

La Discriminación Legal de la Mujer en Colombia

Josefina Amézquita de Almeyda

CAPITULO I

ANTECEDENTES.

Los primeros pasos con trascendencia al campo internacional TENDIENTES a abolir las incapacidades por razón de sexo y a obtener para la mujer americana derechos civiles y políticos que disfrutaba el hombre fueron dados en la V Conferencia Internacional Americana celebrada en Santiago de Chile en el año de 1923.

En tal reunión se aprobó una Resolución en aquel sentido y, además, se recomendó a los Gobiernos la integración de Delegaciones con elementos femeninos para que la mujer pudiera participar en las futuras conferencias.

En desarrollo de las anteriores recomendaciones la Comisión Internacional de Jurisconsultos preparó un proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, para presentarlo a la VI Conferencia Internacional Americana, en el cual 53 Artículos se relacionan con la condición de la mujer.

En el año de 1928 se celebró en la Habana la VI Conferencia Internacional Americana, y a pesar de las Recomendaciones formuladas en la inmediatamente anterior, ninguna mujer

figuró en las Delegaciones de las 21 Repúblicas. Sin embargo el National Womans Party de los Estados Unidos de América envió un grupo de mujeres con el objeto de proponer la adaptación de un tratado en el que se estableciese el principio de igualdad entre hombres y mujeres. Por primera vez en la historia la mujer propone, en representación del mundo femenino, medidas que eliminen discriminaciones por razón de sexo en los 21 Estados que conformaban la Unión Panamericana.

Después de una lucha intensa, se logró que una mujer hiciera conocer las inquietudes, aspiraciones y anhelos del mundo femenino en una Asamblea de tipo internacional, en medio de una gran expectativa. Como resultado de ésta intervención el 18 de febrero de 1928, la prenombrada VI Reunión Interamericana aprobó por unanimidad una Resolución por medio de la cual se creaba la Comisión Interamericana de Mujeres, Organismo que ha venido trabajando incesantemente para promover Asambleas, Seminarios, Cursos de Capacitación y otras actividades a fin de que se reconozcan plenamente los derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales de la mujer de América y ha realizado asimismo grandes esfuerzos para elevar el papel que desempeña la mujer en la familia y en la sociedad.

En el año de 1970 se reunió en Bogotá la XV Asamblea Ordinaria de la Comisión Interamericana de Mujeres - C.I.M. - Punto importante de sus deliberaciones fue el relacionado con la "Aplicación de la Declaración sobre La eliminación de la discriminación de la mujer", aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 7 de noviembre de 1967. Como fruto de aquellas deliberaciones se adoptaron varias resoluciones, mereciendo destacarse la siguiente:

"La Decimaquinta Asamblea de la Comisión Interamericana de Mujeres.

C O N S I D E R A N D O: Que para llevar a la práctica los principios y objetivos contenidos en la Declaración sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1967 y facilitar la identificación de aquellas normas de Derecho de Familia que implican una discriminación contra la mujer, sería de utilidad disponer de un documento comparativo de la Legislación vigente en los Estados Americanos en esta materia. RESUELVE: 1o. Encomendar al Comité Directivo de la Comisión Interamericana de Mujeres que, en colaboración de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, elabore los términos de la referencia para la preparación de un documento comparativo de la Legislación vigente en los Estados Americanos en materia de Derecho de Familia, especialmente de aquellas normas que impliquen una discriminación contra la mujer. 2o. Encomendar al Comité Directivo que, por intermedio de las Delegadas, obtenga de sus respectivos Gobiernos la información requerida. 3o. Solicitar del Secretario General de la O.E.A. que, una vez elaborados dichos términos de referencia, encomiende al Departamento de Asuntos

Jurídicos de la Secretaría General la preparación del referido documento, sobre la base de la información y documentación que al efecto envíen los respectivos Gobiernos".

En virtud de la inquietud promovida por la Resolución arriba transcrita en el seno de la Asamblea de la C.I.M., a la cual asistí como Delagada de Colombia, inicié una investigación tendiente a extraer de nuestro Código todas aquellas disposiciones que por algún motivo dan trato desigual al hombre y a la mujer.

Este es el trabajo formulado que constituye un aporte personal, y a nombre del Comité Colombiano de Cooperación de la C.I.M., para que al conocerse las normas que discriminan a la mujer, se adopten las medidas necesarias a efecto de que sean eliminadas.

De la anterior manera queda cumplida por parte del Comité Colombiano de Cooperación la recomendación que hiciera la Asamblea de la C.I.M. Espero que este trabajo ha de servir de punto de referencia para que los demás países de nuestro Continente logren unificar sus legislaciones sobre la base de un igual reconocimiento de los Derechos de la Mujer.

CAPITULO II

SITUACION JURIDICA DE LA MUJER

La situación jurídica de la mujer no se compagina con las responsabilidades y obligaciones que ella tiene, no sólo frente a su familia sino ante la sociedad en general.

Revisando nuestra actual legislación civil nos encontramos con disposiciones que no armonizan con la situación contemporánea, que tiende a exaltar a la mujer al mismo plano de igualdad con el varón. Varios proyectos de ley han sido presentados al Congreso Nacional proponiendo el reconocimiento a la mujer de su plena capacidad y los mismos derechos civiles de que disfruta el hombre, sin que hasta el presente ninguno haya sido aprobado.

Necesitamos adoptar un criterio nuevo que propugne por la derogatoria en nuestra legislación de todos aquellos rasgos del tradicional orden jurídico que se inspiró en el dominio del hombre sobre la mujer y se establezca un sistema igualitario, que sin lugar a dudas ha de traducirse en benéficos resultados para la familia y para la sociedad en general.

Se ha venido propagando la idea de que la mujer es quien por sí misma se ha encargado de discriminarse, pero la realidad es muy distinta. El fundamento de la discriminación de la

mujer se halla consignado en nuestras leyes y en la costumbre que en forma sistemática consagra principios de la más elemental desigualdad entre el hombre y la mujer.

Solo mediante una justa política de reconocimiento de los valores humanos que posee la mujer y de cambio de mentalidad para darle iguales oportunidades de educarse, trabajar y participar en la toma de decisiones, se logrará su justa ubicación.

En contra de lo anterior expresado hay opiniones en el sentido de que no existe discriminación de la mujer; que en la vida civil hay igualdad y que en la jerarquía colombiana están colocadas mujeres en elevadas posiciones v/gr. Ministras, Embajadoras, Senadoras, Representantes, etc. pero este no es el caso. El número de mujeres que ha llegado a posiciones destacadas en nuestro país es muy reducido, en ningún momento significa una representación efectiva en la vida nacional.

Nuestra postura no se orienta a luchar porque una minoría con grandes méritos y capacidades continúe ocupando aquellas posiciones, sino porque el gran conglomerado femenino, sobre todo aquel que la vida le ha deparado poco o ninguna oportunidad de ser discriminado por su sexo. Deje de ser discriminada y menospreciada su personalidad para que se convierta en un elemento realmente integrado a la sociedad.

Tampoco se dirige nuestro trabajo hacia un feminismo desvirtuado o mal orientado, esto es a alcanzar las libertades y costumbres que ha gozado tradicionalmente el hombre. Nó, no tenemos ambiciones en este sentido. Nos proponemos elevar y dignificar cada vez más las calidades humanas que posee la mujer. Aspiramos a que su personalidad sea más sólida y firme para que como colaboradora del hombre les sean reconocidas sus aptitudes y capacidades, igual que las de aquel, cuando se halle en igualdad de circunstancias.

En el ámbito de la familia se encaminan nuestros estudios hacia la capacitación integral de la mujer como medio esencial de responsabilizar en forma equitativa a los esposos frente a las obligaciones para con sus hijos, a destacar la importancia de lo que representa el binomio, padre, madre, frente al hogar y al fortalecimiento de la familia mediante el justo y equitativo reconocimiento de los derechos que a cada uno de sus miembros le corresponde.

Ante la actual situación de debilitamiento en que se encuentra la familia consideramos necesario dirigir actividades hacia la búsqueda de los factores que están influyendo en este fenómeno y la forma cómo, con una real y efectiva participación de la mujer, se podría contribuir a solucionarlo.

