

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
SEDE BOGOTÁ
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

OBLIGACIONES CIVILES DEL PACTO ESPONSALICIO

(TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO, DIRIGIDA POR EL PROFESOR DR. JOSE GUILLERMO CASTRO AYALA, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA)

MAESTRÍA EN DERECHO
DERECHO DE FAMILIA

JULIO CÉSAR GARCÉS NAJAR
2017

INDICE

1.Obligaciones Civiles del Pacto Esponsalicio.....	4
Problema.....	4
Estado del Arte.....	5
Hipótesis.....	7
Objetivo General.....	8
Metodología.....	8
Objetivos Especificos.....	8
Metodología.....	8
Marco Teórico.....	10
2.Desposorio en la Prehistoria(Engels).....	13
3. Desposorio en la	
Antigüedad.....	17
3.1. Naturaleza de la Promesa de Matrimonio.....	21
3.2. La Dote Matrimonial.....	29
3.3. El Matrimonio: Contrato o Hecho Social.....	32
3.4. Desposorio y Parentela.....	36
3.5. Las Obligaciones Naturales en la Antigüedad.....	38
3.6. Capitulaciones, Dote y desposorio.....	52
4. El Desposorio en la Edad Media.....	58
5. El Desposorio y la Ilustración.....	64
6. Consecuencias de la Decisión de Don Andrés Bello.....	68
6.1. Débitos de la Conciencia y Obligaciones Naturales.....	72
6.2. Concecuencias en cuanto a la Promesa de Contrato.....	91
6.3¿El contrato de desposorio es inexistente, ineficaz o	
nulo?.....	94
6.4 Jurisprudencia Colombiana sobre las Obligaciones naturales y el Desposorio	
.....	95
7.	
Conclusiones.....	106
8. Bibliografía.....	109

1. TITULO Obligaciones Civiles del Pacto de Desposorio

Problema

No son pocas las normas del Código Civil que se prestan a contradicciones aparentemente injustificables, por ejemplo, los artículos 162 y 1231 han significado durante años un verdadero desafío hermenéutico dada su evidente rivalidad; de modo que, a fin de superar semejantes aporías, ha sido forzoso echar mano a elementos de diversos órdenes, como bien lo ponen de manifiesto las construcciones jurisprudenciales y doctrinarias enfocadas en tales soluciones.

Así las cosas, la mayoría de civilistas han aprendido la lección oportunamente, y en caso de antinomias de esta naturaleza prefieren hacer un seguimiento ecléctico de los diferentes preceptos atinentes a un mismo asunto, en aras de algún asidero en estos frecuentes limbos normativos, ya que muchos de los contenidos afines a un mandato legal suelen estar dispersos a lo largo del Código y de sus normas complementarias.

Esta es, en conclusión, una ocasión ideal para ventilar los pormenores de una norma que en comienzo es clara y enfática, pero que, puesta en contexto, puede ofrecer una interpretación que necesariamente escapa de su tenor literal.

En este orden, para nadie es un secreto lo dispuesto en los artículos 110,111 y 112 del Código Civil; parece que el sentir del legislador era terminante en restarle a la promesa de matrimonio las obligaciones civiles que históricamente le han secundado; sin embargo, el propio legislador en muchos otros apartes le concedió a los esponsales la protección legal correspondiente a su dignidad y condición, dado que, más allá de sus puros efectos patrimoniales, gracias al desposorio se abría camino necesariamente el contrato nupcial, el más importante del derecho civil sin temor a equívocos; además, paralelamente eran muy contadas las legislaciones que habían desprovisto a esta clase de promesas de su coercitividad procesal, ni siquiera el código napoleónico con sus marcadas vanguardias. En tal sentido:

¿La decisión de Don Andrés Bello, de suprimir los efectos civiles del desposorio, desmontó la estructura del contrato matrimonial y rompió la coherencia conceptual de las obligaciones naturales?

Objeto de Investigación: Un análisis diacrónico y sincrónico de los artículos 110 y siguientes del Código Civil, a fin de establecer su grado de coherencia con el conjunto de normas que regla la materia, y de encontrar la aplicación que mejor se ajuste a su contenido.

Estado del Arte

A decir verdad, ha sido poca la literatura concerniente a los efectos ocasionados por esta decisión del sabio venezolano, generalmente se ha tenido por oportuna, al inferir que era una institución en desuso cuya supresión podía obedecer a un espíritu progresista que ha vivificado el contrato

matrimonial; sin embargo, tal decisión sólo ha significado una diáspora de los pactos que accedían al contrato esponsalicio, que conservan plenos efectos civiles, y un vacío institucional frente a la necesidad de una indemnización por incumplimiento prevista por otros ordenamientos jurídicos, Precisamente en atención a la finalidad del desposorio, que no puede ser otra que la de allanar el terreno para un vínculo nupcial, la mayoría de autores vinculados a este acápite ofrecen un seguimiento detallado de la institución del matrimonio, prácticamente desde sus orígenes, con miras a establecer el alto grado de importancia del pacto esponsalicio para el derecho matrimonial, al punto de proponerlo en algunos casos como un requisito infaltable de las justas nupcias, en señal de un común denominador religioso. .

Llama la atención, inevitablemente, el hecho de que la promesa matrimonial fue considerada desde edades tempranas como una etapa previa del matrimonio, al punto de generar relaciones de parentela por sí sola.

En ese sentido, lo más cercano al tema por desarrollar lo encontré en una revista de la Universidad Externado, en un ensayo de llamado “Las obligaciones Naturales en el Código de Bello” de Felipe Navia Arroyo¹, en relación los efectos de la decisión de Don Andrés, en la obra de un autor llamado Manuel Ernestojár del Rivero y Hornos², y en un compendio llamado *Los Esponsales en el Derecho Civil Argentino*³

¹<https://www.minjusticia.gov.co/InvSocioJuridica/DbRegistros/GetPdf?fileName=Las%20obligaciones%20naturales%20en%20el%20codigo%20de%20Bello.pdf>

² Manuel Ernestojár del Rivero y Hornos <http://www.monografias.com/trabajos88/obligaciones-naturales/obligaciones-naturales2.shtml>

³ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1448/5.pdf>

HIPÓTESIS

En la jurisprudencia y doctrina nacionales no hay una claridad diáfana sobre la clase de efectos suscitados por la promesa matrimonial, es más, la Constitución del 91 ha vigorizado la necesidad de obtener la aplicación más justa en caso de una normativa ambigua. En tal sentido, los artículos 110 y siguientes del C.C., sí denotan por parte de Don Andrés Bello una ruptura en la armonía de todos los pactos previos y posteriores al matrimonio y en la coherencia conceptual de las obligaciones naturales al asimilarlas a simples dictados de la conciencia; en vista, adicionalmente, de que la mayor parte de la legislación es proclive a proteger la confianza mutua inherente al pacto de desposorio y a impedir el máximo daño posible en caso de incumplimiento. De modo que no se explica la redacción de una norma carente de contexto y sin asidero en los antecedentes provenientes de otros sistemas jurídicos (entre ellos obviamente el código napoleónico), en los cuales el pacto esponsalicio y el contrato matrimonial compartían la misma fuerza vinculante, en virtud de la entrañable relación les signaba.

La simple respuesta de que todo obedeció al arbitrio del legislador deja en el aire, insisto, muchos elementos contextuales que develan un orden público o una conciencia colectiva que propendían por la coercitividad procedimental para todo contrato válido, situación que jamás puede pasarse por alto.

Si bien la mayoría de pasajes del Código Civil están libres de yerros semánticos, los pocos que han sido identificados no pueden más que suscitar toda suerte de conjeturas hermenéuticas, en las que necesariamente descuella alguna salida. Es así como, retomando la contradicción entre los artículos 162 y 1231, la solución construida con denuedo jurisprudencial establece que en el primer artículo el legislador se refirió al divorcio quad vinculum, y en el segundo al divorcio quad thorum o simple separación de cuerpos, de esta manera el código retoma su gran coherencia en asuntos de

capital importancia. En cuanto al problema de este trabajo, posiblemente el legislador confundió la simple promesa de matrimonio mutuamente aceptada, con el desposorio o pacto esponsalicio, provistos históricamente de solemnidad y coercibilidad.

OBJETIVO GENERAL

Demostrar que el dejar al desposorio sin efectos civiles fue un error histórico que desajustó el rigor conceptual de las instituciones tratadas en nuestro código civil.

METODOLOGÍA

Es necesario hacer un seguimiento histórico de este pacto, un estudio interdisciplinar en sus diversas etapas, un análisis lingüístico del texto legal, un parangón con algunas legislaciones iberoamericanas en la época de redacción del 110 del Código Civil. Asimismo, es indispensable hacer un estudio de la normativa, jurisprudencia y doctrina colombianas relacionadas con el tema, y confrontarlo con los resultados de la investigación, como lo explicaré de mejor forma en cada uno de los objetivos específicos.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Reconstruir diacrónica y sincrónicamente el concepto del desposorio, señalando las características histórico/jurídicas de dicho pacto.

METODOLOGÍA

Es imperativo realizar un estudio que trascienda los límites meramente jurídicos acerca de la promesa de matrimonio, en su surgimiento, auge y desuso; poniendo énfasis en los móviles

históricos de cada una de estas etapas y en comparación con otras instituciones plenamente vigentes que le hayan sido concomitantes, de esta forma saldrán a flote los elementos conceptuales del desposorio y su grado de coherencia a través del tiempo.

2. Establecer la existencia de un yerro semántico cometido por el legislador en los artículos cuestionados.

METODOLOGÍA

Es menester llevar a cabo un estudio socio/lingüístico de los artículos en comento, desde el estructuralismo, gramática generativa y funcionalismo de ser posible, bajo la batuta del seguimiento histórico del momento en que se redactó la norma. Por ejemplo ¿Qué quiso decir el legislador con hecho privado? ¿Qué entendía por esponsales? ¿A cuáles leyes se refería? ¿Hubo desproporción entre significantes y significados? Una vez detallado el artículo 110 de este modo es viable hallar la relación entre lo pretendido y lo alcanzado por el redactor.

Marco Teórico

Para muchos juristas, cuya amistad me enorgullece, cualquier reflexión académica en torno del desposorio carece de atractivo, simplemente porque se trata de una institución caída en desuso a la que en buena hora el legislador dejó sin efectos civiles, y en tal sentido me motivaban a abordar otros temas de mayor actualidad e impacto social.

Sin embargo, considero que las consecuencias de dicho precepto legal no han sido pesadas suficientemente, y qué mejor ocasión que esta para detenerse en los líos conceptuales desatados por el artículo 110 de nuestro Código Civil.

La razón de ser de este convenio, como contrato preparatorio, radicaba muchas veces en que no estaban dadas todas las condiciones para la celebración del matrimonio, por tanto las partes expresaban su firme determinación de llevarlo a cabo en cuanto fuera posible, podía ser que el marido no tuviera el pleno de la dote y por ello prometía aportarla después de cierto tiempo, o que la desposada adquiriera la edad núbil una vez vencido el plazo acordado, o también, la necesidad de un empleo digno para la manutención del futuro hogar como era el caso de Edmond Dantes⁴, o la simple esperanza de que alguno de los esposos⁵ ganara en el entretanto una mayor madurez de carácter como fue el caso de Andrei BolsKonsKy a la hora de desposar a Natasha Rostova.⁶ Lo cierto era que se trataba de un pacto sinalagmático, a diferencia de la oferta o promesa unilateral, solemne⁷, (no bastaba un mero acuerdo privado); era principal pues no dependía de ningún otro, en el que el plazo y la condición (la realización de una hazaña por ejemplo) eran unos de sus elementos esenciales y que necesariamente formaba parte estructural del contrato prometido según los artículos 1554 del código chileno y el 1611 del colombiano.

Cabe anotar, en cuanto a su condición de contrato principal, que estaba rodeado de varios pactos accesorios, como la dote, las arras, las capitulaciones y la cláusula penal; situación que ahonda el

⁴ El Conde de Montecristo de A. Dumas.

⁵El término proviene del pacto esponsalicio.

⁶ Guerra y Paz de Tolstoi.

⁷ Aunque el proyecto de 1853 del código chileno contemplaba la posibilidad de contratos de promesa consensuales.

yerro cometido por el legislador al privarlo de efectos civiles sin hacer lo propio con los convenios que le gravitaban, como lo refiere el artículo 112 del Código Civil colombiano.

Las obligaciones naturales no eran estimadas como simplemente morales, en donde suelen primar el honor y conciencia de los contrayentes, en primer lugar porque el componente moral nunca fue simple ni limitado en el derecho antiguo, todo lo contrario: las mores maiorum, en el caso de los romanos, se anidaban en la conciencia de los ciudadanos mientras que las leyes se tallaban en tablas fungibles; y en segundo lugar porque las obligaciones naturales podían ser compensadas, novadas y caucionadas por vínculos civiles, como lo veremos más adelante.

Si el criterio distintivo entre obligación civil y natural deviene meramente de un punto de vista procedimental o adjetivo, es necesario evaluar el acierto tenido por el legislador a la hora de situar el desposorio en el conjunto de obligaciones desprovistas de acción; con mayor razón si esas clases de vínculos jurídicos no traslucen diferencias desde la perspectiva del derecho sustancial.

En varios códigos civiles contemporáneos a la redacción de los artículos 110 y siguientes de nuestra ley, sobresalen la fuerza vinculante y los requisitos solemnes del pacto esponsalicio: es sabido por muchos que en México, por ejemplo, ya entrado el siglo XX, era necesario que constara por escrito y un piso etario para los prometientes de 16 y 14 años, junto con el consentimiento de padres o tutores según el caso; algo parecido sucedió con España, que sólo hasta 1889⁸ limitó los efectos civiles del desposorio a la indemnización de daños por incumplimiento. Cabe la seria posibilidad de que el legislador haya extrapolado el significado del desposorio al de las simples promesas toleradas bajo la licencia del dolo bueno, figura que ha hecho carrera desde el derecho

⁸ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1448/5.pdf>, Página 12.

romano y que faculta al pretendiente a emplear distintos ardides durante su cortejo, con las limitaciones impuestas por el orden público; de aquí se desprende, entre otras cosas, que solo el error y la fuerza hayan sido los vicios de consentimiento del contrato matrimonial.

Hay otro aspecto que merece igual consideración, y que será desarrollado más adelante, a todas luces *una promesa mutuamente aceptada* no puede ser otra cosa que un contrato, y a juzgar por el artículo 1494 del propio código, es fuente de obligaciones; sin pasar por alto que, según en 1602, todo contrato celebrado conforme a derecho es ley para las partes, y obliga no solamente a lo que en él se expresa, sino también a todas las cosas que emanan de la naturaleza del vínculo, como lo enseña el artículo 1603. Ante esto, es posible redargüir que hay obligaciones civiles y naturales, y adicionalmente simples imperativos morales, y que mal haríamos en pretender una fuerza vinculante en todos los acuerdos del mundo de la vida que no sean contrarios al orden ni a las buenas costumbres; no obstante el propio legislador dotó de coercitividad a la restitución de todo lo entregado con ocasión del matrimonio fallido, e incluyó una resolutive retentio a un dictado religioso, de modo que, en últimas, le reconoce al desposorio la aptitud de generar efectos civiles, cosa que sería inviable si se tratara de un mero *hecho privado que la ley somete enteramente al honor y conciencia del individuo*⁹.

2, Desposorio en la Prehistoria. Engels

Es necesario remontarse a épocas realmente pretéritas para entrever la existencia del desposorio como un requisito ad sustanciam actus del matrimonio, así como éste lo era de la familia. Solo en

⁹ Art. 110 del C.C.

este aparte considero oportuno traer a colación algunas conclusiones de Morgan reflejadas en la famosa obra de Engels.¹⁰

El estudioso norteamericano, notó en su convivencia con los iroqueses que la prole del hermano también era considerada como propia, en cambio los hijos de la hermana eran sobrinos. A diferencia de las comunidades Hawaianas de su tiempo, donde todos eran comprendidos como hijos, pero con restricciones conyugales entre hermanos. Esto indica que había estructuras familiares identificables, y que la “evolución” de estas organizaciones demandaba paulatinamente el paso de matrimonios endogámicos a exogámicos.

Una de las conclusiones más características de Engels: “eran formas tan remotas que no se puede hallar pruebas, las sociedades animales sirven para explicar la sociedad humana”, no es impedimento para extraer una línea argumentativa que seguramente apunte a un norte diferente, además, los estudios de Morgan siguen ofreciendo cierta credibilidad, en tal sentido, podemos trazar la siguiente sucesión de tipos de familia:

1, Familia Consanguínea. A pesar del heterismo o promiscuidad “total” que signó esta época, el primer grado de consanguinidad estaba excluido del comercio sexual.

2. Familia Punalúa. Hermanos excluidos del comercio sexual. Se caracterizó por un evidente matriarcado. Hay un error, dice que una vez hecho la gens usa la religión para legitimarse. “Gens materna”.

3. Sindiásmica – rapto-compra de mujeres- fidelidad para las mujeres. Selección natural, matrimonio entre gens distintas para que los hijos salieran más fuertes, el negocio (el desposorio)

¹⁰ Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado.

era con la madre de la prometida. Solo las mujeres hacían parte de una misma gens, por eso podían excluir al hombre. Sin embargo, el que se casaba con la mayor tenía derecho a las menores.¹¹

El hombre en la familia punalúa proveía el alimento, lo mismo que en la monogámica,

La promesa de matrimonio fue uno de los componentes más representativos de la familia sindiásmica. La gens y la sucesión eran por línea materna; no obstante, de un momento a otro la gens se volvió paterna, nada se sabe sobre los motivos de este viraje a juicio de Engels.

4. Familia Monogámica. La Familia empezó a ser un conjunto de esclavos domésticos bajo una jerarquía patriarcal.

El triunfo la propiedad privada, que no se sabe cómo se produjo, trajo consigo el sometimiento de la mujer al hombre. el primer antagonismo de clase, según Engels, fue una guerra de géneros. La monogamia fue impuesta a la mujer.

Al respecto es necesario hacer algunas precisiones: Engels al decir que la monogamia era solo para las mujeres en Grecia y Roma, valiéndose muchas veces para ello de la mitología, la épica y la tragedia grecolatinas, pasa por alto, por ejemplo, una de las más célebres intentonas golpistas sucedida en el Olimpo, liderada por Hera y a causa de las continuas infidelidades de su esposo. La violación de Lucrecia, hecho que para los romanos justificó el cambio de una monarquía decadente a una república moralizada, significó también un castigo al hijo del rey etrusco por su infidelidad. Según Tácito, en otro plano, la monogamia era una imposición para ambos géneros en los pueblos germánicos, lo dorios de Esparta también la practicaban,¹² y el esposo en Roma perdía de inmediato la dote profecticia en caso de infidelidad, que era sin duda la más estimada de todas; sin

¹¹ https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf. Pagina 28.

¹² Obviamente el castigo para la mujer demandaba una mayor severidad.

pasar por alto que las leyes Julias de Augusto en contra del adulterio, castigaban, incluso, al varón que hubiera seducido una virgen o viuda.¹³

De este debate, se desprende como el aluvión un constructo que empezó a representar la exigencia de la monogamia para hombres y mujeres, toda vez que los apartaba o santificaba por igual: el desposorio.

La *spondeo maritalis*¹⁴ puede ser situada tanto en la familia sindiásmica como en la monogámica, luego, no dependió del cambio inexplicable del socialismo primitivo a la propiedad privada, es decir, supo trascender los condicionamientos materialistas que la sustentaban, y sin sufrir mayores modificaciones, de lo contrario hubiera sucumbido con el matriarcalismo como simple supraestructura.¹⁵ Vino entonces a simbolizar un status especial en medio de contextos metamórficos, en los que emergía como un contrato solemne y bilateral.

De hecho, el propio Engels reconocía que el matrimonio siguió siendo en la familia monogámica un trato cerrado entre padres, y que el matrimonio por compra, desde la familia punalúa, subsistió en la monogámica con las mismas características.

La calidad de sinalagmático del pacto esponsalicio es probable de varias maneras: El adulterio en la familia monogámica se tipificaba desde el desposorio, pues con este pacto quedaban apartados del comercio sexual, y también conllevaba, insisto, un castigo para el varón, mucho más riguroso en la Torá que en las leyes grecorromanas; asimismo, la mujer conservaba la iniciativa de acabar con el desposorio siempre y cuando su casa pagara la indemnización prevista por las partes, esta prerrogativa se extendió al matrimonio en caso de que su esposo no cumpliera con sus

¹³ <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/17/dr/dr12.htm> pag 370 - 374

¹⁴ El Desposorio.

¹⁵ Algo parecido puede afirmarse sobre el rol del hombre de proveedor de alimento.

deberes de manutención, o en el evento de que éste la forzara a marchar al extranjero para abrazar otro culto.¹⁶

Hay otros hechos desconocidos por Engels que desvirtúan fácilmente el sometimiento despótico sufrido por la mujer desde la familia monogámica: En la Torá, a la hija mayor de edad no se le podía desposar sin su consentimiento, como sucedió con Rebeca y Raquel, incluso era costumbre que a las adolescentes se les consultara sobre el compromiso¹⁷, sin pasar por alto que las mujeres podían heredar al carecer de hermanos y casarse con quien tuvieran a bien, como lo indica la ordenanza mosaica en favor de las hijas de Zelofehad.¹⁸ En Roma, gracias a la ley Papia Popea, la mujer libre, madre de tres hijos, quedaba exenta de cualquier tutela, lo mismo acontecía con la liberta que diera cuatro alumbramientos. Es más, la matrona podía ser sui iuris con la muerte de su esposo, sin olvidar que el status libertatis se transmitía por línea materna; y lo más simbólico en este sentido, era que la mujer tenía la posibilidad de optar por un matrimonio sin sujeción a través de la trinoctium, al punto que podía acabar en cualquier momento con su matrimonio sine manu.

¹⁶Alfred Edersheim, Usos y Costumbres de los Judíos en los Tiempos de Cristo, traducido por Ramon Llull, Editorial Clie, Barcelona, 2000, pag 108,

¹⁷Alfred Edersheim, Usos y Costumbres de los Judíos en los Tiempos de Cristo, traducido por Ramon Llull, Editorial Clie, Barcelona, 2000, pag 161

¹⁸ *Promesa mutua de casamiento. En el pueblo hebreo las negociaciones concomitantes solían ser responsabilidad de los padres de la pareja, en especial del padre. (Gé 24:1-4;38:6; 21:21.) Sin embargo, era frecuente tomar en cuenta las preferencias del joven. (Jue 14:2.) Las muchachas que heredaban la propiedad ancestral por haber muerto su padre sin dejar descendencia masculina podían casarse con quien desearan, siempre y cuando fuese alguien de su propia tribu. <https://wol.jw.org/es/wol/d/r4/lp-s/1200001363> página 865-866.*

Si bien la familia monogámica era patriarcal, hubo sin duda numerosos usos centrifugados del matrimonio que mitigaron el desequilibrio de géneros, y tales prácticas fueron evidentes desde el pacto esponsalicio, cuya naturaleza, reitero, imponía obligaciones bilaterales.

3. El desposorio en la Antigüedad

Con los lentes de nuestra época es poco probable dimensionar la relevancia de esta institución; en efecto, solo con un seguimiento histórico es viable develar la importancia revestida por el desposorio en las sociedades antiguas, que sin temor a equívocos era mayor que la del propio matrimonio.

