

**“EL OCULTAMIENTO DE LA VERDAD, COMO HECHO DAÑINO, EN EL
DERECHO DE FAMILIA”**

LUZ MARÍA GONZÁLEZ DE BEDOUT
GLORIA ESTELLA ESCOBAR GIRALDO
SERGIO POSADA ARANGO

Trabajo de grado como requisito para optar al
Título de Abogado

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2014

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	4
1. BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL	12
1.1 NOCIÓN Y CLASIFICACIÓN	12
1.2 ELEMENTOS	18
1.2.1 Un Hecho Jurídico	18
1.2.2 Un Daño	18
1.2.3 Un Nexo Causal	18
1.2.4 Imputación Calificada	19
1.3 CONFIGURACIÓN	20
1.4 CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD	21
2. EL DAÑO EN DERECHO DE FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	22
2.1 ASPECTOS GENERALES.	22
2.2 ASUNTOS NO REGULADOS	23
2.3 ASUNTOS REGULADOS	23
2.3.1 Responsabilidad del cónyuge que da lugar a la nulidad del matrimonio.	23
2.3.2 Responsabilidad del cónyuge que da lugar al divorcio, a la separación de cuerpos o a la Cesación de efectos civiles.	25
2.3.3 La Responsabilidad de un cónyuge por daños causados en bienes sociales o en bienes propios del otro cónyuge.	26
2.3.4 La Responsabilidad de los padres de familia en razón de la Administración de los bienes de los hijos sometidos a patria potestad.	27
2.3.5 La Responsabilidad de los Padres que contraen nupcias o conforman unión marital de hecho (7) omitiendo el Inventario solemne de bienes.	28
2.3.6 La Responsabilidad de la mujer y un tercero que dan lugar a la confusión de paternidad	28
2.3.7 La Responsabilidad patrimonial surgida de la violencia intrafamiliar.	29

2.3.8 La Responsabilidad patrimonial civil por el incumplimiento de la obligación alimentaria.	29
2.3.9 Responsabilidad recíproca de cónyuges y compañeros permanentes en la administración y manejo de bienes propios y sociales –tema tratado bajo el nombre genérico de recompensas –	29
2.3.10 Sanción por ocultación o distracción de bienes sociales.	31
2.3.11 Un asunto confuso.	31
2.4 EL ASUNTO DE JIAN FENG A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA	32
3. EL OCULTAMIENTO DE LA VERDAD COMO HECHO DAÑINO EN EL DERECHO DE FAMILIA COLOMBIANO	34
3.1 PLANTEAMIENTO EN UN SUPUESTO GENERAL	34
3.2 Posibles ubicaciones del caso en el ordenamiento Jurídico Colombiano.	34
3.2.1 Determinación de la infidelidad como causal de divorcio, cesación de efectos civiles o separación de cuerpos.	34
3.2.2 Determinación de la infidelidad como causal de rompimiento de la Unión Marital de Hecho.	34
3.2.3 Ante la no infidelidad, El Engaño como causal de Nulidad del Matrimonio Civil.	35
3.2.4 Ante la no infidelidad, el engaño como causal de nulidad de la unión marital de hecho	43
3.2.5 Responsabilidad Directa.	45
BIBLIOGRAFIA	46

INTRODUCCIÓN

En el Mundo Contemporáneo, del derecho, se plantea si es posible o no hablar de “Daños en el Derecho de Familia” de una manera general o si solo es posible analizar los específicos casos consagrados en cada ordenamiento jurídico.

La Jurisprudencia y la Doctrina, nacional y extranjera, se dividen frente al tema porque una parte de ellas considera que solo es posible abordar la responsabilidad en los casos expresamente consagrados; la otra parte considera que es posible desbordar la regulación limitativa y hablar de daños en el Derecho de Familia de una manera amplia y general.

La polémica toca otro aspecto no relacionado con la consagración normativa, sino con los aspectos éticos: Hay quienes consideran que el señalar responsabilidad patrimonial por daños entre los miembros de una familia se convierte en foco negativo que lleva a la desintegración familiar. De otro lado hay quienes piensan que no se justifica la impunidad sobretexto de la relación familiar.

Si bien es cierto que en otros ordenamientos jurídicos la polémica se ha dado, ya la Jurisprudencia y la Doctrina vienen aceptando la teoría de la responsabilidad por daño en el Derecho de Familia bien dentro de una visión restringida o bien dentro de la más amplia consideración teórica y práctica como ocurre, por ejemplo, en la Nación Argentina.

La profesora Argentina, Graciela Medina señala:

“II. Evolución del Derecho de Familia e influencia sobre el Derecho de Daños.

Durante el siglo XIX y hasta bien avanzado el siglo XX no se admitía ningún tipo de indemnización entre los miembros de la familia por daños producidos entre

ellos, motivados por los diferentes conceptos que se tenían tanto de la responsabilidad civil como del Derecho de Familia.

El Derecho de Familia estaba basado en la autoridad del *pater*, el Estado tenía poca injerencia en el seno de la familia, los poderes patriarcales y maritales eran cuasi omnímodos, la mujer no tenía igual derecho que el hombre, los niños eran considerados personas sólo en la letra de la ley, la patria potestad era concebida como un conjunto de derechos, no existía la posibilidad de contratación entre cónyuges y la autonomía de la voluntad no tenía ninguna cabida en la organización familiar. Con esa concepción de la familia era muy difícil admitir que se conminara a la reparación del daño producido por uno de sus miembros a otro de ellos, ya sea a consecuencia de un ilícito extracontractual o de un daño surgido de una relación contractual.