Hay quienes sostienen que la descomposición de la familia se debe en parte a la superación de la mujer que la aparta de los oficios domésticos y la compromete a desempeñarse en trabajos diferentes a los del hogar. Debemos expresar que no compartimos tales puntos de vista. Estudios sociológicos y datos estadísticos nos indican que el más alto porcentaje de estabilidad familiar se registra en aquellos hogares a donde

la madre es mayormente preparada y contribuye al lado de los demás miembros de la familia al mejoramiento del ingreso familiar. En cambio en aquellos hogares a donde hay adictos a las drogas, alcoholismo, homosexualismo, prostitución, delincuencia juvenil, etc., se registra como rasgos característicos la desocupación, el desempleo, las desaveniencias conyugales y las desaveniencias entre padres e hijos, falta de afecto e incompreensión en las relaciones familiares, todo gravado con problemas económicos acentuados; pero en ningún caso se encontró como causa de conflictos en la familia el trabajo de la madre, ni aún cuando lo realiza fuera del hogar.

Por otra parte, las necesidades actuales imponen a la mujer la obligación de colaborar con el hombre, no solo para afrontar los crecientes gastos que ocasiona el mantenimiento de una familia sino como una contribución, en la medida de sus capacidades, a la solución de la problemática nacional.

Lo anterior, indudablemente desvirtúa el concepto de que la mujer debe desempeñar exclusivamente labores de ama de casa, ya que sin desentender aquellas, la vida moderna le ha impuesto casi totalmente la necesidad de que se convierta en un elemento activo y participe en forma real y efectiva en el proceso de cambio y desarrollo en que se encuentra la familia y la Nación.

En cuanto a la situación jurídica de la mujer, es necesario que se deroguen todas aquellas normas que restringen su capacidad. Desde la aprobación de nuestro Código Civil sólo dos leyes se han dictado con el ánimo de modificar el criterio imperante de considerar a la mujer como un incapaz; la Ley 28 de 1932, en virtud de la cual élla adquirió el derecho de administrar y disponer libremente de sus bienes, derecho que tradicionalmente le había correspondido al marido, y la Ley 75 de 1968, por la cual la mujer menor casada habilita su edad igual que el varón.

Si bien es cierto que la citada Ley 28 reformó sustancialmente los fundamentos del sistema patrimonial del matrimonio y reconoció en parte la capacidad civil a la mujer casada, no puede afirmarse que se haya modificado el tradicional sistema de considerarla como un ser subordinado por todos aquellos derechos que sobre su persona, desde tiempos remotos se le han reconocido al varón.

Ojalá que se logre sanear de raíz este anacrónico sistema y se proceda a derogar todas aquellas disposiciones que por algún motivo discriminan a la mujer. Tal es el objeto de este estudio en el cual hacemos como planteamiento de fondo, la necesidad de cambiar la noción de subordinación y obediencia que debe la mujer al varón y que es la que prima en nuestra legislación por ideas de mutuo acuerdo, cariño, comprensión, aceptación, unidad de decisión, etc; y la de patria potestad en la que se le reconocen todos los derechos al padre sobre sus hijos con un total desconocimiento de la madre, como si élla dentro del ámbito de la familia no existiera, para que se establezca un sistema dual de derechos del padre y de la madre, que represente realmente la unión de la pareja humana frente a los delicadísimos intereses de sus familias.

En desarrollo de nuestro trabajo, y con el objeto de facilitar al máximo su consulta cuando se trate de realizar estudios comparativos para la reforma de otros códigos, hemos adoptado el siguiente método:

- a) Transcripción de las disposiciones que establecen un tratamiento diferente de la mujer frente al hombre, para lo cual hemos seguido el ordenamiento establecido en el Código Civil Colombiano.
- b) Comentarios sobre cada una de las situaciones o aspectos transcritos. En aquéllas oportunidades en que se trate de un mismo tema en diferentes artículos, se hace el comentario global para evitar la innecesaria repetición sobre aspectos discriminatorios que saltan a la visra con la sola lectura de cada disposición.
- c) Sugestiones de tipo personal en orden a lograr la total eliminación de la discriminación legal de la mujer.
- d) Como a un aporte y a título de información y divulgación, insertamos la Declaración de Lima en favor de los derechos de la mujer aprobada en la Tercera Conferencia de la CIM que se celebró en el año de 1938 conjuntamente con la Octava Conferencia Internacional Americana el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" del 16 de Diciembre de 1966, aprobado por la Ley 74 de 1968; y la "Declaración de las Naciones Unidas sobre eliminación de la discriminación contra la mujer", aprobada mediante Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1967.
- e) Al final, como un apéndice, transcribimos el texto de las leyes que sobre la materia se han dictado con un carácter social y que son las siguientes:

Ley 28 de 1932 (Capacidad civil de la mujer y régimen patrimonial del matrimonio).

Ley 45 de 1936 (Filiación Natural).

Ley 75 de 1968 (Investigación de la paternidad).

DISPOSICIONES QUE DISCRIMINAN A LA MUJER

"Si una de las consecuencias fecundas de la Revolución Cristiana fue la igualdad de los hombres ante Dios, del hombre y de la mujer, y de la Revolución Francesa la igualdad de ellos ante la ley, estos principios imponen hoy día la plena igualdad de los sexos en todas las esferas de la actividad política y civil"

REPRESENTACION LEGAL

Artículo 62 del Código Civil Colombiano: "Son representantes legales de una persona, el padre o marido bajo cuya potestad vive, su tutor o curador, y lo son de las personas jurídicas los designados en el Artículo 639".

Antes de entrar en vigencia la Ley 28 de 1932, el marido era el representante legal de la mujer porque se la consideraba como un incapaz, pero habiendo cesado tal situación no hay razón para que aún viva la mujer bajo potestad, tal como lo dice el Artículo que comentamos, ni que se le prive del derecho de ser representante legal de una persona.

Estas normas discriminatorias tienen su origen en la filosofía del Código Civil que establece sistemáticamente la limitación de la capacidad civil de la mujer, limitación que se extiende hasta el punto de no poder siquiera representar legalmente a sus propios hijos.

Considerando que así, como ya existe la administración dual de los bienes matrimoniales, también debe establecerse una representación del padre y de la madre para lo cual es necesario que se faculte a la mujer para ser representante legal de cualquier persona.

De este modo se borraría definitivamente tal forma de discriminación en contra de la mujer, que en la actualidad no tiene razón de ser.

PERMISO PARA CONTRAER MATRIMONIO

Artículo 116 C.C.C.: "El varón mayor de 21 años y la mujer mayor de 18 años pueden contraer matrimonio libremente".

artículo 117 C.C.C.: "Los menores de la edad expresada no pueden contraer matrimonio sin el permiso expreso, por escrito, de sus padres legítimos o naturales. Si alguno de ellos hubiese muerto, o se hallare inpedido para conceder este permiso bastará el consentimiento del otro, y estando discordes, prevalecerá en todo caso la voluntad del padre".

No hay razón para que prevalezca en este caso la voluntad del padre, pues de este modo se desvirtúa la autoridad que la misma ley le concede a la madre.

Estando discordes los padres no debe prevalecer la voluntad del padre, sino que debería someterse, en procedimiento breve y sumarisimo a la decisión de una autoridad judicial. Lo anterior, en virtud de que no se puede generalizar en el sentido de que el hombre, por el solo hecho de ser hombre, tiene de todas maneras mejor criterio para decidir un aspecto definitivo en la vida de una persona como es el matrimonio, tanto más que es la madre quien sigue de cerca la vida de sus hijos, especialmente cuando se trata de una hija.

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

Artículo 119 C.C.C.: "Se entenderá faltar asimismo el padre que ha sido privado de la patria potestad, y la madre que por su mala conducta ha sido inhabilitada para intervenir en la educación de sus hijos".

A pesar de que en esta disposición no existe discriminación en contra de la mujer, porque tanto al padre como a la madre se le sanciona por su mala conducta al eliminarse las disposiciones que disminuyen la capacidad de la mujer y si se llegare a establecer una patria potestad dual, este artículo deberá redactarse en el sentido de que tanto el padre como la madre perderán la patria potestad por mala conducta.