Para los judíos los desposorios creaban tal grado de obligación, que en el caso de no celebrarse el matrimonio debido a un cambio de opinión del novio o por alguna razón justificada, la joven no podía casarse con otro hasta recibir un certificado legal de divorcio que la librara de su compromiso. ([Mt 1:19](#).) Si la muchacha cometía fornicación con otro hombre estando ya comprometida con su novio, se la juzgaba como adúltera y se la sentenciaba a muerte. ([Dt 22:23, 24](#).) Incluso si un hombre tenía relaciones con una muchacha esclava que estaba “designada para otro hombre”, pero que todavía no había sido redimida o liberada, a ambos se les consideraba culpables y se les castigaba. Sin embargo, no se les daba muerte, porque no había sido puesta en libertad. ([Le 19:20-22](#).)

Por otra parte, al hombre comprometido se le eximía de las obligaciones militares. ([Dt 20:7](#).)

La Biblia no especifica a qué edad celebraban los hebreos los esponsales. Hoy día, en algunos países del Oriente Medio la boda se celebra después que la novia alcanza los dieciséis años, y solo en raras ocasiones antes de esa edad. El Talmud prohíbe el matrimonio en el caso del varón

*que tiene menos de trece años y un día, y en el caso de la mujer que tiene menos de doce años y un día.*¹⁹

Hay un aspecto que debe abordarse lo antes posible: ¿Los desposorios eran públicos o privados?

Cabe anotar que la solemnidad que revestía este negocio jurídico puede prestarse para varias ambigüedades, en comienzo era una ceremonia que interesaba únicamente a las familias contrayentes, de hecho, solía celebrarse en la casa de la novia; la cuestión radica en que solían asistir varias familias adicionales, que bien pronto iban a desempeñar el papel de testigos, es posible advertir la misma *privacidad* en la mayoría de vínculos contractuales. Como si fuera poco, las familias empezaron a enlazarse hasta conformar una polis o civitas, gracias a un culto compartido, de modo que, en un acto privado, que exigía la representación del ancestro común o legitimante, resultaba involucrada toda una comunidad prácticamente.

Sin embargo, no debemos confundir la ceremonia con los efectos que producía, que en todo caso, estaban destinados a informar a toda la civitas sobre el compromiso adquirido.

Ahora bien, desde la antigua Roma, la *mancipatio*, el modo más solemne del derecho quirritario y reservado celosamente a los contratos más relevantes, estaba previsto para la dote, pacto accesorio de una promesa de matrimonio; pensar, por ejemplo, en que la dote podía pactarse en el propio matrimonio o después, requiere, en el primer caso, pasar por alto la estricta ceremonia de las justas nupcias, en la que no había lugar para la constitución de la dote²⁰, y en el segundo, recordar

¹⁹<https://wol.jw.org/es/wol/d/r4/lp-s/1200001363> pág 866

²⁰ Dice Plutarco en Demetrio y Antonio: *Luego que se pusieron de acuerdo, subieron a Roma para celebrar el matrimonio de Octavia*. Plutarco, *Vidas Paralelas*, Traducción de Antonio Ranz Romanillos, Salvat Editores, 1972, Página 151.

brevemente que el desposado pretendía una buena dote para casarse a manera de condición suspensiva.

Cabe resaltar, asimismo, que una de las formas tradicionalmente enseñadas de contraer matrimonio era la coemptio, consiste en una compraventa solemne del mismo corte que la mancipatio, y que transfería la manus del padre al esposo; de manera que si en la coemptio se traditaba el dominio y se pactaba la dote, cabe la posibilidad de que la coemptio fuera en realidad el desposorio, pues mediante este negocio la esposa no era trasladada ni asumida por el nuevo hogar según la ritualidad demandada por el cambio de domus²¹, como sí sucedía con la confaeratio. Además, la mancipatio y la coemptio solían tener cinco testigos la mayor parte de las veces, correspondientes a las clases sociales establecidas por Servio Tulio en su asamblea centuriada; y mediante este negocio jurídico también nacía el poder marital del esposo. La opción de que la dote podía pactarse en el propio matrimonio o después, queda en entredicho con el siguiente pasaje de la Eneida, en el que Turno es persuadido de tomar las armas en contra de latinos y teucros en vista del desposorio quebrantado:

“Turno, ¿ vas a sufrir que todos tus esfuerzos queden malperdidos

Y que pase tu cetro a unos colonos dárđanos?

Te niega el rey la boda y la dote ganada con tu sangre

*Y se busca para el reino un heredero extraño.”*²²

²¹ De hecho la coemptio viene de compra, y en el derecho romano no era muy frecuente la promesa de venta.

²² Virgilio. Eneida, Traducción de Javier De Echave-Sustaeta, Planeta De Agostini, Madrid, 1997, Página 232.

Puede replicarse que la *coemptio* era una compra a secas y no una promesa de venta; sin embargo, el vínculo matrimonial estuvo marcado, y no solo en el caso de judíos y romanos, por dos estadios tan necesarios como discernibles, el contrato (en el cual se fijaba la dote) y la consumación de la unión; esta característica la reseñó el propio César en su descripción de los galos:

Los maridos, al dote recibido de su mujer, añaden otro tanto caudal de la hacienda propia, precedida de tasación. ²³

Esa tasación previa indica que la dote se pactaba preferiblemente en la *spondeo maritalis*, que bien podía ser una ceremonia del mismo estilo de la *mancipatio*, con el uso de la balanza inclusive, y que suscitaba por sí sola efectos *erga omnes*, entre ellos, la transferencia de la *manus*; en adelante propios y extraños sabrían por diferentes símbolos que la novia ya estaba apartada para un nuevo fuego hogareño, característica que también compartían los germánicos:

*En el derecho germano la promesa de matrimonio comprendía la obligación de celebrar el matrimonio por cuanto el futuro esposo adquiriría una especie de potestad sobre la prometida.*²⁴

La tradición de la novia podía perfeccionarse con la promesa; ²⁵era un hecho tan inmerso en el imaginario de los romanos, que hasta el poeta Catulo lo refería claramente en su producción:

²³ Cayo Julio César, *Comentarios a la Guerra de las Galias*, Traducido por José Goya y Munáin, Editorial Planeta, Barcelona, 1992, Pàgina 140.

²⁴ familiaucc.blogspot.com/2011/08/los-esponsales.html

Y tú no te resistas a esposo semejante, novia. No conviene resistirse a quien tu proio padre te entregó... No hagas frente a los dos (padres de la novia), que entragaron a su yerno sus derechos al mismo tiempo que la dote”²⁶

Por último, otras señales de la sinonimía entre el desposorio y una especie de título traslaticio eran las acciones civiles frente a terceros de las que era provisto el promitente, así como la actio res uxoriae en favor de la novia²⁷. De allí que fuera susceptible de un impedimento dirimente, en el Derecho Canónico, el matrimonio con cualquier familiar de su antiguo desposado en el primer grado de consanguinidad.

También en los griegos, la dote y la cláusula penal estaban ligadas gravemente a la spondeo maritalis, en efecto, la polis miraba al desposado pérfido con el mismo deprecio que al extranjero que persistía en su soltería, como lo evidencia propio Platón en “Las Leyes”²⁸, un verdadero precedente de las leyes Julias de Augusto.

3.1 Naturaleza de la Promesa de Matrimonio

La promesa de matrimonio era un voto, lo que suponía que cualquier incumplimiento ameritaba una fuerte sanción jurídica, dada la relación simbiótica entre derecho y religión; en efecto, faltar al compromiso adquirido significaba llanamente una especie de perjurio, una de las conductas punibles más reprochables históricamente, al punto que ya no importaba tanto la celebración o no del matrimonio sino la ofensa causada a la ciudad por un juramento en vano. Algo similar sucedía con las legis actio per sacramentum.

²⁶ Catulo, Poemas, traducción de Arturo Soler Ruiz. Planeta, Madrid, 1996, página 132.

²⁷ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1448/5.pdf>. Página 113

²⁸ Platón, Las Leyes, traducción de Francisco Larroyo, tercera edición. Porrúa, México D.F., 1979, página 123

Asimismo, los contratos simplemente verbis conservaron un elemento prestacional de primer orden, la expresión “prometo” era solemne, capaz de generar por sí sola un vínculo jurídico, igual sucedía con el compromiso asumido por el sponsor o fiador²⁹. En tal sentido, recuerdo que el candidato a tutor podía aducir toda suerte de excusas para evadir la designación, salvo cuando había prometido al pater la asunción de tales deberes.³⁰

Así es, los votos o juramentos fueron también de esencial importancia para el derecho procedimental; la *litis contestatio* quedaba en firme solo cuando las partes juraban³¹. Con la *legis actio per conditionem* el componente juramental dio paso a la promesa de cumplir la sentencia y de pagar la *satisfatio*. De hecho, todo proceso comenzaba con el uso del *ius vocatio*, en el que el accionante invita al supuesto incumplidor a dirimir el asunto ante el pretor, y el demandado prometía comparecer.³²

La promesa también adquirió una protección especial por los principios del derecho romano, uno de ellos, el de la buena fe, fue hermanado profundamente por el pretor al concepto de la honradez, de suerte que la prestación contractual conservaba su fuerza vinculante, aunque adoleciera de alguna formalidad, todo por la sencilla razón de que un *romano no defraudaba*.³³

De hecho, volviendo al desposorio, se consideraban esposos o maridos desde la promesa matrimonial, de allí han surgido los términos de desposados o esponsales y no al revés, algo semejante puede afirmarse de la expresión *divortium*, predicable inicialmente para la ruptura del desposorio. Con los judíos sucedía algo muy similar, como se desprende del Talmud:

²⁹ Eduardo Álvares Correa, Curso de Derecho Romano, Editorial Pluma, Bogotá, 1979, página 141.

³⁰ *Ibidem*, página 257.

³¹ Página 171, *ibidem*.

³² Página 205, *ibidem*.

³³ Página 195, *ibidem*.

Aunque la palabra desposorios hoy significa compromiso matrimonial, en tiempos bíblicos representaba un acuerdo que tenía más peso legal que una boda. Normalmente los padres arreglaban los matrimonios, y era su deber buscar el mejor partido para sus hijos. Eso incluía la elección de la novia - cuando ella tenía 12 años de edad - del mismo clan que el novio. El amor no era base para el matrimonio; la boda era una alianza entre los jefes de las dos familias. Después que el padre elegía esposa para su hijo, negociaba el monto del mohar (dote) de la novia, suma que debía pagar el padre de ella. Cincuenta shekels (ciclos) de plata era la dote más común. Cuando se completaba el acuerdo, la pareja estaba comprometida. Durante la ceremonia de compromiso formal ante testigos, se cubría el mohar y el padre de la novia daba su consentimiento diciendo, como Saúl dijo a David: " Hoy serás mi yerno " (1ª de Samuel 18:21). El rito de los desposorios se realizaba un año antes de la boda. La pareja comprometida se consideraban ya marido y mujer y se esperaba que fueran mutuamente fieles. Ese compromiso sólo podía romperse mediante un divorcio formal. María y José eran prometidos y Mateo los llamaba esposo y esposa. Las leyes eran muy severas con quien violaba a una mujer prometida, porque eso era adulterio y se castigaba con la muerte.³⁴

Los usos judíos son muy elocuentes a la hora de formalizar un desposorio:

Las jovencitas a partir de los doce años podían ser desposadas o entregadas por sus padres. Pero en cuestión de desposorio o matrimonio, ella debía de dar su libre y expreso consentimiento (libre albedrio). Cuando el joven encuentra a su novia le hace una invitación a la casa de su padre. El joven varón tenía que

³⁴ <http://grupouniversitariosanignaciodeloyola.blogspot.com.co/2014/10/que-relacion-tenian-maria-y-jose-de.html>

tener suficiente medios para dar una dote matrimonial, que podría ser dinero, joyas o una propiedad. Cuando el varón tiene la dote, entonces se entra en las negociaciones por la novia, y el padre del varón llama a un hombre que actúa como agente para él y su hijo. Este agente es el “amigo del novio”

Este agente está perfectamente informado respecto a la dote que el joven puede pagar por su novia. De la misma manera el padre de la novia llama a otro agente y cuando los agentes de las dos partes se encuentran se llevan a cabo las negociaciones en serio, deben consentir en la mano de la joven y se ponen de acuerdo sobre la cantidad del dote que el joven debe pagar por la novia. Estos agentes o “amigos del novio” se practicaban mucho en Judea y servían como mediadores de la pareja e inclusive en la fiesta de bodas llevaban presentes a la pareja y le servían. Estos testigos garantizaban que tanto el novio como la novia han cumplido con lo prometido en el compromiso.

El Desposorio

Los desposorios (Kiddushin) eran considerados como un pacto. Entre los antiguos hebreos los desposorios constituían un pacto hablado.

Después del exilio de Israel los desposorios incluían un documento escrito o ketubah (el compromiso matrimonial) y era firmado. La ceremonia consistía de la siguiente manera: Las familias de los novios se reunían, a veces con algunas otras como testigos incluyendo los que representan a cada familia de la pareja (amigos de los novios). Se le presentaba el ketubah o contrato de compromiso que contenía la Torah o la ley (el sagrado contrato de matrimonio entre Jehová e Israel), y también los beneficios y obligaciones que tenía tanto la novia como el novio. Así se ilustra la unión espiritual de Israel con Dios

Se sellaba este compromiso con que ambos tomaran la copa de vino del pacto,

Con esta copa y con firmar el contrato de compromiso matrimonial se sellaba el pacto, y la palabra hebrea Kiddushin que significa “desposorio o compromiso” viene de la palabra hebrea kiddush que significa “santificación”.

Cuando vino a Abraham hizo pacto y comunión con él, trayendo pan y vino, y Abraham dio a Melquisedec

Después de esto, el novio le promete a la novia que le preparará lugar (una habitación independiente en la casa de su padre o una casa aparte

Mientras ella espera debe guardarse y permanecer virgen hasta el tiempo señalado para la boda. El tiempo de espera puede tardar desde seis meses hasta un año. Muchas veces las novias en Palestina pasan por un ritual de lavamiento en agua en mikvah o piscina (tipo de bautismo) y se la cambia las vestiduras de soltera a vestiduras de mujer comprometida y se le ponía un velo para que cualquiera que la vea sepa que ella estaba separada para un hombre en especial. 35

Los consentimientos de padres y novios no tenían que ser incompatibles, era más frecuente que el acuerdo de éstos motivara el de aquellos, pero la validez del acto devenía de la confirmación de los padres. Hoy día, el hecho de que el casarse sin el consentimiento de un ascendiente sea una de las causales de desheredamiento del artículo 1266 del Código Civil, tiene su razón de ser en la importancia de cumplir con el desposorio pactado. En efecto, el patriarca no podía faltar a su palabra sin consecuencias de todo orden, como le sucedió con el rey Latino, quien se rehusó a

³⁵ <http://sharkyfinpuertorico.blogspot.com.co/2009/06/la-antigua-boda-judia.html>

cumplir el desposorio pactado con Turno, rey de los rútuos, y dio a su hija Lavinia por esposa a Eneas, desatando el célebre conflicto con el que concluye la Eneida.

Es necesario proponer una taxonomía especial para las instituciones jurídicas compartidas por judíos y romanos, que bien podemos acuñar como derecho religioso: un conjunto riguroso de preceptos concebidos sistémicamente y alimentados por una practicidad sencilla, que les ha permitido subsistir a través del tiempo.

Judíos y romanos compartían la prohibición de inhumaciones en el perímetro de la ciudad; los órdenes sucesorales, todo el régimen de bienes en que sobresalen las limitaciones al dominio privado como las zonas egidas y los ámbitos, una expropiación de sus esclavos en caso de maltrato; una especie de procesión o deductio in domo para la desposada correspondiente a sus justas nupcias; y el divortium, mediante carta de repudio generalmente, previsto más para la ruptura del desposorio que del matrimonio.

Los usos judíos nos ofrecen una gran claridad de conceptos sobre el desposorio y el matrimonio:

Kidushín = Desposorio, que es el momento en el cual la novia queda prometida como consagrada para el novio, y éste para aquella. Lo que simboliza esta fase es el anillo que el novio coloca en el índice de su prometida, ante la vista de los dos testigos calificados.

** Nisuín = Matrimonio (propriadmente dicho), en el cual se consuma legalmente la consagración establecida en los Kidushín. Lo que simboliza esta sección es el palio*

*nupcial, la jupá, debajo de la cual se encuentran los nóveles cónyuges, al momento de recitarse las siete bendiciones prescritas en presencia de un minián.*³⁶

Vemos, pues, que a pesar de ser conceptos distintos, eran parte de una lógica rigurosa y consecuente, como una especie de hilemorfismo que apuntaba al surgimiento o extensión de una familia y a la continuidad de un culto. La solemnidad de la unión estaba reservada al desposorio y la consumación al matrimonio.

Las instituciones del Derecho Romano, también estaban tan armoniosamente relacionadas, que sus grandes juristas sabían con exactitud que la supresión de alguna significaba la desestabilización de muchas otras³⁷; todo por el trasfondo religioso que las fundía y vivificaba; la célebre definición de Gayo de obligación así lo pone de manifiesto.³⁸

Suele pasarse por alto que la Civitas fue el producto de una unión de tribus, que cada una de éstas lo fue en su momento de la fusión de unas curias o fratrias, nacidas a su turno de una federación de gens, que eran a su vez un conjunto de familias. Fue la religión el elemento cohesionante de todas estas asociaciones, es decir, el tránsito a una forma superior solo era posible gracias a un culto en común.³⁹ El mismo denominador, en tal sentido, habría a la hora de celebrar un

³⁶ https://serjudio.com/rap1901_1950/rap1928.htm

³⁷ Recuerdo que Leibniz hablaba de geometría en el Derecho Romano.

³⁸ *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* Così B.ALBANESE, *Papiniano e la definizione di 'obligatio' in J.3,13pr.*, in *SDHI*, 50, 1984, 168 = *Scritti giuridici* II, 1991, 1658 (d'ora in poi citeremo da *SDHI*), Citado ñpor Giuseppe Falcone en *Obligatio est Vinculum Iuris*, G.Giappichelli Editore – Torino, 2003, pag 2.

³⁹ Me baso, naturalmente, en Fustell de Coullanges.

matrimonio y de pactar un desposorio, dado que, entre otras razones, a través de ellos se formalizaban alianzas, armisticios y trinviratos.

Esta conclusión ha sido susceptible de un disenso recurrente, ¿Dónde quedan los matrimonios de hecho, resultado, por ejemplo, de un rapto, de un reparto de botín de guerra, o de la simple decisión de iniciar una convivencia? Los propios eventos históricos que suelen ser el asidero de estas críticas, ofrecen una respuesta satisfactoria si son mirados con mayor detenimiento, sin pasar por alto que eran situaciones excepcionales; por ejemplo: en cuanto al rapto de las sabinas es necesario recordar que la argucia tramada por los romanos tuvo ocasión en un banquete ofrecido a una deidad compartida por ambos pueblos, de no existir ningún nexo religioso, dicho secuestro, equivalente a un sacrilegio, jamás hubiera sido subsanable; de modo que la heroica Clelia difícilmente hubiera alzado su voz para que cesara el conflicto, y la pobre Tarpeya no sería en adelante sinónimo de traición ni avaricia. Los troyanos, ascendientes remotos de los romanos, traían consigo el lastre cultural del rapto de Helena, esposa de Menelao, que fue para los aqueos un verdadero *casus belli* y una vileza que viciaba de nulidad insubsanable cualquier vínculo con Paris, dado que no había un culto compartido.

La relación surgida del general victorioso y de alguna esclava soltera, que fuera parte de un botín de guerra, estaba precedida de muchos ritos expiatorios previstos para la mujer, que ni aun así lograban reemplazar el desposorio, en vista de que la prole generada no era del todo legítima⁴⁰. Lo anterior sirve también para afirmar que la procreación no servía para sanear un vínculo irregular; los hijos, para ser reconocidos, tenían que ser tomados del suelo por el Pater. Era, pues, un justo

⁴⁰ También porque hubo durante mucho tiempo la prohibición para el militar de casarse con una provinciana. Igual sucedía con los israelitas.

matrimonio lo que santificaba los hijos habidos en él, de allí que los judíos y los germánicos, a juicio de Tácito, consideraban un crimen dar muerte a su descendencia legítima ⁴¹.

Entre los judíos, gracias al desposorio, toda res uxoris pasaba a ser del esposo, inclusive alcanzaba derechos sucesorales en la familia de su esposa. En este acuerdo también se esclarecía el futuro régimen patrimonial de la pareja. ⁴²

El siguiente pasaje del Talmud, sirve para evidenciar la publicidad exigida con el tiempo para formalizar un acuerdo prenupcial, y de paso la única gran diferencia entre desposorio y matrimonio:

Los desposorios se celebraban de la siguiente manera: Las familias del novio y de la novia se reunían con algunas otras que servían de testigos. El joven daba a la joven ya un anillo de oro o algún otro artículo de valor, o simplemente un documento en que le prometía casarse con ella. Entonces él le decía: "Veis por este anillo (o esta señal) que tú estás reservada para mí, de acuerdo con la ley de Moisés y de Israel".

Diferencia entre los desposorios y el matrimonio mismo. Los desposorios no eran lo mismo que el matrimonio. Por lo menos pasaba un año entre uno y otro. Estos dos eventos no deben confundirse. La ley dice: "¿Y quién se ha desposado con mujer y no la ha tomado?" (Deut. 20:7). Estos dos eventos se diferencian: desposar a una esposa, y tomarla, es decir, en matrimonio efectivo. Era durante este período de un año, entre el desposorio y el matrimonio efectivo.⁴³

No había ceremonia religiosa en la fiesta. En lugar de ella es han las bendiciones de los parientes y amigos. La bendición de agentes de los arreglos de la boda de Ruth y Booz es un buen ejemplo de lo que debe

⁴¹Alfred Edersheim, Usos y Costumbres de los Judíos en los Tiempos de Cristo, traducido por Ramon Llull, Editorial Clie, Barcelona, 2000, pag 119

⁴²Alfred Edersheim, Usos y Costumbres de los Judíos en los Tiempos de Cristo, traducido por Ramon Llull, Editorial Clie, Barcelona, 2000, pag 166

⁴³ Fred H. Wight Usos y Costumbres de la Tierra Bíblicas. [books.google.com.co/books?id=J3W-asl7v44C&pg=PA137&lpg=PA137&dq=Página 137](https://books.google.com.co/books?id=J3W-asl7v44C&pg=PA137&lpg=PA137&dq=Página+137).

incluirse en tal bendición (Ruth 4:11). Esto corresponde a los buenos deseos de los invitados a los matrimonios occidentales. Después que terminaba la fiesta del matrimonio, el esposo era escoltado por sus amigos al apartamento a Donde su esposa había sido conducida previamente. ⁴⁴

Es viable concluir en este capítulo que todo posible vínculo marital demandaba un culto en común, y que la diferencia entre desposorio y matrimonio, sin perjuicio de la ritualidad inherente a estos actos, radicaba en la consumación de la unión⁴⁵.

3.2 LA DOTE MATRIMONIAL

Era, como ya lo hemos visto, uno de los pactos accesorios más importantes del desposorio, ya que no solo comprendía el régimen patrimonial escogido por las partes, sino también el propio concepto de lo que hoy día son las capitulaciones, incluso solía traer consigo una especie de cláusula penal para el responsable del divorcio.

Razón de la dote para la familia de la novia. En el Oriente, cuando los padres de la novia dan a su hija en matrimonio, están ciertamente disminuyendo la eficiencia de la familia. A menudo las hijas solteras atienden el ganado de sus padres (Ex. 2:16), o trabajan en el campo, o prestan su ayuda de otra maneras. Así, sobre el matrimonio, se pensará de una joven que está aumentando la eficiencia de la familia de su esposo y disminuyendo la de sus padres. De allí que un joven que espera tomar posesión de la hija debe estar en condiciones de ofrecer alguna compensación adecuada. Tal compensación sería la dote del matrimonio. No siempre se requería que la dote se pagase al contado; podía pagarse con servicios. Como Jacob no pudo pagar de contado, dijo: "Te serviré siete años por Raquel" (Gen. 29:18). El rey Saúl requería la vida de cien filisteos como dote para que David asegurara a Michal como su esposa (1 Sam. 1S:25).