Si bien todo el Derecho Privado ha evolucionado en estos últimos años, el Derecho de Familia es uno de los que particularmente ha sufrido más transformaciones, derivadas en gran medida de la evolución de las costumbres y del cambio en las reglas morales.

Uno de los cambios más importantes es la evolución de una estructura familiar jerarquizada basada en el dominio del *pater familias* a una estructura par, en la cual la mujer y el marido se encuentran colocados en una posición igualitaria tanto en el gobierno de la familia como en la contribución a su sostenimiento.

Por otra parte, existe un menor énfasis en la idea de concebir a la familia como una estructura unitaria, mientras se pone el acento sobre la autonomía individual de cada uno de los integrantes de la familia, a partir del reconocimiento de la personalidad singular como individuos. Esta circunstancia en el ámbito conyugal permite que los cónyuges contraten entre sí, y por lo tanto que se les apliquen las reglas de la responsabilidad contractual, y al mismo tiempo que respondan con

sus propios bienes o con los gananciales de su administración por las obligaciones por ellos contraídas.

El pasaje de la familia patriarcal a la familia nuclear ha requerido de infinidad de normas que establecieran la igualdad de los cónyuges, en los diferentes aspectos familiares, pero hay otros supuestos que no están dados por normas específicas sino que se deducen de tal principio y que tienen importancia a los fines de nuestro estudio, entre ellos se encuentra el valor dado al trabajo doméstico.

Hasta hace muy poco tiempo, el trabajo doméstico de la mujer ha sido considerado a título gratuito o sin valor; hoy, sin que exista una norma específica sobre el valor del trabajo doméstico, a éste se lo acepta con un contenido económico que influye a la hora de la reparación de los daños.

En definitiva, la existencia de una familia patriarcal ha llevado a que durante años se privilegiara la estructura familiar y se impidiera la aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil en el seno de la familia.

Por otra parte, el fin de la responsabilidad era el castigo del responsable, que se fundaba en la existencia de culpa, noción que tal cual es desarrollada en los siglos XII y XIII viene a coincidir con la idea de moral cristiana que han de elaborar los canonistas; en otras palabras, la culpa llega a ser concebida como una “falta moral”, distinta del dolo que da lugar al delito, hasta que Domat, en el siglo XVIII, desarrolla la idea de que *todo el que por su culpa causa un daño debe responder*.

En esta concepción de la familia y del sistema de la responsabilidad civil era impensable la reparación del padre que dañaba a su mujer o a sus hijos, ya que no existía culpa en estos actos sino el cumplimiento del deber de corrección derivado del ejercicio de la autoridad marital y de la patria potestad.

Si a ello le agregamos que el Derecho de Familia era concebido como una rama del Derecho autosuficiente, advertimos por qué fue tan difícil que se abriera paso la obligación de reparar los daños causados entre los miembros de la familia.

En la actualidad, la evolución del Derecho de Familia ha conducido a privilegiar la personalidad y la autonomía del sujeto familiar respecto de la existencia de un grupo organizado en sentido jerárquico. El sujeto familiar es, por ser todas las cosas, una persona, y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro y se exima de responder en virtud del vínculo familiar.

Hoy en día, a la luz de los precedentes jurisprudenciales y de la doctrina autoral, vemos que se ha eliminado la idea de que en la familia no se reparan los daños causados entre sus integrantes y que se ha desechado completamente la concepción de que la especialidad del Derecho de Familia impide la aplicación de los principios de la responsabilidad civil. Lo que ocurre es que los principios clásicos de la responsabilidad civil han sufrido una evolución así como también se ha avanzado en la concepción del Derecho de Familia. Por lo tanto, de lo que se trata es de entender en qué medida los nuevos principios de la responsabilidad civil se aplican en el Derecho de Familia moderno basado en la igualdad de los cónyuges, en la patria potestad como una función, en la desaparición de desigualdades entre los miembros de la familia, en la existencia de nuevos modelos de familias, como las integradas o las de parejas homosexuales o las extramatrimoniales, que carecen de una legislación reguladora específica.

La reparación de los daños entre los miembros de la familia podemos considerarla como un principio aceptado después de una lucha de años y que se abre paso, no sin dificultad, en el ámbito jurídico.”¹

¹ MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires – Argentina. 2008

En el ordenamiento jurídico Colombiano existen unas pocas normas que consagran responsabilidad entre los miembros de una familia, como ocurre en materia de nulidad de matrimonio, divorcio y cesación de efectos civiles de los matrimonios religiosos, patria potestad, guardas familiares y relaciones patrimoniales en torno de las sociedades conyugal y patrimonial.

La Jurisprudencia y la Doctrina se contraen a los casos específicos de ley no se plantea la polémica a la que se ha hecho referencia en la primera parte de esta introducción. Todo el camino está por recorrerse y aunque tarde se llegara al tema en comento.

Una curiosa noticia en los medios de comunicación motiva este trabajo para precisar y establecer cuál sería la solución a la luz de la Legislación Colombiana. Los Medios de Comunicación han informado que un ciudadano Chino de nombre JIAN FENG ha demandado a su cónyuge por ocultamiento de unas cirugías estéticas que ella se hizo practicar antes del matrimonio, obteniendo, el demandante, una cuantiosa indemnización.