SEGUNDAS NUPCIAS

Artículo 169 C.C.C.: "El varón viudo que teniendo hijos de precedente matrimonio bajo su tutela o curaduría quisiere volver a casarse, deberá proceder al inventario solemne de los bienes que esté administrando y les pertenezcan como herederos de su mujer difunta o con cualquier otro título. Para la confección de este inventario se dará a dichos hijos un curador especial".

Artículo 599 C.C.C.: "Si la ascendiente legítima o madre natural o adoptiva, tutora o curadora, quisiere casarse, lo denunciará previamente al Juez o prefecto, para que nombre la persona que ha de sucederle en el cargo; y de no hacerlo así, ella y su marido quedarán solidariamente responsables de la administración, extendiéndose la responsabilidad del marido a los actos de la tutora o curadora anteriores al matrimonio".

Del contexto de los Artículos arriba transcritos se llega a la conclusión de que las exigencias y obligaciones para el varón viudo y la mujer viuda son diferentes.

En el espíritu del Artículo 599 va implícita la idea de que la mujer no tiene suficiente personalidad para precautelar los bienes de sus hijos imponiéndose las influencias y determinaciones del segundo marido.

Este supuesto se pone de presente cuando tal disposición determina que la viuda y su marido quedarán solidariamente responsables de la administración de los bienes de los hijos de aquella. Por el contrario esta responsabilidad conjunta no se establece para el varón viudo que contraiga segundas nupcias. Se ve con claridad que en el ánimo del legislador influyó la idea de que la mujer no tiene capacidad suficiente para desechar influencias que podrían perjudicar los intereses de sus hijos, lo cual sí es dado al varón.

Una segunda diferencia se encuentra en el hecho de que al viudo se le obliga a que proceda a hacer inventario de los bienes de sus hijos menores con la intervención de un curador, como requisito esencial para que pueda volver a casarse.

Por el contrario a la viuda no se le obliga a que lleve a cabo este inventario y la exigencia de dar a conocer al juez el hecho de su segundo matrimonio para que se nombre curador a sus hijos, no es requisito indispensable para poder volver a casarse puesto que sin cumplirlo puede contraer segundas nupcias. Como conclusión de lo anterior y con el objeto de que esta situación disímil y discriminatoria desaparezca, debería imponerse la obligación tanto al hombre como a la mujer que tratan de pasar a segundas nupcias de que se les exija la confección del inventario solemne de los bienes de los hijos habidos en el primer matrimonio.

DIVORCIO

Artículo 154 C.C.C.: "Son causas de divorcio: 1o. El adulterio de la mujer; 2o. El amancebamiento del marido; 3o. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges; 4o. El absoluto abandono de la mujer de los deberes de esposa y madre y el absoluto abandono del marido en el cumplimiento de los deberes de esposo y de padre; 5o. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ellos pelagra la vida de los cónyuges, o se hacen imposible la paz y el sosiego domésticos.

Artículo 176 C.C.C.: "Los cónyuges están obligados a guardarse fé, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida.

El marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido".

Las causales de divorcio una y dos señaladas en el Artículo 154 transcrito, no tienen relación con las orientaciones filosóficas contenidas en el Artículo 176 que determina en forma general la obligación de guardarse fé los cónyuges.

Para aclarar lo anterior damos a conocer los conceptos de adulterio y amancebamiento. El adulterio es la violación de la fé conyugal. El amancebamiento por el contrario implica la condición del hombre y la mujer que viven juntos sin estar casados, condición que supone cierta permanencia y estabilidad.

Como se nota, el simple hecho de una relación ilícita de una mujer casada con un hombre, así haya sido esporádica, casual y transitoria es causa suficiente para que se decrete el divorcio y la separación de bienes. Por el contrario, para que tales acciones prosperen tratándose del hombre es necesario que la relación ilícita sea estable, permanente, duradera, ya que aquella relación esporádica en el hombre no es causal de divorcio.

Si la Ley, Artículo 176, establece como norma general la obligación conyugal de guardarse fé, tal obligación debe recaer en los dos cónyuges y ninguno puede sustraerse a élla sin causarse agravio.

Entonces nos preguntamos por qué dentro del mismo Código Civil se señala un orden discriminatorio de la fidelidad? Es ésta obligación exclusiva de la mujer?

En reiteradas ocasiones, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la tendencia de radicar el honor conyugal sólo en el marido procede del desnivel en que siempre ha vivido el hombre y la mujer. Es hora ya de recoger todas las ideas caducas que establecen abiertamente una discriminación por razón de sexo, para que se dicte una legislación moderna, actualizada y acorde con las realidades y circunstancias, en la que se imponga igual responsabilidad a los esposos de guardarse fé, consideración y respeto mutuo.

Lo sensato a fin de acabar esta situación discriminatoria sería modificar el Artículo 154 estableciéndose como causal de divorcio, el adulterio del hombre y de la mujer.

En cuanto a la obediencia que la ley impone a la mujer con respecto al marido en la parte final del Artículo 176, bien merece una revisión. La obediencia implica subordinación, sumisión, existencia de una persona que manda y otra que obedece.

Si consideramos de acuerdo con Planiol y Ripert que el matrimonio es una voluntad creadora de afectos jurídicos, es ilógico aceptar que esa voluntad creadora esté disminuída con una subalternidad que en ningún momento tiene características de creadora.

Esta noción de la obediencia dentro del matrimonio debe hoy reevaluarse, así como se ha venido reevaluando el de la incapacidad de la mujer para que se institucionalice un sistema basado en el reconocimiento mutuo de los valores humanos de los esposos cuyos requisitos sean amarse, vivir juntos, procrear y ayudarse mutuamente.

POTESTAD MARITAL

Artículo 177 C.C.C.: "La potestad marital es el conjunto de derechos que la ley concede al marido sobre la persona y bienes de la mujer"

En virtud de las reformas introducidas por la ley 28 de 1932, la potestad marital ya no se extiende a los bienes de la mujer, pero aún subsisten los derechos que el marido tiene sobre su persona, derechos que se hallan contenidos en las disposiciones que a continuación se transcriben:

Artículo 176 C.C.C. Inciso 2o.: "El marido debe protección a la mujer y la mujer obediencia al marido."

Artículo 178 C.C.C.: "El marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y seguirle a donde quiere que traslade su residencia.

Cesa este derecho cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer."

Artículo 240 C.C.C.: "Cuando la notificación no se produce ipso jure, el instrumento público de legitimación debe notificarse a la persona que se trate de legitimar. Si esta vive bajo potestad marital, o es de aquellas que necesitan de tutor o curador para la administración de sus bienes, se hará la notificación a su marido o a su tutor, o curador general, o en defecto de éste a un curador especial."

Artículo 31 Decreto 1032 de 1939: "La mujer casada o viuda llevará en los actos de la vida civil su nombre y apellido y el apellido de su último marido precedido de la partícula de.

La mujer divorciada llevará únicamente su nombre y apellido de soltera."

Este régimen jurídico de la sociedad de personas que crea por el hecho del matrimonio es de orden público. Se necesitan reformas sustanciales, pero al introducirse tales reformas deberá consultarse invariablemente las necesidades y realidades actuales de la familia y la situación a que ha llegado la mujer como elemento activo que es en el proceso de cambio y desarrollo en que vive el mundo.

OBLIGACIONES ENTRE LOS ESPOSOS

Artículo 179 C.C.C.: "El marido debe suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades, y la mujer tendrá igual obligación respecto al marido, si este careciere de bienes."

Toda vez que venimos sosteniendo la tesis de que no debe existir tratamiento desigual por razón de sexo, consideramos que el suministro de lo necesario por parte del marido o de la mujer debe otorgársele cuando las circunstancias lo exijan sin discriminar en el sentido de que la ayuda sólo debe existir por parte de la mujer cuando el marido carece de bienes.

La disposición en consecuencia deberá referirse a la obligación que tienen los cónyuges de suministrarse mutuamente lo necesario, según sus facultades.

Esta tesis demuestra que nuestro interés no es solo y exclusivamente el de defender a la mujer, sino sostener la necesidad de que, de nuestra legislación debe desaparecer todo vestigio, idea o tendencia que se orienta a la discriminación por razón de sexo.