⁴⁴ Idem, página 137.

⁴⁵ La consumación no necesariamente era entendida como la primera relación íntima, en caso de los judíos estaba en que los novios compartieran un anillo, el vino y el pan; y en caso de los romanos el compartir un pan llamado farres, de allí la *confaeratio*.

Razón de la dote para la novia. Era una costumbre establecida que al menos algo del precio de la dote sería dado a la novia. Esto era además de cualquiera otra dádiva personal de los padres a la novia. Lea y Raquel se quejaron acerca de la mezquindad de su padre Laban. Acerca de ello dijeron: "El nos vendió; y aun se ha comido del todo nuestro precio" (Gen. 31:15). Labán disfrutó del beneficio de los catorce años de trabajo de Jacob, sin hacer la debida compensación al menos por parte de ello como una dádiva para Lea y Raquel.

Como una esposa divorciada en el Oriente tiene derecho a su guardarropa, es por esta razón que mucho de la dote personal consiste de monedas, su cofia, o joyas de su persona. Esto viene a ser una riqueza para ella en caso de que su matrimonio termine en fracaso. Es por esto que la dote es muy importante para la novia y se pone sobre esto tal énfasis en las negociaciones que precede al matrimonio para sacar la mayor ventaja. La mujer que tenía dracmas y perdió una, se acongojó de tal manera por la pérdida pues que la dracma era sin duda parte de la dote de su matrimonio. (Luc. 15:8, 9).

Dote especial del padre de la novia. Es una costumbre que padres que están en posibilidades de hacerlo den a sus hijas dote especial en su matrimonio. Cuando Rebeca dejó la casa de su padre para ser la novia de Isaac, su padre le dio una dama de compañía y algunas otras damiselas para que la atendieran (Gen. 61). Y Caleb dio a su hija por dote un campo con manantiales de agua (Jue. 1:15). Tal era algunas veces la costumbre en los tiempos antiguos.⁴⁶

La dote no obedecía a criterios uniformes sobre su constitución: sincrónicamente hablando, en los pueblos indogermánicos los padres y hermanos de la desposada estaban en la obligación de aportarla, costumbre que pervive hoy día en la India con todo rigor: a diferencia de los pueblos semitas en que la razón de ser de la dación estaba en compensar el daño emergente y lucro cesante

⁴⁶ <https://www.google.com.co/search?tbo=p&tbm=bks&q=isbn:0825484316> pág 131

sufridos por la familia de la novia. Es necesario advertir también que, en los judíos, posteriormente, la obligatio dotis fue asumida por el suegro del novio.

Los romanos establecieron tres clases de dote: la profecticia, la restitucicia y la adventicia; la primera se restituía al padre de la novia por unas causales taxativas relacionadas en su mayoría con la mala conducta del marido, la segunda era constituida por un pariente y la tercera era una donación inter vivos con la que podía quedarse la mujer en estado de viudez. Lo interesante del asunto era que en el desposorio se pactaba el futuro de la dote en caso de un divorcio, y las consecuencias patrimoniales atinentes a la culpabilidad de cada esposo, con arreglo a las mores maiorum. En efecto el desposorio contenía no solo una clausula penal para el prometiende incumplidor sino también para el contrayente responsable de la disolución del matrimonio (promissio dotis)⁴⁷; puesto en términos de hoy, la dote esponsalicia fijaba una indemnización anticipada a cargo del cónyuge culpable de la quiebra de la sociedad conyugal.

Dote especial del padre de la novia. Es una costumbre que padres que están en posibilidades de hacerlo den a sus hijas dote especial en su matrimonio. Cuando Rebeca dejó la casa de su padre para ser la novia de Isaac, su padre le dio una dama de compañía y algunas otras damiselas para que la atendieran (Gen. 61). Y Caleb dio a su hija por dote un campo con manantiales de agua (Jue. 1:15). Tal era algunas veces la costumbre en los tiempos antiguos.

Es preciso reiterar que, para los romanos, la dote se pactaba en la coemptio, y que servía plenamente para descartar un concubinato y probar un matrimonio.

⁴⁷ González de Cancino Emilssen, Manual de Derecho Romano, Universidad Externado De Colombia, 1991, página 162.

3.3. Matrimonio: Contrato o hecho social

Si el hecho social del matrimonio no necesitaba de una convención previa que lo legitimara, como lo era la *spondeo maritalis*, no habría razón de ser para que un divorcio unilateral exigiera la solemnidad de la carta de repudio, en compañía de dos testigos como mínimo. Dicho sea de paso, si la *diferratio* obedecía a la simple extinción del afecto *maritalis*, Rómulo no la hubiera prohibido para las mujeres, Spurio Ruga no hubiera repudiado a su esposa por estéril a pesar del mutuo amor profesado, ni César a Pompeya porque no parecía honesta. La propia *diferratio* suponía una ceremonia religiosa en que la *uxor* abdicaba del hogar agnaticio, con la posible asistencia de los tres grandes flamines que habían oficiado la *confarreatio*⁴⁸ y en medio de una exacerbada censura social.

La justa causa de una tradición era un contrato previo, como bien lo pone de manifiesto Álvarez Correa:

“Toda tradición de la cosa requería un título legítimo de enajenación, como la compraventa, la donación, la constitución de la dote, el pago de la deuda, la permuta, el pago de una indemnización. Este título legítimo de enajenación es usualmente un contrato... en todos los casos se llamaba en derecho romano la iusta causa... Tal iusta causa es generalmente la razón por la cual se hizo la tradición” ⁴⁹

Al respecto Fustel de Coulanges nos aporta toda su autoridad sobre la importancia inmerecida de la *afectio maritalis*: *El principio de la familia no reside tampoco en el afecto natural, pues ni el derecho griego ni el romano tienen en cuenta este sentimiento, puede estar en lo*

⁴⁸ El título de *Confarreatio*, derivaba su nombre también de *Jupiter Faerreus*. Eduardo Álvarez Correa, *Curso de Derecho Romano*, Editorial Pluma, Bogotá, 1979, página 236.

⁴⁹ Página 341, *Ibidem*.

profundo de los corazones pero nada es un derecho,,,,, y más adelante sentencia: los historiadores del derecho romano, habiendo observado muy justamente que ni el nacimiento ni el afecto constituían el fundamento de la familia, creyeron que ese fundamento debía encontrarse en el poder paternal o marital ⁵⁰

La familia era, para el historiador francés, todo lo que podía ser convocado en torno al fuego doméstico, el conjunto de personas y cosas alumbradas por un mismo hogar, símbolo de unos ancestros deificados; no pesaban en este concepto, por ende, los lazos afectivos o consanguíneos. Era un mismo sustrato para todos los pueblos indoeuropeos.

De modo que, el desposorio, como punto de partida para la conformación de una familia, debía estar rodeado de numerosas solemnidades, que desbordaban fácilmente la noción de un mero acuerdo privado, habida cuenta de que significaba, ni más ni menos, un cambio de hogar para la prometida. Tal vínculo, era oponible no solo ante los habitantes de una ciudad, ni de toda una nación, sino también ante el propio derecho de gentes, como lo demostró el joven Escipión al abstenerse de incluir en su botín de guerra a una joven desposada con un príncipe celtíbero, no obstante su célebre atractivo.

A efectos prácticos, la única diferencia sustancial entre desposorio y matrimonio era la vida marital entre los contrayentes, pues la ruptura del compromiso prenupcial se hacía mediante carta de divorcio o repudio.

Eran constructos tan profundamente ligados que la edad para contraer un desposorio era de 14 años para el hombre y 12 para la mujer; las mismas edades que nuestro código civil reservaba para el compromiso matrimonial, producto de transcribir a los proculeyanos sin su debido contexto,

⁵⁰ Fustel de Coulanges, Ciudad Antigua, <https://books.google.com.co/books?isbn=8497613120> , pag 48.

pues no podía haber matrimonio sin desposorio, y para el pacto esponsalicio no había un plazo prefijado, todo dependía, la mayoría de las veces, en la capacidad del desposado de pagar la dote.

Los juristas franceses también abordaron el debate sobre la naturaleza del matrimonio, como se desprende del siguiente texto: *El insigne legislador Pothier no vacila en adscribirse a esta tendencia: "El matrimonio es el más excelente y antiguo de todos los contratos. Aún considerándolo únicamente en el orden civil, es el más excelente porque la sociedad civil está más interesada en él. Es el más antiguo porque fue el primer contrato que celebraron los hombres".*⁵¹

La tesis del matrimonio-contrato fue dura y ampliamente criticada. Por ejemplo, Gounot, jurista francés, en la página 259 de su obra "El principio de la Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado, contribuciones al estudio crítico del individualismo jurídico", expresa: "La concepción contractual del matrimonio es antisocial, anti-histórica, antinatural. Hipnotizado por el dogma de la autonomía de la voluntad, el individualismo desconocía la verdad elemental de que, para quien considera las cosas en su conjunto, el matrimonio está ordenado hacia un fin superior a las voluntades privadas y a los intereses individuales. Su destino natural no es crear, entre los seres, obligaciones personales que mutuamente sesirvan de causa; engendrar una situación contractual, cuyo mantenimiento estuviese subordinado al cumplimiento de las obligaciones recíprocas de los contratantes, sino crear una nueva familia, asegurar la procreación y educación de los hijos; salvaguardar, dentro del buen orden, la perpetuidad de la gran familia humana. Por tanto, las leyes que rigen el matrimonio son dictadas por una

⁵¹<http://es.scribd.com/doc/17683147/UN-CODIGO-CIVIL-PERDIDO-EN-LOS-ANDES#scribd> pág 19

finalidad superior; no son cláusulas tácitas de una convención individual. Es indudable que la voluntad constituye la condición de su aplicación, pero no el fundamento de su eficacia".⁵²

3.4. El Desposorio y la Parentela

Puede entenderse de manera muy sencilla como una familia agnaticia in extenso, es decir todos los que comían en torno de un culto hogareño e invocaban en sus rezos al mismo ancestro; o en el caso del pueblo de Israel, todos los que de alguna manera estaban sometidos a un solo patriarca. Llama la atención el hecho de que el desposorio era estimado como una de las primeras fuentes de parentela, la desposada de este modo empezaba el tránsito necesario para ser asumida por un nuevo hogar, al punto que generaba por si solo un vínculo de maridaje que prácticamente no podía resolverse por causales distintas a las de la disolución del matrimonio.

El pacto esponsalicio solía tener un valor adicional: la dote o *Ketuba* para los judíos, o condición sine cuan non para el matrimonio islámico (el Corán ordena que el pago de la dote es a cargo del marido, y la pérdida de la misma en caso de repudio injustificado)

Hubo en Roma tres formas de contraer matrimonio, la ritual, la consensual y la dada por el uso; en cualquiera de los tres casos, era menester la existencia de un culto compartido. La promesa de matrimonio, reitero, ponía de manifiesto un común denominador religioso, en efecto, el ius connubium era la condición esencial para formalizar el futuro vinculo, (así como el ius commercium permitía el acceso a la mancipatio) y no solo era un requisito indispensable para unas

⁵²Ibidem pág 19

justas nupcias, sino también, incluso, para las situaciones de hecho que daban pie al matrimonio por uso.

El *connubium* y el *comercium* cimentaron la mayoría de vínculos contractuales del derecho romano; en virtud de un culto compartido los derechos a casarse y a comerciar hilvanaron una nación robusta, y permitieron la romanización de los diferentes pueblos sometidos por la república; significaron progresivamente una cuidadosa armazón entre las instituciones quiritarias y todos los usos habidos en la cuenca del Mediterráneo, fruto de la labor del pretor peregrino en su mayor parte. Esa articulación de constructos jurídicos fue viable gracias a su afinidad transversal y a la preservación de las instituciones en su conjunto, de suerte que, por ejemplo, el concubinato o unión marital entre un ciudadano romano y una mujer provinciana, no solo suscitaba prácticamente los mismos derechos y obligaciones que las justas nupcias, sino que también estaba precedido de unas promesas recíprocas y vinculantes.

Un rasgo importante de los esponsales era el mó-har, la dote que se pagaba por la novia. El término mó-har aparece tres veces en la Biblia. ([Gé 34:12](#); [Éx 22:16, 17](#); [1Sa 18:25](#).) Esta dote solía pagarse a los padres. En el caso de Rebeca, el siervo de Abrahán dio “cosas selectas” a su madre y a su hermano Labán, que fue quien llevó la delantera en las negociaciones. ([Gé 24:53](#).) El mó-har también podía pagarse rindiendo servicios. ([Gé 29:15-30](#); [Jos 15:16](#).) En [Éxodo 22:16, 17](#) se muestra que también se había de pagar el mó-har al padre de una muchacha seducida como indemnización por la ofensa cometida, aun cuando este rehusara darla en matrimonio. En algunas ocasiones, el padre de la novia le daba a ella un “regalo de despedida”, y a veces, como en el caso de Rebeca, recibía regalos cuando se celebraba el compromiso. ([1Re 9:16](#); [Jos 15:17-19](#); [Gé 24:53](#).)

Los hebreos veían a una pareja comprometida como si estuviera casada, aunque la cohabitación no tenía lugar hasta que se terminaban las formalidades de la boda. ([Gé 19:8, 14; Jue 14:15, 16, 20.](#))⁵³

3.5 La Obligaciones Naturales en la Antigüedad

Este asunto me parece de capital importancia habida cuenta de que el desposorio es considerado en la actualidad como una fuente de obligaciones naturales, ese fue uno de los efectos de la decisión de Don Andrés Bello; es necesario, en consecuencia, indagar sobre su grado de acierto, y qué mejor manera de hacerlo que acudiendo al derecho romano.

Si bien las obligaciones develan la esencia de las relaciones humanas⁵⁴, y éstas son disimiles y asimétricas per se, no es lógico admitir que en un conjunto de vínculos prestacionales, que comparten el mismo origen, solo algunos tengan respaldo coercitivo.

Es por ello que, en cuanto al binomio de obligaciones civiles y naturales, un seguimiento histórico nos indica que las primeras obedecen al ordenamiento de cada ciudad en particular, a diferencia de las segundas que provienen del Derecho de Gentes; sin embargo, tanto el Ius Gentium como el Ius Civile nacen del Derecho Natural, en atención al juicio de Justiniano expresado en sus *Institutas*, capaz de dirimir satisfactoriamente muchos de los problemas que han alimentado la Filosofía del Derecho; ya Cicerón en su *República* hablaba que la recta razón es la verdadera ley” *congruente con la naturaleza, general para todos, constante, perdurable, que impulsa con sus preceptos a cumplir el deber... Tal ley no es lícito suprimirla, ni derogarla parcialmente, ni abrogarla por entero, ni podemos quedar exentos de ella por voluntad del*

⁵³ <http://wol.jw.org/es/wol/d/r4/lp-s/1200001363#h=2>, pág 866.

⁵⁴ Máxima de Pothier.

*Senado ni del pueblo, ni puede ser distinta en Roma o en Atenas.*⁵⁵ De modo que, el derecho civil se desprendía, para los propios clásicos, del derecho natural.

Las obligaciones naturales no podían tener de entrada una cobertura procedimental, no porque hicieran parte de una casta inferior de vínculos jurídicos, sino por la sencilla razón de cada polis conservaba su propio sistema de ritos, alegorías y tabúes a la hora de proteger el ejercicio de un derecho sustancial, nada más. Una vez asimiladas o asemejadas las instituciones del Derecho de Gentes, gracias a la convivencia entre ciudadanos y peregrinos, el derecho pretoriano las dotaba de medios coaccionantes.

Las obligaciones naturales provenían de los pactos, acuerdos de hijos, pupilos y esclavos que causaban el efecto de la *resolutio retentio*. Podían novarse o compensarse con obligaciones civiles, y garantizarse con fianza, prenda e hipoteca.

Las obligaciones naturales, asimismo, eran pretorianas, fundadas en la equidad y en derecho de gentes (común a todos los pueblos), las civiles se derivaban del derecho quirritario.

Pietro Bonfante destaca la progresividad del derecho romano frente a los retos propuestos por las diferentes sociedades absorbidas por el imperio, escenario en el que el derecho natural desempeñó un papel cada vez más protagónico con sus nociones espontáneas de buena fe, de compensación de daños y beneficios, y de la primacía de la voluntad frente a los ritos procedimentales; por lo que fue dotado sucesivamente de acciones pretorianas, *senatus-consultus* y constituciones imperiales para forzar su ejercicio.⁵⁶

⁵⁵ Cicerón, *Sobre la República*, Traducción de Álvaro de D'Ors. Editorial Planeta, Barcelona, 1998, página 137.

⁵⁶ Pietro Bonfante, *Historia del Derecho Romano*. José Santacruz Teijeiro, Editorial Revista Derecho Romano, Madrid, 1944. Página 547.

En esa línea, hubo obligaciones de una vital importancia para los romanos que pervivieron durante varias épocas sin un respaldo positivo, en efecto, nadie podía llevar a juicio a un páter por omisión de sus deberes con los suyos ni a un fiduciario renuente de cumplir su encargo⁵⁷; tal vez, para sorpresa nuestra, hubo sociedades donde no era necesaria una acción civil para forzar el cumplimiento de estos débitos, luego, es equivocado asociar las obligaciones naturales con compromisos de poca monta.

Viene un asunto que es de primer orden ¿Qué hacía coercitiva una obligación natural o civil? Obviamente la respuesta no se reduce a la acción procedimental. Al detenerse en el concepto de la deuda sale a flote el elemento consustancial de la garantía, efectivamente, además de la prestación, en estricto sentido, era imprescindible un revestimiento que conminara la ejecución de la conducta adeudada; y tal garantía no residía tanto en el cuerpo o en los bienes del deudor como en la promesa con que se ritualizaba obligación.

En efecto en ninguna parte de la vida, ya se trate de los negocios públicos, ya de los particulares, o de los civiles, , o domésticos, o propios, o de negocios ajenos, puede estar exenta de obligación, en cuyo cumplimiento consiste toda la honestidad de la vida. Y en su omisión la torpeza. ⁵⁸

*El fundamento de la justicia es la fidelidad, esto es, la firmeza y veracidad en las palabras y en los contratos. Y la fidelidad consiste en hacer lo que se ha prometido.*⁵⁹

La promesa, el voto o el juramento, eran los elementos articuladores de gran mayoría de relaciones sociales, presentes tanto en las decisiones de Estado como en los actos jurídicos, Cicerón nos

⁵⁷ En materia sucesoral. De la Buena fe del encargado viene el termino fideicomiso. Eduardo Álvares Correa, Curso de Derecho Romano, Editorial Pluma, Bogotá, 1979, página 389.

⁵⁸ Ciceron, Los oficios, Traducción de Don Manuel Valbuena, Imprenta Real, Madrid,1788, página 6.

⁵⁹ Ibidem, página 23.

muestra su importancia extrema en el siguiente ejemplo: Catón ‘El Viejo’ escribió al cónsul en cuya legión militaba su hijo para que le tomara un nuevo juramento pues venia de una cohorte licenciada, de lo contrario no podía *tomar las armas legítimamente*.⁶⁰

La promesa de igual manera era vinculante frente a los enemigos, como lo demostró Marco Atilio Regulo tras la batalla de Bragadas al cumplir su palabra de volver a Cartago si no convencía a los romanos de la necesidad de un armisticio. Asimismo, son célebres los diez romanos capturados por Aníbal en la batalla de Canas que no quisieron volver al campamento del general barcida estando obligados a ello bajo juramento, vivieron en adelante llevando a costas la más dura censura social. Inclusive, es viable afirmar que las bases del Derecho Internacional Humanitario fueron sentadas por la impronta de cumplir la promesa de hacer una guerra escrupulosa, como lo demostraron romanos y epirotas en las guerras pírricas, o Aníbal al sepultar con honores a Marcelo, o Tito Quincio Flaminino después de Cinoscéfalos.

La simple promesa, como lo hemos visto, servía de sustento especialmente para todos los contratos verbis, rodeada de expresiones y gestos ritualizados. Efectivamente, la obligación surgía con una respuesta tajante de “prometo”, verbo en primera persona del singular revestido de sacralidad. De allí surgieron también las clausulas compromisorias y las estipulaciones. Era una promesa sin acción civil el principal componente del *ius iurandum libertis*, por citar otro ejemplo.

Además, las obligaciones naturales no estaban privadas del todo de efectos terminantes, si bien se caracterizaron con el tiempo por la famosa *resolutio retentio*, no hay que pasar por alto que podían novarse o compensarse con obligaciones civiles; y que admitían sin extrañeza garantías como la

⁶⁰ Ibidem, Pagina 36.

fianza, prenda e hipoteca, situación que no ha cambiado mucho al revisar el artículo 1527 de nuestro código.

Tanto los nexos naturales como los civiles daban cuenta de un concepto esencial en materia de obligaciones: lo que realmente se debe, lo justo para cada caso; si había o no cierta vía procedimental para reclamarlo era un asunto accidental o transitorio. En virtud de esta impronta hicieron carrera muchos ajustes progresistas como la manumisión por testamento, la representación del nacíuro, la de los hijos del premuerto,⁶¹ la *actio in damne injuriae* y la propia *adiecticiae qualitatis*.

Los griegos, no fueron ajenos a la necesidad de cumplir los débitos que enriquecen el mundo de la vida; al igual que a judíos y romanos, les urgía algo básico como la tranquilidad de no verse defraudado en ningún negocio, con acción procesal o sin ella. Es más, llegaron a elaboraciones como la “erane”, que no era otra cosa que el deber social de coadyuvancia en favor de algún asociado en estado de pobreza, una obligación que era atendida con todo rigor no obstante su carácter de natural.

Aun en los propios griegos, insisto, era mal visto que un ciudadano desatendiera sus deberes más básicos, como sucedió con Sófocles, llevado a juicio por sus propios hijos a fin de que fuera declarado interdicto; paradójicamente, salió vencedor cuando recitó la tragedia en la que tenía puestos sus cinco sentidos.⁶²

Recuerdo, volviendo a los romanos, cómo Escipión salió absuelto de unos cargos de malversación gracias a que el juicio coincidió con el aniversario de la batalla de Zama, y cómo Catón “El Censor” tuvo que responder a más de cien procesos sin acarrear ninguna condena. Más allá de la impresión

⁶¹ Desde Justiniano.

⁶² Cicerón, *La Vejez y la Amistad*, Traducción de Santiago Perea Latorre, Editorial Norma, Bogotá, 1996, página 19.

que suele causar el rigor punitivo del derecho quiritario, no hay registros de un solo deudor desmembrado o desterrado por su insolvencia; todo lo contrario, vemos como contaba con al menos dos meses para extinguir la acción ejecutiva con el pago de la obligación, y como era reemplazado por un *vindex* a fin de que pudiera salir a obtener los recursos para saldar la deuda, con la ley Valerio- Horacia bastaba la intervención del tribuno de la plebe para frustrar la *manus inectio* del acreedor, lo que demuestra la mediana importancia que las acciones civiles revestían en la práctica⁶³. Las instituciones del derecho romano se cimentaron más en las obligaciones naturales que en las civiles.