La situación, con fino humor, la sintetiza Angélica Ortiz Dorantes en documento que aparece en <http://www.razon.com.mx/spip.php?article196947>, y que a continuación se transcribe:

“Fraude de boda

Sábado, 23 de noviembre de 2013 / Jaime

Angélica Ortiz Dorantes

Comete el delito de fraude quien, engañando a otro, obtiene un lucro. Esta definición sintética abarca una infinidad de conductas. Engaña el que se atribuye un carácter que no tiene: abogado, médico, secretario de Estado. Miente, y, en consecuencia engaña también, quien afirma que la mercancía

que vende tiene calidades de las que carece: vende cobre pretendiendo que es oro, tela de algodón por seda, etcétera. En cuanto al lucro es un enriquecimiento patrimonial que puede revestir múltiples aspectos. El defraudador lucra cuando obtiene dinero o algún objeto valioso: una joya, un cuadro; pero, también, una promesa de pago, un contrato, un cheque o, incluso, la remisión de una deuda (Zamora Pierce, El Fraude, Porrúa).

Abandonando el frío análisis jurídico, he discutido con algunos amigos, en broma, si es posible que se configure un fraude de boda. Nos ha llevado a esta discusión el observar la conducta de quien quiere conquistar como cónyuge a una persona que le parece apetecible. Frecuentemente encontramos que, en esas circunstancias, la mujer se pone a dieta rigurosa a fin de lograr la figura esbelta que, habitualmente, no tiene; presume de cualidades culinarias de las que carece, ofreciendo como propios platillos que ha preparado su tía; cambiando sus deslustradas prendas por vestidos que muestran el magnífico gusto de alguna amiga, invierte tantos recursos como le permite su cartera —o su crédito bancario—, en arrojarse bajo un manto que le es ajeno; incluso, si sus posibilidades económicas se lo permiten, acudirá al método extremo: la cirugía plástica. Con ella, logrará desaparecer las desagradables patas de gallo que afeaban sus ojos, afilará la que antes era una nariz de boxeador o se hará un hermoso agujero en la barbilla. Bajando a otro nivel del cuerpo logrará mantener turgente lo que la fuerza de gravedad había ya derrotado. Todas estas conductas, en el más estricto sentido jurídico, constituyen engaños, pues mienten y ocultan la realidad.

Por su parte, los hombres no son ajenos a esta conducta engañosa. Los chaparritos adquieren zapatos con un elevador oculto en el tacón, que les permite ganar algunos centímetros de altura; sin embargo, su ánimo defraudatorio se centra, más bien, en tratar de disfrazarse de hombre exitoso económicamente. Así, el modesto empleado insinuará que es el jefe de la empresa y se presentará ante su pretendida manejando un auto deportivo del que sólo ha dado un pequeño enganche y que pronto perderá al no poder pagar los abonos.

Mis amigos abogados y yo hemos discutido si este tipo de conductas, en las cuales hay evidentemente un engaño que tiende a obtener un matrimonio ventajoso, pueden ser consideradas como fraude. Hasta hace pocos días, yo consideraba que el tema era objeto, únicamente, de una sabrosa conversación de sobremesa. Sin embargo, la semana pasada, una noticia venida de China cambió mi forma de pensar. Resulta que Jian Feng, un hombre que reside al norte de ese país asiático, entabló una demanda de divorcio con el argumento de que tenía “los hijos más feos del mundo”. El demandante consideró que no era posible que su mujer y él pudieran procrear hijos tan feos, pues ambos son bien parecidos. Feng pensaba que su esposa le había sido infiel y solicitó pruebas de paternidad sobre los menores. El resultado de los exámenes de ADN fue contundente: él era el padre. ¿Por qué razón son los niños tan feos? La mujer confesó entonces que previo a conocer a su marido se sometió a una serie de cirugías estéticas con un valor aproximado de cien mil dólares. Feng no sabía nada acerca de estos cambios de apariencia física de su esposa y pensaba que su belleza era natural; así, gozaba en la felicidad anticipada de procrear hijos hermosos. El tribunal ha dado la razón a Feng y le ha concedido el divorcio y una indemnización por ciento veinte mil dólares aproximadamente (Ideal.es 15/Nov/2013).

No conozco la sentencia del caso Feng. Sin embargo, puedo afirmar que se trata de un asunto de derecho privado pues no ha habido pena de prisión. Es decir, el fraude ocurrió en el ámbito del derecho civil. Pero de lo que no cabe duda es de que el tribunal consideró que el embellecimiento artificial de la esposa era un engaño, que Feng contrajo matrimonio como consecuencia del error que le provocó su futura esposa y que esa conducta le causó daños que ella se ha visto condenada a reparar.

¿Seguirán los tribunales mexicanos este precedente jurídico? ¿Qué consecuencias nefastas tendrá este criterio legal para los cirujanos plásticos?

Debemos mantenernos atentos al desarrollo de esta nueva doctrina jurídica para estar seguros de no cometer fraude de boda².

La situación del Chino Jian Feng motiva el trabajo que a continuación se desarrolla para hacer una breve reflexión acerca de la viabilidad de obtener una indemnización, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano; para ello se parte del caso presentado y de la pregunta que frente al título del trabajo puede formularse:

¿El ocultamiento de la verdad puede considerarse como hecho dañino en las relaciones conyugales?