PATRIA POTESTAD.

Artículo 19 Ley 75 de 1968: “La patria potestad es el conjunto de derechos que la Ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Ejerce estos derechos respecto de hijos legítimos el padre, y, a falta de éste, por cualquier causa legal, la madre. Si quien ejerce la patria potestad pasare a otras nupcias, el Juez podrá con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera más conveniente, poner bajo guarda al hijo.

Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia.”

Artículo 250 C.C.C.: “Los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y su madre; pero estarán especialmente sometidos a su padre.”

Lo dispuesto en este Artículo discrimina a la madre en una forma realmente inconveniente. Si se considera que tanto el padre como la madre tienen obligaciones para con sus hijos, éstos deben tener los mismos derechos sobre aquellos y no hay razón para que se diga que están especialmente sometidos a uno de ellos. En consecuencia, esta disposición debe ser reformada en el sentido de que el sometimiento de los hijos sea a los padres y no exclusivamente al padre.

Artículo 261 C.C.C.: “Si el hijo menor de edad se encuentra en urgente necesidad, en que no puede ser asistido por el padre, se presumirá la autorización de éste para las suministros que se le hagan, por cualquier persona, en razón de alimentos, habida consideración a la forma y rango social del padre.

Pero si ese hijo fuere de mala conducta, o si hubiere motivo de creer que anda ausente sin consentimiento del padre, no valdrán contra el padre estas suministros, sino en cuanto fueren absolutamente necesarias para la física subsistencia del hijo.

El que haga las suministros deberá dar noticias de ellas al padre, lo más pronto que fuere posible.

Toda omisión voluntaria en este punto, hará cesar la responsabilidad del padre.

Lo dicho del padre en los incisos precedentes, se extiende a la madre, o a la persona a quien, por muerte o inhabilidad de los padres, toque la sustentación del hijo..”

Esta disposición no concuerda en nada con la actual situación de la familia. En todo su texto hay la tendencia a excluir o poner en forma subsidiaria a la madre, cuando en realidad la ubicación de la mujer en la familia debe ser muy diferente. Para que esta odiosa discriminación?

Por lo regular, la madre contribuye o atiende efectivamente a diferentes necesidades del hogar, de manera que tal hecho debe ser reconocido, pues continuar aparentando lo contrario es una farsa.

En todas estas disposiciones en que van involucradas obligaciones familiares, se debe establecer el concepto de unidad de los padres, ya que ésta es la imagen que se debe dar a la familia. El binomio padre-madre, debe ser inseparable y debe colocarse en igual escala de valores.

Es necesario borrar definitivamente de nuestra legislación el erróneo criterio de que es exclusivamente el padre quien representa los intereses de la familia y traer una concepción nueva a nuestras leyes en la que prime la igualdad de los valores del padre y de la madre y el justo reconocimiento de sus derechos.

SANCIONES A LOS HIJOS

Artículo 262 C.C.C.: “El padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos, y cuando esto no alcanzare, podrá imponerles la pena de detención, hasta por un mes, en un establecimiento correccional.

Bastará al efecto la demanda del padre, y el Juez en virtud de ella, expedirá la orden de arresto.

Pero si el hijo hubiere cumplido 16 años, no ordenará el Juez el arresto, sino después de calificar los motivos, y podrá extenderlos hasta por seis meses a lo más. El padre podrá a su arbitrio hacer cesar el arresto.

Artículo 263 C.C.C.: “Los derechos concedidos al padre en el artículo precedente se extienden en ausencia, inhabilidad o muerte del padre, a la madre o a cualquier otra persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo; pero nunca se ejercerán contra el hijo mayor de veintiún años o habilitado de edad”

Cómo es posible que en materia tan delicada como es la corrección de los hijos, la ley considere que ésta es facultad exclusiva del padre?

En primer lugar sería conveniente eliminar la noción de castigo ya que las relaciones familiares no deben regirse por el temor sino por el entendimiento, el cumplimiento del deber y el reconocimiento de los valores.

Además tanto el padre como la madre deben estar legal e igualmente capacitados para corregir y orientar a sus hijos, por lo cual debe establecerse como norma general que esta facultad sea otorgada a los padres y no discriminadamente a uno de ellos.

ELECCION DEL ESTADO O PROFESION DEL HIJO

Artículo 264 C.C.C.: “El padre, y en su defecto la madre tendrán derecho a elegir el estado o profesión futura de su hijo, y de dirigir su educación del modo que crean más conveniente para él.

Consideramos que esta disposición tampoco concuerda con la evolución de la familia. No es al padre a quien se le debe dar el derecho de elegir el estado o profesión del hijo, sino que debe existir un acuerdo mutuo entre los padres y el hijo para que tal escogencia redunde efectivamente en beneficio de aquel.

Es conveniente destacar el hecho de que la juventud actual es pensante y sabe decidir por si misma. De manera que es necesario que en la familia se forme un pilastre fuerte y unido entre los padres y los hijos, para que estos se sientan realmente respaldados por la unidad familiar y descartar la idea de que los padres son dos personas separadas, una fuerte y otra débil e insignificante porque ésto debilita tremendamente la unidad familiar.

NECESIDAD DE MODIFICAR NUESTRA LEGISLACION

En nuestra ley existe el criterio de minimizar a la mujer al lado de la supremacía del varón. Tal hecho se explica si se tiene en cuenta que cuando se escribieron nuestras leyes

sólo quedó plasmado el pensamiento y el sentir del hombre y no se tuvo en cuenta para nada la opinión de la mujer.

Hoy no puede seguir primando este criterio porque la mujer ya está conciente de sus valores y de la importante misión que le corresponde desempeñar en la sociedad. Por esto al encontrarnos con todas estas normas que pugnan con los más elementales principios de igualdad, nos sentimos comprometidas en esta tarea de transformación que impregne nuestras leyes de un espíritu nuevo que realmente concuerde con la situación actual y dé una estructuración que respoda en forma efectiva a las necesidades de la vida moderna.

Es indudable que existe cierto recelo de entrar a modificar el andamiaje poderoso de nuestra legislación civil, pero también es indudable que mientras que la mujer no se proponga a luchar por el cambio fundamental, dando a conocer su criterio y exponiendo los problemas que afronta ante los actuales sistemas y estructuras, nuestros legisladores y gobernantes no se van a preocupar por cambiar las leyes, sencillamente porque consideran que éstas se hallan ajustadas a las necesidades actuales, cuando la realidad y circunstancias son completamente diferentes.

De los estudios e investigaciones realizados se concluye que las leyes relacionadas con la familia permanecen estáticas frente al gran cambio y dinamismo que se opera hoy en la sociedad; el status de la familia que existió cuando se redactó y aprobó el Código Civil, es muy diferente y nada tiene que ver con el status de nuestra familia actual y en consecuencia las leyes que las rigen deben ser actualizadas.

USUFRUCTO DE LOS BIENES DEL HIJO.

Artículo 291 C.C.C.: “El padre goza del usufructo de todos los bienes del hijo de familia, exceptuando los siguientes: 1. Los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, de toda profesión liberal, de toda industria, de todo oficio mecánico. 2. Los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador ha dispuesto expresamente que tenga el usufructo de estos bienes el hijo, y no el padre; 3. Las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad del padre, o por haber sido éste desheredado. Los bienes comprendidos bajo el número primero forman el peculio profesional o industrial del hijo; aquellos en que el hijo tiene la propiedad y el padre el derecho de usufructo, forman el peculio adventicio ordinario; los comprendidos bajo los números 2 y 3, el peculio adventicio extraordinario.

Se llama usufructo legal del padre de familia el que le concede la ley”.

Artículo 292 C.C.C.: “El padre no goza del usufructo legal sino hasta la emancipación del hijo”.

Artículo 293 C.C.C.: “El padre de familia no es obligado, en razón de su usufructo legal, a la fianza o caución que generalmente deben dar los usufructuarios para la conservación y restitución de cosa fructuaria.”

Como puede verse, en las disposiciones transcritas, tratándose de usufructo de los bienes del hijo de familia la ley expresamente le dá el goce de éste al padre y para nada se menciona a la madre como si élla no existiera. Tal posición no es justa si se tiene en cuenta que la madre es el elemento básico de la familia. Además, en muchas oportunidades, por diversas circunstancias a la madre le corresponde afrontar los gastos de educación y manutención de sus hijos.

