiende por familia el grupo social de padres e hijos que forman la comunidad doméstica; pero en un sentido más amplio, se dice que la familia es "el conjunto de personas que, descendiendo de un tronco común, se hallan unidas por lazos de parentesco", o lo que es lo mismo, "un conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje".

En este sentido más amplio, la familia está formada por todas las personas actualmente vivas que descendan de un mismo tronco, como son los abuelos, hijos, nietos, etc. Con todo, esta noción de la familia solo tiene hoy importancia social y moral, pero carece de mayor significación jurídica, pues se tendría que concebir varias familias subordinadas a una más extensa, toda vez que las familias de los hijos deberían estar subordinadas a la familia del padre.

Por este motivo, el derecho se sirve del concepto restringido de la familia, y tiene en cuenta señaladamente las notas esenciales que la caracterizan, esto es, la comunidad y parentesco. Hechas estas observaciones, podemos decir que la familia es "una agrupación de personas formada por el padre, la madre y los hijos que

viven en comunidad doméstica".

Si el padre y la madre que viven bajo un mismo techo (comunidad doméstica) se encuentran vinculados por el matrimonio, resulta la denominada familia legítima; si no existe el matrimonio, resulta la denominada familia natural (o extramatrimonial). La relación entre hijos y padres es el parentesco de consanguinidad, lo que indica que los padres han procreado los hijos que viven con ellos. Pero también puede suceder que los padres hayan adoptado uno o varios hijos, caso en el cual el parentesco es de adopción; lo que da lugar a la familia adoptiva.-

## ORIGEN DE LA FAMILIA

### TENDENCIAS PREDOMINANTES

La familia como institución social tiene su origen según el punto de vista de donde se le analice. Existen actualmente dos grandes tendencias que explican, cada una con argumentos sólidos, el origen de la familia. Son ellas: La Religiosa y la Materialista.

Tendencia Religiosa.- Dice que el origen de la familia se explica en la creencia que el hombre ha tenido de la existencia de un ser superior, al cual adoraba, llámese luna, sol, fuerzas telúricas, o encárnese en el Dios que tradicionalmente han conocido los hombres como ser supremo. Los antiguos tenían como tradición religiosa el culto a sus muertos; a los cuales sepultaban con grandes pompas y especiales ritos, pues ellos consideraban que al morir, el espíritu quedaba vagando y por tanto la única manera de obtener la gracia divina, era con el culto que sus allegados les hacían. De allí que vieron la necesidad de formar un grupo especial, que constituyó la familia y que fue en la antigüedad sólidamente edificada en estos conceptos. Cada familia sepultaba a sus muertos y les rendía culto especial y éstos continuaban perteneciendo a ella.

Por su parte, la Iglesia Católica explica el ori -

gen de la familia en la creación de Adán y Eva, de donde surgió el primer núcleo familiar, con la presencia de los hijos Caín y Abel. Posteriormente viene la descendencia de Caín, de Enoc, de Lamec, de Set, de Enós, de Cainan, de Matusalem, de Noé, etc. Es decir, que de acuerdo con la tradición bíblica la familia tiene su origen divino y la regenta una ley natural.

La gran abanderada de la doctrina espiritualista es la Iglesia Católica, a la cual, por supuesto, han llegado muchos conceptos sobre la familia que pertenecen a las creencias religiosas griegas, romanas, babilónicas, hebreas, etc. y las cuales han sido integradas como parte de la Doctrina Católica.

Tendencia Materialista.- Está expuesta por F. Engels, en su obra "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado", donde refiere que la humanidad ha pasado por tres etapas, las cuales él ha distinguido como: a) Salvajismo; b) Barbarie y c) Civilización. Cada una de estas etapas tiene sus características peculiares sin que sea perfectamente diferenciable el paso de un estadio a otro. Cada una de ellas tiene a su vez, tres estadios: inferior, medio y superior.

En la primera etapa, los hombres viven de la caza y de la pesca, tienen lenguaje articulado, su primer instrumento de trabajo son las manos, y es especialmente no

nada. En este primer estadio no hay organización familiar propiamente dicha; aparece la promiscuidad y se conocen la poligamia y la poliandria. Ya en el estadio superior el hombre utiliza el arco, la flecha y también el fuego. Aparece el matriarcado que es la primera forma de gobierno familiar. La madre siempre es el eje de la familia; el hogar gira en torno suyo y solamente se conoce la filiación materna en virtud de la promiscuidad sexual que existe.

En la etapa conocida como Barbaria, empieza el hombre a conocer la alfarería, se vive aún de la caza y de la pesca y se poseen animales domésticos. Usa el hierro, la piedra, el arado de reja y la rueda. Se abandona el nomadismo y se establecen viviendas fijas; surgen las pequeñas asociaciones como los gens, fratrias, clanes y tribus.

En la etapa superior de la época de la Barbarie, se establece el hombre en viviendas fijas, se incrementa la alfarería, se extiende la agricultura y la ganadería y surgen los grandes y poderosos imperios griegos, romanos etc.

En la etapa de la civilización nacen las grandes ciudades, las agremiaciones, el comercio se incrementa notablemente, nace la técnica y la industria, se descubre la máquina de vapor, la imprenta la pólvora, la energía atómica. El hombre ya ha logrado parte de su ideal merced-

a la convivencia y relaciones permanentes entre las diferentes sociedades que se reparten en el mundo. Ya ha surgido durante este tiempo las normas que tienden a proteger efectivamente la familia, sobretodo durante estos últimos años, consagrando a la familia como institución básica de toda sociedad.-

## C A P I T U L O    I I

### "ANALISIS SOCIOLOGICO DE LA FAMILIA "

La familia es una institución que aparece históricamente como la comunidad creada por el matrimonio - y compuesta esencialmente por progenitores y procreados, pudiendo participar también otras personas, convivientes o no, unidas por lazos de sangre o por sumisión a una misma autoridad.

Aristóteles la definió como "una convivencia querida por la naturaleza misma para los actos de la vida cotidiana", con lo que señalaba que la familia tiene su base en la propia naturaleza, en orden al cumplimiento del fin para el cual es querida o exigida. Dicho fin es la conservación de la vida, ya por lo que el individuo se refiere, mediante la satisfacción de sus necesidades físicas y espirituales, ya por lo que tiene de relación con la especie engendrando y educando a nuevos hombres.

Por la importancia que tiene con respecto a la sociedad, la familia ha sido llamada "célula social" ya que entre ella y la sociedad existe la misma relación que entre la célula y el organismo vivo.

Dentro de la sociedad es pieza esencial y constituye uno de los cimientos que la sostienen. Por eso se ha

dicho que las especies animales que no tienen familia , - carecen también de necesidad.

El concepto de familia como institución fundamental se ha prestado siempre ha múltiples comparaciones; Cicerón dijo que era principium urbis et quasi seminarium re publicae (principio de la ciudad y como semillero de la república, es decir, del Estado ), y monseñor Gaama ha dicho que "La familia es para el Estado y la Iglesia lo que la raíz el árbol la fuente al río y la base al edificio; el Estado recibe a los ciudadanos de manos de la familia y la Iglesia recibe de ella a sus hijos".

De ahí que la familia sea un fenómeno natural tan antiguo como la humanidad misma, y que la filosofía cristiana sitúe su origen en los albores de la humanidad, en la primera pareja creada por Dios, la cual, multiplicándose ha llenado la tierra.

Sin embargo, en el siglo pasado, corrientes positivistas y evolucionistas sostuvieron la existencia de una comunidad sexual originaria de la que se pasó, a través del matriarcado (por la más fácil determinación de la maternidad), a la familia patriarcal actual; pero tales teorías responden más a ideas preconcebidas que ha hechos probados, ya que a pesar de que en ciertos pueblos pueden hallarse aún restos de una cultura primitiva, no los hay, en cambio, de esta supuesta comunidad de mujeres, y hoy día la ciencia confirma el mencionado origen de la fami

lia tal como aparece en las primeras páginas de la Biblia.

El Derecho de Familia que viene a posteriori (en cuanto se limita a tener presente estas relaciones que la naturaleza a creado) se caracteriza por un contenido ético y por su transpersonalismo, ya que lo que protege el derecho no son los intereses individuales, sino los intereses de la comunidad familiar, como también la perfecta interdependencia de los derechos y deberes de los distintos componentes de la familia. De este modo las facultades de los diversos miembros de la familia tienen un acentuado carácter de función. Sin embargo, no siempre ha sido así. En Roma hallamos un círculo más amplio, la gens, y otro más reducido, la familia propiamente dicha. En ella, el pater familias tiene un poder absoluto (manus) sobre la mujer y goza además de la patria potestad, igualmente como poder sobre los hijos, siendo dueño absoluto de los medios económicos de toda la familia.

También entre los pueblos germanos cabe distinguir entre un círculo cuasifamiliar más extenso (la sippe) y la familia propiamente dicha (haus-cese).

El Cristianismo ejerció una profunda influencia en la constitución de la familia y en su derecho; como producto de esta influencia, la familia medieval se nos a-

parece como uno de los núcleos más fuertemente constituídos y de una moral más elevada, tanto en lo que se refiere a las relaciones entre marido y mujer como a la patria potestad, dejando ésta de ser un poder arbitrario para enfocarse como un atributo del padre, cuya finalidad va en beneficio del hijo. Pero las ideas medievales cambiaron con los nuevos ideales del Renacimiento, movimiento este esencialmente individualista, y luego con las tendencias filosóficas de la Ilustración.

En España, la legislación sobre el derecho de familia tiene como base el Código Civil de 1888, si bien ha sufrido numerosas modificaciones. La última, de 1958, reestructura el matrimonio civil y remite lo relativo al matrimonio canónico a la legislación de la Iglesia. En ambos casos, se considere el matrimonio como una unión irrevocable entre marido y mujer, gozando los cónyuges de una igualdad de derechos y estando su unión dirigida al establecimiento de una plena comunidad de vida, de la cual derivan todas las demás relaciones familiares.

Aunque el matrimonio es en esencia una relación de personas, el Derecho también se ocupa de regular el régimen de los medios económicos de que tales personas han de servirse para el cumplimiento de sus fines. Estos regímenes pueden reducirse en esquema de tres: el de comunidad de bienes, el de separación de bienes y el de ge -

nanciales (de participación por igual en las ganancias, pero manteniendo separados los bienes aportados por uno u otro cónyuge).

El Derecho también estudia las relaciones paternofiliales. En principio, la relación jurídica coincide con la realidad biológica, y la regula asignándole una triple función de afirmación de dicha realidad, defensa de la misma y estableciendo una armonía entre los derechos y deberes de sus miembros. Pero no siempre el derecho puede conocer con certeza la realidad biológica, o, aunque la conozca, no puede reconocerla a efecto jurídico debido a consideraciones de carácter social; de aquí que el derecho español distinga en su regulación la filiación legítima, la legitimada y la ilegítima. Entre las relaciones entre padre e hijo destaca la patria potestad, con la característica de que ésta no constituye un nuevo derecho del padre sobre la persona y, en su caso, sobre los bienes del hijo, sino que acentúa el carácter de función que incumbe al padre en beneficio del hijo.-

### C A P I T U L O   I I I

#### ANALISIS FILOSOFICO DE LA FAMILIA

En cuanto a sustancialidad inmediata del espíritu, la familia se determina por su unidad sentida, el amor. De acuerdo con ello, se tiene en esta unidad, en cuanto a sustancialidad que es en y por sí, la autoconciencia de la propia individualidad, y no se es en ella como persona por sí sino como miembro.

El derecho que corresponde al individuo en virtud de la unidad familiar y que en un primer momento constituye su vida dentro de esta unidad misma, sólo alcanza la forma jurídica como forma del momento abstracto de la individualidad determinada cuando la familia entra en disolución. Los que debían ser miembros devienen entonces en su disposición y en la realidad personas independientes, y lo que ellos constituían en la familia como momento determinado lo mantienen ahora en la separación, por consiguiente sólo en sus aspectos exteriores (bienes, alimentación, costos de educación, etcétera).

Agregado.- El derecho de la familia consiste en que su sustancialidad debe tener existencia; es por lo tanto un derecho ante la exterioridad y ante el abandono de esta unidad. Pero, nuevamente, el amor es un sentimiento, es decir algo subjetivo ante lo cual la con-

formidad no puede hacerse valer. Si se exige la conformidad, solo puede hacerse por tanto, respecto de cosas que por su naturaleza son exteriores y no están condicionadas por el sentimiento.

La familia se realiza en los tres aspectos siguientes:

- a) en la figura de su concepto inmediato,
- b) en la existencia exterior, la propiedad y los bienes de la familia y su cuidado;
- c) en la educación de los hijos y la disolución de la familia.

#### El Matrimonio

En cuanto relación ética inmediata el matrimonio contiene en primer lugar el momento de la vida natural, y en realidad, en cuanto relación sustancial, la vida en su totalidad como realidad de la especie y su proceso. Pero en segundo lugar, la unidad sólo interior o en sí, y precisamente por ello en su existencia sólo exterior, se transforma en la autoconciencia en una unidad espiritual, en amor autoconciente.