A la búsqueda de una respuesta a la pregunta planteada, se orienta el presente trabajo.

² Diario La Razón
angelicaortiz@vomabogadospenalistas.com

<http://www.razon.com.mx/spip.php?article196947>.

1. BREVE REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1.1 NOCIÓN Y CLASIFICACIÓN

Se denomina responsabilidad civil la situación en que se encuentra un sujeto jurídico para asumir el pago de los perjuicios sufridos por otro sujeto jurídico.

La situación de desventaja del sujeto responsable puede originarse en el incumplimiento de un negocio jurídico – (tradicionalmente se habla de responsabilidad contractual) o de una circunstancia independiente del negocio jurídico (ordinariamente denominado responsabilidad extracontractual, delictual o aquiliana).

El profesor Marcelo J. López Mesa afirma:

“CAPITULO I

I.A) PROEMIO.

En el derecho, cuando de responsabilidad se habla, no se hace referencia a una idea autónoma, primaria, sino a un término complementario de una noción previa más profunda: la de deber u obligación.

La responsabilidad es el resultado de la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento frente a ese deber u obligación: si actúa en la forma prescripta por los cánones, aunque el agente sea “responsable” *stricto sensu* de su proceder, el hecho no le acarrea deber alguno, traducido en sanción o reposición como sustitutivo de la obligación previa, precisamente porque se la cumplió; la responsabilidad aparece entonces recién en la fase de la violación de la norma u obligación delante de la cual se encontraba el agente, y consiste en el deber de soportar las consecuencias desagradables a que se ve expuesto el autor de la trasgresión, que se traducen en las medidas que imponga la autoridad encargada de velar por la observancia del precepto.

Con rigurosidad se ha definido la responsabilidad como “un enunciado mediante el que se expresa un juicio de valor negativo (un reproche jurídico) sobre una conducta de un sujeto que ha infringido una norma de un ordenamiento dado. Esta reprobación se pone de manifiesto mediante la consecuencia jurídica que se enlaza a la imputación de la responsabilidad; consecuencia que conlleva, como principio, la obligación de reparar el daño”.

Como dice REGLERO CAMPOS, “Responsabilidad es imputación. Con carácter general la responsabilidad constituye una categoría común a la práctica totalidad de los órdenes jurídicos. Se habla así de responsabilidad civil, penal, administrativa, fiscal, asociativa, social..., incluso política. Cada una de ellas posee su particular régimen jurídico en cuanto a sus presupuestos, elementos y efectos. Cuando un sujeto incumple un deber o una obligación o cuando causa un daño, es responsable siempre que el incumplimiento o el daño le sea imputable. Desde esta perspectiva puede afirmarse que la responsabilidad descansa sobre un determinado título de imputación”.

I.B) La responsabilidad civil.

Responder significa dar cada uno cuenta de sus actos. Responder civilmente, *latu sensu*, es el deber de resarcir los daños, ocasionados a otros, por una conducta lesiva antijurídica o contraria a derecho; de manera que, ser civilmente responsable significa “estar obligado a reparar por medio de una indemnización, un perjuicio sufrido por otras personas”. Es, en definitiva, la forma de dar cuenta a otro del daño que se le causara.

En similar sentido, H, L & J. MAZEAUD y F. CHABAS dicen que “una persona es civilmente responsable cuando está obligada a reparar un daño sufrido por otro. Ella responde del mismo.

LE TOURNEAU & CADIET enseñan, por su parte, que “La responsabilidad es la obligación de reparar el daño causado a otro por un acto contrario al orden

jurídico. Ella tiende a borrar las consecuencias del hecho perturbador, de ese desorden”.

Bajo cualquiera de estas formulaciones, es claro que la responsabilidad se traduce en el deber de reparar o resarcir los perjuicios causados; pero esta reparación puede ser *in natura*, volviendo las cosas al estado anterior al evento dañoso o lo más parecido posible al mismo; o de no ser factible ello, o de preferirlo así el damnificado, mediante la indemnización pecuniaria sustitutiva.

El significado que recoge la dogmática jurídica es el siguiente: un individuo es responsable cuando de acuerdo con el orden jurídico, es susceptible de ser sancionado. En este sentido la responsabilidad presupone un deber jurídico (del cual debe responder el individuo); sin embargo, no debe confundirse con él. El deber jurídico es la conducta que, de acuerdo con un orden jurídico, se debe hacer u omitir; quien la debe hacer u omitir es el sujeto obligado.

El deber jurídico genérico, preexistente a toda relación jurídica, es el de no dañar (*alterum non laedere*).

La obligación de reparar nace cuando alguien resulta perjudicado como consecuencia de la violación de un deber jurídico preexistente, pues los individuos están sometidos a un orden jurídico, con el doble alcance de observar el deber de cumplir las normas o atenerse a las consecuencias derivadas del incumplimiento, que consiste en este caso en la indemnización de los daños y perjuicios.

Pero la trasgresión o no acomodamiento de la conducta a la norma, que implica el incumplimiento del deber, presupone precisamente la existencia de éste; lo cual se corrobora con el efecto sancionatorio consiguiente, merced al cual la eficacia obligatoria de la norma se obtiene sin la cooperación, y aun contra la voluntad de la persona.