La era de la conciencia, de la cual se nutrió el derecho occidental durante siglos, relegaba la acción civil a una verdadera *última ratio*, de allí las consecuencias excesivas que conllevaba y la manera relativamente sencilla de evitar su condena. La mayoría de instituciones que perviven en nuestro tiempo se abrieron paso sin la incidencia de la coercitividad procedimental, y su respetabilidad se desprendía de sí mismas y no de la sanción positiva que las acompañaba, máxime cuando esta cobertura iba y venía según decisiones coyunturales⁶⁴. Igual sucedía con el derecho público romano, basta recordar, por ejemplo, que el contar con la *auctoritas patrum* del Senado era algo sencillamente ineludible para toda *rogatio* presentada ante la asamblea centuriada⁶⁵, por mandato de la costumbre, y sólo fue de forzosa observancia por ministerio de la ley en el 339 a. de C.⁶⁶; lo interesante del asunto está en que, al parecer, la exigencia legal fue derogada, como quiera que Sila tuvo que imponerla nuevamente mediante sus leyes cornelias, sin que la falta de este cubrimiento positivo hubiera afectado la práctica devota de dicho requisito.

⁶³ Y lo inviable de reducir el conflicto patricio-plebeyo a la publicidad de unos ritos procedimentales.

⁶⁴ En los judíos “pueblo de dura cerviz”, la sanción sí cobró más importancia que en otros pueblos.

⁶⁵ *Rogatio*, *rogationis*; o Proyecto de ley.

⁶⁶ Confrimado por las reformas de Sila a fines de la república.

El propio Ihering, a pesar de la distancia que tomó de la escuela histórica, nos relata cómo todo aquel que no ejecutaba la prestación prometida se convertía en cosa, *su cuerpo pasaba a ser un objeto de propiedad del acreedor. Tanto de la Ley de las XII Tablas, como de la lectura de la Prehistoria de los indoeuropeos, de Rudolf von Ihering, surgiere que la inejecución de la obligación era tratada como delito.*⁶⁷

Asimismo, el célebre discípulo de Savigny nos recuerda la dimensión de las obligaciones naturales y el papel fundamental que han desempeñado frente a lo que hoy podría ser el derecho positivo:” *nacen en el Derecho Romano primitivo para atenuar el rigorismo del derecho civil –juscivile– que era el derecho quiritaro, el derecho de los ciudadanos; eran una creación pretoriana fundada en la equidad y en el derecho de gentes, común a todos los hombres, como respuesta al incremento de las relaciones comerciales con otros pueblos que traía aparejada la transformación social y económica, haciéndose necesarias para regular las situaciones que iban surgiendo.*” *Conforme surge del Digesto, en ciertos casos estaban provistas de acción y cuando no eran ejecutables se las designaba con el nombre de "debitum", denominación con la que aparecen en los tiempos de Justiniano. (Comunicación efectuada por la Profesora Dra. Emma Adelaida Rocco en la sesión privada extraordinaria de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires del 28 de abril de 2006).*⁶⁸

⁶⁷ Dr. Luis Moisset de Espanés (trabajo especial extraído de su libro sobre Obligaciones y que ha sido consultado por intermedio de la Academia de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional de Córdoba)

<http://www.ciencias.org.ar/user/files/Rocco.pdf> pág 4

⁶⁸ Ibidem pág 4-5

El sustrato jurídico de las obligaciones naturales fue enriquecido por la corriente estoica, que produjo en la mayoría de pensadores y juristas romanos un arraigo significativo. El estoicismo simbolizó la teorización de la conducta abnegada que los romanos habían preservado durante los periodos monárquico y republicano, tal y como lo pone de presente el profesor Moisset:

La doctrina de los jurisconsultos, que provocará la aparición de las obligaciones naturales, tenía ya gran fuerza hacia fines de la República y que SÉNECA, a principios del Imperio, demuestra conocerla. Sostiene que Javoleno se ocupa de la obligación natural del esclavo a fines del siglo I de la era cristiana, y que la obligación natural correspondiente a las relaciones entre el pater familiae y las personas que están bajo su potestad, ha sido tratada por Africano, a principios del siglo II.

En cuanto a la promesa del menor sin la auctoritastutoris, es otra de las obligaciones naturales que proceden de la época clásica; en cambio puede dudarse si la obligación del hijo de familia que pide dinero prestado ha nacido en la época clásica o es una construcción bizantina.

Más rigor lógico y sistemático tiene la doctrina que funda la distinción de las obligaciones civiles y naturales en la diferencia existente entre el "ius civile" y el "ius gentium", teoría que ha sido sostenida por SAVIGNY.

Para sostener esta afirmación se recuerda que los jurisconsultos clásicos identificaban el derecho natural con el derecho de gentes 14. En tal sentido nosotros vemos que se denominan "obligaciones naturales" a las obligaciones del "ius gentium", aunque estén

provistas de acción. Sin duda ésta es una explicación valedera, que nos permite comprender por qué en muchos textos del Digesto encontramos referencias a obligaciones naturales provistas de acción.

En tal hipótesis, concebida la obligación natural como emanación del "ius gentium", tendrá el mismo vigor que la obligación civil, diferenciándose solamente por las personas que pueden ser sujetos de esa obligación, ya que las obligaciones civiles sólo pueden ligar a ciudadanos romanos, mientras que las obligaciones naturales, surgidas del "ius gentium", serán accesibles también a los peregrinos.

En definitiva, el deudor no podrá ejercer la "condictio indebiti" para reclamar la devolución de lo que pagó, porque existía un *debitum naturale* (D. 46.1.16.4; D. 12.6.19 pr.; y D. 12.6.64).

Si reciben el dinero recibieron lo que se les debía. D. 12.6.10 pr. (Pomponio): Si el deudor quedó libre por causa de la pena de aquel a quien se debe, subsiste la obligación natural, y por todo esto no puede repetirse lo pagado. D. 16.6.64 (Trifonino): Si lo que el señor debió a un esclavo, se lo pagó ya manumitido, aunque creyendo que le estaba obligado por alguna acción, no lo podrá sin embargo repetir, porque pagó una deuda natural; porque así como la libertad se contiene en el derecho natural, y la dominación fue introducida por el derecho de gentes, así se ha de entender naturalmente en la condición la razón de lo debido, o de lo no debido.

El genio de los juristas romanos, eminentemente práctico, se muestra también en este terreno. La diferencia entre obligaciones civiles y naturales nace, no como una construcción teórica, sino para satisfacer necesidades de la vida diaria. Más aún, a lo largo de la historia del derecho romano la noción de obligación natural ha ido

evolucionando, para atender a las necesidades cambiantes de la vida jurídica. En una primera etapa, frente a las limitaciones del ius civile, tiende a dotar de vida y acción a las obligaciones nacidas del ius gentium. Posteriormente, invocando el ius naturale, se referirá el Corpus Iuris a aquellas relaciones jurídicas desprovistas de acción, pero asimilando en todos los otros aspectos la obligación natural con la obligación civil, ya que pueden ser afianzadas, novadas, compensadas, y su pago es válido e irrepetible.

La Glosa y la Escuela de los doctores, en un esfuerzo por renovar la figura y adaptarla a las necesidades sociales de sus respectivas épocas, van interpretando los textos de manera amplia.⁶⁹

La legislación positiva fue acogiendo las improntas de la costumbre estoica, de modo que la edad para contraer un desposorio en el derecho clásico era de 14 años para el hombre y 12 para la mujer; las mismas edades que nuestro código civil reservaba para la unión matrimonial, producto de transcribir a los proculeyanos. Justiniano, redujo las edades a siete años, hecho que no debe llamarnos a equívocos, todo se explicaba por la necesidad de la sponsio como contrato legitimante del vínculo matrimonial; además, desde las XII Tablas, era posible que la ley facultara al ciudadano a ejercicios despóticos de sus derechos, pero las mores maiorum salían al encuentro para impedir, entre otros ejemplos, que los acreedores desmembraran al deudor insolvente, o que el pater segara la vida de sus hijos, esposa y esclavos, o que la mujer fuera casada inmediatamente después de su primera costumbre⁷⁰, pues era necesario crear el entorno para un parto exitoso.

⁶⁹: <http://www.monografias.com/trabajos88/obligaciones-naturales/obligaciones-naturales.shtml#conceptooa#ixzz46UNV3R4p>

⁷⁰ Primera menstruación.

Asimismo, Justiniano reconoció la exigibilidad civil de las arras y de la dote contenidas en una *spondeo maritalis*.

La definición de Modestino es bastante reveladora: *Matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer que produce consorcio para toda la vida en el cual se transmiten derecho divinos y humanos*, nótese que el jurista, habla de unión y no de un contrato solemne, en el entendido de que matrimonio era una situación de hecho que se desprendía naturalmente del desposorio, es decir, el acuerdo solemne de voluntades correspondía a la promesa y no a su mero cumplimiento. Cicerón, célebremente, también tiene una definición parecida sobre la amistad, al afirmar que se comunican derechos divinos y humanos.

Justiniano no podía ser ajeno a la naturaleza del *ius connubium* y conservó en consecuencia el sentido de las justas nupcias como una situación de hecho: la unión del hombre y la mujer con la intención de tener una vida en común, reservando asimismo la etapa contractual a la promesa mutuamente aceptada. Si bien coincido en que el matrimonio no era un contrato, no lo hago inspirado en la pretensión de reducir esta institución a un hecho social dependiente exclusivamente de un *afectio maritalis* continuado, que tornaba irrelevante el consentimiento inicial de los contrayentes, tal cosa significaría pasar por alto su sustrato histórico-religioso que proyectaba el carácter vitalicio de las justas nupcias. No era un contrato, insisto, porque dicha unión significaba el cumplimiento de una obligación de hacer con ocasión del pacto esponsalicio.

En el derecho quiritorio no podía haber matrimonio *cum manu* sin una petición de mano, la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus* suponían un acuerdo familiar previo gracias a un culto en común. No es viable desechar la posibilidad de un pacto esponsalicio en la modalidad del *usus*, dado que la censura social impedía una vida marital sin formalidades previas y sin la constitución

de la dote, así que el usus fue una modalidad reservada a los plebeyos antes de la ley Canuleya; por otro lado, pesaba una prohibición expresa de matrimonio entre el raptor y su víctima. El usus, en esencia, no era más que un puente entre el matrimonio con y sin mano, que era cruzado en su totalidad por la esposa que prescindía de la trinoctium.

Vemos pues cómo el acuerdo prenupcial era sencillamente determinante para la pérdida u obtención de derechos patrimoniales, por ejemplo, si de dicho acuerdo provenía un matrimonio sine manu, significaba que la esposa no se desvinculaba de su familia paterna y, por ende, no quedaba sujeta a la potestad de su marido, en relación con sus propios hijos no había ningún vínculo jurídico, no podían heredarla.

El hecho de que las promesas de matrimonio fueran un acuerdo privado inter familiar no excluía la observancia de ciertas solemnidades esenciales a dicho acto jurídico, en efecto, ha hecho carrera la concepción de que los contratos solemnes en la civitas romana tenían que celebrarse ante el pretor urbis, supuesto que no puede más que forzar las siguientes cuestiones: ¿Cómo se celebraban los contratos solemnes antes de la creación de la pretura? ¿La Mancipatio, el más icónico de los contratos solemnes, no era también una ceremonia privada? Y si la solemnidad recaía en la persona que presidía la celebración y no en el propio acto, ¿no eran los padres de familia sacerdotes y jueces que podían incluso conservar su patria potestad sobre cónsules y pretores? De modo que la spondeo maritalis volvía esposos a los contrayentes y era absolutamente necesaria para el matrimonio, al punto de que este instituto se reducía a la satisfacción de las prestaciones contraídas por los prometientes, sin que fuera por si solo un contrato.

Fustel pone énfasis en la importancia de un culto en común para la viabilidad del matrimonio y en la necesidad de máximas solemnidades desde el comienzo de las negociaciones: *Asomándonos*

*así a las ideas de aquellos hombres se advierte la importancia que para ellos tiene la unión conyugal y cuan necesario era que interviniese la religión en ella. ¿Cómo no iba a ser indispensable alguna ceremonia sagrada para iniciar a la joven esposa en el nuevo culto que tenía que seguir en lo sucesivo, debiendo ser sacerdotisa en un hogar que por nacimiento no le pertenecía?*⁷¹

*En Atenas, la ley encargaba al primer magistrado de la ciudad de la vigilancia para que no llegase a extinguirse ninguna familia, y de la misma manera la ley romana ponía mucho cuidado en que no llegase a decaer ningún culto domestico El celibato era una grave impiedad, (desde la India hasta Roma lo reprimían).*⁷²

En la traditio, el prometiente esperaba en la casa de la novia a que le fuera entregada por el padre, esto significa que ya se había oficiado una ceremonia que lo facultaba a permanecer frente al fuego hogareño de su esposa, en la cual, muy seguramente, se había acordado una indemnización (la dote) en razón del daño sufrido por la familia de la novia, entendida ésta como una organización cultural y como una unidad productiva.

Al detenerse en los elementos constituyentes del matrimonio romano, se obtiene que las solemnidades del acuerdo de voluntades estaba reservada para otro acto:

En Derecho romano no existen formas específicas a través de las cuales deba manifestarse la voluntad de los cónyuges. Como vimos, la confarreatio, la coemptio y el usus no eran formas de celebrar el matrimonio, sino formas de conventio in manum, encaminadas a hacer entrar a la mujer en la familia

⁷¹books.google.com.co/books?id=mOEhtilFt6wC&pg=PA55&hl=es&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false pág 56

⁷²books.google.com.co/books?id=mOEhtilFt6wC&pg=PA55&hl=es&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false pág 61

del marido. Todas aquellas ceremonias que acompañan un acontecimiento tan alegre y festivo, tienen importancia social pero no son relevantes jurídicamente hablando. Los actos sociales que inician la convivencia, como la cena en casa de los padres de la novia, Donde ésta es "entregada" oficialmente al novio, y el posterior traslado en cortejo de la novia a casa del novio (deductio in domummariti), no son imprescindibles, y en todo caso, tienen como finalidad el probar que ha tenido lugar el consentimiento (consensus).

En Derecho clásico, pues, no se exige forma o acto simbólico alguno, ni la presencia de un sacerdote o magistrado, y ni siquiera Justiniano requería solemnidad alguna para celebrar el matrimonio, sí en época cristiana se solía practicar ante un sacerdote que bendecía la unión, pero su colaboración no se exigió hasta mucho más tarde, en el Concilio Tridentino.

+ Elemento subjetivo del matrimonio romano: voluntad de permanecer unidos como marido y mujer

Otro subjetivo, intencional, que es la voluntad recíproca de permanecer unidos como marido y mujer (consensus). Es el elemento más importante, y tanto que Ulpiano afirma tajantemente que nuptias non concubitus, sed consensusfacit, esto es, el matrimonio no lo hace la cópula sino el consentimiento⁷³.

Si bien propuse un *derecho religioso* para explicar la causalidad de muchas instituciones centrales del derecho judío y romano, hay varios aspectos, en los que la Ley judía no fue permeada por la

⁷³ <http://www.derechoromano.es/2011/12/el-matrimonio-romano.html>

romana, por ejemplo, el Talmud iba más allá que *ius postlimini* y permitía la disolución de una segunda unión como consecuencia del regreso del esposo desaparecido.

3.6 Capitulaciones, Dote, Arras y el Desposorio

Otra prueba de la Pangea entre arras, dote y capitulaciones, encerradas en la promesa de matrimonio, era la necesidad de que éstas se celebraran solemnemente. Hemos visto con suficiencia que durante el ritual del matrimonio no podía haber momento alguno para pactar el régimen patrimonial que se iba a secundar de la unión, luego, le correspondía al desposorio la solución de estas cuestiones esenciales para el futuro vínculo, por ejemplo: si los desposados tendrían un matrimonio con o sin mano; qué bienes, presentes y futuros, harían parte de las dotes prometidas o de los bienes parafernales; y las sanciones pecuniarias para el conyuge culpable, como la pérdida de las arras y su restitución, incrementada hasta en un cuádruplo en tiempos de Constantino.

Una de las razones histórico jurídicas de la promesa de matrimonio era la necesidad de las capitulaciones, efectivamente, el año que solía abarcar el desposorio servía de plazo suspensivo para la entrada en vigencia de este pacto accesorio; si no había matrimonio en ese año, este convenio carecería de validez.

Claro está que el contrato matrimonial recaía en el desposorio, título⁷⁴ principal en que se pactaban las capitulaciones a manera de dote (presente y futura), arras, bienes parafernales, etc; de suerte que, al producirse un divorcio, había un *lucro inicuo* si el varón conservaba la *res uxoriae*, o sí demandaba las arras, en caso de ser declarado conyuge culpable. El profesor Bonfante nos relata

⁷⁴ Obviamente en el derecho judeo-romano no había nuestra diferencia entre título y modo. Sin embargo, Álvarez Correa, en la página 320 de la obra citada, habla de título de transferencia de propiedad para la constitución de la dote, desde Justiniano.

que esta restitución empezó a darse con ocasión de la diferratio de Espurio Ruga, y que tal debió surgir a causa de la censura social que acompañó al hecho; la fuerza de la costumbre, una vez más, propició la actio rei uxoriae en favor de la repudiada sin justa causa.⁷⁵

La condición social de la mujer, el régimen patrimonial que iba a signar la unión, la posibilidad de derechos herenciales derivados de la familia política, la dote y los bienes parafernales; son aspectos que por su propia naturaleza no podían ser debatidos en la confaerratio, requerían evidentemente una convención anterior, un desposorio:

“a) Ante todo, como hemos visto, la mujer participa de la condición social del marido, y le debe fidelidad, existiendo entre los cónyuges una obligación de recíproco respeto (reverentia), que se traduce en una serie de disposiciones. Así, el adulterio de la mujer se castiga con más severidad que el del marido, disponiendo Justiniano el ingreso de la mujer adúltera en un convento, y facultando al marido para hacer cesar la pena, reemprendiendo con su mujer la vida conyugal; por otra parte, ni el marido ni la mujer pueden actuar en juicio el uno frente el otro, estando exentos así mismo de testificar recíprocamente en contra; finalmente, las acciones penales o infamantes no se pueden ejercitar entre cónyuges, y por ello se excluye la acción de robo (actiofurti): el cónyuge sólo puede ejercitar una actio rerum amotarum para recuperar las cosas sustraídas durante el matrimonio.

b) En el orden patrimonial, cuando el matrimonio iba acompañado de la conventio in manum, todos los bienes que la mujer poseyera antes de contraerlo, y todos los que durante el mismo adquiriese, pasaban a ser propiedad del marido, o en su caso, de su paterfamilias; en compensación, a la muerte de su marido la mujer le sucedía como si fuese una hija. Si el matrimonio no iba acompañado de

⁷⁵ Pietro Bonfante, Historia del Derecho Romano. José Santacruz Teijeiro, Editorial Revista Derecho Romano, Madrid, 1944. Página 552

la conventio in manum, se producía, en principio, un régimen de separación de bienes, que funcionaba de distinta forma según que la mujer fuese sui o alieni iuris. Si era alieni iuris, todo lo que adquiría durante el matrimonio redundaba en beneficio de su paterfamilias, y si era independiente (sui iuris), todo lo que tuviese antes del matrimonio, o adquiriese después, le pertenecía en propiedad, pudiendo disponer de ello libremente.

c) En virtud de la presunción Muciana (fue el jurista Mucio quien la creó), todo incremento operado en el patrimonio de la mujer, cuya procedencia no pudiera demostrarse, se presume que proviene del marido, salvo prueba en contra.

d) Las Donaciones entre cónyuges durante el matrimonio estaban prohibidas. La razón que para ello aducen algunos juristas era la posibilidad que tales Donaciones introdujeran en las relaciones conyugales un no deseable matiz de especulación, pareciendo como si se comprara la concordia marital con dinero; no obstante, si el Donante muriese antes que el Donatario sin haberla revocado, la Donación se convalida. Excluidas de la prohibición estaban las Donaciones efectuadas por causa de muerte o con ocasión de divorcio.

- Dote y bienes parafernales

La palabra dote proviene de la latina dos, que deriva a su vez de dare (dar o entregar), y originariamente constituía una auténtica Donación que el marido adquiría definitivamente, aunque en Derecho clásico ya no tiene tal consideración. En efecto, en esta época se entiende por dote el conjunto de bienes que el marido recibe del padre de la mujer, de la misma mujer o de un tercero, para ayudarle a soportar las cargas del matrimonio (ad sustinendaoneramatrimonii).

Aunque en principio la obligación de dotar a la mujer que iba a contraer matrimonio era sólo moral, bien pronto llegó a convertirse en un deber jurídico. Existían varias formas a través de las cuales se constituía la dote a favor del marido, pero en la época postclásica, más precisamente a partir de Teodosio (s.V.) se hizo posible la constitución mediante un simple pacto (pactumdotis) desprovisto de formas, que se generalizó como medio habitual con Justiniano, siendo usual en este época recurrir al documento escrito para constituir la dote (instrumentumdotale).

En Derecho clásico, teóricamente el marido adquiría la propiedad de los bienes entregados como dote (bona dotalia), pero en la práctica no podía ser contemplado como un auténtico propietario, ya que debía destinarlos a un fin determinado (aliviar las cargas del matrimonio), no podía vender ni pignorar los fondos dotales (según la lex Iulia de maritandisordinibus), y sobre todo estaba obligado a restituirlos a la mujer una vez disuelto el matrimonio. A la vista de esta ambigua situación podríamos afirmar paradójicamente, que el marido es propietario de los bienes dotales pero que éstos pertenecen a la mujer, "son suyos".

Justiniano puso fin a tal ambigüedad calificando definitivamente la dote como res uxoriae (cosas de la mujer). Tilda de sutiles legal (subtilitaslegum) la adquisición de la propiedad por el marido, y corrobora sin ambages que los bienes dotales pertenecen en propiedad a la mujer, pudiendo interpretarse que las facultades del marido sobre los mismos, corresponderían a las de un usufructuario.

Finalmente, en cuanto a la obligación de restituir la dote por parte del marido, es garantizada por una hipoteca legal privilegiada sobre los bienes de éste a favor de la mujer, la cual podía ejercitar la actio ex stipulatu o progresivamente la actio rei uxoriae para exigir la restitución; con Justiniano tales acciones se confunden en una sola denominada acción de dote (actio de dote).

Antes de la reforma de 13 de Mayo de 1981, la dote era amplia y minuciosamente contemplada en el Código Civil Español, guardando regulación gran afinidad con el Derecho romano; pero después de dicha reforma no se menciona más este instituto, quedando abolido definitivamente, aunque con anterioridad ya había caído en desuso. Cuando el matrimonio era libre, esto es, cuando no iba acompañado de la conventio in manum, se llamaban bienes parafernales (del griego para = fuera y pherné = dote) o extradotales, todos aquéllos que pertenecían a la mujer y de los cuales ésta, no habiéndolos constituido en dote, conservaba la libre disposición. La mujer podía administrarlos por sí misma o encomendar al marido su custodia o administración, como habitualmente ocurría. Los bienes parafernales que habían sido confiados al marido, debían ser ineludiblemente restituidos a la disolución del matrimonio; a este respecto, tanto la mujer como sus herederos podían reclamarlos con la acción de depósito o la de mandato según los casos, o incluso mediante acción reivindicativa, como propietaria que era de los mismos”.

76

Hemos visto como las arras, la dote y las capitulaciones han sido pactos accesorios de la spondeo maritalis, y dan testimonio de la importancia de dicho pacto en la celebración del hecho social del matrimonio. Recordemos que en la ritualidad del matrimonio, todo detalle, por mínimo que fuera, obedecía a un dictado religioso y encerraba la representación del modelo fundacional de la ciudad, desde la India hasta Roma; y en la escrupulosidad del procedimiento, las partes, insisto, no tenían

⁷⁶<http://www.derechoromano.es/2011/12/el-matrimonio-romano.html>

ocasión alguna de pactar absolutamente nada, el acuerdo principal y sus gravitantes estaban previstos para el desposorio.