Agregado.- El matrimonio es esencialmente una relación ética. Antes se la consideraba, especialmente en la mayoría de los derechos naturales, sólo según su aspecto físico, es decir tal como existe naturalmente. De este modo la veía únicamente como una relación entre se

ros y se cerraba el camino para las demás determinaciones del matrimonio. Pero igualmente primario es considerarlo meramente como un contrato civil, representa - ción que aparece incluso en Kant y en la que los arbitrios recíprocos se avendrán por encima de los individuos, con lo que se rebaja el matrimonio a la forma de un uso recíproco de acuerdo con un contrato. La tercera representación que hay que rechazar es la que pone el matrimonio exclusivamente en el amor, pues el amor, que es un sentimiento, admite siempre la contingencia, figura que lo ético no puede adoptar. El matrimonio debe determinarse por lo tanto de modo más exacto como el amor jurídico ético, en el cual desaparecerá lo pasajero, caprichoso y meramente subjetivo del mismo.

Como punto de partida subjetivo del matrimonio - puede aparecer la inclinación particular de las dos personas que entran en relación o la previsión y organización de los padres, etcétera; pero el punto de partida objetivo es el libre consentimiento de las personas, más precisamente el consentimiento para constituir una persona y abandonar en esa unidad su personalidad natural e individual. Esto, que desde ese aspecto es una autolimitación, es sin embargo una liberación, pues en esa unidad se alcanza la autoconciencia sustancial.

La determinación objetiva y por lo tanto el deber

ético es ingresar en el estado matrimonial. La constitución del punto de partida es por su propia naturaleza contingente y depende especialmente de la cultura y de la reflexión. Se presentan en estos dos extremos. En el primero es la organización de los padres bien intencionados lo que constituye el comienzo, y la inclinación surge en las personas recíprocamente destinadas a la reunión del amor al reconocer que están destinados a ella. El otro extremo consiste en que la inclinación de las personas, en cuanto éstas personas infinitamente particularizadas, aparezca en primer lugar. El primer extremo o, en general, el método por el cual la decisión matrimonial constituye el comienzo y tiene como consecuencia la inclinación, de manera tal que al efectuarse realmente el matrimonio ambas resultan reunidas, puede considerarse como el más ético. En el otro extremo es la peculiaridad infinitamente particular la que quiere hacer valer sus pretensiones, lo cual concuerda con el principio subjetivo del mundo moderno. En los modernos dramas y otras representaciones artísticas en los que el amor carnal constituye el interés principal, se lleva el elemento más frío al ardor de la pasión por medio de todas las contingencias relacionadas él; se considera que la totalidad del interés reside en ellas, lo cual puede ser de infinita importancia para ellas, pero no en sí.

Agregado.- En los pueblos en los que las mujeres son tenidas en muy poca consideración, los padres disponen a su arbitrio sobre el matrimonio sin preguntar a los individuos, que aceptan la situación porque la particularidad del sentimiento no tiene todavía ninguna pretensión. Al hombre sólo le importa tener una mujer, a la mujer un hombre. En otras situaciones la fortuna, las conexiones o los fines políticos pueden ser determinantes. En ese caso pueden surgir grandes resistencias, cuando se convierte el matrimonio en medio para otro fin. En la época moderna se considera por el contrario el punto de partida subjetivo, el estar enamorado, como lo único importante. Se representa con esto que cada uno debe esperar que llegue su hora, y que sólo podría entregar su amor a un individuo determinado.-

Lo ético del matrimonio radica en la conciencia de esta unidad como fin sustancial, y por lo tanto en el amor, la confianza y la comunidad de la totalidad de la vida individual. En esta disposición interior y en esta realidad, el instinto natural es rebajado a la modalidad de un momento natural y está destinado a extinguirse precisamente en su satisfacción, mientras que el lazo espiritual es elevado con un derecho a lo sustancial, que se mantiene por encima de la contingencia de las pasiones y del gusto particular pasajero, y en sí

indisoluble.

Anteriormente se ha señalado que el matrimonio se tiene como fundamento esencial una relación contractual; en efecto, consiste precisamente en salir del punto de vista del contrato, del punto de vista de la personalidad independiente en su individualidad, para superarlo. La identificación de las personalidades por la cual la familia es una persona y sus miembros accidentes (aunque la sustancia es esencialmente la relación de los accidentes con ella); es el espíritu ético.

Tomado por sí y quitándole la múltiple exterioridad fenoménica que adquiere en su existencia en cuanto pertenece a este individuo y está ligado en el tiempo a diversos intereses determinados, resalta para la representación como una figura propia que ha sido heredada bajo la forma, por ejemplo, de los penales y que en general constituye aquello en que radica el carácter religioso del matrimonio y la familia: la piedad. Esta abstracción consiste en separar lo divino, lo sustancial, de su existencia lo mismo que la sensación de la conciencia de la unidad espiritual, tal como ocurre en el erróneamente llamado amor platónico. Esta separación se relaciona con la visión manástica que determina el momento de la vida natural como simplemente neg

tivo y le da precisamente por esta división una infinita importancia.

Agregado.- El matrimonio se diferencia del concubinato en que este último se trata fundamentalmente de la satisfacción del instinto natural, que en el matrimonio es en cambio llevado a un segundo plano. Por eso en el matrimonio se puede hablar sin ruborizarse de acontecimientos naturales que en una relación no matrimonial provocan un sentimiento de vergüenza. Por ello también hay que considerar el matrimonio como en sí indisoluble, pues su fin es lo ético, que es tan elevado que todo, lo demás aparece ante él como impotente y subordinado. El matrimonio no debe ser perturbado por la pasión, pues esta le está subordinada. Pero es sólo en sí indisoluble, pues como dijo Cristo: Sólo por la dureza de vuestro corazón ha sido concedida la separación. Puesto que el matrimonio contiene el momento del sentimiento, no es absoluto sino precario y contiene en su interior la posibilidad de la disolución. Las legislaciones deban sin embargo dificultar al máximo esta posibilidad y sostener frente al capricho el derecho de la eticidad.-

Así como la estipulación del contrato contiene ya por sí el verdadero traspaso de la propiedad, así también la declaración solemne del consentimiento para el lazo ético del matrimonio y el correspondiente reconoci

miento del mismo por la familia y la comunidad (la intervención en este aspecto de la Iglesia es una determinación posterior que no desarrollaremos aquí) constituyen la conclusión formal y la realidad efectiva del matrimonio. Esta unión sólo es ética por lo tanto, si la precede esa ceremonia como realización de lo sustancial por medio de un signo, el lenguaje, que es la existencia más espiritual del espíritu. De este modo el momento correspondiente a la vida sensible y natural es puesto en su relación ética como una consecuencia y algo accidental, que pertenece a la existencia exterior de la unión ética, que también puede ser completamente llevada a cabo en el amor y la asistencia recíprocos.

Cuando se pregunta qué es lo que se tiene que considerar como fin principal del matrimonio para poder crear o juzgar determinaciones legales, se entiende por fin principal el aspecto principal singular de su realidad que tiene que ser tomado como esencial respecto de los demás. Pero ninguno de ellos constituye por sí la total extensión de su contenido, de lo ético, y puede faltar uno u otro aspecto de su existencia sin que eso afecte la esencia del matrimonio.

Cuando la conclusión del matrimonio como tal, sea solemnidad por lo que se hace constar y se expresa que la esencia de la unión es algo ético que se eleva por

encima de lo contingente del sentimiento y de la inclinación particular, se considera como una formalidad exterior y un mero precepto civil, este acto se reduce a un fin edificante y a la legalización de las relaciones civiles o incluso a no ser más que un elemento positivo arbitrario de un precepto civil o eclesiástico. Este no sólo sería indiferente para la naturaleza del matrimonio, sino que, en la medida en que a causa del precepto el sentimiento deposita un valor en este acto forma y lo considera como condición previa de la recíproca entrega total, profanaría la disposición interior del amor y contrariaría como algo extraño la intimidad de la unión. Esta opinión, que pretende ofrecer el concepto más alto de la libertad, la intimidad y la realización del amor, niega por el contrario lo ético del amor, la más elevada inhibición y retracción del mero instinto natural, que ya aparece de un modo natural en la vergüenza, y en la conciencia espiritual más determinada se eleva a la castidad y el recato. Con este criterio se rechaza la determinación ética que hace que la conciencia salga de su naturalidad y subjetividad y se recoja en el pensamiento de lo sustancial. De este modo, en lugar de reservarse siempre la contingencia y el arbitrio de la inclinación sensible, la unión se desprende de este arbitrio y, comprometiéndose ante los pena -

tes, se entrega a lo sustancial. El momento sensible queda así rebajado a momento condicionado a lo verdadero y a lo ético de la relación y al reconocimiento de la unión como unión ética. Son el desearo y el entendimiento que lo apoya los que no pueden aprehender la naturaleza especulativa de la relación sustancial, con la que concuerdan sin embargo tanto el sentimiento ético incorrupto como las legislaciones de los pueblos cristianos.

La determinación natural de ambos sexos recibe por medio de su racionalidad un significado intelectual y ético. Este significado está determinado por la diferencia en que se divide en sí misma la sustancialidad ética en cuanto concepto, para conquistar, a partir de ella, su vida como unidad concreta.

Un sexo es por lo tanto lo espiritual como lo que se desdobra por un lado en la independencia que existe por sí y por otro en el saber y querer de la libre universalidad, en la autoconciencia del pensamiento que concibe y querer del fin último objetivo. El otro es lo espiritual que se mantiene en la unidad como saber y querer de lo sustancial en la forma de la individualidad concreta y el sentimiento. Aquél es lo poderoso y activo en referencia a lo exterior, éste lo pasivo y lo subjetivo. El hombre tiene por ello su efectiva vi-

da sustancial en el estado, la ciencia, etcétera, y en general en la lucha y el trabajo con el mundo exterior y consigo mismo; sólo a partir de su duplicidad puede conquistar su independiente unidad consigo, cuya serena intuición y el sentimiento subjetivo de la eticidad tiene en la familia. En ella encuentra la mujer su determinación sustancial y en esta piedad su interior disposición ética.

Por eso en una de sus exposiciones más sublimes - la Antígona de Sófocles - la piedad ha sido expuesta fundamentalmente como la ley de la mujer, como la ley de la sustancialidad subjetiva sensible, de la interioridad que aún no ha alcanzado su perfecta realización, como la ley de los antiguos dioses, de los dioses subterráneos, como ley eterna de la que nadie sabe cuando apareció, y en ese sentido se opone a la ley manifiesta, a la ley del Estado. Esta oposición es la oposición ética suprema y por ello la más trágica, y en ella se individualizan la feminidad y la virilidad.

Agregado.- Las mujeres pueden por supuesto ser cultas, pero no están hechas para las ciencias más elevadas, para la filosofía y para ciertas producciones del arte que exigen un universal. Pueden tener ocurrencias, gusto y gracia, pero no poseen lo ideal. La diferencia entre el hombre y la mujer es la que hay entre

el animal y la planta; el animal corresponde más al carácter del hombre, la planta más al de la mujer, que está más cercana al tranquilo desarrollo que tiene como principio la unidad indeterminada de la sensación. El Estado correría peligro si hubiera mujeres a la cabeza del gobierno, porque no actúan según exigencias de la universalidad sino siguiendo opiniones e inclinaciones contingentes. Sin que se sepa por qué la educación de las mujeres tiene lugar de algún modo a través de la atmósfera de la representación, más por medio de la vida que por la adquisición de conocimientos, mientras que el hombre sólo alcanza su posición por el progreso del pensamiento y por medio de muchos esfuerzos técnicos.-

El matrimonio es esencialmente monogamia porque es la personalidad, la inmediata individualidad exclusiva que se coloca y se entrega en esta relación, cuya verdad e interioridad (la formación subjetiva de la sustancialidad) sólo surge, por lo tanto, con la entrega recíproca e indivisa de esa personalidad. Esta alcanza su derecho de ser consciente de sí misma en otro sólo si el otro está en esa identidad como persona, es decir como individualidad atómica. El matrimonio, y esencialmente la monogamia, es uno de los principios absolutos en los que se base la eticidad de una comunidad. La institución del matrimonio figura por eso como

uno de los momentos de la fundación divina o heroica de los estados.

Puesto que es la libre entrega de esta propia personalidad infinita de los dos sexos lo que da lugar al matrimonio, éste no puede concluirse dentro del círculo en el que hay ya una identidad natural y conocimiento y familiaridad en todas sus singularidades, y en el que los individuos no tienen por lo tanto uno frente a otro una personalidad propia. Debe ocurrir, pues, entre familias separadas y entre personalidades originariamente diversas. El casamiento entre consanguíneos es por lo tanto contrario al concepto según el cual el matrimonio es una acción ética de la libertad y no una unión de la naturalidad inmediata y sus instintos, y por consiguiente también se opone al verdadero sentimiento natural.

Cuando se fundamenta el matrimonio mismo no en el derecho natural sino meramente en el instinto sexual natural y se lo considera como un contrato arbitrario, cuando se da para la monogamia razones exteriores, tales como la relación física del número de hombres y mujeres, o cuando sólo se aducen sentimientos oscuros para la prohibición del matrimonio entre consanguíneos, lo que está en el fondo de estas opiniones es la representación corriente de un estado natural, y de la naturalidad del derecho, y la falta del concepto de racio -

nalidad y libertad.

Agregado.- Al matrimonio entre consanguíneos se o pone en primer lugar un sentimiento de vergüenza, pero este horror está justificado en el concepto de la cosa misma. Lo que ya está unido no puede ser unido recién por el matrimonio. Desde el punto de vista de la relación meramente natural es sabido que la unión de animales que pertenecen a una misma familia produce frutos débiles, pues lo que debe ser unido tiene que estar previamente separado. La fuerza de la procreación, lo mismo que la del espíritu, será tanto mayor cuanto más grandes sean las oposiciones a partir de las cuales se restaura. La familiaridad, el conocimiento y el hábito de una actividad común no deben existir antes del matrimonio; deben ser encontrados recién en el matrimonio y este encontrar tendrá más valor cuanto más rico sea, cuantas más partes tenga.-

En cuanto persona la familia tiene su realidad exterior en una propiedad, que sólo bajo la forma de un patrimonio constituirá la existencia de su personalidad sustancial.