De ahí que otros autores opten por definir la responsabilidad civil, como la obligación de soportar la reacción que el ordenamiento jurídico vincula al hecho sañoso.

En realidad, el estudio de la “responsabilidad civil” debe correlacionarse con el de la estructura de la obligación y sus elementos integrantes: deuda (*debitum, schuld*) y responsabilidad (*nexum, haftung*); con el cual está vinculado. Actualmente el elemento deuda es concebido como una relación jurídica, cuyo contenido es un “deber jurídico” que no implica ninguna idea de necesidad ni de coacción para lograr su cumplimiento; es un estado de presión psicológica en que se encuentra el deudor, por la existencia de una norma jurídica que le exige el cumplimiento de la prestación, por el sólo hecho de que le es jurídicamente debida.

La compulsión es pues totalmente ajena al referido concepto, y sólo aparece con la adjunción del otro elemento de la obligación; la “responsabilidad”, que somete al deudor –sea en cuanto a su persona, una o varias de sus cosas, o todo su patrimonio-, al poder de agresión del acreedor para obtener el cumplimiento forzado de la prestación debida o el sustitutivo de la reparación de los daños y perjuicios.

Lo dicho hasta ahora se aplica perfectamente a las obligaciones contractuales, donde la deuda resulta del contrato y cuyo incumplimiento genera la llamada “responsabilidad contractual”; en cuanto a la responsabilidad “extracontractual”, aunque no resulte tan evidente, la situación es idéntica, pues es necesaria también la violación de un deber jurídico preexistente establecido por la ley, que puede resumirse en la compendiosa regla romana “no causar daño a los demás (*alterum non laedere*)”.

La obligación de reparar nace pues, del incumplimiento o violación de un deber jurídico que es, en última instancia, la regla general que prescribe a todo hombre no cometer faltas.

De ello deriva que el responsable de un hecho ilícito, es aquel individuo que ha incumplido voluntariamente un deber jurídico o una obligación a su cargo y que, por ello, debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho ilícito se imputan, sea o no el dañador, puesto que bien puede ser responsable un sujeto que debe responder por otro y que no ha causado el daño personalmente”³.

Por su parte el Profesor Ricardo Uribe Holguín, en relación con la clasificación de la responsabilidad expresa:

“RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL

En atención a la diversidad de regímenes legales a que están sujetas, comúnmente se denomina *responsabilidad contractual* la que proviene de incumplimiento de obligación cuya fuente sea el contrato, por oposición a la llamada *responsabilidad extracontractual*, que es consecuencia del delito o del cuasidelito. A la primera se le aplican las disposiciones del título XII del libro IV del Código Civil; a la segunda, las del título XXXIV del mismo libro.

Clasificar la responsabilidad civil con arreglo a estas denominaciones conduce a error. Hay, en efecto, variadas especies de responsabilidad extracontractual que no se gobiernan por las reglas del título XXXIV, sino por las del XII, y que, sin embargo, ninguna relación tienen con el contrato.

La responsabilidad civil solo puede tener una de dos causas: el incumplimiento de obligación y la comisión de hecho ilícito. Atendida la enumeración de las fuentes que se hace en el Código Civil, las obligaciones pueden nacer: de la

³ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Elementos de la Responsabilidad Civil. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá – Colombia. 2009.

ley, del hecho voluntario unilateral y lícito de quien se obliga (aceptación de herencia o legado, v. gr), del contrato, del cuasicontrato, del delito y del cuasidelito. Tal es la síntesis que se obtiene de confrontar los artículos 666, 1494 y 2302 (hoy, en vez de este último, el 34 de la ley 57 de 1887). El incumplimiento de obligación que haya nacido de cualquiera de estas seis fuentes genera responsabilidad sujeta a las disposiciones del título XII, que regula el *efecto de las obligaciones*. Solo la proveniente del hecho ilícito intencional o no intencional, no la que se causa por incumplimiento de la obligación de indemnizar que esta responsabilidad trae, se rige por las reglas del título XXXIV, destinado a la *responsabilidad común por los delitos y las culpas*.

Para mayor claridad, pongo algunos ejemplos. El que incumple la obligación de dar alimentos, o la de pagar deuda de causante cuya herencia ha aceptado, o la de hacer tradición de la cosa vendida, o la de restituir lo que recibió en pago de lo no debido, o la de indemnizar a quien por dolo o culpa ha perjudicado como consecuencia de su hecho ilícito, incurre en la responsabilidad prevista y regulada en el título XII. Y de todos los ejemplos propuestos, solo uno es de responsabilidad contractual.

La única especie de responsabilidad civil que se rige por las disposiciones del título XXXIV es la que tiene el que ha cometido un hecho ilícito, sea delito o cuasidelito. Solo esta especie de responsabilidad no supone obligación preexistente.

De donde se concluye que es inadmisibles la terminología de contractual y extracontractual para distinguir dos responsabilidades que se gobiernan por reglas distintas. Deberían llamar responsabilidad por *incumplimiento*, la de que trata el título XII, y responsabilidad por *hecho ilícito*, la que regula el título XXXIV. Es la primera la proveniente de incumplir cualquiera obligación,

contractual o extracontractual; la segunda, la que es consecuencia de alguno de los fenómenos que tradicionalmente se han llamado delito y cuasidelito.”⁴

1.2 ELEMENTOS

Para establecer que un sujeto jurídico es responsable es necesario establecer varios elementos, así:

1.2.1 Un Hecho Jurídico

Para que pueda hablarse de responsabilidad es necesario que se de un hecho jurídico, esto es, se requiere que haya una transformación en la realidad mundanal, bien porque un sujeto actúa directamente o porque ciertos bienes causen la modificación respectiva.