Por lo anterior tales normas deberían reformarse para que se dé el goce del usufructo de los bienes del hijo de familia conjuntamente al padre y a la madre.

ADMINISTRACION DE LOS BIENES DEL HIJO

Artículo 295 C.C.C.: “El padre administra los bienes del hijo en que la ley le concede el usufructo. No tiene esta administración en las cosas donadas, heredadas o legadas bajo la condición de que no las administre el padre. Ni en las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre, o por haber sido éste desheredado.”

Artículo 296 C.C.C.: “La condición de no administrar el padre, impuesta por el donante o testador, no se entiende que le prive del usufructo, ni la que le priva del usufructo se entiende que le quita la administración a menos de expresarse la una y la otra por el donante o testador.”

Artículo 297 C.C.C.: “El padre de familia, que, como tal administre bienes del hijo, no es obligado a hacer inventario solemne de ellos, mientras no pasare a otras nupcias, pero si no hace inventario solemne deberá llevar una descripción circunstanciada de dichos bienes desde que empiece a administrarlos.”

Artículo 298 C.C.C.: “El padre de familia es responsable, en la administración de los bienes del hijo, hasta de la culpa leve.

La responsabilidad del padre para con el hijo se extiende a la propiedad y a los frutos, en aquellos bienes del hijo en que tiene la administración, pero no el usufructo; y se limita a la propiedad en los bienes de que es administrador y usufructuario.”

Artículo 299 C.C.C.: “Habrà derecho para quitar al padre de familia la administración de los bienes del hijo, cuando se haya hecho culpable de dolo o de grave negligencia habitual.

Perderá el padre la administración de los bienes del hijo siempre que suspenda la patria potestad por decreto judicial”.

Artículo 300 C.C.C.: “No teniendo el padre la administración de todo o parte del peculio adventicio ordinario, se dará al hijo un curador para ésta administración.”

PERO QUITADA AL PADRE la administración de aquellos bienes del hijo en que la ley le dá el usufructo no dejará por ésto de tener derecho a los frutos líquidos, deducidos por gastos de administración.”

Tratándose de la administración de los bienes del hijo, por qué se le excluye totalmente a la madre? Esta posición era aceptada cuando se consideraba que la mujer era incapaz de administrar sus propios bienes, pero habiéndose modificado tal criterio, en virtud de las reformas introducidas por la ley 28 de 1932, no hay razón alguna para que se le prive del derecho de administrar conjuntamente con el padre los bienes de los hijos.

ACTOS Y CONTRATOS DEL HIJO DE FAMILIA

Artículo 301 C.C.C.: “Los actos y contratos del hijo de familia no autorizados por el padre, o por el curador adjunto, en el caso del artículo precedente, le obligarán exclusivamente a su peculio profesional o industrial.

Pero no podrá tomar dinero a interés, ni comprar al fiado (excepto el giro ordinario de dicho peculio) sin autorización escrita del padre. Y si lo hiciere no será obligado por estos contratos, sino hasta concurrencia del beneficio que hayan reportado ellos.”

Artículo 302 C.C.C.: “Los actos y contratos que el hijo de familia celebre fuera de su peculio profesional o industrial, y que el padre autorice o ratifique por escrito, obligan directamente al padre y subsidiariamente al hijo, hasta concurrencia del beneficio que éste hubiere reportado de dichos actos o contratos.”

Artículo 304 C.C.C.: “No podrá el padre hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores.”

Todo acto y contrato que tiene relación con los intereses del hijo de familia deberían estar autorizados conjuntamente por el padre y por la madre. De esta manera se extiende la patria potestad dual a los bienes del hijo lo cual complementaría la tesis que hemos venido proponiendo al introducir estas reformas respecto a los derechos que debe tener la madre en relación con los bienes de los hijos.

ACCIONES JUDICIALES DEL HIJO DE FAMILIA

Artículo 305 C.C.C.: “Siempre que el hijo de familia tenga que litigar como actor contra su padre, le será necesario obtener la venia de un Juez, y éste, al otorgársela, le dará un curador para la litis.”

Esta disposición se presta a confusión ya que exige la venia de un Juez cuando el hijo de familia tiene que litigar contra el padre, pero no se sabe si tal exigencia existe cuando aquel tenga que litigar contra la madre.

Se podría interpretar que el hijo de familia puede litigar contra la madre sin la venia del Juez.

Se trata de una discriminación más, que no tiene razón de ser por lo cual es necesario modificar esta disposición para que se establezca como norma general que siempre que el hijo de familia tenga que litigar como actor contra sus padres, deberá obtener la venia del Juez.

Artículo 306 C.C.C.: “El hijo de familia no puede parecer en juicio, como actor contra un tercero, sino autorizado o representado por el padre.

Si el padre de familia niega su consentimiento al hijo para la acción civil que el hijo quiere intentar contra un tercero o si está habilitado para prestarlo, podrá el Juez suplirlo, y al hacerlo así dará al hijo un curador para la litis.”

Artículo 307 C.C.C.: “En las acciones contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse al padre, para que autorice o represente al hijo en la litis.

Si el padre no pudiere o no quisiere prestar su autorización o representación podrá el Juez suplirla, y dará al hijo un curador para la litis.

En virtud de estas disposiciones la madre no puede representar en ningún caso, a su propio hijo, ya que tal facultad legal se le otorga exclusivamente al padre.

Cómo es posible que en esta época en que la mujer ha escalado hasta adquirir una preparación que la capacita para desempeñarse bien en cualquier circunstancia, se le siga marginando de esta manera. En realidad todas estas disposiciones estaban bien para aquella época en que la mujer no se había interesado por integrarse en forma real y efectiva a la sociedad, pero hoy en todos los campos se cuenta con valioso elemento femenino, por lo cual es necesario reevaluar los conceptos y darle oportunidad para que en su calidad de madre, igual que el padre represente a sus hijos cuando ello sea necesario.

En el caso de observar que, por ejemplo siendo la madre abogada, no puede representar judicialmente a sus hijos mientras el padre no la autorice.

Artículo 308 C.C.C.: “No será necesaria la intervención paterna para proceder criminalmente contra el hijo, pero el padre será obligado a suministrarle los auxilios que necesite para su defensa.”

Artículo 309 C.C.C.: “El hijo de familia no necesita de autorización paterna para disponer de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte.”

Artículo 310 C.C.C.: “La patria potestad se suspende por la prolongada demencia del padre, por estar el padre en entredicho de administrar sus propios bienes, y por larga ausencia del padre, de la cual se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre ausente no provee.”

EMANCIPACION

Artículo 313 C.C.C.: “La emancipación voluntaria se efectúa por instrumento público, en que el padre declara emancipar al hijo adulto, y el hijo consciente en ello.

No valdrá la emancipación si no es autorizada por el Juez con conocimiento de causa.”

Este acto de la emancipación tiene un alto sentido de acuerdo de voluntades entre el hijo emancipado y el padre que autoriza la emancipación. Se trata de liberar a un menor para que pueda ejercer ciertos derechos de trascendental importancia para su vida.

La participación de la madre en este acto es de gran importancia, más si se tiene en cuenta que es ella quien sigue al hijo desde la cuna por todo el derrotero de su vida, quien busca

y vislumbra para él las mejores oportunidades y quien en consecuencia, junto con el padre debe ayudar al logro de sus realizaciones y aspiraciones.

Lo más justo es que estas disposiciones que marginan a la madre sean modificadas para que en actos de tanta importancia, como éste, por ejemplo, de la emancipación, sea consultada conjuntamente para que participe y decida también la madre.

Artículo 314 C.C.C.: “La emancipación legal se efectúa: 1. Por la muerte natural del padre; 2. Por el matrimonio del hijo; 3. Por haber cumplido el hijo la edad de veintiún años; 4. Por Decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido.”

Artículo 315 C.C.C.: “La emancipación judicial se efectúa por decreto del Juez: 1. Cuando el padre maltrata habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle daño; 2. Cuando el padre ha abandonado al hijo; 3. Cuando la depravación del padre le hace incapaz de ejercer la patria potestad; 4. Cuando por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, se ha declarado al padre culpable de un hecho a que se le aplique la pena de cuatro años de reclusión, u otra de igual o mayor gravedad.