#### El Patrimonio de la familia

La familia no sólo tiene propiedad, sino que para ella, en cuanto persona universal y perdurable, aparece la necesidad y la determinación de una posesión per

manente y segura de un patrimonio. Lo que en la propiedad abstracta era un momento arbitrario de la necesidad particular del mero individuo y el egoísmo del deseo, se transforma aquí en el cuidado y la adquisición para una comunidad, se convierte en algo ético.

En las leyendas de las fundaciones de los estados o por lo menos de una vida social civilizada, la introducción de la propiedad estable aparece junto con la introducción del matrimonio. En qué consiste, por lo demás, este patrimonio y cuales son los modos verdaderos para su consolidación son cuestiones que surgirán en la esfera de la sociedad civil.

La familia como persona jurídica deberá ser representada frente a los demás por el hombre en su calidad de jefe. Le concierne además preferentemente la ganancia exterior, la atención de las necesidades y la disposición y administración del patrimonio familiar. Este es una propiedad común, por lo que ningún miembro tiene una propiedad particular pero todos tienen derecho sobre lo común. Este derecho y aquella disposición que incumbe al jefe de la familia pueden entrar en conflicto en la medida en que lo que la disposición ética aún tiene de inmediato en la familia deja el camino libre a la particularidad y la contingencia.

Por medio del matrimonio se constituye una nueva fa

milia, que es por sí independiente frente al linaje de la casa de donde provienen los contrayentes. La relación con ella tiene como fundamento la consanguinidad natural, mientras que el fundamento de la nueva familia es el amor ético. La propiedad de un individuo también está por lo tanto en una conexión esencial con su relación matrimonial, y sólo más remotamente con su linaje o casa.

Los pactos matrimoniales, cuando hay en ellos una limitación para la comunidad de bienes de los cónyuges, una disposición para el mantenimiento de asistencia jurídica para la mujer, etcétera, están referidos al caso de ruptura del matrimonio por muerte natural, separación u otra causa y tienen el sentido de una garantía de que los diferentes miembros mantendrán su parte del bien común.

Agregado.- En muchas legislaciones se mantiene la extensión más amplia de la familia, que es considerada como el lazo esencial frente al cual cada familia especial aparece como algo insignificante. Así, en el más antiguo derecho romano, la mujer estaba en una relación más estrecha con sus parientes que con sus hijos y su marido. En la época del derecho feudal el mantenimiento del esplendor familiae hacía necesario que sólo se tomara en cuenta a los miembros masculinos y que la totali-

dad de la familia fuera lo principal y desapareciera ante ella la recién formada. A pesar de esto la nueva familia es lo más esencial frente a las demás relaciones de consanguinidad, y los cónyuges y sus hijos conforman el núcleo esencial en contraposición a lo que en cierto sentido se llama también familia. La situación patrimonial de los individuos debe, por lo tanto, tener con el matrimonio una conexión más esencial que con los demás parentescos consanguíneos.-

La Educación de los hijos y la disolución de la familia

En los hijos la unidad del matrimonio, que en cuanto sustancial es sólo interioridad y disposición y en cuanto existente está separada en los dos sujetos, se transforma, en cuanto auténtica unidad, en una existencia que es por sí, y en un objeto que ellos aman como a su propio amor, como su existencia sustancial. Según el aspecto natural, la presuposición de personas inmediatamente existentes, los padres, deviene aquí resultado, lo cual se continúa en el progreso infinito de las generaciones que se producen y presuponen. Este es el modo en el que el espíritu simple de los penates exponen su existencia como género en la naturalidad finita.

Agregado.- La relación de amor entre el hombre y la mujer no es todavía objetiva, pues aunque el senti -

miento es la unidad sustancial, ésta no tiene aún ninguna objetividad. Los padres recién la alcanzan con los hijos, en los que tienen ante sí la totalidad de la unión. En el hijo la madre ama al marido y éste a su esposa; ambos tienen en él ante sí su amor. Mientras que en el patrimonio la unidad está sólo en una cosa exterior, en los hijos está en algo espiritual, en el cual los padres son amados y que ellos aman.-

Los hijos tienen el derecho de ser alimentados y educados con el patrimonio familiar común. El derecho de los padres al servicio de los hijos se funda, en cuanto tal, en el interés común del cuidado de la familia y se limita a ello. De la misma manera, el derecho de los padres sobre el arbitrio de los hijos está determinado por el fin de mantenerlos disciplinados y educarlos. La finalidad del castigo no es la justicia como tal, sino que es de naturaleza subjetiva, moral, es la intimidación de la libertad aún prisionera en la naturaleza y la exaltación de lo universal en su conciencia y su voluntad.

Agrégado.- Lo que el hombre debe ser no lo es por instinto, sino que debe adquirirlo. En eso se funda el derecho del niño a ser educado. Lo mismo ocurre con los pueblos que tienen gobiernos paternalistas: los hombres están mantenidos y no se les considera independientes y mayores de edad. El sacrificio exigible a los hijos sólo

fundamento de la vida ética. Pero en segundo lugar y respecto de la misma relación, tiene la determinación negativa de elevar a los niños de la inmediatez natural en que originariamente se encuentran a la independencia y a la libre personalidad, y con ello a la capacidad de abandonar la unidad natural de la familia.

La situación de esclavitud de los niños romanos es una de las instituciones que más mancillan su legislación. Esta ofensa a la eticidad en su vida más íntima y delicada es uno de los momentos más importantes para comprender el carácter de los romanos en la historia universal y su tendencia al formalismo jurídico.

La necesidad de ser educado aparece en el niño como un sentimiento de insatisfacción por ser tal como es, como el deseo de ser grande y el impulso por pertenecer al mundo de los adultos, al que vislumbran como algo superior. La pedagogía del juego considera que lo pueril tiene valor en sí, lo presenta así a los niños y degrada lo que para ellos es serio y se degrada ella misma a una forma pueril que no es ni siquiera considerada por los niños mismos. Al representarse como completo el estado de incompletitud en que ellos se sienten y pretender que se satisfagan con él, perturba y profana su verdadera y propia necesidad que es más elevada. La consecuencia de esto es, por una parte, la falta de interés y apatía por

las relaciones sustanciales del mundo espiritual y por otra el desprecio de los hombres, pues se han presentado ante ellos como niños y por lo tanto como pueriles y despreciables. Por último acarreará también la vanidad y presunción propia de quienes ensalzan su propia excelencia.

Agregado.- En su niñez el hombre tiene que moverse en el círculo del amor y la confianza, y lo racional debe aparecer ante él como su subjetividad propia. En el primer tiempo es preferentemente importante la educación de la madre porque lo ético debe implantarse en el niño en la forma de la sensación. Hay que señalar que en general los hijos aman menos a los padres que los padres a los hijos, porque éstos caminan hacia su independencia y se fortalecen, y tienen por lo tanto a sus padres detrás de ellos, mientras que los padres poseen en sus hijos la objetividad de su unión.-

Puesto que el matrimonio es sólo la idea ética in mediata, tiene su realidad objetiva en la intimidad de la disposición subjetiva, en lo que radica la primera contingencia de su existencia. Así como no puede haber ninguna violencia para entrar al matrimonio, tampoco hay ningún lazo jurídico positivo que pueda mantener juntos a los sujetos una vez que han surgido disposiciones y acciones contrarias y hostiles. Es necesaria sin

embargo una tercera autoridad ética que sostenga el derecho del matrimonio, de la sustancialidad ética, frente a la mera tenencia de tales disposiciones y frente a la contingencia de estados de ánimo sólo temporarios. Esta autoridad debe distinguir entre estas situaciones y el distanciamiento total y comprobar éste último, para -solo en este caso- encontrarse en condiciones de separar el matrimonio.

Agregado.- Dado que el matrimonio se basa sólo en el sentimiento subjetivo contingente, puede separarse. El estado, en cambio, no está sometido a ella porque se basa en la ley. El matrimonio debe ser indisoluble, pero no se puede ir más allá de este deber ser. Dado que es algo ético, la separación no puede consumarse arbitrariamente, sino que debe ser dispuesta por una autoridad ética, sea ésta la Iglesia o un tribunal. Si hay un distanciamiento total, como en el caso de adulterio, por ejemplo, entonces también la autoridad religiosa debe permitir la separación matrimonial.-

La disolución ética de la familia consiste en que los hijos, educados para ser libres personalidades, sean reconocidos en su mayoría de edad como personas jurídicas; capaces por una parte de tener su propiedad libre y por otra de fundar su familia, los hijos como jefes y las mujeres como esposas. En adelante tendrán en esta

nueva familia su determinación sustancial, ante la cual la primera descenderá a la categoría de primer fundam~~en~~to y punto de partida; con mayor razón, lo abstracto del linaje no conservará ningún derecho.

La disolución natural de la familia por la muerte de los padres, especialmente del marido, tiene como ~~con~~secuencia respecto del patrimonio la herencia. Significa esencialmente entrar en posesión propia de un patrimonio en sí común, lo cual, con alejamiento del grado de parentesco y con la situación de dispersión que ~~ind~~ividualiza a las personas y las familias en la sociedad civil, se vuelve cada vez más indeterminado, porque se va perdiendo el sentimiento de la unidad y porque cada matrimonio equivale al abandono de las relaciones familiares previas y la fundación de una nueva familia ~~ind~~ependiente.

Se desconoce la naturaleza de las relaciones familiares cuando se cree que el fundamento de la herencia radica en la circunstancia de que la muerte de su propietario dejaría un bien sin dueño, que, en cuanto tal, correspondería al primero que se lo apropiase. Esto ~~oc~~urriría en la mayor parte de los casos con los parientes, por ser quienes usualmente están más próximos, y este hecho usual y contingente sería elevado posteriormente, por razones de orden, al rango de regla por las

leyes positivas.

Esta separación hacer surgir la libertad del arbitrio del individuo de disponer de su patrimonio según sus gustos, opiniones y fines individuales, o de considerar en lugar de la familia un círculo de amigos, conocidos, etcétera y efectuar esta declaración en un testamento con las consecuencias jurídicas de la herencia.

En la formación de un círculo tal, en el que residiría el derecho de la voluntad a disponer sobre su patrimonio, hay, especialmente cuando implique una referencia a un testamento, tanta contingencia, arbitrariedad y premeditación con fines egoístas, que el momento ético se transforma en algo muy vago. El reconocimiento de la atribución de testar según el propio arbitrio provoca muy fácilmente la lesión de relaciones éticas y da lugar a viles gestiones e infames dependencias. Da también ocasión para que el arbitrio insensato y la perfidia liguen a los llamados beneficios y donaciones en caso de muerte -an el que por otra parte mi propiedad deja inevitablemente de ser mi- condiciones dictadas por la vanidad y el autocriterismo.

El principio según el cual los miembros de la familia devienen personas jurídicas independientes introduce en el círculo de la familia algo de esa arbitrariedad y de esa diferenciación entre los sucesores natura-

lez. Esto sólo puede tener lugar, sin embargo, de un modo muy limitado para no lesionar la relación fundamental.

El mero arbitrio directo del difunto no puede ser convertido en principio del derecho de testar, especialmente en la medida en que se oponga al derecho sustancial de la familia, cuyo amor y veneración por el miembro desaparecido podrían sin embargo hacerle respetar su arbitrio después de la muerte. Este arbitrio no contiene por sí nada que sea más digno de respeto que el derecho de la familia; más bien al contrario. La validez que por otra parte pueda tener una disposición de última voluntad depende exclusivamente de su reconocimiento arbitrario por parte de los demás. Sólo se le puede conceder esa validez en la medida en que la situación familiar que afecta sea lejana e irrelevante. Pero que sea irrelevante cuando está efectivamente presente es algo carente de ética y la extensión de la validez de aquel arbitrio frente a la relación familiar lleva implícito el debilitamiento de su eticidad.

Hacer de esta arbitrariedad un principio fundamental de la herencia dentro de la familia es uno de los aspectos de la ya señalada dureza y falta de ética de las leyes romanas, según las cuales el hijo podía incluso ser vendido por su padre, y si el otro lo dejaba en li-

bertad volvía al poder del padre, esclavitud de la que solo se liberaba efectivamente después de la tercera vez que era puesto en libertad. El hijo no llegaba a ser de jure mayor de edad ni persona jurídica y la única propiedad que podía poseer era el botín de guerra, el peculium castrense. Además, cuando después de ser vendido y dejado en libertad por tercera vez salía del poder del padre, no heredaba junto con los que habían permanecido en la servidumbre familiar, a menos que mediara una disposición testamentaria. Del mismo modo, la mujer (al entrar al matrimonio como matrona y no en una relación de esclavitud: *in manum conveniret, in mancipio esset*) pertenecía no tanto a la familia que ella había fundado con su casamiento y que desde ese momento era realmente suya, como aquella de la que provenía, por lo que quedaba privada de la herencia de los realmente suyos, mientras que éstos a su vez tampoco podían heredar a su madre o su esposa. Sentimientos de racionalidad surgidos posteriormente hicieron que fuese eludida la falta de ética de éstos y otros derechos por medio de la administración de justicia, usando, por ejemplo, la expresión *bonorum possessio* (que a su vez se distingue de la *possessio bonorum*, lo cual constituye uno de esos conocimientos que conforman un jurista erudito) en lugar de *hereditas*, o valiéndose de la ficción de inscribir un *filius* en lugar de una *filia*. Pero ya se ha señalado que esto no es más que la

triste necesidad que tiene un juez frente a malas leyes de introducir con astucia y clandestinamente lo racional, por lo menos en alguna de las consecuencias. A esta situación se liga la terrible inestabilidad de las instituciones más importantes y la tumultuosa legislación contra los brotes del mal que se originaba en ella. Las consecuencias carentes de ética que tenía entre los romanos este derecho del arbitrio para la confección de testamentos son suficientemente conocidas a través de la historia y de las descripciones de Luciano y otros.