1.2.2 Un Daño

Para que pueda hablarse de responsabilidad es necesario que el hecho sea dañino, esto es, que se produzca una afectación en un sujeto jurídico o en su patrimonio económico o afectivo.

1.2.3 Un Nexo Causal

Para que pueda hablarse de responsabilidad es necesario establecer que el daño es consecuencia del hecho jurídico; a esa relación de causa – efecto se le denomina nexos causal.

⁴ URIBE HOLGUÍN, Ricardo. Cincuenta Breves Ensayos sobre Obligaciones y Contratos. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 1979.

1.2.4 Imputación Calificada

Para que pueda hablarse de responsabilidad hay que determinar la imputación calificada, esto es, una circunstancia señala por el legislador que permite establecer que el sujeto debe responder porque actuó con dolo o culpa – considerándose esencialmente subjetivas – o porque hecho dañino se originó en una actividad de riesgo – consideración esencialmente objetiva – que está bajo la esfera del control del sujeto responsable.

Sobre los elementos, el profesor Alberto Tamayo Lombana, precisa:

“15. NOCIONES GENERALES.

Se ha dicho que a pesar de que las diversas manifestaciones de la responsabilidad civil presentan particularidades, es posible, sin embargo, encontrarles una estructura común. Para MARTY y RAYNAUD, los elementos constitutivos de la responsabilidad son el *daño* o *perjuicio*, el *hecho perjudicial* o *hecho generador* de la responsabilidad y la relación de causa a efecto.

Tradicionalmente se ha hablado de *perjuicio*, *culpa* y *relación de causalidad* como elementos estructurales de la responsabilidad civil. De donde se sigue que la *culpa* es el segundo elemento de la responsabilidad civil, en esa concepción.

Pero es indudable que resulta más comprensivo y más adecuado al fundamento actual de la responsabilidad civil el elemento *hecho perjudicial* o *hecho generador*. Esto será materia de amplias precisiones en este libro.

En efecto, dos concepciones sirven de fundamento a la responsabilidad civil en la época contemporánea: la *culpa* y el *riesgo*.

De ello resulta la *responsabilidad subjetiva* y la *responsabilidad objetiva*. La primera se basa en la *culpa*. Fácilmente comprensible. La segunda es una

responsabilidad *sin culpa*, esto es, una responsabilidad por el *resultado*, o responsabilidad *objetiva*. Esto último hace complejo el tema.

Dentro del sistema de la responsabilidad *subjetiva*, nadie comprometerá su responsabilidad sino en el supuesto de que ha cometido una *culpa* que ha ocasionado perjuicio a otro.

Sin embargo, hay que poner atención: este sistema de la responsabilidad subjetiva o por *culpa*, tiene la particularidad de que en buena parte de los casos, tal culpa se *presume*. Tal presunción invierte la *carga de la prueba*.

En el sistema de la *responsabilidad objetiva* se prescinde del elemento culpa, puesto que se admite una responsabilidad *sin culpa*. Se van a tener en cuenta solamente dos elementos: el *perjuicio* sufrido por alguien y el *vínculo de causalidad* material entre ese perjuicio y el *hecho perjudicial* o hecho generador.

Comprometerá su responsabilidad toda persona cuya *actividad* ha causado un perjuicio a otra, independientemente del punto de saber si su comportamiento era o no legítimo. Toda persona asume los riesgos de su actividad.”⁵

1.3 CONFIGURACIÓN

Cuando se llega a establecer que a un sujeto jurídico se le imputa (a título de dolo, culpa o riesgo) la obligación de reparar un daño causado por él o por otros sujeto bajo su guarda o cuidado o por bienes o actividades también a su cargo se puede afirmar que se ha configurado la responsabilidad.

⁵ TAMAYO LOMBANA, Alberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual. Ediciones Doctrina y Ley Limitada, Bogotá D.C. Colombia. 2005.

1.4 CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD

Toda responsabilidad, comercial o extracomercial, se traduce en la obligación de indemnizar los perjuicios causados. El pago debe hacerse en dinero, salvo que las partes de la relación convengan en cubrir lo debido con prestaciones diferentes.

2. EL DAÑO EN DERECHO DE FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

2.1 ASPECTOS GENERALES.

El ordenamiento jurídico colombiano no se refiere, de manera general, a los daños en las relaciones familiares y solo lo hace casuísticamente como se dirá más adelante.

La omisión resaltada hace pensar si es posible o no reclamar las indemnizaciones por daños entre los miembros de una familia en los casos no regulados por las normas especiales que luego se enunciarán. Como se advierte en la Introducción de este trabajo, no hay pronunciamientos jurisprudenciales ni doctrinarios porque es un tema que no ha preocupado a los operadores jurídicos colombianos.

Pero a diferencia de la indiferencia, la realidad social resalta múltiples casos de hechos dañinos que no son reparados por el agente causante con la consiguiente injusticia para con las víctimas.

Es necesario agitar el tema con miras al debate para establecer y definir el rumbo a seguir. En primer lugar, la Doctrina debe ocuparse de abrir el camino o bien para que legislador se ocupe de ello o bien para que la comunidad afectada comience a plantear, en vía judicial, los casos de responsabilidad.