Hay un hecho sumamente revelador que pervive en el pueblo judío, los novios se entienden *completamente casados* cuando el varón pone un anillo dorado en el anular derecho de su mujer, algo parecido sucedía con la última etapa de las justas nupcias en Roma, que reservaba la consumación del matrimonio para la ingesta del pan farres, no había necesidad de actos íntimos para hablar de un matrimonio consumado, tal evento corresponde a una impronta medieval. No en vano los requisitos fundamentales del *spondeo maritalis*, repito, eran los mismos del matrimonio, en adelante la desposada vestirá de un modo distinto y portara un anillo en su mano izquierda, dando a entender su compromiso de forma *erga omnes*; la única diferencia con el derecho posclásico radicaba en la licencia otorgada por Justiniano para que el contrato se celebrara desde los siete años

La necesidad de la promesa de matrimonio para los acuerdos prenupciales es puesta de manifiesto recurrentemente en la historia de Israel, la dote o su equivalente era inherente al desposorio, así como las condiciones de todo orden impuestas al pretendiente, entre las que sobresalen la gesta que tuvo que protagonizar Otoniel para desposar a la hija de Caleb, o la del propio David a la hora de desposar a Mical hija de Saúl, o los catorce años que tuvo que trabajar Jacob por Lea y Raquel.

4. *El Desposorio en la Edad Media*

En la edad media, las relaciones sexuales entre **desposados** se entendían como actos consumativos del **matrimonio**⁷⁷. Asimismo, en caso de que la desposada falleciera su padre la sustituía con otra hija; lo cual denota la sujeción del matrimonio al desposorio.⁷⁸

Las dos obras medievales de mayor consideración, no sólo en cuanto al asunto que nos ocupa, son el Corpus Iuris de Justiniano y las Siete Partidas de Alfonso X (Cuarta Partida para el desposorio), tributarias de las instituciones familiares del derecho judeo-romano. El código justiniano es una obra tanto de la antigüedad como del medioevo, al situarlo en este capítulo, no me basé exclusivamente en la fecha de su publicación, sino también en el contenido de muchos de sus apartes, imbuidos a las claras de una nueva manera de interpretar el mundo; sin embargo, los puntos de encuentro con el tema de este trabajo ya fueron relacionados íntegramente⁷⁹, de modo que la atención debe recaer en la obra del rey castellano.

Habíamos reseñado que en dichas fuentes normativas, la edad para desposarse era de siete años; tal hecho nos indignaría profundamente de no ser por la razones que nos ofrece su contexto, en efecto, el acuerdo prenupcial suponía un interregno que debía conducir a la edad prevista por los

⁷⁷ Negrillas mías,

⁷⁸ https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000621.pdf. Página 35.

⁷⁹ Tal vez podemos resumir el desposorio en el Corpus iuris con lo siguiente: *En el digesto de justiniano el jurisconsulto romano Florentino nos enseña que los esponsales son la mención y mutua promesa de futuras nupcias. Esa promesa se realizaba mediante un contrato verbal solemne, llamado sponsio y de allí deriva el nombre de esponsales. Los novios debían tener al menos siete años, y se celebraban grandes banquetes en la ocasión, colocando el novio en el dedo de la novia un anillo, que primero era de hierro y luego uno de oro.* <https://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/esponsales>

proculeyanos para la celebración de la boda, pues era cosa del derecho natural que las condiciones para un matrimonio estuvieran dadas fisiológica y económicamente, además para muchos otros contratos, esa era la edad mínima para pactar en todo aquello que le resultara beneficioso al propio púber.

El derecho de Castilla, solo podía desposarse el que tuviera edad para consentir (siete años). Su disolución también obedecía a justas causas.

En Castilla se confió la celebración del matrimonio a los padres o parientes de los que intentaban casarse, y a imitación de la jurisprudencia gótica se impuso pena de desheredamiento al hijo que se casare sin el consentimiento de los padres. Éstos, o en su defecto los hermanos del que deseaba casarse pedían al Doncella en matrimonio a los padres o parientes de ella. Convencidos unos y otros, y accediendo al consentimiento de los novios, se procedía al desposorio, para cuya solemnidad y valor exigía la ley la escritura hecha ante testigos de la dote que ofrecía el esposo a la esposa, Esta legislación se observo en Castilla, Navarra y Aragón, hasta la publicación de ls Siete Partidas y aun hasta el siglo XV.⁸⁰

Benito Vilanueva, nos resume de un modo muy ilustrativo los distintos influjos que recayeron sobre en las instituciones de derecho de familia durante la epoca historiada:

La iglesia a través del derecho canónico tuvo también un aporte importante y trascendente. Esta importante vertiente, tiene su origen en las Santas Escrituras del Antiguo y Nuevo Testamento,

⁸⁰ https://archive.org/stream/historiadelacivi01tapi/historiadelacivi01tapi_djvu.txt (Confirmar)

posteriormente fue incorporando y anexando las normas asignadas por la tradición de los textos de los Santos padres de la Iglesia (Patrística), por los derechos de los Papas y por los cánones de los Concilios. La Iglesia católica fue así organizando desde los primeros siglos las instituciones relacionadas con el derecho de familia tales como, matrimonio, parentesco, organización de la vida familiar, así como de protección a los humildes, moderación de las costumbres, rechazo de la usura, observancia de los contratos, etc. [\[25\]](#)⁸¹

Este ascendiente del cristianismo fue apoyado jurídicamente en las fuentes del Derecho Canónico tales como los evangelios, preceptos de los padres de la iglesia, cánones o actos legislativos de concilios o sínodos como el Concilio de Trento (1545 – 1563); las Constituciones o normas dictadas por los Papas, es decir las Bulas, breves y rescriptos; los Concordatos o tratados internacionales celebrados por la Iglesia, y las leyes seculares incorporadas por la Iglesia a su Derecho. [\[26\]](#)⁸²

Jorge Basadre, asimismo, nos ofrece un panorama muy diciente de la llegada a nuestro continente del derecho romano.

Ya el Derecho romano con las compilaciones de Justiniano había conseguido cristianizarse y este proceso se fue desarrollando aún más con las adaptaciones del derecho germánico en tierras ibéricas y luego con el Derecho Castellano que fue base del ordenamiento legal en las Colonias americanas y especialmente en los grandes Virreinos del Perú y México

Entre 711 y 713 se produce la invasión árabe que políticamente se instauró por largos siete siglos, no obstante, la influencia jurídica árabe como también la influencia jurídica judía no fueron importantes, quizá por sus alcances religiosos que limitaron y restringieron cualquier avance en ese sentido. Con la

⁸¹ <http://cronicasglobales.blogspot.com.co/2015/05/aportes-del-derecho-romano-al-sistema.html> Párrafo titulado *El factor del Derecho Canónico*.

⁸² *Ibidem*.

Reconquista cristiana iniciada en el siglo VIII la influencia germánica es esencial en el derecho castellano a través del derecho penal basado en el quebrantamiento de la paz, la venganza y la compensación, la patria potestad mancomunada del padre y de la madre, la idea del señorío, las convenciones puramente consensuales con la figura de un garantizador, las arras o dote germánica del marido hacia la mujer, la convocatoria sucesoria de los grupos familiares, que pasarían después como vinculaciones y mayorazgos. La influencia cristiana basada en los Evangelios y las normas eclesiásticas, conformaron un Derecho que consigue cambiar el Derecho Romano cristianizándolo desde el propio Justiniano, fenómeno que se repitió con los visigodos y castellanos. [\[29\]](#)⁸³

En 1241 el LiberIudiciorum fue traducido del latín al castellano con el Rey Fernando III de Castilla con el nombre popular de Fuero Juzgo, un ordenamiento legal que con influencias canónicas, germánicas y del derecho consuetudinario castellano, se aplicó hasta finales del siglo XIX cuando se aprueba el código Civil Español (1889) hasta ahora vigente. Posteriormente el Rey Alfonso X de Castilla promulga las Siete Partidas hacia 1265 d.C., un texto jurídico de Derecho común o derecho civil que se fundamentaba en el derecho romano y feudal castellano.

Con Alfonso X el Sabio (1252-1284), se produce la recepción del Derecho romano a través del Derecho común. La promulgación de Las Siete Partidas es el hito jurídico más importante de la Europa medieval.

⁸³ <http://cronicasglobales.blogspot.com.co/2015/05/aportes-del-derecho-romano-al-sistema.html>
El factor del Derecho Canónico, Formación del Derecho Castellano.

Contenía derecho romano justiniano y en su elaboración colaboraron profesores de la Universidad de Salamanca que aportaron al texto la influencia de los glosadores medievales. [34]⁸⁴

Cuarta Partida: Los desposorios, los casamientos que juntan amor de hombre y de mujer y de las cosas que les pertenecen, y de los hijos que nacen de ellos, del poder que tienen los padres sobre sus hijos y de la obediencia que ellos deben a sus padres...

También como en el caso del Fuero juzgo, la trascendencia de las siete partidas en el tiempo fue extensa puesto que sus normas rigieron en España e Hispanoamérica con el derecho Colonial o de Indias, hasta el siglo XIX e inclusive después, hasta cuando se adoptaron las nuevas codificaciones en cada uno de los países de la región, en algún caso incluso en la primera mitad del siglo XX. [36]⁸⁵

Por otra parte, con la Egira del años 622 y la llegada de la primera yihad a la península ibérica, los usos islámicos enriquecieron el derecho romano visigótico del momento, aportando en ciertos temas unos desarrollos importantes de la ley mosaica.

Por centurias ha sido posible para un marido en tierras árabes divorciarse de su esposa, solamente por la palabra hablada. La esposa así divorciada tiene derecho a todos sus vestidos, y el marido no puede quitarle nada de lo que ella lleve puesta sobre su persona. Por esta razón, las monedas, su cofia, sus anillos y collares vienen a ser una riqueza importante en la hora de gran necesidad de la divorciada. Esta es una razón por la que hay tanto interés en el adorno personal de la novia en los países orientales. Estas costumbres de divorcio sin duda prevalecían en las tierras gentilizas en tiempos del

⁸⁴

<http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/21703/1/HISTORIA%20Y%20FUENTES%20DEL%20DERECHO%20ROMANO.pdf>, página 10.

⁸⁵ Ibidem, 11-13.

Antiguo Testamento. Fue por esta razón que la ley de Moisés limitaba el poder del marido para divorciarse de su esposa, pues debía darle una Acta de Divorcio escrita (Deut.24:1).⁸⁶

Las costumbres árabes en ciertas regiones de las tierras cuando inician las negociaciones para asegurar la novia para su hijo, ilustra en muchos aspectos las prácticas bíblicas. Si un joven tiene los medios suficientes para proveer una dote matrimonial, entonces sus padres escogen la joven y se da principio a las negociaciones. El padre llama a un hombre que actúa como agente para él y su hijo. El agente es llamado "el amigo del esposo" por Juan el Bautista (Jn. 3:29). Este hombre está perfectamente informado respecto de la dote que el joven puede pagar por su novia. Entonces junto con el padre del joven o algún otro hombre pariente, o de ambos, va al hogar de la novia. El padre anuncia que su agente hablará de parte de ellos, y luego el padre de la novia designará otro agente representante. Antes de empezar las negociaciones, se ofrece a los visitantes una taza de café, pero ellos rehúsan tomarlo hasta que su misión esté terminada. Así el siervo de Abrahán cuando se le ofreció alimento por los padres de Rebeca, dijo: "No comeré hasta que haya dicho mi mensaje" (Gen. 24:33). Cuando los dos agentes se encuentran, y las negociaciones dan principio en serio, deben consentir en la mano de la joven y deben ponerse de acuerdo sobre la cantidad de la dote que debe el joven pagar por la novia. Cuando ha habido acuerdo en esto, los agentes se levantan y cambian congratulaciones. Entonces se trae el café, y todos beben de él como un sello del convenio en que han entrado.⁸⁷

No es aventurado afirmar que, en el caso colombiano, *Las Siete Partidas* formaron parte esencial del Derecho Indiano, ni que prevalecieron hasta el código civil del Estado de Santander; tampoco hay riesgo en concluir que el código napoleónico no distaba mucho de la obra de Alfonso X; de

⁸⁶ www.seminarioabierto.com/tiempos18.htm

Divorcio en los tiempos del Antiguo Testamento.

⁸⁷ Idem, Llevando al cabo las negociaciones para obtener la esposa.

modo que Andrés Bello tenía dos fuentes que congeniaban naturalmente, máxime en cuanto al desposorio.

5. El Desposorio y la Ilustración.

Los móviles eminentemente burgueses que propiciaron el movimiento ilustrado, tuvieron, también, alguna incidencia en el entramado de instituciones provenientes del Derecho Romano; sin embargo, con un poco de sosiego, puede extraerse que las luces de los siglos XVIII y XIX fueron disipadas fácilmente por la consistencia de dichas instituciones, que habían superado varios modos de producción sin sufrir mayores cambios.

Las grandes gestas de los iluminados burgueses se redujeron en materia civil a algunas discrepancias en temas como la libertad industrial, contratctual y de profesión⁸⁸. El propio Pedro Lafont admite que las ideas ilustradas poco afectaron los constructos civiles en nuestras latitudes⁸⁹; en efecto, el movimiento libertario, según el profesor, se redujo a ciertas alteraciones supraestructurales: *” A pesar de la emancipación de nuestro territorio de la corona española, el derecho de esta última continuó rigiendo, lo que en 1821 se elevara a nivel constitucional, y que en 1825 se estableciera como derecho supletorio nacional”*.

Otros logros comúnmente celebrados como el sufragio universal **masculino**⁹⁰, la declaración de derechos del hombre, y la formalización de un parlamento y de un sistema admnistrativo, tienen precedentes supremamente elaborados en la historia de Roma: el Senado repùblico, las

⁸⁸ Información tomada de Bernd Maquardt, El Estado de la Doble Revolución Ilustrada e Industrial, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014 Página 112.

⁸⁹ Pedro Lafont, Derecho de Sucesiones Tomo 1, Quinta Edición, Ediciones Librería del Porfesional, Bogotá, 1989, página 428.

⁹⁰ Negrillas mías.

constituciones de los antoninos, el edicto de Caracalla, y las reformas organizacionales de Diocleciano y Constantino; así lo evidencian.

Asimismo, en materia de Derecho Privado y de Familia, son recitadas devotamente ciertas conquistas revolucionarias como la igualdad de derechos herenciales para todos los hijos, la separación de cuerpos y de bienes, y el divorcio por mutuo acuerdo; vanguardias sonadas que, de una u otra manera, ya habían sido tratadas profundamente por los legisladores y jurisprudentes romanos; precisamente, como lo hemos visto, el desposorio lineaba el régimen patrimonial de la sociedad, al igual que la dote, la manus y las modalidades de divorcio con sus consecuencias pecuniarias. En materia sucesoral, basta afirmar que el código napoleónico encerraba una relación inversamente proporcional entre los derechos reconocidos y sus facilidades probatorias, por ello, no debe extrañarnos la prohibición de investigación en un proceso de filiación, salvo en el caso de una concepción coincidente con el tiempo de un rapto⁹¹.

Una vez desvanecido el aporte de los ideales burgueses, son perceptibles las masivas coincidencias del Código Napoleónico con la legislación del régimen depuesto, como lo aduce Jorge Eduardo Londoño Ulloa:

“La mujer no tenía la posibilidad de disponer de sus bienes, ni la representación de la sociedad conyugal, el marido podía disponer de los bienes conyugales sin pedirle ninguna clase de autorización a la mujer”⁹².

⁹¹ Hernando Devis Echandia, Características Esenciales del Derecho Civil Moderno, Ediciones de la Revista Estudios de Derecho, Medellín, 1943, Pág 17 y 18.

⁹² Jorge Eduardo Londoño Ulloa, El aporte del Código Napoleónico a la Constitución el 91, Séptimo Seminario Internacional “El Código de Napoleón 200 Años”, Compilación por José Bernal Garcí, Ediciones Uniboyacá, Tunja. 2006, página 18.

Incluso en Roma había diversas formas de proteger la *rex uxoriae*, la mujer tenía su propio *peculio*, y podía heredar y transmitir por *mortis causa* en virtud de los *senatus consultus* Tertuliano y Orfidico. El polémico artículo 213 de este Código, según el cual la mujer le debe obediencia al marido, no tiene parangón en las leyes romanas.

Efectivamente, el código napoleónico conservó la incapacidad civil de la mujer, y aun deslimitó la propiedad marital sujetando todo acto o contrato a la anuencia del esposo.⁹³

Héctor Aqueche Juárez, pone de manifiesto cierta ductilidad histórica del Derecho Romano, que lo ha hecho maleable a fin de sustentar tanto el antiguo régimen como la nueva sociedad burguesa:

“De otra manera, no se podría comprender cómo aquel halla terminado sirviendo a la causa de la libertad y a los fines del individualismo, “después de haber sido durante todo el Medioevo y en período de formación de los Estados nacionales, invocado contra la libertad individual, a favor del derecho de los príncipes y en apoyo del absolutismo”⁹⁴

Sin duda, hay aspectos en los que el Código Napoleónico transluce alguna independencia del Derecho Romano; sin embargo, no son consecuencia del pensamiento ilustrado, sino que obedecieron a los constructos heredados del derecho común franco y a no pocas elaboraciones

⁹³Hernando Devis Echandia, Características Esenciales del Derecho Civil Moderno, Ediciones de la Revista Estudios de Derecho, Medellín, 1943, Pág 31.

⁹⁴ Héctor Aqueche Juárez, El aporte del Código Napoleónico a la Constitución el 91, Séptimo Seminario Internacional “El Código de Napoleón 200 Años”, Compilación por José Bernal Garcí, Ediciones Uniboyacá, Tunja. 2006, página 59.

del nacionalismo absolutista; es anecdótica la prohibición de la Universidad de París de estudiar el Derecho Romano durante gran parte del Medioevo y del Renacimiento.

Tal vez la mezquindad de sus intereses de clase, a la que estos pensadores servían con un fanatismo inocultable, produjo un desprendimiento del trasfondo moral de las instituciones de derecho privado, como la génesis exclusivamente contractual que en adelante iba a marcar las obligaciones naturales.

Posiblemente el frenesí mercantilista desatado por la revolución industrial, incidió en el propósito de Don Andrés de suprimir todas las promesas de contrato; no había tiempo, en suma, para miramientos ni ambages que dilataran cualquier transferencia del dominio. Su cambio de intención, reflejado en el artículo 1611, puede explicarse simplemente en que la promesa de contrato solía contener toda la información necesaria para el futuro convenio, lo que facilitaba a las claras la redacción del título traslativo. Fue la lógica de un mercado expansivo lo que pudo suprimir los efectos civiles del pacto esponsalicio.

El Código Napoleónico no dice mayor cosa sobre los esponsales, situación que, a juicio de Planiol, sitúa la institución a una “nada jurídica”⁹⁵; de ser así, muchos de los constructos y conceptos provenientes del Derecho Romano hubieran quedado abrogados por falta de una alusión expresa, y hemos visto suficientemente que, en relación con la familia, la intención del emperador no distaba mucho de la del antiguo régimen, máxime cuando los contenidos más importantes del desposorio continuaron vigentes, entre ellos la dote. Los propios tribunales

⁹⁵ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1448/5.pdf>. Página 108.

franceses, 30 años después de la expedición el código, continuaban aceptando los plenos efectos civiles de la spondeo⁹⁶.

6. Consecuencias de la Decisión de Don Andres

La sustracción de los efectos civiles de la promesa de matrimonio es una desprotección de la confianza contractual que impera y sustancia las relaciones sociales.

En efecto, la confianza demandada por los vínculos interpersonales es uno de los pilares de la vida social, y ésta se nutre de dinámicas derivadas en gran medida de la actividad contractual, dicho de otro modo, los contratos mueven la sociedad. El pacto esponsalicio, como acuerdo de voluntades, no pudo ser deslindado de sus efectos civiles sin haber minado gravemente la buena marcha de las relaciones mencionadas⁹⁷, además, quierase o no, ha sido históricamente un requisito sustancial para la celebración del matrimonio, y según el 1611 de nuestro Código Civil, parte integral del contrato prometido (de modo que solo falte la firma de los contrayentes). El derecho privado subsiste merced a la lealtad con que se compromete todo sujeto jurídico.

En relación la pérdida de efectos civiles del desposorio, Joserand expresa su distancia del sector dominante de la doctrina francesa: *A su juicio, los esponsales son uno de esos contratos, como el arrendamiento de servicios de duración indeterminada, que llevan consigo la anulación unilateral, pero con la reserva de que el autor de la ruptura compromete su responsabilidad si se retira sin motivo justo, porque así incurre en un abuso del derecho que da lugar a la otra parte a exigir reparación*⁹⁸.

⁹⁶ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1448/5.pdf> Pagina 118.

⁹⁷ Es válida la asimilación del desposorio antiguo al actual noviazgo.

⁹⁸ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1448/5.pdf>. Pagina 119.

Después del seguimiento histórico de esta institución, una de de las primeras conclusiones que podemos extraer consiste en que el desposorio jamás fue un hecho privado, como lo afirma escuetamente el artículo 110 de nuestro código; en efecto, la ceremonia podía ser *privada* pero su connotación y efectos apuntaban, con toda determinación, a informar al pleno de la comunidad sobre la conformación de un nuevo hogar⁹⁹.

Álvaro Tafur¹⁰⁰ refuerza el seguimiento histórico que hemos hecho al resaltar el paso que tuvo la institución del desposorio del derecho romano al español gracias a Las Siete Partidas, en donde la obligación parece matizarse para el varón en un acto de protección a la desposada. El mismo autor, trae a cuento una reflexión que difícilmente puede obviarse, el derecho moderno distinguía entre sponsalia presente o matrimonio y sponsalia futura o desposorio, dando a entender que eran meras etapas de un solo fin,

Carlos IV, según Tafur, bajo la influencia napoleónica y apenas unos años antes del célebre código francés, reconocía al desposorio plenos efectos civiles siempre que fuera otorgado por escritura pública.

Asimismo, Álvaro Tafur¹⁰¹ afirma que Don Andrés estimó conveniente que el desposorio perdiera su coercitividad procesal a fin de que la legislación civil no se filtrara en los “misterios de la vida privada”; noble intención que pasó por alto, entre otras cosas, el detrimento patrimonial al que quedan expuestos los desposados y los terceros de buena fe con ocasión de un matrimonio fallido; en efecto, hay una amplia gama de obligaciones que son adquiridas en virtud de un evento de tanta relevancia social que escapan fácilmente a la solución ofrecida en el artículo 112 del C.C.

⁹⁹ Hogar, según el significado de hoy día.

¹⁰⁰ Tafur González Álvaro, Código Civil Anotado, Edición 35, Leyer, Bogotá, página 63.

¹⁰¹ Idem.

Para Vélez Sársfield, el otro gran redactor del continente, el desposorio traía consigo los siguientes inconvenientes: *“Los esponsales eran las más de las veces funestos para la moral, como contrarios a la santidad del matrimonio, y a la libertad con que debe ser contraído... En manos de un seductor hábil era una arma para combatir la virtud de una joven apasionada o de inferiores circunstancias, en las que una mujer artera e hipócrita de pudor era un lazo para enredar a un hombre locamente enamorado; más de una vez, los padres o tutores los empleaban para asegurar sus combinaciones de interés, de ambición o de vanidad, comprometiendo anticipadamente a sus hijos o menores”*¹⁰². Antes estas consideraciones del sabio argentino, cabe decir que las instituciones del derecho civil no pueden suprimirse por la posibilidad de un uso inmoral de las mismas; no quedaría, en consecuencia, ninguna en pie; la actitud con la que el sujeto jurídico emplea los instrumentos legales puestos a su servicio atañe más que a nada a unos compromisos axiológicos y deontológicos. La libertad con que deben ser abordados los negocios jurídicos nunca puede verse afectada por las promesas de contrato, cuando éstos han apuntado históricamente al logro del acuerdo más satisfactorio para las partes, sobre todo en cuanto a los contratos más importantes para una comunidad.