En los cuatro casos anteriores podrá el Juez proceder a petición de cualquiera consanguíneo del hijo y aún de oficio.

La emancipación tendrá efecto sin embargo de cualquier indulto que recaiga sobre la pena, a menos que en el indulto se comprenda expresamente la conservación de la patria potestad.”

Estas normas referentes a la emancipación tienen relación exclusiva con el padre; al leerlas dan la sensación de que la madre no existe en la familia.

La emancipación legal, por ejemplo, dice el Código, se efectúa por la muerte natural del padre. Tal procedimiento es inconveniente por cuanto no se tiene para nada en cuenta a la madre lo cual puede acarrear graves perjuicios para el hijo y para la familia en general.

Es necesario que al hacer la revisión de todas estas disposiciones se tenga en cuenta la capacidad plena de la mujer para que se cambie el criterio de que al frente de la familia solo existe el padre y se establezca el concepto dual del padre y de la madre.

Es natural que si dentro de la familia se ignora a uno de sus miembros se tiene una imagen desvirtuada de la realidad; se producen problemas por el desconocimiento de valores todo lo cual se traduce en serios desajustes de las relaciones familiares.

Artículo 316 C.C.C.: “Cuando se hace al hijo una donación o se le deja una herencia o legado bajo condición de obtener la emancipación, no tendrá el

padre el usufructo de estos bienes y se entenderá cumplir así la condición. Tampoco tendrá la administración de estos bienes si así lo exigen expresamente el donante o testador.”

En los comentarios que hemos venido haciendo, referentes al usufructo y administración de los bienes del hijo, dejamos hecho el planteamiento de que tales derechos deben ser conferidos conjuntamente al padre y a la madre.

De manera que esta disposición debería también reformarse cambiándose el concepto de un solo padre por el de padres.

HABILITACION DE EDAD

Artículo 341 C.C.C.: “No pueden obtener habilitación de edad por el magistrado las mujeres que viven bajo potestad marital, aunque estén separadas de bienes; ni los hijos de familia, ni los menores de diez y ocho años aunque hayan sido emancipados.”

Debe eliminarse de todas estas disposiciones la parte relativa a, “Las mujeres que viven bajo potestad marital”, puesto que la Ley 75 de 1968 modificó sustancialmente este criterio al establecer que por el hecho del matrimonio la mujer menor queda habilitada de edad igual que el varón.

Esta es una de las pocas reformas importantes que se han introducido en nuestra legislación civil y merece ser destacada para que se tome como punto de partida hacia la total eliminación de todas aquellas disposiciones que colocan a la mujer en situación de incapacidad legal.

TUTELAS Y CURATELAS.

Artículo 428 C.C.C.: “Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de su padre o marido, que pueda darles la protección debida.

Las personas que ejerzan estos cargos se llaman tutores o curadores y generalmente guardadores.”

Artículo 434 C.C.C.: “Se llaman curadores adjuntos los que se dan en ciertos casos a las personas que están bajo potestad de padre o marido, o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada”.

Este concepto de que la mujer no puede dirigirse a sí misma o administrar competentemente sus negocios está totalmente revaluado. Todas estas disposiciones del Código que implican un desconocimiento de la plena capacidad civil de la mujer deben ser derogadas y concretamente en aquellas en que se emplea el vocablo, "personas que están bajo potestad del marido", o algo semejante, se debe suprimir tal vocablo puesto que pugna con el reconocimiento de la capacidad civil de la mujer.

Artículo 438 C.C.C.: "No se puede dar tutor o curador general al que está bajo la patria potestad, salvo que ésta se suspenda por decreto judicial, en alguno de los casos enumerados en el artículo 310.

Se dará curador adjunto al hijo cuando el padre es privado de la administración de los bienes del hijo o de una parte de ellos, según el Artículo 299."

Lo lógico sería que, cuando el padre sea privado de la administración, le corresponda a la madre. Es necesario adoptar definitivamente un criterio nuevo respecto a la importancia que se debe dar a la mujer frente a la familia, estimar sus valores y considerar que élla igual que el hombre puede hacer frente a las obligaciones y responsabilizarse ante sus hijos, pero para que esto opere es necesario establecer la patria potestad dual.

Artículo 444 C.C.C.: "El padre legítimo puede nombrar tutor, por testamento, no solo a los nacidos, sino al que se halla todavía en el vientre materno, para en caso de que nazca vivo."

Esta facultad de nombrar tutor se le debe otorgar conjuntamente al padre y a la madre y a falta de uno podrá ejercerla el otro.

TUTORES Y CURADORES TESTAMENTARIOS.

Artículo 445 C.C.C.: "Puede asimismo nombrar curador por testamento, a los menores adultos que no han obtenido habilitación para administrar sus bienes; y a los adultos de cualquier edad que se hallen en estado de demencia, o son sordomudos que no entienden ni se dan a entender por escrito."

En todos estos casos en que por cualquier motivo el menor adulto necesita un curador se debe consultar invariablemente con la madre. De ahí la importancia de que se otorgue la patria potestad también a la madre, ya que de este modo se dá realmente la protección que se busca no solo con respecto a los bienes sino también en lo que se refiere a la persona, del menor.

Artículo 573 C.C.C.: "Los bienes que han de corresponder al hijo póstumo si nace vivo; o en el tiempo debido estarán a cargo del curador que haya sido

designado a este efecto por el testamento del padre, o de un curador nombrado por el Juez o prefecto, a petición de la madre, o a petición de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes, sino sucede en ellos el póstumo. Podrán nombrarse dos o más curadores, si así conviene.

La madre no puede designar al curador de su hijo mientras que el padre sí está facultado para ello. Tal discriminación es inaceptable puesto que se le dá preferencia a una persona extraña como sería en este caso el Juez o el prefecto para que en esta determinación no participe quien por derecho propio debería hacerlo, que es la madre.

Es necesario reformar esta disposición en el sentido de que se faculte para designar al curador en todo caso, indistintamente al padre y a la madre.

Artículo 574 C.C.C.: "La persona designada por el testamento del padre para la tutela del hijo, se presumirá designada asimismo para la curaduría de los derechos eventuales de este hijo, si mientras él está en el vientre materno fallece el padre".

Este derecho de designar al curador del hijo que mientras está en el vientre materno fallece el padre, debe ser otorgado a la madre ya que élla tiene suficiente capacidad para discernir acerca de la persona que realmente defienda los intereses de su propio hijo.

De manera que esta disposición debe ser reformada sustancialmente, pues está basada en el criterio errado de considerar que la mujer no tiene las facultades necesarias para precautelar los intereses del hijo, cosa que es completamente equivocada.

Artículo 447 C.C.C.: "Carecerá de los derechos que se le confieren por los artículos precedentes, al padre que ha sido privado de la patria potestad por decreto judicial según el artículo 315, o que por mala administración haya sido removido judicialmente de la guardia del hijo."

Artículo 448 C.C.C.: "A falta del padre podrá ejercer los mismos derechos la madre, con tal que no haya estado divorciada por adulterio, o que por su mala conducta no haya sido privada del cuidado personal del hijo, o que no haya pasado a otras nupcias."

Basta con leer estas dos disposiciones para comprender la diferencia de criterio que hay en el tratamiento que le dá la ley al padre y a la madre, criterio de desigualdad que pugna con todo principio de justicia.

Deben ser modificados los textos de estas normas para otorgar los mismos derechos al padre y a la madre y establecer las mismas causales para la pérdida de tales derechos.

TUTELA Y CURATELA LEGITIMA.

Artículo 457 C.C.C.: "Los llamados a tutela o curatería legítima, son en general:

Primeramente el padre del pupilo.

En segundo lugar, la madre.

En tercer lugar, los demás ascendientes de uno y otro sexo.

En cuarto lugar, los hermanos varones del pupilo, y los hermanos varones de los ascendientes del pupilo.

Si no hubiere lugar a la tutela o curaduría del padre o madre, el juez o prefeto, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y a la falta de ascendientes entre los colaterales aquí designados, la persona que pareciere más apta, y que mejores seguridades presentare; y podrá también, si lo estimare conveniente, elegir más de una, y dividir entre ellas las funciones."