Como ya se anotó, el legislador Colombiano deberá ocuparse de legislar sobre el punto en comento para poner a la Legislación Colombiana en un lugar de avanzada.

Por su parte la Jurisprudencia, mientras no exista norma debe acudir a los principios generales para hacer realidad el principio de derecho que se expresa

diciendo que todo el que cause daño (a título de dolo, culpa o riesgo) debe repararlo íntegramente.

2.2 ASUNTOS NO REGULADOS

Las circunstancias contemporáneas plantean grandes problemas en torno de los daños que uno de los miembros de la familia puede causar a otro u otros miembros de ella que no están específicamente regulados, así los ejemplos traídos por Eduardo A. Sambrizzi⁶:

- Responsabilidades derivadas de la procreación asistida.
- Responsabilidades relacionadas con la manipulación genética.
- Responsabilidades por daños prenatales.
- Responsabilidades por enfermedades transmitidas.
- Responsabilidades por la negativa a reconocer hijos extramatrimoniales.
- Responsabilidades derivadas del concubinato.
- Responsabilidades por no instar la acción de filiación extramatrimonial.

2.3 ASUNTOS REGULADOS

En la legislación Colombiana se regulan de manera especial algunos casos de responsabilidad por daños entre miembros de una familia; entre ellos las siguientes situaciones:

2.3.1 Responsabilidad del cónyuge que da lugar a la nulidad del matrimonio.

El artículo 148 del Código Civil es del siguiente tenor:

⁶ SAMBRIZZI, Eduardo A. Daños en el Derecho de Familia. La Ley S.A. Buenos Aires, Argentina. 2001.

“ARTICULO 148. EFECTOS DE LA NULIDAD. Anulado un matrimonio, cesan desde el mismo día entre los consortes separados todos los derechos y obligaciones recíprocas que resultan del contrato del matrimonio; pero si hubo mala fe en alguno de los contrayentes, tendrá esta obligación de indemnizar al otro todos los perjuicios que le haya ocasionado, estimados con juramento.” (Subrayas extratexto).

El artículo 149 del Código Civil es del siguiente tenor:

“ARTICULO 149. EFECTOS RESPECTO DE LOS HIJOS. Los hijos procreados en un matrimonio que se declara nulo, son legítimos, quedan bajo la potestad del padre y serán alimentados y educados a expensas de él y de la madre, a cuyo efecto contribuirán con la porción determinada de sus bienes que designe el juez; pero si el matrimonio se anuló por culpa de uno de los cónyuges, serán de cargo de éste los gastos de alimentos y educación de los hijos, si tuvieran medios para ello, y de no, serán del que los tenga” (Subrayas extratexto).

El artículo 150 del Código Civil es del siguiente tenor:

“ARTICULO 150. DONACIONES DE BUENA FE. Las donaciones y promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que se casó de buena fe, subsistirán, no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio”

Significa la norma transcrita que cuando se han hecho las donaciones al cónyuge culpable podrá pedirse la revocación de las donaciones.

2.3.2 Responsabilidad del cónyuge que da lugar al divorcio, a la separación de cuerpos o a la Cesación de efectos civiles.

Respecto del Divorcio los artículo 162 y 411 del Código Civil son del siguiente tenor:

“ARTICULO 162. EFECTOS DEL DIVORCIO RESPECTO A LAS DONACIONES. Modificado por el art. 12, Ley 1 de 1976. El nuevo texto es el siguiente: En los casos de las causales 1a, 2a, 3a, 4a, 5a, y 7a del artículo 154 de este Código, el cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que por causa de matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable, sin que este pueda invocar derechos o concesiones estipulados exclusivamente en su favor en capitulaciones matrimoniales. (Subrayas extratexto).

PARAGRAFO. Ninguno de los divorciados tendrá derecho a invocar la calidad de cónyuges sobreviviente para heredar abintestato en la sucesión del otro, ni a reclamar porción conyugal. “

“ARTICULO 411. TITULARES DEL DERECHO DE ALIMENTOS. Se deben alimentos:

...”

4o) Modificado por el artículo 23, Ley 1a. de 1976, así: A cargo del cónyuge culpable, al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa. (Subrayas extratexto).

...”

Respecto de la Separación de Cuerpos el artículo 168 del Código Civil remite a los artículos 162 y 411 ya transcritos. El artículo 168 expresa:

“ARTICULO 168. EXTENSION DE LAS NORMAS SOBRE DIVORCIO. Modificado por el art. 18, Ley 1 de 1976. El nuevo texto es el siguiente: Son aplicables a la separación de cuerpos las normas que regulan el divorcio en cuanto no fueren incompatibles con ella”.

Respecto de la Cesación de Efectos Civiles el artículo 152 del Código Civil modificado por el artículo 5º de la Ley 25 de 1992 remite a las normas de divorcio para aplicarlas a la terminación de los Efectos Civiles de los matrimonios religiosos. El artículo 152 indica:

“ARTICULO 152. CAUSALES Y EFECTOS DE LA DISOLUCION. Modificado por el artículo 5º de la Ley 25 de 1992. El nuevo texto es el siguiente: El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado.

Los efectos civiles de todo matrimonio religioso cesarán por divorcio decretado por el juez de familia o promiscuo de familia.