En la doctrina germánica, autores como Lehmann, reconocen la estela histórica del desposorio y lo sitúan como un contrato de derecho de familia, que comprende el vínculo social del noviazgo, sumamente trascendental tanto en la esfera individual como social.¹⁰³ De todos modos, a efectos de derecho penal el prometido es considerado familiar, y el propio BGB permitía un tratamiento parecido, en materia sucesoral, entre cónyuges y desposados.

¹⁰² <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1448/5.pdf>, página 109.

¹⁰³ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1448/5.pdf> Página 120.

En Italia, la doctrina coincide en conservar ciertos efectos indemnizatorios de la spondeo, inspirados tanto en la responsabilidad contractual como en la culpa aquiliana. Algo similar, a propósito, sucede con la propias Francia y Bélgica en vista de los daños causados por la ruptura injustificada, todo por la sencilla razón de que un rompimiento de esta naturaleza supone un acto desleal del mismo rango del cuasidelito.¹⁰⁴

Ese es, sin duda, otro de los aspectos en que el artículo 110 se presta para discusiones. Cuando Bello habla de indemnización de perjuicios, reconoce explícitamente la posibilidad de un cuasidelito, con lo cual, las consecuencias de un “acuerdo privado” trascienden a los principios rectores de nuestro ordenamiento civil, toda vez que deja una conducta dolosa o culposa sin resarcimiento.¹⁰⁵ El hecho de que el pacto esponsalicio adolezca de coacción, no trae consigo que el derecho civil tolere un daño patrimonial impune.¹⁰⁶

6.1. Debitos de la Conciencia y Obligaciones Naturales

Es necesario referirnos a cierta antinomia de Don Andrés, consistente en relacionar el deber puramente moral con la resolutio retentio, propio de las obligaciones naturales, pues si el cumplimiento del desposorio obedece exclusivamente al honor y conciencia de los contrayentes, cualquiera de éstos puede revocar la indemnización pagada en el momento justo en que considere que no debió resarcir¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Ibidem. página 124.

¹⁰⁵ Parfraseo al autor de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1448/5.pdf>. Página 136.

¹⁰⁶ Ibidem, página 144.

¹⁰⁷ Felipe Navia Arroyo, Las Obligaciones Naturales en el Código de Bello.

<https://www.minjusticia.gov.co.../GetPdf?...Las%20obligaciones%20naturales%20en%2...>

Todo parece indicar que Don Andrés no quiso que las obligaciones surgidas del desposorio fueran si quiera naturales; sin embargo, los efectos de su decisión tornan al desposorio como fuente de esta clase de obligaciones. En este orden, dichas prestaciones suelen responder a cuatro grandes supuestos conforme al artículo 1527 de nuestro código civil: eran obligaciones civiles cuya acción procedimental ha caducado, son las contraídas por incapaces relativos, son debitos surgidos de contratos susceptibles de nulidad y las desestimadas en juicio por falta de prueba. Tres de estos cuatro supuestos permiten advertir un origen contractual de las obligaciones naturales. Revisemos, pues, qué son y cuándo surgen las obligaciones naturales desde la modernidad, transversalmente en los sistemas jurídicos más importantes.

Uno de los aspectos en que el derecho francés alcanzó cierta independencia del romano, como lo había indicado, estriba en la fuente estrictamente contractual de las obligaciones naturales, logro que fue labrado por Pothieren mayor medida¹⁰⁸; a este nuevo influjo no iba a escapar Don Andres Bello, como muchos otros grandes juristas de su tiempo.

Sin embargo, tal innovación ha estado lejana de una aceptación unánime, voces como la de Planiol y Ripert se han alzado a fin de recuperar una vision más completa de las obligaciones naturales, retornando de este modo a su origen sustancialmente moral; en un comienzo, marcan la diferencia con las obligaciones civiles en la carencia de acción procedimental, y con la donación en la necesidad imperiosa de pagar un debito.¹⁰⁹ Las obligaciones naturales podían novarse y afianzarse, pero no compensarse con vínculos civiles, como sí sucedía con los romanos. Así lo pone de

¹⁰⁸ En este aparte coincido plenamente con Felipe Navia. Es una de las grandes conclusiones de Obligaciones Naturales en el Código de Bello. <http://www.redalyc.org/html/4175/417537591001/index.html>,

¹⁰⁹ Planiol Marcel y Ripert Georges, Las Obligaciones Civiles, Leyer, Bogotá, página 27.

presente el doctrinario chileno Dr. Rodrigo Gil Ljubetic(citado por **Manuel Ernestojar del Rivero y Hornos**) **quien nos** aporta una vision cimentada en sus estudios de Derecho Comparado:

En la doctrina se ha discutido sobre la naturaleza jurídicas de las obligaciones naturales.

Sobre este punto, se aprecian, al menos, cuatro posturas:

1.- Teoría Alemana del débito y la responsabilidad: *Las obligaciones naturales serían obligaciones a las cuales le falta el último elemento, esto es, la responsabilidad.-*

2.- *La obligación natural es un deber moral revestido de juridicidad: Ligación natural no puede ser un simple deber moral, ya que con ellos, la prestación es un acto de Donación o una liberalidad, en cambio, en las obligaciones naturales, la prestación es un pago por algo que conscientemente se ha encontraba obligado a pagar el deudor. La irrepitibilidad del pago en las obligaciones naturales, radica en un fundamento de justicia, y no es un simple deber moral.*

3.- *La obligación natural es un deber originariamente no jurídico pero que después del pago se convierte en obligación jurídica: Este es, este deber no jurídico se convertiría en una obligación en un sentido técnico cuando se cumpla, o bien, cuando se garantice o se substituya por una obligación civil.*

4.- *La obligación natural es un hecho jurídico: La obligación natural no es un vínculo jurídico ni antes ni después del pago, es sólo un hecho que adquiere relevancia jurídica con posterioridad al pago.*

Obviamente el jurista chileno echa mano del derecho clásico para nutrir su concepto

“por influencia de la filosofía estoica, en el derecho romano se denominó "obligación natural" a éste tipo de obligaciones. La obligación natural se funda en la ley natural que gobierna al mundo. La ley natural era la recta razón que prescribía lo que debía o no

hacerse. Luego en la formación de la "obligacionaturalis" no concurría el "ius civile" sino que la naturaleza misma de las relaciones sociales.

En el derecho romano existían dos clases de obligaciones naturales: 1) las "obligaciones naturali tantum" que eran verdaderas obligaciones civiles pero atenuadas y 2) las "obligationes naturalisimproprae" que no suponían un vínculo preexistente y se basaban sólo en deberes religiosos, morales, sociales o de conciencia.

Respecto de las "obligaciones naturalistantum" no existió en el derecho romano una teoría general de las obligaciones naturales, sino que sólo un análisis de ciertos casos concretos. Así, el concepto de obligación natural surgió en un comienzo como una forma de conceder ciertos efectos a los actos realizados por esclavos, posteriormente se amplió a los actos celebrados entre el pater familiae y sus hijos y los de éstos entre sí, a los simples pactos: a los compromisos asumidos por el pupilo sin la autorización del tutor; al pago de una obligación extinguida por la prescripción, etc.

Doctrina y jurisprudencia han construido y aplicado una teoría de las obligaciones naturales, o utilizan esa denominación para aceptar los "**deberes morales**".

Es necesario destacar, a esta altura del trabajo, que el prolífico doctrinario del que estamos transcribiendo síntesis de su pensamiento, es partidario de que, en nuevas actualizaciones de las normas que contemplan, en el código civil, las obligaciones naturales, estas se denominen deberes morales, toda vez que estima que el mismo propone un concepto que el mismo sostiene en su teoría de la naturaleza jurídica de este instituto, con disidencias de múltiples doctrinarios que, cada cual, tiene conceptos deferentes de la naturaleza jurídica de las obligaciones naturales*.

Asimismo, el doctrinario chileno nos aporta su indagación sobre las obligaciones naturales en el derecho comparado:

SISTEMA ANGLOAMERICANO

En vinculación con el tema que nos preocupa queremos señalar especialmente dos puntos:

a) El primero es que existen muchas sentencias que no admiten la repetición del pago, cuando ese pago ha tenido como fundamento una deuda prescripta, una obligación contraída por un incapaz, o los saldos de deuda que quedaban a cargo de un concordatario o fallido.

Se trata de hipótesis similares a las que nosotros calificamos de "obligaciones naturales", y el resultado práctico es muy semejante, por lo menos en lo que se refiere al principal de sus efectos: la "solutiretentio".

Más aún: en dos de estas hipótesis se admite otro efecto, que correspondería a lo que nosotros llamamos novación, es decir la transformación de estas obligaciones, que estaban desprovistas de acción, en una obligación perfectamente exigible, mediante la "promesa de pago". Nos referimos específicamente a la deuda prescripta.

En estos casos la promesa debe hacerse por escrito, y cuando se trata de la deuda prescripta, se brinda la explicación de que esta promesa es válida, pese a tener una "pastconsideration", porque la prescripción sólo extingue la acción, pero no el derecho, y que el deudor puede siempre renunciar a la prescripción, que no pertenece al derecho substancial, sino al derecho procesal. En Inglaterra hay una ley (LimitationAct, de 1939), que impone esta solución.

b) Pero la mención a la novación nos ha llevado, precisamente, muy cerca del segundo punto que queríamos considerar, y es el vinculado con los "deberes morales".

La principal función de los "deberes morales", como lo hemos señalado reiteradamente en otros capítulos de este libro, no es la de servir de fundamento a la irrepitibilidad del pago, sino que su promesa de cumplimiento constituye una causa válida de una obligación civilmente exigible.

a) En el derecho angloamericano se encuentran precedentes de obligaciones no unidas de acción, cuyo pago voluntario es válido y que pueden servir de base a una promesa escrita de pago, que equivale en cierta medida a una novación. Se trata de una figura muy parecida a nuestras obligaciones naturales.

b) No se admiten los deberes morales o de conciencia como "consideration" de una promesa obligatoria, es decir que no pueden desempeñar el papel que tienen en el derecho continental, como causa de una obligación exigible.

SISTEMA FRANCÉS (Obligaciones naturales)

Respecto a las obligaciones naturales sólo se encuentra una mención aislada en el párrafo segundo del artículo 1235: "... Todo pago supone una deuda; lo pagado sin deberse está sujeto a repetición. No se admite ésta con respecto a las obligaciones naturales cuando hayan sido cumplidas voluntariamente".

La obra que constituye el exponente más destacado de esta posición es la de los profesores de la Universidad de Estrasburgo, AUBRY y RAU. La construcción alcanza un rigor lógico casi perfecto.

Se distingue claramente las "obligaciones", de los "deberes morales", que no inciden en el campo jurídico, y dentro de las "obligaciones", noción técnica, se establecen los rasgos diferenciales entre la obligación civil y la obligación natural.

Los tratadistas que enfocan de esta manera las obligaciones naturales, distinguen en ellas dos tipos o categorías:

a) Relaciones obligatorias que comienzan siendo civiles, y luego degeneran, es decir que el derecho -por razones de utilidad social las priva de acción, convirtiéndolas en obligaciones naturales.

b) Otras obligaciones son desde el primer momento naturales, y suelen llamarse también obligaciones civiles abortadas, en razón de que no han podido nacer como tales debido a que el legislador lo ha impedido en atención a que padecen un vicio de forma, o que existía una incapacidad de parte del deudor. Por lo demás, en ambos tipos hay un verdadero vínculo jurídico que produce todos los efectos de las obligaciones, ya que pueden ser pagadas, novadas, garantizadas, etc..

La reacción se hace sentir a principios de siglo. Primero PLANIOL, y luego RIPERT, en su tan celebrada obra "La règle morale dans les obligations civiles", encuentran que el fundamento de las obligaciones naturales y deberes morales es el mismo: en ambos casos la moral accede al campo del derecho.

RIPERT no desconoce que este cambio de enfoque vacía a la obligación natural de su contenido clásico, pero cree que esto es beneficioso. Considera que toda obligación natural se funda en un deber moral; en consecuencia, piensa que el juez, cuando deba tomar en cuenta un deber moral lo calificará de obligación natural y encuentra en ello "una fórmula cómoda para introducir el deber moral en la vida jurídica"

La última etapa de este proceso se encuentra en la obra de GOBERT. Las conclusiones a que llega la mencionada autora son la consecuencia lógica -aunque quizás no esperada por RIPERT- de la teoría que asimila totalmente obligaciones naturales y deberes morales.

Vaciada la obligación natural de su sentido técnico, y convertida en el manto que sirve para cubrir la entrada de los deberes morales en el campo jurídico, resultaba forzoso plantearse el interrogante: ¿cuál es el valor práctico y la función que realmente cumple la obligación natural en el sistema francés?

Michelle GOBERT realiza un estudio minucioso de todos los casos que corresponden a los supuestos "clásicos" de la obligación natural, para llegar a la conclusión de que la categoría es totalmente innecesaria, pues para llegar a las mismas soluciones son suficientes las normas del pago indebido. En este aspecto, según la autora, la obligación natural cumple un papel aparente, que es realmente inútil y no justifica la existencia de la figura.

Sin embargo, hay otros supuestos, a su criterio, en que las "obligaciones naturales" cumplen un papel real y -la conclusión asombrosa- ¡en ese caso su función es deformante!

Cuando el juez tropieza dentro del derecho positivo con normas que impiden ciertas soluciones moralmente justas, recurre a la noción de "obligación natural" para alcanzar el resultado deseado, que de otra forma no hubiera podido lograr. Ilustra este aserto con ejemplos como la promesa de alimentos al hijo adulterino no reconocido; de acuerdo a los preceptos del derecho de familia francés, mal podía el juez condenar al padre a pasarle a ese hijo una pensión alimenticia, pues no se admitía el reconocimiento; pero,

manifestando que esa promesa es el cumplimiento de una "obligación natural", se rodea el obstáculo para obtener un resultado moralmente satisfactorio y justo.

Otros países que han seguido el sistema francés

Se ha dicho, con razón, que el Código civil francés ejerció durante el siglo pasado un magisterio ecuménico. Numerosas legislaciones, en todas partes del globo, han seguido sus pasos y lo han tomado como ejemplo.

En lo que se vincula con la materia que nos interesa, es decir las obligaciones naturales, vemos también que en algunos países que originariamente tomaron como modelo al Código de Napoleón, posteriormente se han seguido otros caminos; es lo sucedido en Suiza, Donde originariamente cada cantón se daba su legislación civil, razón por la cual, antes de que se sancionase el primer Código Federal de las Obligaciones en 1881, encontrábamos en los antiguos códigos civiles de algunos cantones una reproducción exacta de las normas del Código francés; ello sucedía, por ejemplo, en el de Neuchatel (art. 1006), y en el de Valais (art. 1117).

Por su parte en nuestro continente el más antiguo de los Códigos sudamericanos, el de Bolivia, sancionado en 1830, que entró en vigencia en abril de 1831, imitaba al modelo francés sin ninguna originalidad. Aunque en el año 1845 fue abrogado y sustituido por otro, la vigencia del nuevo fue efímera; pronto se reimplantó el primitivo código de 1831, cuyo artículo 826 expresaba: "Todo pago supone una deuda; lo que se ha pagado indebidamente se puede repetir. No hay lugar a la repetición en las obligaciones naturales que se han ejecutado voluntariamente".

Pero en la actualidad Bolivia se ha apartado del sistema, incorporándose a aquellas legislaciones que hacen mención a la irrepitibilidad del "deber moral".

Bélgica

En Bélgica todavía está en vigencia el Código Napoleón; no hay, pues, diferencia legislativa con Francia y el tratamiento que doctrina y jurisprudencia han dado a las obligaciones naturales ha sido sustancialmente idéntico.

El derecho italiano merecerá nuestra atención en cuanto parece establecer un punto de contacto entre el sistema francés y el alemán, ya que sus normas, bajo la leyenda "obligación natural", tratan del cumplimiento de deberes morales, y un camino en cierto sentido semejante ha seguido el nuevo Código portugués de 1967.

Con mucho acierto señala SOLÁ CAÑIZARES que "los grandes Códigos civiles hispanoamericanos fueron, sobre todo, el Código de Chile, de Andrés Bello, y el Código argentino de Vélez Sársfield, todavía vigentes", y precisamente en materia de obligaciones naturales Vélez Sársfield ha seguido a Bello, razón por la cual los dos grandes codificaciones de la América latina -y las que han tomado a estos cuerpos legales como modelo- coinciden en la solución propuesta.

El moderno Código de Venezuela, de 1942, parece haber seguido en este punto el sistema francés, ya que en nuestra búsqueda hemos encontrado el artículo 1178, que dispone: "Todo pago supone una deuda; lo que ha sido pagado sin deberse está sujeto a repetición. La repetición no se admite respecto de las obligaciones naturales que se han pagado espontáneamente".¹¹⁰

¹¹⁰ www.acaderc.org.ar/doctrina/obligaciones-naturales-y-deberes-morales.../at.../file. Literal F Venezuela.

El siguiente aparte, surgido en torno de la legislación española, nos ofrece indudablemente la llave de un problema semántico ineludible, producto de abolir los efectos civiles del desposorio, y que bien aplica a la decisión de Don Andrés, aun cuando el código civil español sí conservó el deber resarcitorio en algunos casos; asimismo, brinda un examen casuístico que permite considerar muchas de las consecuencias de una spondeo:

¿Qué es la promesa de contraer matrimonio?

*A mi juicio la obsesión del legislador de cambiar los conceptos sólo es fuente de problemas, pues lo que hoy se llama promesa de contraer matrimonio **son los esponsales de toda la vida**, hasta que el legislador en 1981 cambió de criterio y provocó confusión jurídica.*

No es lo mismo jurídicamente una promesa, como acto unilateral, que una promesa recíproca, que es un acto bilateral, y creo que pocos se centran en este tema, pero considero que las consecuencias de una ruptura unilateral de una declaración de voluntad realizada por una persona, no puede ser tratada jurídicamente igual que una ruptura unilateral de un acuerdo de voluntades entre dos personas, por ello **hubiera sido más adecuado seguir hablando de esponsales, o si acaso de acuerdo de matrimonio.**

Si en vez de un negocio de derecho de familia (que es lo que supone la promesa de matrimonio) habláramos de un contrato, creo que todo jurista entendería la diferencia entre la oferta unilateral de contrato, y el precontrato, ambos forman parte de lo que son los tratos preliminares del negocio jurídico, pero la fase en la que la perfección de dicho

negocio se encuentra es diferente en uno y otro caso, y por tanto la gravedad de las consecuencias no son las mismas.

¿Hay algún caso en el que la promesa de matrimonio afecta jurídicamente a personas distintas de los futuros contrayentes, más allá de los profesionales que intervienen en la celebración de la boda y las donaciones por razón de matrimonio?

Entiendo que no sólo es posible, sino que además es muchísimo más frecuente de lo que parece, de hecho está regulado el tema, aunque de forma escasa, y el fenómeno de las parejas de **novios que en contemplación al futuro matrimonio compran en proindiviso una casa, que hipotecan, es bastante frecuente, y que los padres de uno o ambos de los futuros contrayentes avalen el préstamo**, más aún, lo cual es una fuente de conflictos tremenda, de la que los Notarios damos fe, un día si y otro también.

¿Hay soluciones a este tema?

Desde el punto de vista de los contrayentes, por supuesto que la hay; **lo más adecuado es que al tiempo de la compra y al amparo de la libertad de regulación que permite el artículo 392.2 del Código Civil, fijen en la escritura de compra la posibilidad de ruptura del compromiso de contraer matrimonio y destino del bien.**

Otra solución es la posibilidad de **regular este tema en capitulaciones matrimoniales**, dado que en ellas pueden intervenir terceros según el artículo 1331, y conviene salvaguardar los derechos de esos padres avalistas, o que en capitulaciones matrimoniales se lleguen a acuerdos sobre el destino: bien de la finca adquirida, bien sobre el préstamo o aval.

El problema de regular este tema en capitulaciones matrimoniales es que si estas son anteriores al matrimonio, pierden su eficacia en caso de no celebrarse el citado matrimonio en el plazo de un año, según el artículo 1334 del Código Civil, que desafortunadísimo declara la ineficacia de “todo lo que se estipule en capitulaciones”

¿Cuál es el contenido voluntario de la promesa de contraer matrimonio?

Como cualquier acuerdo, en él es posible todo pacto no contrario a la ley, la moral o el orden público.

Obviamente hay una serie de acuerdos habituales sobre quién pagará los gastos de la celebración, pero me quiero centrar brevemente en tres pactos muy especiales, y habituales, que normalmente celebran los futuros contrayentes con sus progenitores:

- 1. Los pactos relativos a ayudas que puedan celebrar con estos para facilitarles el acceso a la **financiación de su vivienda**, tema del que ya he hablado.*
- 2. Los pactos por los que los padres se comprometen a **ayudar económicamente** a los jóvenes que deciden casarse (para los que hay que tener en cuenta el régimen de la Donaciones por razón de matrimonio que regulan los artículos 1336 y ss del Código Civil).*
- 3. Los pactos en los que los padres se comprometen a **recibir en su casa a lo hijos recién casados** (cada vez más frecuentes en los tiempos actuales debido a la crisis económica).*

¿Qué consecuencias tiene el incumplimiento de la promesa de contraer matrimonio?

*Es de destacar que los arts 42 y 43 del Código Civil, sólo se preocupan de dejar claro que la **promesa de contraer matrimonio en ningún caso puede ser considerada como una obligación de hacer cuyo incumplimiento permita demandar judicialmente el cumplimiento forzoso en forma específica.***

*Claro es el Código a la hora de disponer que **la promesa de contraer matrimonio no obliga a celebrarlo.***

Pero igual de claro (y poco se analiza) es a la hora de obligar a indemnizar gastos, y es en esta sede Donde, lo que he llamado contenido voluntario de la promesa de contraer matrimonio, despliega todo su potencial (que por supuesto, y para no variar, no estudia ni la sociedad ni los juristas).

*Vaya por delante que **el tema me parece delicadísimo, pues ese contenido voluntario, no puede provocar unas obligaciones de indemnizar daños y perjuicios ficticios, o que se cuantifiquen los daños y perjuicios en una magnitud tal que pueda considerarse forzado el consentimiento matrimonial.***¹¹¹

De las lecturas citadas podemos sacar en limpio lo siguiente: Don Andrés, como seguidor de Pothier, empezaba a discernir claramente la diferencia entre débitos morales y obligaciones naturales, y reservó para los primeros los efectos del depositario, de modo que, en rigor lógico,

¹¹¹ <https://www.notariofranciscorosales.com/la-promesa-de-matrimonio>

dichos efectos ni siquiera alcanzaban el status de obligaciones naturales, conclusión confirmada por las últimas líneas del artículo 110 “no produce obligación alguna ante la ley civil”. Sin embargo, a este débito insustancial Don Andrés Bello los revistió de la *resolutio retentio*, propia de las obligaciones naturales, pasando por alto, según la doctrina moderna, que éstas nacían de negocios jurídicos legitimantes o habilitantes, y que no se constituían ni se extinguían solamente por un dictado de conciencia.

Así como ha quedado claro en capítulos anteriores, la tradición judeo-romana jamás se interesó en marcar fronteras infranqueables entre las obligaciones civiles y las naturales, así como entre el *ius* y el *fas*, tales escisiones son el reflejo de estudiar las instituciones de estos pueblos pasando por alto su idiosincrasia.¹¹²

Si el desposorio produce obligaciones nulas ante la ley civil, no debe reservarse su cumplimiento al honor de los contrayentes, que también ha sido históricamente fuente de débitos exigibles, como lo hemos visto, sin contar que es un efecto civil el hecho de indemnizar al contrayente agraviado sin que se pueda alegar después un pago de lo no debido, de modo que la norma estudiada tiene una falla estructural.