Reside en la propia naturaleza del matrimonio, en cuanto inmediatez de lo ético, la mezcla de relación sustancial, contingencia natural y arbitrio interior. Pero cuando por medio de la relación de servidumbre de los hijos y las otras determinaciones señaladas que se vinculan con ella, y por medio de la facilidad con que se preparaba el matrimonio entre los romanos, se concede primacía al arbitrio frente al derecho de lo sustancial, de manera tal que el mismo Cicerón (¡y cuantas cosas hermosas ha escrito sobre el honestum y el decorum en su De officiis y en tantos otros lugares!) hiciera la especulación de expulsar a su esposa para pagar sus deudas con la dote de otra, entonces se ha abierto un camino legal para la corrupción de lo ético, o, mejor dicho, las leyes son la necesidad de esa corrupción mis-

ma.

La institución del derecho hereditario, que, para el mantenimiento y esplendor de la familia, excluye de la herencia por medio de sustituciones o fideicomisos familiares a las hijas mujeres en beneficio de los varones o a los menores en beneficio de los mayores, o establece en general una desigualdad, lesiona el principio de la libertad de la propiedad y se basa en un arbitrio que no tiene en y por sí ningún derecho de ser reconocido. Más exactamente, se basa en el pensamiento de mantener no tanto esta familia como este linaje o casa. Pero la idea que tiene este derecho no es este linaje o casa sino la familia en cuanto tal, y con la libertad del patrimonio y la igualdad del derecho hereditario se conserva la configuración ética, lo cual sirve, más que su contrario, para la conservación de las familias. En instituciones tales como las romanas se desconoce el derecho del matrimonio, no se comprende que es la absoluta fundación de una familia efectiva y propia, frente a la cual lo que en general se llama familia, *stirps*, *gens*, deviene sólo algo abstracto que con cada generación se vuelve más lejano y más irreal. El amor, el momento ético del matrimonio, es en cuanto amor un sentimiento para individuos presentes y reales y no para un abstracto. Más adelante, en el se verá que la abstracción del entendimiento es el principio histórico universal

del imperio romano. Pero tambien se verá que la más elevada esfera política ocasiona un derecho de primogenitura y un férreo patrimonio de la estirpe que no surgen del arbitrio sino necesariamente de la idea del estado.

Agregado.- Entre los romanos, en la época más antigua, el padre podía desheredar a sus hijos, lo mismo que podía tambien matarlos; posteriormente ambas cosas dejaron de estar permitidas. Se ha tratado de construir un sistema con estas inconsecuencias carentes de ética, y es su mantenimiento lo que constituye el aspecto dificultoso y erróneo de nuestro derecho sucesorio. Por supuesto, pueden autorizarse testamentos, pero el punto de vista correcto al respecto es que este derecho del arbitrio surge y crece con la disposición y el alejamiento de los miembros de la familia, y que la llamada familia de la amistad a que da lugar el testamento sólo puede aparecer si falta la familia más próxima, formada por el cónyuge y los hijos. Al testamento se une algo incómodo, pues en él declaro quiénes son aquellos por los que siento afecto. Pero esta inclinación es arbitraria; puede haber surgido de esta u otra manera, tener este u otro fundamento pueril, y se puede exigir que por ello un candidato se someta a la mayor bajeza. En Inglaterra, en la que muchos caprichos tienen su país natal, se introducen en los testamentos infinitas ocurrencias pueriles.-

### Tránsito de la familia a la sociedad civil

De una manera natural y esencialmente por el principio de la personalidad, la familia se divide en una multitud de familias que se comportan unas respecto de otras como personas concretas e independientes y por lo tanto de un modo exterior. Dicho de otra manera, los momentos ligados en la unidad de la familia, en cuanto ésta es la idea ética tal como se encuentra aún en su concepto, deben ser separados de él para que alcancen una realidad independiente; de este modo se constituye el estado de la diferencia. Expresado al principio de una manera abstracta, da la determinación de la particularidad independiente, que se relaciona por cierto con la universalidad, pero de manera tal que constituye su fundamento aún sólo interior y por lo tanto sólo aparece en lo particular de un modo formal. Esta relación reflexiva muestra, por consiguiente, en primer lugar, la pérdida de la oticidad o, puesto que ella en cuanto esencia es necesariamente aparente y constituye el mundo fenoménico de lo ético, la sociedad civil.

La ampliación de la familia como tránsito de la misma a otro principio se da en la existencia por una parte en la ampliación que desemboca en la formación de un pueblo, de una nación, que tiene por lo tanto un origen natural común, y por otra en la reunión de comunidades fa-

miliares dispersas, por la fuerza o por la unión voluntaria provocada por las necesidades que enlazan y por la acción recíproca de su satisfacción.-

## C A P I T U L O I V

### CARACTERES DE LA FAMILIA MODERNA

La familia moderna se caracteriza por ciertas notas fundamentales que se han manifestado y afianzado a través de una larga evolución. Entre esas notas deben mencionarse la monogamia, la libertad del hombre y la mujer para formar una familia, la comunidad familiar o doméstica, un principio de autoridad y el carácter de orden público de las obligaciones familiares.

#### La familia monógama.-

Se fundamenta en el matrimonio de un solo hombre con una sola mujer. Era costumbre afirmar en forma dogmática que la monogamia había sido un principio constante al través de la historia de la especie humana. Debíase a ello a que se pensaba que el hombre había aparecido sobre la tierra armado ya con todas las categorías mentales y morales del hombre actual. Sin embargo, el gran progreso de la paleontología, la antropología, la prehistoria, la arqueología y otras ciencias en el curso de este siglo, han demostrado que el pasado del hombre se remonta a más de medio millón de años y que su cerebro estuvo sujeto a una intensa evolución hasta la formación de la cultura actual. El hombre primitivo no conoció la monogamia. Las más antiguas tribus y estirpes (gentes) se gobernaron por la denominada familia consanguínea que se fundaba en

el matrimonio por grupos de parientes, es decir, que un grupo de hombres se casaba con un grupo de mujeres. Los hermanos en grupo se casaban con las hermanas en grupo. Pero el concepto de hermano tenía un sentido muy amplio, pues comprendía no solo a los consanguíneos en segundo grado, sino también a los consanguíneos en cuarto grado (primos hermanos), en sexto grado, etc. Este tipo de matrimonio fue un sistema familiar y supone un importante adelanto sobre algún sistema más antiguo o sobre un estado general de promiscuidad.

Este tipo de familia experimentó un gran progreso cuando de los matrimonios en grupo se excluyeron a los hermanos propios (en segundo grado de consanguinidad) y más tarde a los demás parientes consanguíneos. Ello supone un considerable desarrollo de las estirpes o clanes, cuyos miembros se encuentran vinculados por lazos de consanguinidad, y la formación de la costumbre de que los miembros de un clan solo pueden celebrar matrimonio con los de otro clan o estirpe. Esta es la llamada familia punalúa. Sin embargo, el matrimonio en grupo subsistía, porque el varón de un clan que se casa con la mujer de otro clan, queda casado con las hermanas de su mujer, sus primas hermanas, etc., y, a su vez, la mujer queda vinculada en matrimonio con los hermanos y primos hermanos del varón.

El nuevo sistema de matrimonio por grupos no con -

sanguíneos representa gran progreso, pues "engendra una raza más fuerte, tanto en el aspecto físico como en el mental; mezclábanse dos tribus avanzadas, y los nuevos cerebros crecían naturalmente hasta que comprendían las capacidades de ambas tribus".

Con el correr de los tiempos y la fecunda evolución de los grupos humanos, fue perdiendo importancia el matrimonio por grupos. En razón de que cada varón tenía que conseguir esposa fuera de su estirpe o gens, se llegó al rapto y a la compra de mujeres; y seguramente el raptor o comprador no estaba dispuesto a permitir que sus hermanos débiles o perezosos compartieran con él la mujer raptada o comprada; nació así la costumbre de que la mujer raptada o comprada perteneciera en forma exclusiva a un hombre. Desde luego, un hombre podía poseer en forma exclusiva varias mujeres, con lo que nos encontramos frente a la pologamia, estado precedente de la familia monógama.

Pero la pologamia no fue un estado general, sino "un privilegio de los ricos y de los grandes"; los pobres en cambio, tenían que resignarse con una mujer, si la podían sostener.

De esta manera surgió la monogamia en el estadio superior de la barbarie y como preludio del surgimiento de las primeras civilizaciones (Egipto, Sumeria, Gra -

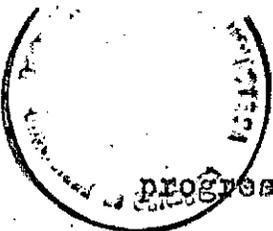
cia, Roma, etc.). Por estos tiempos se acentúa la desintegración de las sociedades organizadas a base de estipes o gens y tribus, y aparece la civilización, la que tiene como fundamento el concepto de Estado, propiedad privada y familia monógama. Esta primera familia es patriarcal por acentuarse el dominio y mando del sexo masculino sobre el femenino. La mayor parte de las naciones civilizadas han adoptado como régimen preponderante la familia monógama, excepción hecha de algunos pueblos asiáticos y del Cercano Oriente.

En efecto; el derecho musulmán acepta la tetragamia, o sea el hecho de que un hombre pueda casarse hasta con cuatro mujeres en un solo acto o sucesivamente; no se puede tomar una quinta mujer, salvo que se repudie una de las anteriores. No se permite la poliandria, o sea el derecho para la mujer de tener varios maridos. Sin embargo, la tetragamia atraviesa por una crisis. Así, el Código Civil de Turquía, de 1926, y que sigue de cerca las orientaciones del Código suizo, la suprimió, remplazándola por la monogamia. También la suprimió Argelia por la ley 25 de junio de 1963 y Túnez por la leyes de 1958 y 1964. El Código de la Familia, de Jordania, de 1951, autoriza al marido a tener cuatro esposas, pero la primera esposa puede exigir al marido no celebrar un segundo matrimonio; también en Marruecos, por la ley de 1957, se establece que la mujer puede exigir al mar:

de no celebrar un segundo matrimonio; y si lo hace, se anula el primer matrimonio. En Irán, por la ley de 1967, se dispone que el matrimonio del hombre con más de una mujer debe ser autorizado por el tribunal, autorización que puede darse si el varón tiene medios económicos suficientes.

El antiguo derecho hindú permitía la poligamia. La independencia de la India, realizada en 1947, trajo consigo cambios fundamentales en el antiguo derecho hindú. En materia de familia fue promulgado el Hindu Marriage (art. de 1955, modificado en 1946), el cual repudió antiguísimas reglas, poniendo en vigencia estas: 1a.) establecimiento de la monogamia para todas las clases (tanto las superiores como las inferiores); 2a.) permitiendo el divorcio; 3a.) ordenando que el matrimonio se instituya por el consentimiento normal de los contrayentes.

Sin duda alguna, de la monogamia se derivan grandes ventajas para la sociedad y para la familia. En primer término, la monogamia es más favorable para la conservación de la especie, por cuanto puede precisarse la paternidad de los seres humanos, cuestión que no existía o era dudosa en los regímenes anteriores de matrimonios por grupos; en segundo lugar, determina y precisa mejor las obligaciones y derechos existentes entre los cónyuges. Con razón se ha dicho que la monogamia significó un gran



progreso en el aspecto moral de la familia, pues "a dife-  
rencia del matrimonio por grupos que excluía la atrac-  
ción recíproca, hizo entonces su aparición la posibil-  
dad de elegir al cónyuge partiendo de la inclinación mu-  
tua".

De la libertad para formar una familia.-

Toda persona proviene de una familia y tiene liber-  
tad para formar otra. En general, los ordenamientos jurí-  
dicos modernos otorgan plena libertad a los hombres para  
formar su familia o abstenerse de formarla, y para for-  
marla con la persona que quieran.

Respecto a la constitución de la familia legítima,  
el hombre es libre de casarse, y es también libre de ha-  
cerlo con la mujer que escoja; la misma libertad tiene  
la mujer, e igual sucede en el concubinato o unión li-  
bre.

La familia implica la constitución de una comunidad  
doméstica.-

Marido y mujer deben vivir bajo un mismo techo. Así  
se forma la comunidad doméstica u hogar, que no es otra  
cosa que el resultado de los fines que debe realizar la  
familia, este es, comunidad corporal y espiritual de ma-  
rido y mujer. El hogar se amplía con los hijos comunes  
del hombre y la mujer, los cuales deben ser criados y e-  
ducados por los padres, y se restringe cuando los man-

cionados hijos forman un nuevo hogar, generalmente por matrimonio, y no siempre por el hecho de cumplir la mayor edad.

