Matrimonio y divorcio

Mireille Delmas-Marty
Catherine Labrusse-Riou

EDITORIAL TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

MATRIMONIO
Y
DIVORCIO

MIREILLE DELMAS-MARTY
CATHERINE LABRUSSE-RIOU

MATRIMONIO Y DIVORCIO

Prólogo
de
Robert Vouin

EDITORIAL TEMIS S. A,
Bogotá - Colombia
2021

Título del original francés:
Le mariage et le divorce
© 1972, Presses Universitaires de France
Que sais-je?, 1462

Versión castellana de
Diego Martínez Arango

Revisión técnica de
Jorge Guerrero R.

© M. Delmas-Marty C. Labrusse-Riou, 2021.
© Editorial Temis, S.A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46. Bogotá D. C.
www.editorialtemis.com
Correo elec. gerencia@editorialtemis.com

ISBN 958-604-210-6
ISBN e-book: 978-958-35-1596-5

Hecho el depósito que exige la ley.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

Este libro tiene un doble origen. Por una parte, un primer "Que sais-je" sobre el tema se publicó en 1972, con mi firma; luego, la señora Labrusse-Riou accedió a hacer lo que constituye una verdadera refundición: la primera parte, "El matrimonio", se enriqueció con datos sociológicos y la segunda, "El descasamiento", terminó totalmente cambiada a causa de la reforma del divorcio.

Se han mantenido algunas ideas y cierta concepción general del tema y hemos optado por firmar conjuntamente el nuevo texto.

Igualmente decidimos conservar el prólogo de la primera obra en recuerdo de su autor y por la permanencia que le da la calidad de su pensamiento, a pesar de la reforma del divorcio que obviamente vuelve obsoletos ciertos pasajes.

MIREILLE DELMAS-MARTY

PRÓLOGO [*]

El consentimiento de los esposos es lo que constituye el matrimonio y un contrato es también lo que está en la base de todo convenio que tenga por fin generar obligaciones.

Así, pues, al menos en un sentido, el matrimonio es un contrato, pero muy alejado de lo que enseña la teoría general de obligaciones y contratos. Pasar de esta teoría al matrimonio equivale a descubrir lo que este tiene de incomparable.

Una cosa debe estar en el comercio jurídico para que pueda ser objeto de un convenio (C. C., art. 1128) y se excluye de ello tanto la libertad del individuo como el cuerpo humano. Sin embargo, cada uno de los esposos dispone tan completamente de su persona, en virtud del matrimonio, que los penalistas le niegan a la mujer casada la posibilidad de ser o de declararse criminalmente violada por su marido.

El contrato concluido sin límites de duración "siempre puede cesar por voluntad de una de las partes contratantes". Pero esta regla no vale para el matrimonio, mientras que sí se aplica al arrendamiento de servicios y a la sociedad (arts. 1780 y 1869).

Más aún. Si bien las convenciones constituidas legalmente tienen fuerza de ley para los que las han estipulado, por lo menos siempre pueden ser revocadas por medio del mutuo consentimiento (art. 1134). Ahora bien, el matrimonio escapa a la aplicación del principio, para no encontrar su fin más que en el divorcio o en la muerte (art. 227).

Y en el mismo momento en que los esposos se comprometen el uno con el otro, no les compete definir las obligaciones que los ligarán. El Código Civil les señala con autoridad sus "derechos y deberes respectivos" y entre ellos el primer puesto se lo asigna a la fidelidad, cuyo desconocimiento debe llevar al divorcio (arts. 212, 229 y 230).

No todos los esposos ni todos los pueblos conciben de la misma manera la fidelidad conyugal y el divorcio.

[*] Este prólogo fue escrito para la obra *El matrimonio y el divorcio*, publicada en esta colección (núm. 1462) en 1972. Con la autorización de los herederos de R. Vouin, este texto se mantiene sin modificación en la presente edición.

Para anglosajones y escandinavos parece que este último se volvió moneda corriente. Todo deja entrever que el hombre o la mujer pueden abusar de él, inclusive sin herir demasiado a la opinión. En compensación, mientras no se produzca el divorcio, la fidelidad sigue siendo estrictamente obligatoria y el adulterio provoca escándalo. Entre los latinos, por el contrario, el adulterio atempera más cómodamente la monogamia —según un dicho común— y más bien es el divorcio lo que sorprende o repugna.