La decisión de Don Andrés desvirtúa la licitud del objeto y la capacidad de los desposados, cuando la promesa de matrimonio mutuamente aceptada no es contraria al ordenamiento jurídico y, lo más interesante, cuando la propia redacción del artículo 110 del Código Civil sugiere un individuo plenamente consciente de sus actos; característica que ni siquiera asiste a los casados, quienes pueden contraer nupcias a partir de los 14 años.

¹¹² Algunas reflexiones de los juristas clásicos en torno a la *coditio indebiti* no pueden leerse como el surgimiento de una oposición entre obligaciones civiles y naturales, sobre todo cuando ellos aceptaban que ésta podía convertirse en aquella y viceversa.

Efectivamente, la celebración de un desposorio incapacitaba a los prometientes en tanto que solo podrían contraer a lo sumo obligaciones naturales mediante este acto. Incapacidad que necesariamente trae consigo las siguientes consecuencias lógicas: si el matrimonio viene a ser el cumplimiento de una obligación de hacer devenida de la spondeo, el matrimonio también debería ser fuente exclusivamente de débitos inexigibles; y si el matrimonio es el contrato principal y los contrayentes son plenamente capaces a la luz del derecho civil actual, ¿cómo pueden volverse incapaces si deciden celebrar un desposorio y contraer, en virtud de éste, vínculos jurídicos desprovistos de acción, siendo este un pacto accesorio del matrimonio? Sin el agravante de que, incluso los púberes (los sujetos en Roma a curatutela), pueden celebrar actos jurídicos exigibles civilmente en la medida que les fueran favorables.

Debo remitirme nuevamente al Derecho Romano dado que en la época de Bello aún subsistían muchos factores socioeconómicos que sostenían la mayoría de instituciones civiles. El desposorio era de facto un contrato entre patriarcas, al punto que sin su consentimiento no podía haber matrimonio; la esposa, entonces, quedaba comprometida a entrar bajo la potestad de lo que hoy sería el suegro, o a la de su marido directamente, o podía casarse sin romper el vínculo con la familia paterna;¹¹³ de allí la necesidad ineludible de un acuerdo prenupcial en que las partes optaran por alguna de estas posibilidades. Es más, los esclavos, *uxor cum manus* y los *filii familiae*, podían celebrar actos o negocios que terminaban obligando al pater mediante la *actio adjecticiae qualitatis*, o con la venia del tutor quien podía ejercer en todo tiempo su *auctoritas interpositio*; situación que no iba a variar mucho, insisto, en la época de redacción del código de Bello, pues nuestro país aún conservaba la legislación de Indias (Las Siete Partidas), y la abolición de la

¹¹³ Lo que hoy vendrían a ser las capitulaciones.

esclavitud proclamada por José Hilario López¹¹⁴ aún no había sido armonizada con la legislación civil. La decisión de Don Andrés de negarle la coercitividad procesal al desposorio iba a causar un pacto desnaturalizado que incapacitaba a los desposados, de los que se esperaba afrontar este compromiso con conciencia y honor, y que facultaba a los *alieni iuris* a contraer matrimonio.

Tal era el nexo de causalidad entre desposorio y matrimonio en el derecho judeo-romano, que a efectos prácticos eran considerados como partes de una misma institución, de otra manera no se puede explicar que los desposados se entendieran casados en cuanto a sus deberes de mutua fidelidad, al punto que la inobservancia de este precepto demandaba el mismo castigo que el acostumbrado durante el matrimonio; y un detalle que no puede pasar desapercibido, si la desposada quedaba en estado de gravidez se presumía la paternidad del prometiente, supuesto que pervive en nuestra legislación gracias a la Ley Cecilia¹¹⁵, y en virtud del cual, ni más ni menos, el hijo nacía legítimo.

La decisión de Bello desconcierta a propios y extraños en el entendido de que su pensamiento jurídico fue tributario abiertamente de Pothier, máxime, en uno de los basamentos de su cuarto libro, las obligaciones civiles y naturales.

Don Andrés, en últimas, fusionó una obligación natural con un dictado de la conciencia o del honor individuales, en tiempos en que cada concepto tenía un camino distinto; para Pothier, el caldo de cultivo de una obligación natural era principalmente un contrato sin vicios, de modo que surgen acreedores y deudores prestacionales, condición que desaparece cuando no media pacto

¹¹⁴ El proyecto del Código Civil de Bello que le restó los efectos civiles al desposorio fue de 1853, un año después de la abolición de la esclavitud en nuestro país.

¹¹⁵ Ley 75 de 1968.

alguno y el desprendimiento patrimonial obedece a una expresión de magnanimidad, como sucede con los dictados morales.

Pothier, en su obra¹¹⁶, al profundizar en el concepto de las obligaciones naturales, empieza remitiéndose a las derivadas de los pactos en el Derecho Romano, destituidas de acción, según él, porque las obligaciones civiles o ritualizadas eran de exclusivo conocimiento de los patricios en su condición de clase dominante; sin embargo, y es una de sus primeras grandes conclusiones, las obligaciones civiles y naturales producían los mismos efectos. Refuerza el autor que las obligaciones naturales nacían de contratos que no estaban viciados.

Tal vez, Don Andrés Bello, se aferró a la introducción del capítulo de las clases de obligaciones, en el que habla de unas obligaciones naturales en general, en las que caben también las civiles, y que están vinculadas con el honor y conciencia individuales, pues unas y otras tienen la misma fuente convencional; pero no están abandonadas solamente a un sujeto jurídico honorable y concienciado¹¹⁷.

Los romanos, recordemos, podían pagar, novar, garantizar y hasta compensar una obligación natural. Las obligaciones imperfectas no derivan de actos jurídicos sino de imperativos morales; en cambio las obligaciones perfectas pueden ser civiles y naturales para el sabio francés inspirador de Bello¹¹⁸.

¹¹⁶ Pothier, Tratado de las Obligaciones, Pág 113.

https://books.google.com/books/about/Tratado_de_las_obligaciones.html?id

¹¹⁷ Ibidem, página 106.

¹¹⁸ Pothier.

Sin embargo, los contratos de juego no generan efectos civiles, al igual que las deudas contraídas en una casa de lenocinio, si se pagan no puede exigirse su reembolso, de modo que, según la doctrina moderna, puede haber fácilmente obligaciones naturales que no sean morales.

Al revisar el 1527 del C.C, por ejemplo, y según la lógica del Código de Bello, sale a flote el carácter excepcional de las obligaciones naturales; sin embargo, es necesario reconocer que pueden extenderse a otros casos no mencionados taxativamente por dicha norma, entre ellos la *spondeo maritalis*¹¹⁹; sin pasar por alto que el artículo 1529 de nuestro código permite que esta clase de obligaciones sean respaldadas con hipotecas, prendas y cláusulas penales, capaces de suscitar coacción positiva; cosa que no puede afirmarse del desposorio en virtud del artículo 111; de manera que, el pacto esponsalicio cayó en la esfera de la obligaciones naturales sin las compensaciones que el propio Bello había reservado para esta clase de vínculos, lo cual evidencia otro cabo suelto en nuestro ordenamiento civil.

Las obligaciones naturales, como lo hemos visto, se dividen principalmente en las que no alcanzaron a ser civiles (contratos hechos por incapaces relativos o carentes de las formalidades de ley) o que fueron civiles pero su acción correspondiente caducó (recordemos que la nulidad generada por una incapacidad relativa tiene que ser declarada judicialmente). Tradicionalmente se ha considerado que las obligaciones civiles están revestidas de coercitividad procesal, pero las naturales legitiman los actos espontáneos de cumplimiento, toda vez que el pago no puede ser repetido; esto último viene a ser un efecto civil, y cubre también al desposorio.

Es necesario insistir en que los artículos 110 y siguientes del Código Civil dejan el cumplimiento del desposorio al honor y conciencia de los esposos, y seguidamente se le reconoce la *condictio*

¹¹⁹ En este aparte también coincido con Navia.

indebitis y la resolutio retentio, elementos inconfundibles de las obligaciones naturales, produciendo con esto la gran antinomia que desajusta las normas mencionadas, toda vez que las obligaciones naturales, en la formación de Bello, no emanan solamente de improntas morales.

Como lo había señalado, las refelexiones en torno a los efectos civiles del desposorio, no obedecen en modo alguno a contextos superados por la realidad colombiana, su vigencia es puesta de manifiesto en el siguiente aparte:

El Código Civil deja sin resolver si el incumplimiento de los esponsales da lugar a que terceros (familiares o amigos) puedan reclamar indemnizaciones 18 o, al menos, exigir el resarcimiento de los gastos realizados para el matrimonio, y aunque aquí podía pensarse que al no existir la acción para casarse ni la posibilidad de reclamar la multa pactada no existiría ese derecho, yo estimo que en el evento de comprobarse dolo o culpa grave en la ruptura sí se podrían reclamar esas indemnizaciones, porque no tiene presentación que alguien obrando gravemente contra Derecho pueda causar daño y quede tan tranquilo. En todo caso, si se pagó algo a título de indemnización por la ruptura, no podría repetirse si nos atenemos a lo dispuesto para el pago de la multa.¹²⁰

RSe discute aquí si la estipulación de multa en los esponsales da origen a una obligación natural que no confiere acción para exigir su cumplimiento en los términos del artículo 1527 del Código Civil, pero que otorga excepción para retener lo pagado, o si se trata de imponer una sanción al que desconociendo el mandato legal ha efectuado el pago basado en una estipulación con objeto ilícito y, por tanto, no puede repetir lo pagado según lo ordena el artículo 1525 del Código Civil.¹²¹

¹²⁰ https://books.google.com.co/books?id=RpsMY2Olx_YC&pg=PA52&lpg=PA52&dq=, Medina, Juan Enrique. Derecho Civil: Derecho de Familia. Editorial Universidad Del Rosario.2008, Bogotá, página 52.

¹²¹ https://books.google.com.co/books?id=RpsMY2Olx_YC&pg=PA52&lpg=PA52&dq=, Medina, Juan Enrique. Derecho Civil: Derecho de Familia. Editorial Universidad Del Rosario.2008, Bogotá, página 63.

6.2. Consecuencias en cuanto a la promesa de contrato

Por otra parte, los elementos esenciales de todos los pactos accesorios del matrimonio coinciden forzosamente en una solemnidad a veces exagerada, conforme al fin de cuentas al negocio jurídico que los inspira y sustenta; algo parecido puede decirse de los contratos de promesa según el artículo 1611 de nuestro Código Civil, sujetos evidentemente a unos requisitos esenciales para su nacimiento a la vida jurídica.

Por lo anterior, no deja de extrañar la disposición contenida en el 110 del código, que le sustrae los efectos civiles al contrato esponsalicio, cuando, reitero, está revestido de las formalidades atinentes al matrimonio y cumple con las condiciones para que las promesas de contrato adquieran una fuerza vinculante.

Situación que se torna más evidente al estudiar los artículos 1842 y siguientes del C.C., toda vez que la *spondeo maritalis* perdió sus efectos civiles sin que sus contenidos vinculantes más importantes corrieran la misma suerte, omitiendo con esto el principio de causa eficiente que ha signado la mayoría de instituciones de Derecho Civil.

Supongamos por un momento dejar sin fuerza vinculante una promesa de compraventa, alegando simultáneamente la validez de los pactos que le son accesorios, como la arras o la cláusula penal; tal supuesto es un franco desafío al principio lógico de “si p entonces q”, y crea en consecuencia todo un sofisma al derivar una conclusión silogística cuyo predicado viene a ser el sujeto de la premisa mayor.

Habíamos mencionado que, actualmente, se reconocen en otras legislaciones el derecho al pago de perjuicios por los daños derivados de la ruptura unilateral del desposorio, como es el caso de la jurisprudencia francesa. Esta línea proviene justamente desde Pothier en su Tratado de las Obligaciones, una de las principales fuentes de Don Andrés.

Ahora bien. ¿en qué momento exacto el desposorio perdió su coercibilidad procesal? La respuesta puede hilvanarse desde el tratamiento dado por Bello a las obligaciones naturales: Los artículos 1470 del código chileno y 1527 del colombiano, provienen del proyecto de Bello del año de 1853, que a su vez se basa en el artículo 1235 del código napoleónico y en Pothier (Obligaciones 191 y 197). En el proyecto del año 1853, reitero, el desposorio perdió sus efectos civiles y quedó como lo conocemos en el 110 del C.C¹²².

Es bien sabido que, en Pothier, las obligaciones naturales son preferiblemente contractuales, y que Bello pretendió seguir al tratadista francés casi al pie de la letra; el asunto cobra atractivo cuando Don Andrés afirma, insisto, que el cumplimiento del desposorio es cosa *del honor y conciencia del individuo*, con lo cual, en estricta lógica, la observancia del pacto esponsalicio quedó relegada a un acto de desprendimiento o misericordia y no al cumplimiento de una obligación natural¹²³.

Hasta aquí todo puede explicarse como un gesto de rebeldía frente al influjo casi irresistible de Pothier, sin embargo, Bello revistió ese dictado de conciencia con la *resolutio retentio*.

En Roma, recordemos brevemente, podían haber fiadores de obligaciones naturales (novación, compensación y fianza); en nuestro derecho, no hay ningún impedimento para que el desposorio, inviable para suscitar obligaciones puramente naturales, pueda estar secundado de fianzas,

¹²² Obligaciones Naturales en el Código de Bello. Felipe Navia Arroyo.
<http://www.redalyc.org/html/4175/417537591001/index.html>, página 17.

¹²³ Sigo coincidiendo con Navia,

pignoraciones y cláusulas penales, exigibles civilmente al atender el artículo 1529 de nuestro código; de suerte que, si bien el acuerdo esponsalicio no produce efectos civiles, el patrimonio de algún tercero puesto en garantía de cumplimiento de las obligaciones surgidas de dicho acuerdo, podría ser perseguido por vía judicial.

Las obligaciones naturales en la modernidad no penden de un imperativo categórico. Pothier, repito, las perfila como nacidas de un pacto y dotadas de la solutio retentio. Para el autor¹²⁴, un deber moral u obligación imperfecta, no es una obligación natural, ya que no tiene sujetos prestacionales, no hay deudor ni acreedor, solo hay un acto enaltecedor impulsado por dos sentimientos, la caridad y el agradecimiento¹²⁵. Así como la catarsis en Aristóteles era motivada por la piedad y el temor.

Otra contradicción motivada por los artículos 110 y siguientes, se hace patente al degradar el desposorio a un hecho privado sin efectos ante la ley civil; y al afirmar seguidamente que si se paga una multa por su incumplimiento habrá ocasión para la solutio retentio de las obligaciones naturales, de modo que sí nace en últimas una especie de obligación civil que impide cualquier clase de reembolso de este pago, sin omitir que nada se ha dicho sobre la posibilidad de repetición en favor de algún tercero que haya pagado en lugar del promitente culpable.

Asimismo, el honor y conciencia individuales, en el rigor moderno, no son fuente de obligaciones naturales, ya que en éstas, repito, sí hay unos sujetos prestacionales indiscutidos. Nuestro propio código civil en su artículo 1527, se muestra tributario de la concepción de Pothier en cuanto a la génesis contractual de las obligaciones naturales, por ejemplo, las que no alcanzaron a ser civiles

¹²⁴ Felipe Navia, cita a Ospina Fernández reconoce el origen contractual de las obligaciones naturales, sobre todo en cuanto a la causal 3 del 1527, que admite incluir, en su concepto, todos los contratos bilaterales. Página 34. <http://www.redalyc.org/html/4175/417537591001/index.html>

¹²⁵ Conclusión que extraje de cita ídem.

por causa de algún requisito o solemnidad faltantes, las que perdieron dicho rango en vista de la caducidad de la acción, o las contraídas por incapaces relativos.¹²⁶ Además en el artículo 1624 del proyecto de Bello de 1853, evidencia que las obligaciones naturales iban a conservar la génesis contractual heredada de Pothier.¹²⁷

6.3 ¿El contrato de Desposorio es inexistente, ineficaz o nulo?

Para resolver este interrogante es necesario esclarecer la naturaleza jurídica de este acto, cosa que difícilmente puede hacerse a partir de las nociones cruzadas del código civil, pues, como lo hemos visto el cumplimiento del desposorio obedece a un gesto de liberalidad provisto de la solutio retentio. No puede ser considerado nulo pues no es un contrato viciado, caso en el cual no podría suscitar obligaciones civiles como la restitución de los bienes traditados con ocasión del futuro matrimonio, que bien pueden considerarse como arras.

La ley 157 del 87 estableció por primera vez la prescripción para las nulidades absolutas que no versaran sobre objeto o causa ilícitas, fijándola en 30 años, la 50 del 36 la redujo a 20 años y la 791 del 2002 sitió en 10 años; cuesta aceptar que un negocio de la relevancia develada y que encaja perfectamente en nuestro ordenamiento jurídico, sufra la suerte de una nulidad insubsanable.

En tal sentido, Navia aporta lo siguiente: *“si se declara la nulidad no puede continuar, porque esa declaratoria borra la obligación natural tanto como la civil.”*¹²⁸

¹²⁶ Lógica confirmada por el ensayo del externado.

¹²⁷ Cita Ibidem, página 18.

¹²⁸ Cita Ibidem, página 38

No puede tratarse, tampoco, de un caso de ineficacia dado que, en el evento de pagarse la multa pactada por el matrimonio fallido, el ofendido puede retener lo pagado; además surge la obligación civil de devolver todo lo percibido en vista de unas nupcias fallidas. No puede ser, en últimas, inexistente, como lo prueba su propia eficacia.

6.4 Jurisprudencia Colombiana sobre las Obligaciones naturales y el Desposorio

Fue una tarea realmente dispendiosa encontrar alguna reflexión al respecto; del poco material disponible, a manera de eufemismo, puede colegirse que la jurisprudencia colombiana ha acogido la concepción de Pothier sobre las obligaciones naturales, como lo pone de manifiesto Fernando Hinestrosa en este pasaje citado por Navia:

Con lo que llevamos dicho hasta aquí, sale avante la idea de que para Bello, y así quedó reflejado en su código, no puede haber obligación natural más que allí en Donde hubo o pudo haber una obligación civil, concepción que sacó de la tradición del derecho romano clásico y de la lectura, en contexto, de la obra de Pothier, a la que remite como fuente de inspiración del artículo 1470 del Código Civil chileno, idéntico al 1527 del colombiano. no llegó a pensar que la obligación natural pudiera originarse en un simple deber moral o de conciencia, o en el deber impuesto por el sentido del honor.

Idea a la que, por otra parte, ha permanecido fiel la jurisprudencia colombiana, pues en una de las raras ocasiones en que se ha referido a este tema, descarta la existencia de una obligación natural en la hipótesis, tan mencionada y evocada por la doctrina y la jurisprudencia francesas para justificar su tradicional postura moralista, de apoyo alimentario entre hermanos y tíos y sobrinos⁷⁵.

Este punto de vista puede confirmarse echando un vistazo a las otras hipótesis de obligación natural contempladas por el código. El que en la disposición de cabecera (C. C., art. 1527) se indique, luego de dar la definición de obligación natural, que “tales son”, enumerándolas enseguida, no quiere decir que el legislador haya hecho una enunciación taxativa de ellas, pero tampoco que hubiera abierto una compuerta para que, según las circunstancias de cada caso concreto, el juez estime si el desembolso hecho por un imperativo de conciencia constituye o no el pago de una obligación natural. Habría que hablar, entonces, como lo hace

F. hinestrosa, de una “tipicidad legal no rígida”⁷⁶. Posición a la que adhiere la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

75 “Estas apreciaciones del sentenciador de segundo grado, ponen de manifiesto que el Tribunal encontró que allí en Donde había un deber de conciencia, existía para el demandante una obligación natural, concepto que es preciso rectificar, porque, como ya se expresó, no hay más obligaciones naturales que las señaladas en la ley y los deberes de conciencia, como tales, no están elevados a la categoría de obligaciones de esa especie”. Casación civil del 25 de agosto de 1966, G. J., t. cxvii, Antología jurisprudencial Corte Suprema de Justicia – 120 años Corte de Casación, Sala de Casación Civil, Bogotá, 2007, t. i, 605.¹²⁹

En cuanto al desposorio, específicamente hablando, coincido con el autor en las siguientes líneas como se desprende de todo este trabajo:

¹²⁹ Ibidem, página 37.

Tradicional ha sido citar como hipótesis de obligación natural el pago de la multa para el caso de no cumplirse el compromiso matrimonial (C. C., art. 111). En efecto, parece lógico, por lo tanto, que si la promesa es ineficaz, también lo sea cualquier pacto que le sea accesorio, como lo es la cláusula penal o multa. Si esto es así, resulta difícil comprender el por qué del inciso 2 del artículo 111, que dice: “Pero si se hubiere pagado la multa, no podrá pedirse su devolución”. Tal es el efecto principal de las obligaciones naturales: su pago no es indebido y da derecho a la solutio retentio. ¿Será, acaso, que para esta hipótesis el señor Bello decidió apartarse de su concepción de la obligación natural como obligación imperfecta, para aceptar la de cumplimiento de un deber moral?

*En nuestra opinión, tal interpretación sería incorrecta, por, al menos, dos razones. Un primer argumento en contra de la tesis podría extraerse de un parangón con el supuesto de hecho contemplado por el artículo 1525 del Código Civil. Como se sabe, esta norma dispone que lo que se ha pagado en razón de un contrato cuyo objeto o causa son ilícitos, no podrá ser repetido. Es la consagración legal de la máxima *In pari causa turpitudinem cesat repetitio*. El efecto del pago en tales circunstancias es similar al que la ley prevé para las obligaciones imperfectas. De allí que, a menudo, la doctrina se pregunte si tal hipótesis no es un caso de obligación natural, adicional a los previstos por el artículo 1527 del Código Civil. La respuesta ha sido siempre negativa, pues no sólo un contrato que adolece de ilicitud jamás podrá engendrar obligación alguna, civil o natural, sino que la imposibilidad de repetir se explica como una sanción o pena privada impuesta al contratante que, sabedor de la contrariedad del negocio celebrado con el orden público o las buenas costumbres, ejecuta la prestación a su cargo, a pesar de que la amenaza de la pena debería haberlo cohibido de hacerlo. Algo parecido ocurre 77 Casación civil,*

25 de agosto de 1966, G. J., t. cxvii, *Antología jurisprudencial...*, cit., 604. cuando voluntariamente se paga la multa acordada para el caso de ruptura de la promesa matrimonial. El promitente no está obligado ni a casarse ni a pagar la multa (C. C., art. 111); pero si la paga no puede obtener su restitución, no porque hubiera pagado lo que debía, sino a título de sanción penal.

Frente a lo cual cabría la réplica de que si se estudia con atención el Proyecto de Código Civil de 1853 podrá verse que en la nota correspondiente al artículo 112 (idéntico al 111 del código definitivo), Bello remite a la *conditio indebiti*⁷⁸. Tal remisión al cuasicontrato del pago de lo no debido permite suponer que, o bien Bello estimaba que el esposo (promitente) que cancela la multa, al hacerlo está atendiendo a un deber de conciencia, razón por la cual carece del derecho a repetir; o bien, que si el promitente paga la multa, en realidad paga lo que debe, aunque tal débito no sea exigible por la vía judicial; y si este fuera el caso, el derecho a retener la multa, evidentemente, no se explicaría por la idea de pena privada.¹³⁰

Según la línea de Pothier, no puede entenderse como una sanción privada sino como el pago de lo que efectivamente se debe, para Don Andrés, como se expresará más adelante, sí había supuestamente un pago de lo no debido cuando la deuda no podía exigirse judicialmente.