La comunidad doméstica de origen es una comunidad de orden económico que se denomina sociedad conyugal, y aunque por circunstancias que explicaremos más adelante es posible una comunidad de vida sin sociedad conyugal, ante las legislaciones actuales este caso es excepcional. Además, es difícil concebir la formación de un hogar o comunidad doméstica en que una total comprensión y vinculación de vidas, sin que haya comunidad de bienes, especialmente de aquellos que son fruto del trabajo e industrias de los cónyuges. La comunidad doméstica origina una división de funciones: la mujer debe encargarse de los trabajos del hogar (criar niños, cocinar, asear la casa y arreglar la ropa); el hombre en cambio, trabaja fuera del hogar. Esta división de funciones sufre una grave crisis, entre otras razones, por los movimientos de liberación o emancipación de las mujeres y su incursión y desempeño, en los últimos años, en toda clase de actividades.

#### Dirección del hogar por los cónyuges.-

La comunidad doméstica exige una dirección, la que antiguamente se otorgaba al marido. Esta dirección o principio de autoridad se manifestaba en dos formas: en primer lugar, como potestad marital, en virtud de la

cual la mujer debía obediencia al marido, estaba obligada a seguir su domicilio y a obedecer sus órdenes; en segundo término, como patria potestad, que era la autoridad que se otorgaba al padre sobre los hijos, especialmente los legítimos; y en virtud de la cual el padre podía dar las órdenes, castigarlos moderadamente y representarlos judicial y extrajudicialmente. Este principio de autoridad fue derogado y remplazado por una razonable jefatura del hogar a cargo de ambos cónyuges, según veremos más adelante.

#### Naturaleza especial de los derechos familiares.-

El hombre y la mujer tienen libertad para formar una familia, sea mediante el matrimonio, o sea mediante concubinato o simple unión libre; pero una vez formada esa familia, no dispone de mayor libertad para regular los efectos y las relaciones de orden familiar. Así, el marido no puede repudiar a su mujer ni esta abandonar a su marido; ambos cónyuges se deben mutuamente amor, fidelidad, respeto y socorro; ambos deben cohabitar bajo un mismo techo; ambos deben criar, educar y establecer a sus hijos, y estos deben a aquellos respeto y consideración en todas las circunstancias. La existencia y contenido de estos derechos y deberes no dependen del querer de quienes forman la familia, puesto que se encuentran regulados por la ley y deb en acatarse en todo momento. De ahí que cualquier contrato o convención en

virtud del cual los cónyuges se aparten de esos derechos y deberes, se tendrá como no escrito, por contrariar exigencias ineludibles del orden público y las buenas costumbres de las naciones civilizadas.

Algunos juristas, teniendo en cuenta que la naturaleza y contenido de las relaciones familiares no pueden modificarse o restringirse por quienes han sido causa de ellas, se han preguntado si no sería conveniente excluir el derecho de familia del derecho civil, y argumentan que si se considera el derecho civil como el conjunto de relaciones jurídicas que pueden formar y modificar libremente los particulares, es fuerza concluir que el derecho de familia no encaja exactamente dentro de esa noción genérica. Para reforzar esta tesis se traen a colación varios ejemplos, y así se dice que un particular puede adquirir una propiedad y deshacerse de ella si no le gusta, pero no puede hacer otro tanto si se casa, pues en caso de que ná le convenga la mujer no puede deshacerse de ella. También se traen a cuento los contratos de venta, de arrendamiento y de sociedad, en los cuales si el vendedor y el comprador, el arrendador y el arrendatario, y los socios que forman la sociedad, llegan al convencimiento de que nos les conviene el contrato, pueden arrepentirse de él y proceder a su resolución y liquidación, cosa que no ocurre con el matrimonio, en el cual el marido y la mujer no pueden pro

ceder a resolverlo o liquidarlo si llegan a la conclusión de que se equivocaron y de que no les conviene.

Siguiendo estos argumentos, importantes autores modernos consideran necesario separar el derecho de familia del derecho civil. Con todo y eso no parece que los legisladores actuales se muestren muy preocupados por estas observaciones en el fondo exactas, y por ello el derecho de familia ha continuado formando parte del Código Civil, aunque en un libro separado, en las legislaciones más modernas, no así en el Código Civil colombiano, que regula lo relativo al régimen de la familia en distintos libros.

Con más exactitud, puede decirse que el régimen de la familia se caracteriza por su contenido social y de orden público, no obstante lo cual, forma parte del derecho civil.

Evolución de algunas de las características enunciadas.-

El establecimiento de una comunidad de vida (hogar, comunidad doméstica), cuyos sujetos son un hombre y una mujer, y más tarde los hijos; la monogamia; la dirección de la comunidad doméstica por marido y mujer y más tarde los hijos; los fines y naturaleza especial de las relaciones familiares, son características que siguen sirviendo de fundamento al derecho familiar mo-

derno. No sucede lo mismo con las relativas a la libertad para formar una familia y el principio de autoridad. Existe la tendencia a crear impedimentos de orden eugenésicos, los que necesariamente establecen límites a la libertad; igualmente, se agudiza la tendencia a dar la dirección del hogar en forma solidaria e igualitaria al marido y a la mujer, prescindiéndose del antiguo mando absoluto a favor del marido.

Restricción de la libertad para formar una familia en virtud de impedimentos eugenésicos.-

¿Debe el legislador estar ausente en la constitución y funcionamiento de la familia? La respuesta tiene que ser negativa, pues hay sobrada razón para afirmar que la total autonomía en la constitución de la familia contradice la reglamentación misma de los efectos que debe producir y los altos fines morales y políticos que debe cumplir.

Ante todo, se afirma que debe limitarse la libertad matrimonial en cuanto a las condiciones que debe reunir los candidatos al matrimonio, para que éste sea socialmente útil e impida uniones anormales, destinadas a procrear descendencia también anormal. Hoy día es posible controlar suficientemente las buenas o malas calidades de quienes se casan, sobre todo las encaminadas a engendrar hijos en buenas o malas condiciones. En 1869 apare-

ció una nueva ciencia: La eugenesia. Su fundador, Galton, la definió como "la ciencia que tiene por objeto el estudio de los factores que pueden mejorar e debilitar los caracteres hereditarios de las generaciones futuras". Más exactamente, se ha dicho que es "la ciencia que estudia las leyes de la generación, con el objeto de prevenir las degeneraciones y obtener el mejoramiento de la especie humana". Varios países del mundo ha establecido impedimentos eugenesicos, los que en general, son controlables mediante el certificado prenupcial.

Noruega (ley del matrimonio, de 1918, modificado por ley de 1949), Suecia (ley de 1922 y ley de esterilización, de 1935), Finlandia (ley de 1929) han establecido como impedimentos para el matrimonio: la epilepsia, las enfermedades venéreas contagiosas, la tuberculosis.

En México, Perú, Guatemala, Paraguay, Chile, Panamá (ley de 1956) y otros países, se prohíbe el matrimonio de los enfermos no hábiles para engendrar hijos sanos y exigen en los candidatos al matrimonio el certificado prenupcial.

En veintisiete Estados de los Estados Unidos se ha autorizado oficialmente la esterilización preventiva de personas que puedan crear hijos con enfermedades mentales; otra tanto se ha hecho en Japón. Además se prohíbe en algunos Estados el matrimonio de los epilépticos y

de los que padecen enfermedades venéreas. En la mayoría se exige el certificado prenupcial o una declaración jurada de encontrarse sanos (solo en 11 Estados no se exige).

Los impedimentos eugenésicos representan una limitación a la libertad matrimonial, la que sufre una grave crisis en el mundo actual, semejante a la sufrida por las demás libertades. Sin duda, la libertad matrimonial debe limitarse controlando las condiciones biológicas que deben reunir los que pretenden casarse. Ningún estado moderno puede permanecer indiferente ante el progreso o retroceso del conglomerado humano que debe gobernar, ya que un buen sistema de gobierno solo puede realizarse sobre una sociedad de hombres sanos, capaces para el trabajo, progresistas y de mediano equilibrio mental. El más perfecto sistema de gobierno encalla cuando los gobernados son ineptos para convivir o para trabajar, o cuando carecen de las aptitudes naturales para asimilar las reglas de la civilización.

#### La dirección del hogar por el marido y la mujer.-

Es indiscutible que la comunidad doméstica, formada por marido y mujer, necesita de una dirección, esto es, de un principio de autoridad; pero el contenido de este principio ha variado con el correr de los tiempos y ha sufrido mudanzas fundamentales.

Entre los romanos, el marido tenía una potestad aboluta tanto sobre la persona y los bienes de la mujer como de sus hijos, pues que la mujer era considerada como hija del marido (loco filiae) y carecía de todo poder de decisión en el gobierno del hogar. Respecto a los hijos, se hacía más ostensible esta autoridad, ya que el padre podía venderlos, castigarlos sin ningún límite, y tomaba para sí, en un principio, los bienes que adquiría el hijo. De esta suerte, el pater familias estaba dotado de poderes extraordinarios y era un pequeño estado dentro del Estado.

A partir del siglo VI comenzó a sufrir menoscabo esta autoridad suprema del pater familias, lo cual, fue precipitado por dos hechos antagónicos y decisivos en la vida del Imperio Romano. En primer lugar, el relajamiento de las costumbres, debido a las nuevas riquezas conquistadas por el Imperio, tornó precario el poder del padre de familia, y así se hizo frecuente el matrimonio sine manu, es decir, que la mujer no entraba a formar parte de la familia del marido; aumentó y se difundió el adulterio, mientras se multiplicaban los divorcios y decrecía la natalidad. En segundo lugar, el cristianismo, con sus nuevas ideas, mitigó el antiguo mando supremo del marido sobre la mujer, y al predicar amor y comprensión mutuos, redujo a sus justas proporciones la autoridad del padre sobre los hijos.

Y este derecho romano, transformado, como lo acabamos de indicar, ejerció profundo influjo en la elaboración de la mayor parte de los códigos sancionados en el siglo XIX. Por ello, en estos códigos la autoridad que ejerce el marido sobre sus hijos y sobre su mujer, tiene como contrapartida un cúmulo de obligaciones y deberes; no es absoluta y su espíritu está inspirado por los propios fines de la institución familiar.

Y no sería necesario hacer más consideraciones si no existiera la circunstancia especial de que nuevos movimientos políticos y sociales sostienen la tesis de que se debe acabar, de una vez por todas, con la autoridad del marido. En efecto, los corifeos de esas tendencias preguntan: ¿Por qué no organizar la familia sin la tradicional potestad marital y paterna? Y responden que esto es perfectamente posible. He aquí, en síntesis, lo que proponen: marido y mujer decidirán de común acuerdo todas las cuestiones que atañen a la marcha del hogar y a la educación y crianza de los hijos; en caso de desacuerdo, recurrirán al juez para que resuelva la diferencia.

Pero la más recia y fecunda influencia sobre la supresión de la potestad marital ha venido del marxismo - leninismo. Marido y mujer deben ser dos camaradas que, dentro de un espíritu de comprensión y mutuo amor, resuelven todos los problemas conyugales. En este senti-

do, la nueva legislación matrimonial soviética de 1944, la ley del matrimonio de la República Popular China de 1950 y los nuevos códigos civiles de Hungría, Checoslovaquia, Cuba, colocan en un mismo pie de igualdad los derechos de la mujer y del marido.

Leyes recientes de la República Federal Alemana (1957), de la República Democrática Alemana (1950) y Francia, han proclamado el principio de la igualdad de sexos en el matrimonio. Fuera de estos países, una igualdad total de derechos en el matrimonio existe en Inglaterra, en Estados Unidos y los países nórdicos de Europa (Finlandia, Suecia, Noruega, Dinamarca e Islandia) y últimamente en Colombia.

Mediante el decreto 2820 de 1974 se estatuyó, para el derecho familiar colombiano, la total igualdad de derechos y deberes entre varones y mujeres. El antiguo art. 176 del Código establecía: "El marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido". Este concepto general de obediencia de las mujeres a sus maridos tenía cumplido desarrollo en estos otros textos legales: la obligación de la mujer de vivir con su marido y a seguirlo dondequiera que traslade su residencia (art. 178); la obligación de la mujer de seguir el domicilio del marido (art. 87); la potestad marital que tiene el marido sobre la persona de la mujer (art. 177). Además, el gobierno del hogar y la dirección y mando se

re los hijos (patria potestad) se otorgaba al marido con exclusión de la mujer, pues esta lo podía ejercer solo a falta de aquel (art. 288 y s.).

Así, pues, el decreto 2820 de 1974 suprimió en forma total todo concepto de obediencia de la mujer al marido; por lo tanto, hoy día las mujeres casadas no tienen como domicilio el del marido, ni están obligadas a seguirle a donde traslade la residencia; también se derogó la potestad marital y se la reemplazó por una dirección dual del hogar, que ejercen conjuntamente dentro de un plano de igualdad marido y mujer (nueva red. del art. 177); y en cuanto a la patria potestad (potestad parental), esta será ejercida conjuntamente por ambos cónyuges; en el mismo sentido el cuidado personal de los hijos, el derecho de corregirlos, escoger su educación, etc., son facultades que se han otorgado a marido y mujer.

¿Qué hacer cuando los cónyuges no se ponen de acuerdo en cuanto al escogimiento de la residencia, dirección del hogar, educación y corrección de los hijos? Habiendo perdido el marido en forma total todo poder de decisión, hubo necesidad de trasladar ese poder a los jueces. En consecuencia, toda disputa, todo desacuerdo en la dirección de la familia será decidida en última instancia por el juez.