GUARDA LEGITIMA DEL HIJO NATURAL

Artículo 458 C.C.C.: "Es llamado a la guarda del hijo natural el padre o madre que primero le reconozca, o a quien primero se le asigne ese carácter, y si ambos le reconocen o son declarados a un tiempo padres naturales del menor, es llamada a la guarda de éste, preferentemente, el padre. Este llamamiento pondrá fin a la guarda en que se hallare el menor, salvo el caso de inhabilidad o legítima excusa del que, según el inciso anterior, es llamado a ejercerla."

Artículo 537 C.C.C.: "Se deferirá la curaduría: 1. al marido no divorciado, si la mujer no estuviere totalmente separada de bienes; 2. A los ascendientes legítimos o padres naturales; los padres naturales casados no podrán ejercer este cargo; 3. A los colaterales legítimos hasta en el cuarto grado, o a los hermanos naturales.

El juez o prefeto tendrá libertad para elegir en cada clase de las designadas en los números 2o. y 3o., la persona o personas que más a propósito le parecieren.

A falta de las personas antedichas, tendrá lugar la curaduría dativa."

La curaduría debe ser deferida a cualquiera de los cónyuges no divorciados. Por qué se le confiere únicamente al marido no divorciado y no también a la mujer?

En virtud de lo dispuesto por la ley 75 de 1968, Art.22, las mujeres pueden ser tutoras o curadoras en los mismos casos que los varones, de tal manera que esta disposición debe ser modificada sustancialmente.

CUIDADO DEL MENOR DEMENTE.

Artículo 546 C.C.C.: "Cuando el niño demente haya llegado a la pubertad, podrá el padre de familia seguir cuidando de su persona y bienes hasta la mayor edad, llegada la cual, deberá precisamente provocar el juicio de interdicción."

Este artículo merece ser revisado, puesto que es bien sabido que la madre es quien cuida y se desvela por el hijo desde que nace, y más tratándose de un hijo enfermo, tales desvelos se extienden a toda su vida. Además la realidad es muy diferente a la que se señala en esta disposición pues el padre, por razón de sus ocupaciones y clase de trabajo a que por lo regular se dedica no puede cuidar de la persona del niño demente. En cuanto se refiere al cuidado de los bienes del púber demente, esta atribución se debe conferir conjuntamente al padre y a la madre, con la obligación naturalmente de precautelar de la mejor manera los intereses de aquel.

INCAPACIDAD DE LA MUJER DIVORCIADA

Artículo 586 C.C.C.: "Son incapaces de ejercer la tutela o curaduría 1o. Los ciegos; 2o. Los mudos; 3o. Los dementes 4o., Los fallidos, mientras no hayan satisfecho a sus acreedores; 5o. Los que no están privados de administrar sus propios bienes por disipación; 6o. Los que carecen de domicilio en la nación; 7o. Los que no saben leer ni escribir, con excepción del padre o madre llamados a ejercer la guarda legítima o testamento de sus hijos legítimos o naturales; 8o. Los de mala conducta notoria; 9o. Los condenados judicialmente a una pena de las designadas en el artículo 315, número 4o. aunque se le haya indultado en élla. 10o. La mujer que ha sido divorciada por adulterio; 11o. El que ha sido privado de ejercer la patria potestad según el artículo 310; y 12o.

Los que por torcida o descuidada administración han sido removidos de una guarda anterior, o por el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo"

El numeral 10o. señala como incapaz de ejercer la tutela a la mujer divorciada por adulterio. Este aparte del Art. 586 debe modificarse en el sentido de que deben estar incapacitados los cónyuges divorciados por las causales 1 y 2, señaladas en el Art. 154 del C.C., con la aclaración de que estos dos incisos deberán convertirse en uno solo para que señalen como causas de divorcio el adulterio de uno de los cónyuges.

Artículo 602 C.C.C.: “Pueden excusarse de la tutela o curaduría: 1o. Los empleados nacionales, el Presidente de la Unión y los que ejercen funciones judiciales; 2o. Los administradores y recaudadores de rentas nacionales; 3o. Los que están obligados a servir por largo tiempo un empleo público, a considerable distancia del territorio en que se ha de ejercer la guarda; 4o. Los que tienen su domicilio a considerable distancia de dicho territorio; 5o. Las mujeres; 6o. Los que adolecen de alguna grave enfermedad habitual o han cumplido 65 años; 7o. Los pobres que están precisados a vivir por su trabajo personal diario; 8o. Los que ejercen ya dos guardas y los que estando casados o teniendo hijos, ejercen ya una guarda; pero no se tomarán en cuenta las curadurías especiales. Podrá el juez o prefecto contar como dos la tutela o curaduría que fuere demasiado complicada o gravosa; 9o. Los que tienen la patria potestad de cinco o más hijos vivos; contándose también los que han muerto en acción de guerra bajo las banderas de la Unión.”

No se entiende la causa por la cual se incluya en esta enumeración a la mujer. De todos modos considerándosele como el ser capaz que es, debe excluirse de allí.

Artículo 1293 C.C.C.: “Los que no tienen la libre administración de sus bienes no pueden repudiar una asignación a título universal, ni una asignación de bienes raíces o de bienes muebles que valgan más de mil pesos, sin autorización judicial, con conocimiento de causa. El marido no puede repudiar una asignación deferida a su mujer sino con el consentimiento de ésta, si fuere capaz de prestarlo, o con autorización en subsidio. Repudiando de otra manera, la repudiación será nula, y la mujer tendrá derecho para ser indemnizada de todo perjuicio por el marido, quedándole salvo el derecho que contra terceros hubiere.”

Todas estas disposiciones que desconocen la plena capacidad de la mujer deben ser derogadas.

Artículo 1504 C.C.C.: Son absolutamente incapaces los dementes, los imputéres y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, que no han obtenido la habilitación de edad; los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo; las mujeres casadas, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas cuatro clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por la ley.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

Hemos transcrito este artículo a título de ejemplo simplemente, pues allí está impreso el criterio que se tuvo al elaborar el código civil.

En virtud de la ley 28 de 1932, tal disposición, en lo referente a la incapacidad de la mujer quedó sin validéz.

RENUNCIA DE GANANCIALES

Artículo 1775 C.C.C.: “La mujer, no obstante la sociedad conyugal, podrá renunciar su derecho a los gananciales que resulten de la administración del marido, con tal que haga esta renuncia antes del matrimonio y después de la disolución de la sociedad.

Lo dicho se entiende sin perjuicio de los efectos legales de la separación de bienes y del divorcio”.

Este artículo es inoperante puesto que en virtud de la ley 28 de 1932, cada uno de los conyuges administra libremente los bienes que adquiere dentro del matrimonio a título oneroso. De manera que deben reformarse todas las disposiciones para que se establezca que la renuncia de gananciales pueda hacerla indistintamente cualquiera de los cónyuges.

Artículo 1837 C.C.C.: “Disuelta la sociedad, la mujer mayor o sus herederos mayores tendrán la facultad de renunciar los gananciales a que tuviere derecho.

No se permite esta renuncia a la mujer menor, ni a sus herederos, sino con aprobación judicial”.

En principio debe establecerse que los cónyuges tienen la facultad de renunciar a los gananciales, pues no hay razón para que este derecho se le conceda exclusivamente a la mujer.

En cuanto a la segunda parte del artículo tampoco tiene vigencia tal disposición ya que la mujer menor por el hecho del matrimonio se habilita de edad.

Artículo 1838 C.C.C.: “Podrá la mujer renunciar mientras no haya entrado en su poder ninguna parte del haber social a título de gananciales.

Hecha una vez la renuncia, no podrá rescindirse, a menos de probarse que la mujer o sus herederos han sido inducidos a renunciar por engaño o por un injustificado error acerca del verdadero estado de los negocios sociales.

Esta acción rescisoria prescribirá en cuatro años contados desde la disolución de la sociedad.”

Artículo 1839 C.C.C.: “Renunciando la mujer a sus herederos, los derechos de la sociedad y del marido se confunden e identifican, aún respecto de élla.”