¿Se trata de una obligación natural? Todo parece indicar que no. El artículo 2314 del Código Civil dispone que “no se podrá repetir lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural, de las enumeradas en el artículo 1527”⁷⁹. Sin que esta remisión al listado del artículo 1527 deba interpretarse como una enunciación taxativa de

¹³⁰ *Ibidem*, página 38.

las hipótesis de obligaciones naturales, sí resulta claro, en cambio, que para Bello había pago de lo indebido en aquellos casos en que no hubo o no pudo haber una obligación civil. Y si a ello se agrega que de acuerdo con el artículo 110 del Código Civil, en los esponsales no hay ni puede haber obligación alguna ante la ley civil, es evidente que el pago de la multa en el caso que nos ocupa no puede serlo de una obligación natural.

¿Cuál, entonces, la razón por la cual el pago de la multa en los esponsales no pueda repetirse? ¿Cumplimiento de un deber moral? No, si se ha de ser coherente con el sistema adoptado. Entonces, la única explicación plausible sería la de que si el promitente infiel a su palabra paga la multa, hace en realidad una Donación. en efecto, el inciso 2.º del artículo 112, que venimos comentando, concuerda con el 2553 del proyecto de 1853 (véase el art. 2317 del Código Civil colombiano), que decía: “Del que da a sabiendas lo que no debe, se presume que lo Dona; pero, para alegar Donación, deberá probarse que el Donante tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho, como en el derecho”⁸⁰. El promitente que paga la multa, a sabiendas de que no debe, y, en el caso de los esponsales, necesariamente debe saberlo, hace una Donación. Tal es la conclusión que se impone.¹³¹

Debo apartarme de la explicación ofrecida por Navia, contentiva de un importante sector de la doctrina (y tomada también de los romanos sin su debido contexto), basándome precisamente en la fusión de antípodas contenida en el 110 y siguientes. En efecto, para Bello, las obligaciones surgidas de un desposorio no alcanzan cuanto menos la condición de naturales; desde el comienzo Don Andrés establece que la spondeo suscita vínculos a cargo solamente del honor y conciencia

¹³¹ Ibidem, página 39.

de los contrayentes, débitos morales que en la época de redacción del código aún eran determinantes, y que surgen con ocasión de un pacto bilateral. Una donación, en cambio, además de ser un contrato unilateral, puede motivarse en un acto de ostentación, de cortejo inmoral o de fraude pauliano, entre muchas otras posibilidades lejanas al cumplimiento honorable de una prestación inexigible.

Puede redargüirse que el artículo 1454 afirma que hay donación cuando *se remite una deuda o se paga lo que en realidad no se debe*: disposición que comprende la exoneración de una obligación civil y el cumplimiento, en el contexto del artículo, de una obligación natural, lo cual permite excluir al desposorio, dado que Don Andrés no le concedió a las prestaciones espónsalicias ni siquiera el rango de obligaciones naturales, sin pasar por alto que la donación es un contrato como cualquier otro. Igual sucede con el artículo 2317, inmerso en el título de los cuasicontratos, con los que Don Andrés no iba a relacionar el pacto esponsalicio; y la excepción de “ *a menos de probarse que tuvo pleno conocimiento de lo que hacía*, alegada para dar ocasión a un pago de lo no debido sin acción de repetición, no se cumple con el simple hecho de que el desposorio carezca de acción civil, máxime, en una época¹³² en la que indemnizar por la spondeo incumplida era un imperativo categórico. Además, la doctrina moderna ha profesado abiertamente que hay pago donde hubo una deuda, sin que importe su grado de exigibilidad.

El pago de lo no debido, en los juristas clásicos, obedecía en buena parte a un elemento subjetivo, la comisión de un error; en efecto, había lugar para este concepto cuando se hacía una tradición de dominio bajo el equívoco de cumplir una obligación.

¹³² La de redacción del artículo 110.

Volviendo a las obligaciones naturales, como lo hemos visto, al ser Don Andrés tributario de los conceptos de Pothier sobre esta clase de vínculos, cuya génesis es eminentemente contractual, puede inferirse que son prestaciones derivadas de un acuerdo de voluntades hecho de conformidad con el 1502 del C.C., susceptibles incluso de ser novadas y caucionadas; sin embargo, fue la voluntad expresa de Bello que los débitos esponsalicios no produzcan obligación alguna ante la ley civil, al traer a cuento nuevamente el artículo 110 del C.C. Con todo, seguidamente dota a estos mandatos de la conciencia de la resolutive retentio y del deber de restituir los bienes donados con ocasión del matrimonio, esta contradicción no debe apartarnos de la intención enfática de privar al desposorio de cualquier clase de prestación jurídica, cuando por su propio peso se trataba al menos de una fuente de obligaciones naturales. ¿Por qué, entonces, el simple acto honorable de pagar una multa esponsalicia fue provisto de la resolutive retentio? Seguramente para lograr alguna justicia fáctica, de lo que se impone que mejor hubiera sido preservar la acción civil del desposorio.

Ahora bien, puede afirmarse que los débitos esponsalicios no corresponden a unas obligaciones naturales, como quiera que no fueron mencionados expresamente en el artículo 1527 del C.C., en contra de lo cual vuelve a levantarse la propia estructura conceptual de Bello sobre el origen convencional de las obligaciones naturales, el hecho de que la jurisprudencia haya aclarado suficientemente que el listado de dicho artículo no es excluyente, y la historia de la resolutive retentio.

Pero si se quiere, es en la regulación del contrato aleatorio del juego o apuesta en donde más a las claras puede verse que la concepción moralista de la obligación natural fue definitivamente descartada del código de Bello. Es cierto que en el proyecto de 1853 se conservaba, parcialmente, la concepción de Pothier a este propósito, puesto que en el artículo 2410 se preveía que el juego y la apuesta no producen acción, sino solamente

excepción, por lo que quien gana no puede exigir el pago, pero si quien pierde paga, no puede repetir, a menos que haya sido con dolo. No es otra cosa que la deuda de honor de que habla la doctrina francesa, aunque con alcance marginal, pues el juego, en el sistema de Bello, por regla general adolece de causa ilícita, es nulo de nulidad absoluta y, como tal, no puede generar obligación de ninguna naturaleza. En este sentido, el artículo 1647 del proyecto disponía lo siguiente: “Hay asimismo causa ilícita en las deudas contraídas en juegos de azar, en las apuestas que exceden de los límites legales, [...]; y generalmente en todo contrato reprobado por las leyes con la expresión terminante: se prohíbe”.¹³³

Sobre esta base, en el Código Civil chileno vigente se distinguen tres situaciones: el juego de azar, ilícito, que no da origen ni siquiera a una obligación natural; por consiguiente, si quien pierde paga, puede repetir; el juego en Donde predomina la inteligencia, en el cual el ganador carece de acción para cobrar la apuesta, pero si quien pierde la paga, el ganador puede conservar la suma, lo que constituye, al menos en cuanto a su efecto principal, una hipótesis de obligación natural; y el juego de fuerza o destreza corporal, que da tanto acción como excepción, genera, por lo tanto, una obligación civil.

81 el artículo 112 del Código Civil sólo tomó la segunda parte del 113 del Proyecto de 1853. Su texto es del siguiente tenor: “Lo dicho no se opone a que se demande la restitución de las cosas Donadas y entregado bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado”.

¹³³ *Ibidem*, página 40.

tiene, en todo caso, acción para repetir lo pagado”. No hay obligación natural y ni siquiera la posibilidad de retener lo pagado a título de pena privada en aplicación de lo previsto por el artículo 1525 del Código Civil. es una excepción a la regla Nemo auditur propriam turpitudinis allegans. ¹³⁴

Coincido con el autor en el sentido de que la posibilidad de “demandar” la restitución las cosas donadas una vez frustrado el matrimonio, es impropia de las obligaciones naturales, y muy de la sepa de las obligaciones civiles. Al respecto la explicación tradicional concluye, de la cual me aparto nuevamente, que las obligaciones amalgamadas del desposorio lo convierten en una donación con la excepción de irrevocabilidad, así como las dádivas entre cónyuges, conclusión que, por las razones anotadas, vuelve a echar mano de una asociación incorrecta, pues el pago de la multa pactada en un desposorio, cubierto con las formas de las obligaciones naturales, no puede leerse como un pago de lo no debido.

Entre nosotros, en cambio, como la obligación natural es una verdadera obligación, aunque imperfecta, los efectos que la ley le asigna son, como ya se ha dicho, variados. Es así como, además de autorizar la retención de lo pagado en razón de ella, puede ser novada (C. C., art. 1689); caucionada por terceros, ya sea con garantía real o personal (C. C., arts. 1529, 2364, 2384, 2410 y 2448)¹³⁵, Esto demuestra el respeto que la institución le despertaba al sabio venezolano y la imposibilidad de que lo asemejara a las deudas de juego, en cuanto a la facultad atribuida al esposo ofendido de retener la indemnización hecha por el ofensor.

¹³⁴ Cita Ibidem, pagina 41.

¹³⁵ Cita Ibidem, páginas 41-42.

Asimismo, si el esposo ofensor decide pagar la multa prevista en el desposorio, destituida de acción civil, y cuenta con diversos acreedores que se enteran de este acto honorable, ¿podrán éstos instaurar una acción pauliana? *Se ha discutido, por otra parte, si el pago de una obligación natural puede ser objeto de la acción revocatoria o pauliana. Algunos⁸⁴, en Francia, lo niegan, salvo en el caso especialísimo del artículo 2225 del código de Napoleón, que dice: “Los acreedores o cualquier persona que tenga interés en que la prescripción cumplida sea pronunciada pueden alegarla aun si el deudor o propietario renuncian a ella”⁸⁵. “Así –dicen Marty y Raynaud–, los derechos de los acreedores civiles priman sobre el deber que puede impulsar a una conciencia delicada a no atenerse al resultado de una prescripción cumplida.” Y agregan: “Resulta difícil precisar con certeza el alcance exacto de este texto. Si la Corte de Casación parece haberlo considerado como una aplicación de la acción pauliana, las sentencias más recientes no retoman nítidamente esta afirmación. En todo caso, la preferencia concedida a los acreedores civiles no está subordinada a la prueba de la complicidad o a la mala fe del beneficiario de la obligación natural. Se ha podido ver en ello al menos la similitud con el régimen de la acción pauliana contra los actos gratuitos.*

Así, la jurisprudencia ha decidido que los acreedores que ejercen la acción pauliana no pueden criticar este pago sino demostrando la mala fe de su deudor: este pago está sometido al régimen de los actos a título oneroso”⁸⁹. Esta manera de ver las cosas es la que, a nuestro juicio, debe imperar entre nosotros.¹³⁶

¹³⁶ Cita *Ibidem*. Página 42-43.

Para terminar, me voy a permitir traer a cuento un célebre ejemplo del derecho argentino sobre la inequidad suscitada por el incumplimiento de una promesa matrimonial sin posibilidad de resarcimiento¹³⁷:

Una joven se comprometió con un compañero de trabajo, quien le aseguró ser soltero, Después de dos años de público noviazgo, él porfió lo suficiente para que ella abandonara su empleo y en la víspera del día señalado para el matrimonio, la desposada recibió una comunicación que deshacía el compromiso. Una vez enterada del real estado civil del promitente, ella demandó por los perjuicios consistentes en la pérdida de su trabajo y en los gastos hechos por sus familiares con ocasión de la boda. Las instancias que conocieron el proceso admitieron la mala fe del demandado pero negaron la indemnización en vista de la ausencia de efectos civiles del desposorio; uno de los jueces adujo las siguientes razones: "Bien sé que la solución de nuestra ley no es justa, por cuanto la promesa, sin atacar la libertad del matrimonio, puede crear situaciones que merecen la contampación de nuestro ordenamiento jurídico... Pienso que el precepto legal que nos rige debe ser modificado armonizándolo con los principios generales del derecho civil"

Dos mil años antes, esta situación hubiera sido corregida con alguna de las acciones de la *spondeo maritalis*, una *actio res uxoriae* según el caso, o una acción de buena fe.

7. Conclusiones

Don Andrés pasó por alto la relevancia de uno de los contratos históricamente más determinantes del derecho civil, con muchos más contenidos obligacionales que el propio matrimonio,

¹³⁷ Los Esponsales en el Derecho Civil Argentino y en la Legislación Comparada. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1448/5.pdf> Página 147.

- ✚ Lo motivos considerados por Don Andrés a la hora de privar de efectos civiles el pacto esponsalicio, si bien intentan conservar la coherencia institucional del derecho privado, y apuntaban a una mayor justeza en las relaciones interpersonales, provocaron numerosos efectos colaterales que terminaron minando el rigor conceptual del código civil, y dejando en últimas unos perjuicios morales y matriales relativos al incumplimiento del desposorio sin un resarcimiento exigible.

- ✚ Andrés Bello rompió la solidez conceptual heredada de Pothier, en cuanto a las obligaciones naturales, y que había marcado cierta independencia del Derecho Frances en relación con el Romano.

- ✚ La decisión de Don Andrés de negarle la coercibilidad procesal al desposorio iba a causar accidentalmente un pacto desnaturalizado que incapacita a los prometientes, que solo pueden vincularse mediante obligaciones naturales y de los que se esperaba, paradójicamente, afrontar este compromiso con conciencia y honor; y que facultaba a los *alieni iuris* a contraer matrimonio.

- ✚ Don Andrés confundió las obligaciones perfectas con las imperfectas.

- ✚ Actualmente, hay muchos otros ordenamientos jurídicos que admiten una abierta responsabilidad contractual y aquiliana en caso de incumplimiento de las obligaciones esponsalicias.

- ✚ Por otra parte, a la luz de la constitución del 91, el Artículo 42 prescribe el deber estatal de proteger el matrimonio y sus diversas formas, hemos visto como el desposorio ha significado gran parte de la estructura del vinculo nupcial. Afirmar que la promesa de matrimonio con efectos civiles se traduciría, en la práctica, en un vicio del consentimiento para el contrato matromonial, significaría algo parecido a que la promesa de venta amenaza la autonomía de la voluntad de cara a un futuro título traslativo.

- ✚ Las convenciones, sean pactos o contratos, contienen una promesa admisible de dar, hacer o no hacer; de allí que las partes resulten comprometidas cuando su negocio nace a la vida jurídica, y no en el arbitrio del legislador de turno al concederle o negarle la coercibilidad procesal.

- ✚ Dado que los matrimonios oficiados por las Iglesias con personería jurídica, judíos o musulmanes por ejemplo, conservan celosamente la figura del desposorio; la legislación civil está en mora de adaptarse al resurgimiento progresivo de estos usos.

- ✚ Si uno de los motivos para la supresión de los efectos civiles del desposorio, fue la dignificación de la mujer, Don Andrés debió, a su juicio, suprimir el instituto enteramente; sin embargo, Bello sabía perfectamente que una de las funciones históricas desempeñadas por esta figura, era precisamente guardar a la desposada de cualquier fraude o truhanería; es por ello que seguramente permitió que un mero dictado de la conciencia contara con la resoluto retentio, y que en un desposorio sin efecto civiles se pudiera demandar la restitución de las cosas donadas si no había matrimonio.

Con todo, Don Andrés guardó silencio sobre la arras, las que considero personalmente una real amenaza para la equidad de géneros, y que fueron concebidas más para la promesa matrimonial que para la promesa de compraventa, de modo que, siendo, en principio, un pacto accesorio al vínculo esponsalicio, como lo hemos visto, no tiene razón de ser si el desposorio carece de efectos civiles; no obstante el 112 de nuestro código civil le atribuye tales efectos a la restitución de las cosas donadas o entregadas con miras a la frustrada unión, presupuesto en el cual caben estas arras sin mayor dificultad.

- ✚ Es preciso señalar desde ahora, que el desposorio no perdió sus efectos civiles por haber sido considerado un pacto irrelevante, todas las promesas de contrato corrieron con la misma suerte en los proyectos codificadores de Don Andrés Bello.
- ✚ El desposorio jamás fue un hecho privado, como lo afirma el 110 de nuestro código, una cosa era dónde y cómo se celebraba y otra los efectos erga omnes que producía.
- ✚ Por último, y qué mejor momento para aclararlo, considero que bastaría con recuperar la posibilidad de una acción civil para el pago de perjuicios derivados del incumplimiento del desposorio, suprimiendo la resolutive del artículo 111; a fin de armonizar nuevamente el contexto normativo de la institución y de ofrecer una salida al detrimento patrimonial de las partes y de terceros amigos o familiares, en caso de una ruptura del compromiso. Para aquellos que gustan del argumento de que así sucede en otras latitudes, el deber indemnizatorio sigue vigente en Alemania, Italia, Portugal, México, Perú, Brasil y Venezuela. Inclusive en el Common Law, son aceptados los perjuicios morales. Obviamente, en su mayoría, son sistemas basados en el BGB alemán.

8. Bibliografía

1. <https://www.minjusticia.gov.co/InvSocioJuridica/DboRegistros/GetPdf?fileName=Las%20obligaciones%20naturales%20en%20el%20codigo%20de%20Bello.pdf>

2. Manuel Ernestojar del Rivero y Hornos

<http://www.monografias.com/trabajos88/obligaciones-naturales/obligaciones-naturales2.shtml>

3. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1448/5.pdf>

4. Chelodi, Juan. El Derecho Matrimonial. Trad. de José Ángel Fernández. Editorial Clie. Barcelona, 1959.

5. Iribarne, Ramón. El Matrimonio Civil Comparado con el Canónico. Aguilar. Buenos Aires 1960.

6. https://www.marxists.org/espanol/m-e/1880s/origen/el_origen_de_la_familia.pdf

7. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/17/dr/dr12.htm>

8. <https://wol.jw.org/es/wol/d/r4/lp-s/1200001363>

9. Alfred Edersheim, Usos y Costumbres de los Judíos en los Tiempos de Cristo, traducido por Ramon Llull, Editorial Clie, Barcelona, 2000.

10. familiaucc.blogspot.com/2011/08/los-esponsales.html
11. <http://grupouniversitariosanignaciodeloyola.blogspot.com.co/2014/10/que-relacion-tenian-maria-y-jose-de.html>
12. <http://sharkyfinpuertorico.blogspot.com.co/2009/06/la-antigua-boda-judia.html>
13. https://serjudio.com/rap1901_1950/rap1928.htm
14. Fred H. Wight Usos y Costumbres de la Tierra Bíblicas. books.google.com.co/books?id=J3W-asI7v44C&pg=PA137&lpg=PA137&dq=
15. <https://www.google.com.co/search?tbo=p&tbm=bks&q=isbn:0825484316>
16. Citado ñpor Giuseppe Falcone en *Obligatio est Vinculum Iuris*, G.Giappichelli Editore – Torino, 2003, pag 2.
17. Fustel de Coulanges, Ciudad Antigua, <https://books.google.com.co/books?isbn=8497613120>
18. <http://es.scribd.com/doc/17683147/UN-CODIGO-CIVIL-PERDIDO-EN-LOS-ANDES#scribd>
19. <http://wol.jw.org/es/wol/d/r4/lp-s/1200001363#h=2>
20. Pietro Bonfante, Historia del Derecho Romano. José Santacruz Teijeiro, Editorial Revista Derecho Romano, Madrid, 1944. Página 547.
21. Eduardo Álvares Correa, Curso de Derecho Romano, Editorial Pluma, Bogotá, 1979.
22. Cicerón, Los oficios, Traducción de Don Manuel Valbuena, Imprenta Real, Madrid, 1788.

23. Cicerón, La Vejez y la Amistad, Traducción de Santiago Perea Latorre, Editorial Norma, Bogotá, 1996.

24. <http://www.ciencias.org.ar/user/files/Rocco.pdf>

25. <http://www.monografias.com/trabajos88/obligaciones-naturales/obligaciones-naturales.shtml#conceptooa#ixzz46UNV3R4p>

26. books.google.com.co/books?id=mOEHtiIFt6wC&pg=PA55&hl=es&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false

27. <http://www.derechoromano.es/2011/12/el-matrimonio-romano.html>

28. https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000621.pdf

29. <https://derecho.laguia2000.com/derecho-de-familia/esponsales>

30. https://archive.org/stream/historiadelacivi01tapi/historiadelacivi01tapi_djvu.txt

31. <http://cronicasglobales.blogspot.com.co/2015/05/aportes-del-derecho-romano-al-sistema.html>

32. Pothier, Tratado de las Obligaciones,
https://books.google.com/books/about/Tratado_de_las_obligaciones.html?id

33. www.seminarioabierto.com/tiempos18.htm

Divorcio en los tiempos del Antiguo Testamento

34. Felipe Navia Arroyo, Las Obligaciones Naturales en el Código de Bello

<https://www.minjusticia.gov.co.../GetPdf?...Las%20obligaciones%20naturales%20en%20...>

- 35.** Virgilio. Eneida, Traducción de Javier De Echave-Sustaeta, Planeta De Agostini, Madrid, 1997.
- 36.** Cayo Julio Cèsar, Comentarios a la Guerra de las Galias, Traducido por Josè Goya y Munàin, Editorial Planeta, Barcelona, 1992.
- 37.** Cicerón, Sobre la República, Traducción de Álvaro de D'Ors. Editorial Planeta, Barcelona, 1998.
- 38.** Plutarco, Vidas Paralelas, Traducción de Antonio Ranz Romanillos, Salvat Editores, 1972.
- 39.** Tafur González Álvaro, Código Civil Anotado, Edición 35, Leyer, Bogotá.
- 40.** Catulo, Poemas, Traducción de Arturo Soler Ruiz. Planeta, Madrid, 1996.
- 41.** Bernd Maquardt, El Estado de la Doble Revolución Ilustrada e Industrial, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014.
- 42.** Pedro Lafont, Derecho de Sucesiones Tomo 1, Quinta Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1989.
- 43.** Hernando Devis Echandia, Características Esenciales del Derecho Civil Moderno, Ediciones de la Revista Estudios de Derecho, Medellín, 1943.
- 44.** Séptimo Seminario Internacional “El Còdigo de Napoleòn 200 Años”, Compilaciòn por Josè Bernal Garcìa, Ediciones Uniboyacà, Tunja. 2006.
- 45.** Planiol Marcel y Ripert Georges, Las Obligaciones Civiles, Leyer, Bogotá.
- 46.** González de Cancino Emilssen, Manual de Derecho Romano, Universidad Externado de Colombia, 1991.

47. <https://www.notariofranciscorosales.com/la-promesa-de-matrimonio>

48. https://books.google.com.co/books?id=RpsMY2Olx_YC&pg=PA52&lpg=PA52&dq=
Medina, Juan Enrique. Derecho Civil: Derecho de Familia. Editorial Universidad Del Rosario.2008, Bogotá.

49. Obligaciones Naturales en el Código de Bello. Felipe Navia Arroyo.
<http://www.redalyc.org/html/4175/417537591001/index.html>,

50. www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/arenas_promesa.pdf

51.
<http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/21703/1/HISTORIA%20Y%20FUENTES%20DEL%20DERECHO%20ROMANO.pdf>

52. Platón, Las Leyes, traducción de Francisco Larroyo, tercera edición. Porrúa, México D.F., 1979.

Cronograma

TIEMPOS ETAPAS	Semanas 1 y 2	Semanas 3 y 4	Semanas 5 y 6	Semanas 7 y 8	Semanas 9 y 10
Primer Objetivo Específico	X				
Segundo Objetivo Específico		X			
Tercer Objetivo Específico			X		
Objetivo General				X	
Trabajo Final					X