Pero-este problema de la igualdad jurídica de mardo y mujer en la dirección del hogar y la educación de los hijos, es solo una parte de una mayor: el de la emancipación o liberación de la mujer, el cual abarca no solo el plano jurídico (igualdad simplemente formal), sino especialmente el plano económico, cultural, familiar y social. Los movimientos de liberación se traducen en una franca rebeldía de las mujeres frente al gobierno que los hombres vienen realizando de la escena -  
mía, de la sociedad y de la cultura. Los grandes logros de nuestra civilización, las creaciones máximas de la historia, han sido realizadas por el hombre; ¿por qué la mujer ha sido siempre una invitada de piedra: porque carece de historia?

Al lado de las revoluciones socialistas de la clase obrera para emanciparse de la clase capitalista, existe y se hace presente en nuestros días, una segunda revolución: la del sexo femenino contra el sexo masculino. Esta revolución amenaza transformar la familia en su propia estructura.

Fenómenos nuevos que modifican la estructura de la familia.-

En estos últimos años se han presentado varios fenómenos que tratan de modificar la estructura de la familia y que en algunos casos llegan hasta a amenazarla en su propia existencia. De estos fenómenos, fruto de

la civilización moderna, deben hacerse resaltar los siguientes: 1º) el excesivo aumento de la natalidad en los países subdesarrollados; 2º) la disminución de los matrimonios y el aumento de la unión libre; 3º) los adelantos de las ciencias biológicas y su posible influencia en la familia tradicional; 4º) la liberación del aborto.

El excesivo aumento de la natalidad.-

La familia en los países subdesarrollados se caracteriza por el excesivo aumento de la natalidad. Podemos seleccionar cinco de estos países cuyo ritmo de aumento de su población es superior al 3.2%: Pakistán, Nigeria, Colombia, Tailandia y Ecuador. Aproximadamente cada 25 años se dobla la población en dichos países. Así, Colombia, si no disminuye su actual ritmo de aumento de población, tendrá para el año 2020 noventa y siete millones de habitantes (suponiendo que su población actual sea de 25 millones). Al lado de este excesivo aumento de natalidad nos encontramos con países ampliamente desarrollados en donde se intensifica una disminución del aumento de la natalidad. También podemos seleccionar cinco de esos países: Estados Unidos, Unión Soviética, Alemania, Inglaterra y Suecia (y además países nórdicos de Europa). Para Estados Unidos se calcula que es del 1% anual su aumento de población, con tendencia a una baja al 0.8% para el año 2000; Alemania tiene actualmen-

te un aumento del 0.2%, con tendencia a una baja al 0% para el año 2000; Inglaterra tiene un ritmo de aumento del 0.1%, con tendencia al 0% en el año 2000 (y lo mismo acontece con los demás países nórdicos de Europa: Irlanda, Dinamarca, Holanda).

Si un país tiene una tasa de aumento de población del 1%, indica ello que su población actual se doblará dentro de cien años; si la tasa de aumento es de 0.2% (caso de Alemania y otros países), la población actual se doblará dentro de quinientos años; y si la tasa es del 0%, la población permanece estable, no aumenta.

La tasa o ritmo de crecimiento lo da el promedio de la cantidad de hijos que tiene cada mujer (dentro de matrimonio y fuera de él). Suponiendo que todas las mujeres de Colombia fueran casadas y que el máximo de hijos habidos en cada matrimonio no fuera superior a 4, el ritmo de aumento necesariamente sería inferior al 1%.

Tiene interés comparar el producto nacional bruto per cápita en el momento actual en los países indicados y su posible proyección para el año 2000.

a) En los cinco países más desarrollados ( en dólares) :

	Actual	Año 2000
Estados Unidos	3.860	4.760

Unión Soviética	1.410	1.880
Alemania	2.510	5.150
Inglaterra	2.180	3.570
Suecia	3.535	8.679

b) En los cinco países subdesarrollados (en dólares) :

Colombia	298	359
Nigeria	94	125
Pakistán	109	200
Tailandia	170	402
Ecuador	260	304

Los datos expuestos y su posible proyección para el año 2000 son, desde luego, imaginarios y se supone que sean inmodificables al ritmo de crecimiento de la población y de la tasa de aumento del producto nacional bruto per capita, pero ellos nos da una idea general de cómo el excesivo aumento de población (especialmente cuando es superior al 3%) va en razón inversa al desarrollo de las entradas económicas de que dispondrá en promedio cada persona. Así, mientras Alemania o Suecia no aumentará en forma sensible su población para el año 2000, su producto nacional per capita aumentará en mucho más del 100%.

De las breves observaciones hechas ha surgido una tesis, consistente en afirmar que la pobreza y atraso de los países subdesarrollados se debe al excesivo au-

mento de su población y que, por tanto, es necesario limitar el número de hijos que deben procrearse en la familia.

A esta tesis se ha respondido con otra más realista, según la cual, el estado de pobreza es el causante de una excesiva explosión demográfica; que los países subdesarrollados deben preocuparse por salir del subdesarrollo, y luego planificar razonablemente el ritmo del aumento de su población. En efecto, la familia suele tener demasiados hijos, a quienes no puede criar y educar convenientemente, y ello debido a falta de responsabilidad y cultura. En último término, por falta de suficientes recursos económicos muchas gentes no reciben la instrucción adecuada que les enseñe a afrontar ciertas responsabilidades y deberes frente a la vida familiar.

Estado actual del control de la natalidad.- La civilización actual ha creado procedimientos efectivos para planificar el número de hijos que se deben tener, mediante una intensa campaña de divulgación de métodos anticonceptivos. Entre estos se encuentran el uso de píldoras y de aparatos intrauterinos.

Las píldoras han alcanzado el favor de grandes masas de la población. Así, en Estados Unidos se estima que hoy día unos 10 millones de mujeres las usan, en relación con 39 millones de mujeres que se encuentran en

edad fértil. No disponemos de estadísticas o de cálculos aproximados para saber qué cantidad de mujeres las usan en Colombia, pero es de advertir que se han popularizado mayormente entre las mujeres de la clase alta y media, y que aún no se las ha hecho conocer a las campesinas y mujeres de condición humilde. En todo caso, la mujer colombiana quiere tener menos hijos; dejó de ser signo de honor la prole muy numerosa.

Advierten Kahn y Wiener que dentro de quince años, aproximadamente, se habrá convertido o estará a punto de convertirse en fenómeno universal el control de la natalidad con técnicas superiores a las de hoy. Estas técnicas perfeccionadas (píldoras, inyecciones, aparatos intrauterinos, etc.) serán mucho más baratas y al alcance, por tanto, de gentes demasiado pobres; además, lo más probable es que sean patrocinados por el gobierno.

Disminución del matrimonio y aumento de la unión libre

Este fenómeno aumenta en Colombia, especialmente en ciertas regiones, donde muchas personas prescinden del matrimonio y recurren a una simple unión libre. Como consecuencia de dicho fenómeno, la cantidad de hijos extramatrimoniales (o naturales) crece sin cesar y constituye hoy por hoy, un alto porcentaje con respecto al de los hijos matrimoniales o legítimos. Sin duda, algunas de las causas de este problema son: a) el control que de la

jurisdicción matrimonial venía ejerciendo virtualmente la Iglesia Católica, pues, conforme al concordato de 1887, todo bautizado debía casarse por lo católico (normas del Código de Derecho Canónico); la jurisdicción estatal o civil solo estaba al alcance de los infieles; b) como natural consecuencia, la misma indisolubilidad del matrimonio, pues la Iglesia, desde el Concilio de Trento, no tolera el divorcio. De ahí que todos los matrimonios católicos que por una u otra causa fracasan, dan lugar a una separación de cuerpos, de hecho, y al no poder los separados en esta forma casarse, se ven compelidos a establecer una relación de amancebamiento o concubinato.

Por ello, el Estado colombiano, preocupado por estos graves hechos, ha recurrido últimamente a los siguientes posibles remedios: 1º) igualar, a partir de la expedición de la ley 45 de 1936, y recientemente con la ley 29 de 1982, los derechos de los hijos extramatrimoniales a los de los matrimoniales, o legítimos; 2º) asumir el control de la jurisdicción matrimonial, lo cual se ha hecho en virtud de la ley 20 de 1974 (aprobatoria del concordato de 1973), y que permite que toda persona pueda casarse por lo civil; 3º) estableciendo el divorcio para todos los matrimonios celebrados civilmente (ley 1a. de 1976).

En todo caso, el aumento de la unión libre en Co -

Colombia enseña muy a las claras el fracaso del matrimonio como regulador de la procreación de seres humanos.

En Guatemala, las uniones libres o estado de concubinato sobrepasaban las uniones matrimoniales; por este motivo, el Código Civil de 1964 (arts. 88, párr. 3º, y 187) se vio obligado a establecer que los concubinatos que reúnan ciertas condiciones, producen los mismos efectos que el matrimonio, menos los concubinos elevados a la categoría de esposos.

El mismo problema se presentaba en Cuba, y ese fue el motivo para que el nuevo Código de la Familia, aprobado el 8 de marzo de 1975, elevara a matrimonio las uniones libres que reúnan los requisitos de singularidad y estabilidad (art. 18). Dichas uniones libres (concubinato) podrán obtener ante el tribunal competente el reconocimiento de unión matrimonial, la que retrotraerá sus efectos a la fecha de iniciación de la unión. (art. 19). Este tipo de matrimonio por comportamiento o matrimonio por sentencia judicial, es la única solución para un país en donde gran número de personas se rebelan contra la institución matrimonial. ¿Se encuentra Colombia ad portas del establecimiento del matrimonio por comportamiento?

La inseminación artificial y el progreso de las ciencias biológicas

El hombre contemporáneo ha arrebatado gran número

de secretos a la materia, y sus investigaciones han llegado a tal punto en el campo biológico, que muchos de los secretos de la vida han dejado ya de serlo. Así, la inseminación artificial, que hasta hace algunos años se le aplicaba a los animales, comienza a aplicarse a los seres humanos; la selección de las especies mediante cruzamientos adecuados, puede aplicarse a los hombres, y la perfección de la sexualidad mediante hormonas es un hecho cumplido. En los laboratorios es posible ya analizar los primeros gérmenes antes de la inseminación, a fin de desechar los ineptos y conservar los aptos para procrear seres física y mentalmente sanos.

Se indica que las mutaciones genéticas tienen un signo eugenésico negativo y uno positivo. El primero trata de corregir los caracteres genéticos defectuosos; el positivo pretende desarrollar un tipo humano notablemente mejorado y más perfecto. La eugenesia negativa es admitida por todos los biólogos y tiende a reducir a su mínimo las anomalías y enfermedades adquiridas hereditariamente. En cambio, en cuanto a la eugenesia positiva se preguntan los especialistas: ¿Cuál es el tipo medio de hombre que se desea para el futuro? Los expertos en genética se reservan el derecho de crear determinados caracteres humanos, pero ¿quién controlará a estos expertos?

No es posible prever exactamente todas las repercusiones

siones que puedan tener en el derecho de familia estos progresos realizados en los últimos tiempos por la ciencia biológica, pero sí pueden enunciarse algunas de ellas.

En general, la procreación siempre ha estado fundada en una comunidad de vida, que ora ha sido estable y vitalicia, como en el matrimonio y en el concubinato perpetuo, ora transitoria, como en ciertas uniones libres y en los concubinatos inestables; pero siempre en una comunidad de vida que hace posible determinadas relaciones sexuales entre marido y mujer o entre concubinos, y que conduce a la procreación de seres humanos.

Empero, la inseminación artificial hace prever cambios fundamentales en esta concepción, ya que puede hacer innecesaria la comunidad de habitación e inútil el hogar como ambiente indispensable de la procreación. Reemplazado el hogar por el laboratorio, quedarán destruidas las formas de pensar y de sentir que orientan las costumbres actuales, y así el carácter sagrado de la intimidad y la libertad de la persona humana "perderán la conciencia jurídica moderna una gran parte de su antiguo sentido".

Graves consecuencias para la familia acarrea el hecho de que la mujer moderna se le pueda decir: usted puede tener hijos y cumplir sus naturales sentimientos de madre sin las complicaciones de una civilización que la

xige la formación de un hogar, de una familia, del cumplimiento de una serie de deberes y obligaciones; le basta acercarse a un laboratorio de semen y, bajo la garantía de expertos, hacerse fecundar o inseminar, sin saber siquiera de qué hombre proviene el semen y con la seguridad de procrear seres sanos, normales y aptos para vivir en comunidad. Este hecho no solo implica tremendo golpe a la familia, sino la destrucción de ciertos derechos o situaciones fundadas en las buenas costumbres y que constituyen las coordenadas fundamentales de la actual organización familiar, como es el honor del grupo. De esta suerte, el ser madre se convertiría en una simple función biológica, y muchas mujeres que no pueden procrear podrían llegar a hacerlo.

Algunos juristas, al examinar estos progresos de la genética y de la inseminación, han dado la voz de alerta, y mientras advierten que el matrimonio lleva en sí riquezas morales, espirituales y poéticas que no tiene la inseminación artificial, afirman que la institución de la familia y del matrimonio debe conservarse como el medio más adecuado para perpetuar la raza humana, y que el derecho debe ponerse en guardia ante las conquistas de las ciencias biológicas y regularlas debidamente.

En general, debe estimarse que las preocupaciones de los juristas y hombres de ciencia por los progresos

de la inseminación artificial y de las mutaciones genéticas son, en gran parte, infundadas.