O sea, unos consagran su fidelidad al cónyuge del momento; otros, a la institución perdurable. Por un lado, la práctica de fidelidades sucesivas curiosamente parece brotar de un viejo fondo de puritanismo. Por el otro, cierta complacencia por la infidelidad permanente parece provenir de la idea de que el pecado contra el espíritu supera siempre en gravedad la falta relacionada con los impulsos de la carne o del corazón.

Finalmente, el divorcio, "sacramento del adulterio", gana terreno casi en todas partes a favor de un relajamiento de los principios y de las conciencias. Pero el gusto por el matrimonio y su futuro no parecen comprometidos por esa causa.

El matrimonio no tiene por sí mismo más que la fuerza de una tradición, esa seguridad con la cual "la costumbre elimina lo extraño". Inclusive se puede notar que su prestigio no depende exclusivamente de la preocupación de asegurar la legitimidad del hijo.

El matrimonio, aunque no está necesariamente fundado en el amor y no hace de este una necesidad ni una obligación, sin embargo sigue siendo la huella y la expresión del amor entre los esposos. Conserva siempre su valor de compromiso y, por frágiles que sean, de hecho, conserva también las promesas que implica y el vínculo de derecho creado por él.

Las ceremonias que hacen el matrimonio o que lo acompañan no tienden a hacerlo oponible a terceros. Responden más bien al deseo que tienen el hombre y la mujer (o sus familias) de publicar su unión ante una sociedad que no es indiferente al hecho y que persiste en tener como un ideal la estabilidad de la pareja.

Más que la costumbre, es la naturaleza humana la que se mantiene apegada al matrimonio.

El matrimonio es la *legitimidad* y de ella extrae una autoridad que conservará en los tiempos futuros aunque la condición del hijo ya no dependa de aquel.

ROBERT VOUIN

ÍNDICE GENERAL

Prólogo IX
Introducción 1

Primera parte

EL MATRIMONIO

Capítulo I

LA VOLUNTAD DE CASARSE

I. *El consentimiento en el matrimonio*

PÁG.

1. Reglas de fondo 13
   A) La voluntad de los futuros esposos 13
      a) Una voluntad real 14
      b) Una voluntad seria 14
      c) Una voluntad exenta de vicios 16
   B) La voluntad de las familias 17
2. Reglas de forma 19
   A) El ritual, forma del matrimonio 20
   B) El ritual, prueba del matrimonio 23

II. *Las garantías de la libertad matrimonial*

1. El derecho de no casarse 24
   A) La incitación al matrimonio 24
   B) Nulidad del matrimonio celebrado bajo la influencia de presiones 26
2. El derecho de casarse 27

Capítulo II

LAS PROHIBICIONES MATRIMONIALES

I. *El elemento fisiológico*

II. *El elemento sociológico*

PÁG.

1. La prohibición de la poligamia 35
   A) Está prohibida la poligamia simultánea..... 35
   B) Los segundos o subsiguientes matrimonios son válidos 36
2. Prohibición del incesto (o endogamia)..... 37

Segunda parte

EL DESCASAMIENTO

Capítulo I

LA ANULACIÓN DEL MATRIMONIO

I. *Los casos de anulación*

1. Las nulidades relativas..... 44
2. Las nulidades absolutas..... 44
3. La inexistencia 45

II. *Los efectos de la anulación*

1. La retroactividad de la anulación..... 46
2. Los límites de la retroactividad..... 46

Capítulo II

EL DIVORCIO

I. *Casos de divorcio*

PÁG.

1. Los divorcios graciosos (por mutuo consentimiento) 57
   A) El divorcio por petición conjunta 57
   B) El divorcio solicitado por un esposo y aceptado por el otro 60
2. Los divorcios contenciosos 62
   A) El divorcio por falta 64
   B) El divorcio por ruptura de la vida en común 73
3. Las relaciones entre los diferentes casos de divorcio 79

II. *El derecho común del divorcio*

1. El derecho común de procedimiento 81
   A) La acción del divorcio es siempre una acción exclusivamente personal 81
   B) En cuanto a la competencia jurisdiccional 82
   C) La instancia 84
   D) El juicio 85
2. El derecho común de los efectos del divorcio 85
   A) Los efectos del divorcio con respecto a los esposos 87
      a) En cuanto a la fecha 87
      b) La disolución y las secuelas del matrimonio 88
   B) Los efectos del divorcio respecto a los hijos 93
      a) En el plano de las relaciones personales 94
      b) En el plano patrimonial 95

Capítulo III

LA SEPARACIÓN DE CUERPOS

I. *Régimen jurídico de la separación de cuerpos*

1. Casos y procedimiento de la separación de cuerpos 98
2. Los efectos de la separación de cuerpos 100