Artículo 1840 C.C.C.: “La mujer que renuncia conserva sus derechos y obligaciones a las recompensas e indemnizaciones arriba expresadas.

Artículo 1841 C.C.C.: “Si solo una parte de los herederos de la mujer renuncia, las porciones de los que renuncian acrecen a la porción del marido”

Estas disposiciones del Código Civil que otorgan a la mujer exclusivamente el derecho de renunciar los gananciales, o sea repudiar la sociedad conyugal no armonizan con el actual régimen económico del matrimonio.

Tales normas estaban bien para la época en que se consideraba a la mujer como un incapaz y por tanto era el marido quien administraba y disponía libremente sus bienes, pero en virtud de las reformas intruducidas por la ley 28 de 1932, los derechos de administración y disposición le fueron reconocidos también a la mujer estableciéndose en consecuencia un sistema de administración dual de la cual lógicamente resultan bienes sociales que deberán repartirse por partes iguales los cónyuges cuando se liquida la sociedad conyugal y cuyo derecho a renuncia de gananciales de la sociedad, debe ser otorgado tanto al marido como a la mujer.

Por lo anterior consideramos, que las disposiciones contenidas en los artículos 1837 a 1841 del Código Civil, que facultan a la mujer para que en forma exclusiva renuncie a los gananciales de la sociedad conyugal, deben ser reformadas en el sentido de que también el marido tenga las mencionadas facultades.

Tal sugestión la formulamos con el objeto de demostrar, una vez más, que nuestra tesis central sostenida en este trabajo es la de que deben eliminarse todas las normas que dan trato diferente a las personas por razón de su sexo.

Artículo 1852 C.C.C.: “Es nulo el contrato de venta entre cónyuges, no divorciados, y entre el padre y el hijo de familia”

La nulidad del contrato de venta se produce por razón de ser el padre quien representa legalmente al hijo, de manera que si se llegare a aceptar nuestra tesis de establecer una

patria potestad dual, la nulidad de tal contrato debiera también extenderse al celebrado entre la madre y el hijo de familia.

Artículo 2489 C.C.C.: “Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservaría sus derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le conceden las leyes, en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores.

Podrán asimismo subrogarse en los derechos del deudor, como arrendador o arrendatario, según lo dispuesto en los Artículos 2023 y 2026

Sin embargo, no será embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer ni el del padre de familia sobre los bienes del hijo, ni los derechos reales de uso o de habitación.

El inciso 3o. de este artículo contiene vestigios del sistema anterior a la ley 28 de 1932, cuando se refiere a la inembargabilidad del usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, disposición que actualmente no tiene vigencia puesto que dentro del actual régimen económico del matrimonio, cada uno de los cónyuges es dueño independientemente de sus bienes.

En consecuencia esta parte de la norma citada debe ser derogada. En cuanto a la inembargabilidad del usufructo del padre sobre los bienes de hijo, la disposición debe modificarse en el sentido de establecer la inembargabilidad del usufructo de los padres de familia sobre los bienes del hijo a efecto de que quede totalmente unificado el criterio.

SUSPENSION DE LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA

Artículo 2530 C.C.C.: “La prescripción ordinaria puede suspenderse sin extinguirse; en ese caso, cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo. Se suspende la prescripción ordinaria en favor de las personas siguientes:

1o. Los menores, los dementes, los sordomudos, y todos los que están bajo potestad paterna o marital, o bajo tutela o curaduría; 2o. La herencia yacente; 3o. No se suspende la prescripción en favor de la mujer divorciada o separada de bienes, respecto de aquellos que suministre. La prescripción se suspende siempre entre cónyuges.”

La prescripción en este caso se suspende en favor de la mujer que vive bajo potestad marital, en razón de su condición de persona incapaz, condición que no se debe seguir

aceptando, y por tanto de este beneficio que la ley concede en favor de los menores, dementes, sordomudos y todos los que esten bajo potestad, tutela o curaduría, debe excluirse a la mujer puesto que ella no es incapaz.

Por el hecho de estar bajo la potestad marital, se le sitúa siempre entre los incapaces, de ahí la necesidad de cambiar el concepto de potestad marital que es el conjunto de derechos que la ley concede al marido sobre la persona de la mujer, por un sistema de derechos mutuos entre los cónyuges que no conlleven, por ningún motivo la idea de subordinación ni obediencia; que no considere que en el matrimonio hay dos seres, el uno capaz y el otro incapaz, sino dos personas capaces ambas, colocadas en iguales condiciones jurídicas cuyas relaciones se deben regir por el mutuo acuerdo y la estrecha colaboración.

Insistimos en que se deben adoptar medidas radicales para acabar con estos tradicionales sistemas de marginar, minimizar, y discriminar a la mujer por el solo hecho de ser mujer.

Tales procedimientos no tienen fundamento alguno y en cambio nuestros justos reclamos y aspiraciones se fincan en claros principios de justicia e igualdad. Se trata simplemente de reconocer los valores de la mujer, de aceptar la ineludible circunstancia de que ella es el elemento básico de la humanidad y que para cumplir su misión al lado del hombre, se le debe colocar en el sitio que realmente le corresponde.

INSTRUMENTOS QUE PASAN ANTE NOTARIA

Artículo 2593 C.C.C.: "Respecto de las personas otorgantes que ellas mismas manifiestan al notario su incapacidad para obligarse naturalmente, como el impúber, o para obligarse civilmente, como el menor adulto, que no haya obtenido habilitación de edad, la mujer casada en los casos en que le es necesaria la autorización del marido, el notario no le prestará su oficio para la celebración de contratos. Tampoco prestará su oficio el notario, a la persona de quien tiene evidencia de que es absolutamente incapaz para obligarse, como el demente o el sordomudo que no puede darse a entender por escrito cuyas incapacidades advierte o reconoce por sí mismo el notario a tiempo de celebrarse el contrato, o a la persona de cuya incapacidad tenga constancia oficial el notario, como la que ha sido declarada en interdicción judicial de administrar sus bienes por sentencia publicada por la imprenta, o legalmente comunicada al notario".

Actualmente la mujer casada no necesita autorización del marido para celebrar ninguna clase de contratos. Sin embargo todas estas disposiciones en las cuales se halla expresamente señalada la incapacidad de la mujer para obligarse naturalmente, continúan vigentes, forman parte de nuestro código civil.

Consideramos que esta situación referente al reconocimiento de la plena capacidad civil de la mujer debe quedar totalmente esclarecida. Necesitamos leyes que reconozcan la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer y establezcan los principios básicos de mutuo acuerdo sobre los cuales debe afianzarse la pareja humana.

Jurisprudencia Ecuatoriana
sobre Divorcio

Dr. Juan Lora

El divorcio es el acto jurídico que extingue el vínculo matrimonial, produciendo la libertad de ambos cónyuges para contraer nuevo matrimonio. El divorcio puede ser solicitado por cualquiera de los cónyuges, o por ambos conjuntamente, y puede ser de mutuo acuerdo o contencioso. El divorcio de mutuo acuerdo requiere la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 157 del Código Civil, y el divorcio contencioso requiere la intervención del juez y la demostración de la existencia de causas que justifiquen la ruptura del matrimonio.

El divorcio produce los efectos de extinguir el vínculo matrimonial, de liberar a los cónyuges de las obligaciones conyugales, y de facultarlos para contraer nuevo matrimonio. El divorcio también produce la pérdida de la patria potestad por parte de los padres, y la pérdida de la guarda y custodia de los hijos por parte de la madre, salvo que el juez determine lo contrario.

El divorcio puede ser solicitado por cualquiera de los cónyuges, o por ambos conjuntamente, y puede ser de mutuo acuerdo o contencioso. El divorcio de mutuo acuerdo requiere la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 157 del Código Civil, y el divorcio contencioso requiere la intervención del juez y la demostración de la existencia de causas que justifiquen la ruptura del matrimonio.

El divorcio produce los efectos de extinguir el vínculo matrimonial, de liberar a los cónyuges de las obligaciones conyugales, y de facultarlos para contraer nuevo matrimonio. El divorcio también produce la pérdida de la patria potestad por parte de los padres, y la pérdida de la guarda y custodia de los hijos por parte de la madre, salvo que el juez determine lo contrario.