En cuanto a la inseminación artificial en sí, no hay duda que habrá mujeres que recurran a ella, ya por prescripción médica (en razón de la defectuosa conformación de sus órganos sexuales) ya por el hecho de querer evitar todo contacto sexual con el hombre. Las unas y las otras serán siempre una minoría que revelan una anomalía de tipo orgánico o de orden síquico. Pero la familia propiamente tal seguirá constituyéndose con hombres y mujeres normales. ¿Quién podrá poner en tela de duda o discusión, teniendo en cuenta la actual naturaleza humana, que el mejor detonante o excitante de tipo sexual y efectivo para la mujer es el hombre? Para el hombre medio es igualmente la mujer el principal ser capaz de permitir el desarrollo de su personalidad afectiva y sexual. A lo que debe agregarse que la atracción de hombre y mujer es algo más que la aproximación de órganos sexuales, pues representa, ante todo, el perfeccionamiento y complementación de la personalidad humana; y estas facetas del amor no pueden ser suplidas por la inseminación artificial. Con razón se advierte que una tendencia constante de los sexos opuestos es, principalmente, la satisfacción de necesidades psicológicas, las que consisten en el afecto, seguridad y adecuada correspondencia emocional.

## El derecho de interrupción del embarazo (Aborto)

El aborto o interrupción provocada del embarazo está prohibido en Colombia. El Código Penal prevé sanciones para la mujer que se lo cause y para la persona que en él intervenga. (arts. 343 a 345). La Iglesia Católica ha sido constante y severa en prohibir el aborto. El varo Pandiño Franky, en su obra El Aborto, recoge y selecciona documentos del magisterio eclesiástico sobre el problema. En el Concilio Vaticano II se advierte: La vida, desde su concepción, ha de ser salvaguardada con extremos cuidados; el aborto y el infanticidio son crímenes horrendos.

Hoy día en el mundo contemporáneo, se presenta una aguda contradicción entre la idea y la realidad, entre la moral acrisolada de los teólogos católicos y la manera como piensan y obran las personas, especialmente las mujeres. Los países que prohíben legalmente el aborto se encuentran ante el hecho de que, pese a la prohibición, no obstante este se practica en forma clandestina, efectuado por parteras o mujeres carentes de conocimientos sobre la gestación del ser humano, lo que trae mayores perjuicios para la futura salud de la mujer; muchos perjuicios podrían evitarse si se liberara el aborto en determinadas condiciones, ordenando que solo lo puedan practicar médicos competentes. Mala política legislativa es la de enfrentarse a una realidad que no se

puede modelar y en relación con la cual la norma jurídica es violada día tras día. La buena política legislativa consiste en regular los hechos, servir a la realidad en las mejores condiciones y en interpretar las tendencias humanas, a fin de darles una satisfacción racional.

He aquí dos principios opuestos: el de la Iglesia: todo aborto es un crimen; el de la realidad psicológica de la mayoría de las mujeres en los países civilizados: la mujer debe tener libertad para ser o abstenerse de ser madre. En relación con hijos no queridos o no deseados, la mujer no puede ser obligada a ser madre, pues ello iría contra un derecho fundamental de la personalidad: la maternidad debe ser querida, en ningún caso forzada. Por tanto, solo es madre la mujer que quiera serlo. Este derecho tiende a ser reconocido en las más actuales legislaciones de los países civilizados.

Dos clases de legislaciones deben distinguirse a este respecto: un grupo, que admite la liberación o permisión del aborto solo para ciertos y determinados casos; otro grupo, que lo autoriza mediante una fórmula general.

#### Primer grupo de legislaciones

Dentro de los sistemas casuísticos se mantiene en general la prohibición del aborto, pero se admite excepcionalmente para ciertas hipótesis. Nos encontramos aquí con el denominado aborto terapéutico y que es admitido

en Suiza únicamente para los casos de grave peligro que amenacen la salud física o mental de la madre; también con la novísima ley del Estado de Israel, que lo admite igualmente cuando existe el peligro de que el niño nazca con una malconformación grave (física o mental).

Pertenecen a este grupo aquellas que admiten el aborto o interrupción del embarazo no solo para motivos terapéuticos sino también por razones eugenésicas o morales, como es el caso de la nueva ley, del 26 de abril de 1968, de la Gran Bretaña. En efecto, esta ley permite la interrupción del embarazo : a) para preservar la vida o salud física o mental de la madre; b) cuando se presenta un grave riesgo en el feto por anomalía grave; c) también para evitar el causar perjuicio a los hijos ya nacidos en la familia. Así, si una mujer ha tenido tres o cuatro hijos, un cuarto o quinto hijo puede representar un riesgo grave consistente en que no pueden ser educados y alimentados debidamente todos los hijos, caso en el cual se autoriza el aborto.

#### Legislaciones no casuísticas

Se caracterizan por autorizar el aborto mediante fórmulas generales, por ejemplo, en los estados de angustia, los cuales pueden ser de orden económico, social, moral, etc.

Varias leyes modernas se inscriben dentro de este cuadro.

La ley francesa n.ºm. 75-17, del 17 de enero de 1975, autorizó la interrupción del embarazo en dos casos: 12 si tuación de angustia, y 22 por motivos terapéuticos.

12) Estados de angustia (détresse).- Estos estados puedan ser producidos por razones de honor, excesiva pobreza, violencia, seducción, aberración a la maternidad, etc.

Esta ley estuvo precedida por el proyecto del gobierno de Messmer y por la proposición de la ley Peyret de 1970, y que solo autorizaban la interrupción del embarazo en tres casos: el primero, peligro para la salud física, mental o síquica de la mujer, ya en forma inmediata o por complicaciones lejanas; el segundo, por riesgo de malconformación congénita o fetal; el tercero, para los casos de embarazo a consecuencia de un acto de violencia, o de un acto criminal o de incesto. A este proyecto siguió otro en el que fueron abandonados los casos del primero por los inconvenientes que presentaba. Se estimó que era muy difícil, si no imposible, prever de manera satisfactoria todas las hipótesis que debían fetenerse a fin de condenar y sancionar los abortos clandestinos. Además, se tuvo en cuenta la dificultad de la prueba. Este último proyecto fue el que se convirtió en ley.

El art. 12 de la citada ley estatuye: "La ley garantiza el respeto a todo ser humano desde la concepción. No podrá violarse esta regla sino en caso de necesidad y

según las condiciones definidas en esta ley". El art. 2º suspende por cinco años las disposiciones del Código Penal que sancionan el aborto "cuando la interrupción voluntaria del embarazo se practica antes del fin de la decima semana por un médico en un hospital público o privado...".

Tres condiciones son esenciales para que pueda interrumpirse el embarazo sin incurrir en sanciones penales: a) estado de necesidad (angustia) b) plazo dentro del cual debe practicarse; c) el lugar donde debe realizarse.

En cuanto a la primera condición, esta es definida por la misma ley así: "La mujer encinta cuyo estado la haya colocado en una situación de grave angustia (détresse) puede solicitar de un médico la interrupción del embarazo..." (art. 162-1 del Código de la Salud Pública, según la redacción de la ley que es objeto de comentario). Cualquiera estado de angustia se tiene en cuenta; aquí se pueden dar simplemente algunos ejemplos: la preservación del honor, (ante todo, en tratándose de mujeres solteras o viudas), el estado de extrema pobreza, la imposibilidad de criar y educar al nuevo ser humano, cualquier aprehensión o miedo frente a la maternidad, y toda otra situación que implique graves dificultades para la mujer su estado de embarazo.

¿Quién aprecia la situación de angustia de la mujer

embarazada? La reforma radical de la nueva ley consiste en señalar que la misma mujer que padece el estado de angustia debe decidir si recurre o no a la interrupción del embarazo. El profesor Roujou de Boubée dice al respecto: "El estado de angustia es apreciado por la interesada y solo por ella; es ella la que en consecuencia juzga soberanamente si se encuentra en una situación de tal naturaleza que pueda justificar el recurrir al aborto". También Cañllavet expuso en el Senado que el punto cardinal de la reforma consiste en que la situación de angustia solo puede ser interpretada y apreciada por quien la experimente o vive; ni un abogado o médico pueden colocarse en el mismo puesto de la mujer angustiada. Natural consecuencia de lo expuesto es que la mujer no está obligada a expresar al médico o a otra persona su situación de angustia, o sean, los motivos que tiene para recurrir al aborto; aquella situación permanece en la intimidad de la conciencia de la mujer embarazada.

De donde es lógico deducir que la interrupción del embarazo se encuentra al alcance de mujeres que simplemente no quieren ser madres, estado que se da desde luego con concebidos no queridos o deseados. Todo niño debe ser querido y deseado por la madre; solo con seres queridos pueden cumplirse las naturales obligaciones de crianza, cuidado y educación.

En cuanto a la segunda condición, la mujer debe ha

erse practicar la interrupción del embarazo antes del fin de la décima semana en hospital público o privado. ¿Que sentido tiene este plazo de diez semanas, o sea 70 días? En primer lugar, un término de diez semanas, o sea 70 días, es suficiente para que la mujer sepa con seguridad que se encuentra embarazada y para que medite si resuelve o no aceptar su nuevo estado o suprimirlo; en segundo lugar, el desarrollo del feto en dicho término no es muy leve; y, principalmente, la interrupción del embarazo es más fácil, pues toleña la aplicación del método Karman, o sea, mediante la simple aspiración del contenido uterino; además, en ese término se eliminan los peligros futuros de orden físico o síquico de la mujer.

En cuanto a la tercera condición, se exige que la interrupción del embarazo se practique en un establecimiento hospitalario público o privado, previa la autorización del médico a quien inicialmente se solicitó la operación y previas ciertas informaciones que deben suministrarse a la embarazada acerca de los derechos de protección social que le asegura el Estado. Esta es, desde luego, una de las condiciones más importantes; por cuanto la nueva ley pretende no solo prohibir los abortos clandestinos, sino, de manera especial, controlar el que no se sigan practicando; además, la interrupción es efectuada por médicos competentes y en las mejores con-

diciones de orden técnico. La nueva ley respeta la libertad de conciencia del médico a quien se solicita su intervención, al permitirle abstenerse de dirigir y controlar la interrupción del embarazo, caso en el cual así lo debe manifestar desde la primera petición, a fin de que la solicitante escoja otro médico.

22) Motivos de orden terapéutico.- La ley francesa del 17 de enero de 1975, libera en condiciones relativamente amplias la interrupción terapéutica del embarazo. Bien sabido es que en Francia, por el art. 161-1 del Código de la Salud Pública, se autorizaba el aborto únicamente con el fin de salvar la salud de la madre gravemente amenazada. Los enemigos del aborto afirmaban que el procedimiento técnico de aquel texto legal se encaminaba a salvar la vida de la madre, en manera alguna a la realización del aborto. La nueva ley, al dar una nueva redacción al art. 162-12 del citado código, autoriza la interrupción del embarazo no solo cuando representa un grave peligro para la salud de la mujer, sino también cuando existe notoria probabilidad de que el que está por nacer padecerá de afección grave estimada como incurable en el momento de hacer el diagnóstico.

En cuanto se relaciona con la mujer, debe tenerse en cuenta no solo el peligro de la vida autoriza la interrupción del embarazo, sino también cualquier peligro en la salud (orgánica o mental).

En general, la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos exige estas condiciones: en primer término, una infección grave y la ninguna posibilidad de su curación en el momento del diagnóstico; en segundo término, que la probable existencia de la infección sea certificada por dos médicos, después de ser discutida por ellos mismos; finalmente, que se lleve a cabo en un hospital público o privado. En cuanto al tiempo, no se impone límites o sea que, puede realizarse en cualquier tiempo.

Al lado de la ley francesa del 17 de enero de 1975, debenn mencionarse estas otras, que autorizaban la interrupción del embarazo no solo por motivos terapéuticos, sino también por razones diferentes, especialmente cuando la embarazada quiere suprimir semejante estado.

En primer lugar, las de todos los países socialistas: Cuba, U.R.S.S., China Comunista, Alemania Democrática, Polonia, Checoslovaquia, Hungría, Yugoslavia, Rumania, Bulgaria, Corea del Norte, Vietnam, etc. En cuanto a la unión soviética, debe recordarse que el aborto fue autorizado con toda libertad entre 1917 y 1926; fue limitado entre 1926 a 1936; se prohibió entre los años de 1936 a 1954; de 1954 en adelante se autoriza bajo ciertas reservas.

En segundo lugar, el Japón y otros países asiáticos -

En tercer lugar, los países nórdicos de Europa: Suecia, Dinamarca, Noruega, Holanda, Islandia.

En cuarto lugar, los Estados Unidos. Es de tenerse en cuenta una decisión proferida el 22 de enero de 1973 por la Corte Suprema, que ha reconocido a la mujer el derecho a la interrupción del embarazo, el cual es considerado como uno de los elementos del right of privacy. La interrupción debe hacerse dentro de los primeros seis meses. Sin embargo, entre el tercero y el sexto mes, el legislador de cada Estado puede exigir que sean respetadas ciertas condiciones particulares destinadas a proteger la salud de la madre.

En quinto lugar, Austria: ley del 19 de enero de 1975.

En sexto lugar, Italia. Por reciente ley de 1978 es permitido el aborto a la mujer dentro de los primeros cuarenta días a partir de la concepción, en los casos de peligro grave para la salud física o síquica de la madre, provocado por su estado de salud, sus condiciones económicas, o por temor de anomalías en el futuro hijo.

La situación del aborto en Colombia.- El aborto clandestino se practica en el país en proporciones verdaderamente escandalosas. Según publicaciones recientes de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina (ASCOFA -

ME), PROFAMILIA y la Organización Mundial de la Salud (OMS) la cantidad aproximada de abortos asciende a 250.000 al año. En solo Bogotá se practican entre 80 a 90 mil abortos anuales. Según investigaciones realizadas en las grandes ciudades del país, "casi todas las mujeres que abortan son de avanzada edad, casadas o rejuntadas, madres de varios hijos para quienes el aborto es la única solución ante una situación económica desesperada. La imagen clásica de la adolescente soltera... en busca de una salida para su desliz, existe, sin duda, pero en proporción mucho menor". Lo más crítico de la situación estriba en el empleo de métodos populares abortivos para las madres de escasos recursos: la sonda flexible montada sobre una varilla de paraguas, la aguja de tejer, toda clase de chuzos, clavos, mechas, cánulas, alambres; hierbas, drogas, etc. Se calcula que unas 1.500 madres mueren a causa del empleo de tan rudimentarios sistemas abortivos. En el año de 1954 por cada 8 nacimientos existía un aborto; en 1964 aumentó en forma sensible esta proporción; hoy en día la proporción tiende a ser un aborto por cada nacimiento. Si se hicieran efectivas las penas previstas en el Código Penal para la mujer que causa su aborto o para quienes participan en él, "sería este el delito de más alto índice y las cárceles estarían repletas de mujeres que abortaron, y de médicos, cirujanos, enfermeras o parteras que practicaron los abortos".

¿Debe legalizarse en Colombia el aborto? De los da

tos acabados de exponer deducimos que la práctica del aborto clandestino es problema que se presenta no solo en los países europeos y asiáticos, sino también en los americanos y de manera especial en Colombia. Las legislaciones que han reglamentado y autorizado el aborto entre 10 y 16 semanas a partir de la concepción, persiguen evitar los graves males que se siguen de su total prohibición.

El aborto es delito grave conforme a nuestro Código Penal; pero no se investiga ni sanciona. El Estado colombiano se encuentra en imposibilidad de hacerlo, como tampoco pudieron hacerlo Francia, Italia, Austria, países tan católicos como el nuestro, y demás países que, dentro de determinadas condiciones, lo autorizan. Las leyes deben amoldarse a las costumbres, cuando estas no pueden abolirse. En efecto, la interrupción del embarazo es derecho que piden las mujeres reiteradamente. Semejante derecho ya les es reconocido por las legislaciones más avanzadas de los actuales países civilizados.

## C A P I T U L O V

### ANALISIS JURIDICO

Ordenamiento Civil.- La Ley 75 de 1968 en lo referente a quienes se deben alimentos, establece lo siguiente: "Modifícense los arts. 411 del Código Civil y 25 de la Ley 45 de 1936, así: Se deben alimentos: 5) A los hijos naturales, su posteridad legítima y a los nietos naturales. 6) A los ascendientes naturales.

El texto del art. 411 del Código Civil actualizado queda de la siguiente manera: "Se deben alimentos: 1) Al cónyuge; 2) A los descendientes legítimos; 3) A los ascendientes legítimos; 4) Ley 1/76, art. 23 : a cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa; 5 y 6) (transcritos anteriormente); 7) A los hijos adoptivos; 8) A los padres adoptantes; 9) A los hermanos legítimos; 10) Al que hizo una donación cuantiosa si no hubiere sido rescindida o revocada..."

Art. 32.- El defensor de menores promoverá el juicio de alimentos a que se refieren los arts. 69 y ss. de la Ley 83 de 1946, si se lo solicitare cualquiera de las personas que tienen derecho a fundar la respectiva solicitud o de oficio.

En todo caso, el defensor deberá ser citado al juicio.

Podemos decir que no hay legislación en el mundo que no defienda los derechos de la familia. Inicialmente, esa

tela se traducía en sanciones puramente civiles, de re-  
tativa o poca eficacia, pero hoy, en buen número de paí-  
ses se ejerce por medio de sanciones penales.

Ordenamiento Penal.- En vista de la ineficacia de  
las sanciones civiles protectora de la familia, los legis-  
ladores de muchos países se pronunciaron y creyendo dar u-  
na protección más efectiva, expidieron normas penales que  
suplieren la insuficiencia de la tutela civil. Fue así co-  
mo en Colombia se expidió la Ley 75 de 1968, que en sus  
arts. 40 a 49 se ocupa "de las sanciones penales y de la  
competencia, por delitos contra la asistencia familiar.

Una de las más sabias disposiciones dictadas dentro  
del ordenamiento jurídico en Colombia se refiere en el a-  
ño de 1946 a la célebre Ley 83, orgánica de la defensa  
del niño, que le otorgó protección al hallarse en estado  
de abandono o de peligro moral o físico, tratándose de  
menores de 18 años. Estableció la jurisdicción de los ma-  
nores, creó los juzgados correspondientes y dictó normas  
para la guarda de los menores y sobre alimentos.

Nuestro Código Penal en su Título IX previene los  
"Delitos contra la Familia a los que dedica cuatro cap-  
tulos, tipificando en el art. 263 la "Inasistencia Ali-  
mentaria".

#### EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Esta altruísta institución nació bajo la Ley 7a. -

1979, que estableció también nuevas normas para la protección de la niñez y para los jóvenes "la posibilidad de participar activamente en todas las esferas de la vida social y una formación integral y multifacética". Y dice así: "Art. 30. Todo niño tiene derecho a participar de los programas del Estado y de la formación básica que brinda a los colombianos sin distinciones de raza, sexo, religión, condición social o procedencia. Del mismo modo tiene derecho a ser educado en espíritu de paz y fraternidad universales.

Indudablemente encomiables, las miras que tiene el Instituto de Bienestar Familiar, que más adelante acepta para sí el compromiso de la asistencia y cuidado a que tienen derecho todos los niños, advirtiendo además que "el gobierno procurará la eliminación de toda forma de discriminación en el régimen jurídico de la familia y de toda distinción inferiorizante entre los hijos".

Son sus pretensiones:

a) El derecho que tiene todo niño a un nombre, a una nacionalidad, a asegurar una progeneración responsable, a la educación, a la asistencia y bienestar social.

b) Corresponde al Estado asegurar el suministro de la escuela, la nutrición escolar y la protección infantil.

c) Todo niño también tiene derecho a la asistencia médica, el acceso a la cultura y el deporte y a vivir la

jo un techo familiar.

d) Asimismo tiene derecho el niño enfermo a su rehabilitación y a estar entre los primeros que reciben socorro en caso de desastre, y,

e) Otorga a los padres el derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Y en este último aspecto, el art. 9 de la Ley 7a. de 1979, es todavía más elevado y patriótico:

"El Estado debe velar porque la educación preescolar esté orientada a promover y estimular en los niños menores de siete años el desarrollo sicomotor, la percepción sensible, su integración social y el aprestamiento para actividades escolares. En las zonas rurales y en las zonas marginadas de las ciudades los programas en tal sentido deberán asociarse con el complemento alimenticio para la seguridad del menor".

Tan importante ley comprende cuatro títulos:

- I- Objetivos de esta ley
- II- La protección de la niñez
- III- Del sistema nacional de Bienestar Familiar
- IV- Del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Y en este último se fija al Instituto su Constitución y domicilio, sus objetivos y funciones, el régimen administrativo, jurídico y financiero, en seis capítu -

los.

Respecto del Sistema Nacional de Bienestar Familiar que esta ley establece como un servicio público a cargo del Estado, ordena a este ejecutar y coordinar la política en materia de Bienestar Familiar, y así, promoverá la integración y realización armónica de la familia, protegerá al menor y garantizará los derechos de la niñez, y finalmente deberá vincular el mayor número de personas para coordinar la entidades estatales competentes en el manejo de los problemas de la familia y del menor, para elevar el nivel de vida de nuestra sociedad.

## C O N C L U S I O N

Como es apenas elemental inferir luego de este estudio, a la familia en el decurso histórico de la humanidad se le ha reconocido su valía, muy a pesar de que en nuestra época, resulten aberrantes o inaceptables ciertas conductas en otrora asumidas contra ella.

Pero precisamente queremos resaltar, que no solo debemos quedarnos allí en el mero reconocimiento de su valor que consuetudinariamente le hemos hecho, sino tomar conciencia también, de que no obstante todo, lo que se ha hecho no ha bastado para situarla en el punto en donde pueda cumplir eficazmente, la multifacética función a que se contrae dentro de la sociedad, la cual es quizás mucho mayor de lo que la hemos concebido.

Tuvimos oportunidad de analizar algunas de las diversas instituciones protectoras de la familia, todas con ánimo altruista, pero algunas, suponemos que con idéntico propósito, pecan por exceso de rigor. Ejemplo de las primeras es el I.C.B.F., y de las últimas, la institución pertinaz del Aborto como delito. Tanto las unas como las otras llevan el fondo común de la poca o nula eficacia, de acuerdo a las actuales circunstancias de exigibilidad social.

Ante estas evidencias, -valga tenerlas como axiomáticas y que por tanto no es nuestro propósito entrar a deba

...las- simplemente queremos sostener nuestro modesto crit  
erio, el que huelga repetir, no pretende hacer revelacio  
nes ni descubrimientos, sino que se lleven a efecto los  
fines propuestos, mediante el reconocimiento cabal de lo  
que somos, de lo que podemos y de lo que tenemos. En nues  
tro sentir, uno de los medios más idóneos para lograr que  
nuestras instituciones cumplan eficazmente sus cometidos,  
y consecuentemente se perciban su beneficios, es sencii  
llamente enseñando a cada quien, a tener conciencia de lo  
que es y naturalmente, de la función que con fuerza moral  
le corresponde cumplir.

Esto no lo tenemos, esto no existe entre nosotros -  
por mucho que en una u otra forma se hable de ello por do  
quier. Y no lo tenemos, entre otras razones, porque el co  
mún de nuestras familias carece del conocimiento fundamen  
tal de lo que son, de como deben desempeñar su papel, y  
de cual es la actitud a seguir para proyectar sus miem -  
bros funcionalmente en sociedad; así, nuestras familias  
han discurrido en una implantación sucesiva de preconcep  
tos y convencionalismos que tradicionalmente la agobian, y  
si a ello le agregamos, la carencia de recursos materia -  
les, no es de extrañarnos las consecuencias del de<sup>6</sup>vario  
moral, social y económico a que nos vemos abocados.

Entonces proponemos una inminente corrección de nues  
tros estamentos educativos, haciendo una cobertura de ma  
yor espectro, ya que no basta con escuelas, colegios, u -

niversidades y demás centros, se requiere también una educación de conciencia real y permanente de nuestras gentes, porque la educación no es solo enseñar a alguien a hacer algo (sabemos que se puede ejercer un oficio o actividad sin tanto refinamiento en la enseñanza) sino lo más importante (y esto si necesita coadyuvancia), entender que inexorablemente debemos desempeñar con la satisfacción íntima que ofrece el deber cumplido, la función que nos corresponde o que nos hallamos porpuesto.

En este sentido, se puede recurrir a los medios masivos de comunicación, para reparar los vicios que definen los estamentos educativos, reorientar nuestra política educativa que conforme van las cosas, pretende capacitar "máquinas" para ponerlas a operar no sabemos donde (la aceptación de ciertas situaciones nuevas debe hacerse en las proporciones necesarias y no en forma desmesurada), toda vez que las innovaciones del tecnicismo, no implican necesariamente la mutilación del Factor Humano, que antes por el contrario no solo debemos mantenerlo, sino propagarlo a todas las formas de actividad social.

# I N D I C E

99

## INTRODUCCION

### CAPITULO I

#### PRIN CIPIOS GENERALES

Importancia y Definición de la Familia

Tendencias predominantes que señalan el Origen de la Familia

### CAPITULO II

Análisis Sociológico de La Familia

### CAPITULO III

Análisis Filosófico de la Familia

a - El Matrimonio

b - El Patrimonio de La Familia

c - La Educación de los hijos y la disolución de la Familia

Tránsito de la Familia a la sociedad civil

### CAPITULO IV

Caracteres de La Familia Moderna

a - La Familia monógama

b - De la libertad para formar una familia

c - La familia implica la constitución de una comunidad doméstica

d - Dirección del Hogar por los Cónyuges

e - Naturaleza especial de los derechos familiares

Evolución de algunas de la características enunciadas

- a - Restricción de la libertad para formar una familia en virtud de impedimentos eugenésicos
- b - La dirección del hogar por el marido y la mujer
- c - La igualdad de derechos de marido y mujer en el matrimonio en el reciente derecho colombiano

d - Fenómenos nuevos que modifican la estructura de la familia

- a - El excesivo aumento de la natalidad
- b - Disminución del matrimonio y aumento de la unión libre
- c - La inseminación artificial y el progreso de las ciencias biológicas
- d - El derecho de interrupción del embarazo (Aborto)

CAPITULO V

- Análisis jurídico
- Ordenamiento civil
- Ordenamiento penal

Ley 83 de 1946

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

CONCLUSION

\*\*\*\* / \*\*\*\*

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

Enciclopedia Salvat Monitor

Gómez Piedrahita Hernán - Introducción al Derecho de Familia

G. W. Hegel - Principios de la Filosofía del Derecho  
Editores Suramericana

Giraldo Marín Luis C. - Nuevo Código Penal Colombiano 1980

Ortega Torres Jorge - Código Civil 7a. Edición Actualizada y Comentada 1970

Valencia Zea Arturo - Derecho de Familia Tomo V 1978

\*\*\*\* / \*\*\*\*