En materia del vínculo de los matrimonios religiosos regirán los cánones y normas del correspondiente ordenamiento religioso”.

2.3.3 La Responsabilidad de un cónyuge por daños causados en bienes sociales o en bienes propios del otro cónyuge.

La responsabilidad de un compañero permanente por daños causados en bienes sociales o en bienes propios del otro compañero.

Los artículos 1804 y 1827 del Código Civil son del siguiente tenor:

“ARTICULO 1804. RECOMPENSA POR PAGO DE PERJUICIOS CAUSADOS POR DOLO O CULPA GRAVE. Cada cónyuge deberá así mismo recompensa a la sociedad por los perjuicios que le hubiere causado con dolo o culpa grave, y por el pago que ella hiciere de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado por algún delito”. (Subrayas extratexto).

“ARTICULO 1827. PERDIDAS, DETERIOROS Y AUMENTOS EN LOS BIENES. Las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos

ciertos, deberá sufrirlos el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos. (Subrayas extratexto). (Se refiere la norma a los bienes propios de cada cónyuge)
...”

Lo dicho respecto de los cónyuges aplica respecto de los compañeros permanentes: Si son heterosexuales por la remisión que hace el artículo Séptimo de la ley 54 de 1990 a las normas de sociedad conyugal. Si son compañeros del mismo sexo aplican las normas ya transcritas por mandato de la Corte Constitucional.

2.3.4 La Responsabilidad de los padres de familia en razón de la Administración de los bienes de los hijos sometidos a patria potestad.

Los artículos 172 y 298 del Código Civil son del siguiente tenor:

“ARTICULO 172. RESPONSABILIDAD POR ADMINISTRACION FRAUDULENTA. La persona que hubiere administrado con culpa grave o dolo, los bienes del hijo, perderá el usufructo legal y el derecho a sucederle como legitimario o como heredero abintestato”.

“ARTICULO 298. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES. Los padres son responsables, en la administración de los bienes del hijo, por toda disminución o deterioro que se deba a culpa a un leve, o a dolo.

La responsabilidad para con el hijo se extiende a la propiedad y a los frutos en los bienes en que tienen la administración pero no el usufructo; y se limita a la propiedad en los bienes de que son usufructuarios”.

2.3.5 La Responsabilidad de los Padres que contraen nupcias o conforman unión marital de hecho⁷ (7) omitiendo el Inventario solemne de bienes.

El artículo 171 del Código Civil establece:

“ARTICULO 171. SANCION POR FALTA DE INVENTARIO. El juez se abstendrá de autorizar el matrimonio hasta cuando la persona que pretenda contraer nuevas nupcias le presente copia auténtica de la providencia por la cual se designó curador a los hijos, del auto que le discernió el cargo y del inventario de los bienes de los menores. No se requerirá de lo anterior si se prueba sumariamente que dicha persona no tiene hijos o que éstos son capaces.

La violación de lo dispuesto en este artículo ocasionará la pérdida del usufructo legal de los bienes de los hijos...”

La Corte Constitucional mediante Sentencia C- 289 del 15 de marzo del año 2000 con Ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, señaló que quienes vayan a conformar uniones maritales o a contraer un primer matrimonio están también obligados a realizar el inventario solemne de bienes de los bienes de los menores.

2.3.6 La Responsabilidad de la mujer y un tercero que dan lugar a la confusión de paternidad

El artículo 235 del Código Civil es del siguiente tenor:

“ARTICULO 235. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. Serán obligados solidariamente a la indemnización de todos los perjuicios y costas

⁷ La unión marital de hecho puede darse entre personas del mismo o diferente sexo.

ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias y su nuevo marido”.

2.3.7 La Responsabilidad patrimonial surgida de la violencia intrafamiliar.

De conformidad con las leyes 294 de 1996 y 575 del año 2000 el miembro de una familia que incurra en uno cualquiera de los casos de violencia intrafamiliar se hace responsable de indemnizar todos los perjuicios patrimoniales y morales que le sean imputados.

2.3.8 La Responsabilidad patrimonial civil por el incumplimiento de la obligación alimentaria.

El artículo 418 del Código Civil establece.

“ARTICULO 418. DOLO PARA OBTENER ALIMENTOS. En el caso de dolo para obtener alimentos serán obligados solidariamente a la restitución y a la indemnización de perjuicios todos los que han participado en el dolo”.

2.3.9 Responsabilidad recíproca de cónyuges y compañeros permanentes en la administración y manejo de bienes propios y sociales –tema tratado bajo el nombre genérico de recompensas –

Los artículos 1798, 1801, 1802, 1803 y 1835 se refieren, como ya se dijo a las llamadas recompensas que no son más que responsabilidades de los cónyuges y compañeros frente a la sociedad de bienes o a la responsabilidad entre ellos.

Las normas son del siguiente tenor:

“ARTICULO 1798. DEUDAS CON LA SOCIEDAD POR DONACIONES. El marido o la mujer deberá a la sociedad el valor de toda donación que hiciere de cualquiera parte del haber social, a menos que sea de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social o que se haga para un objeto de eminente piedad o beneficencia y sin causar un grave menoscabo a dicho haber.”

“ARTICULO 1801. EXPENSAS QUE SE PRESUMEN PAGADAS POR LA SOCIEDAD CONYUGAL. En general, los precios, saldos, costos judiciales y expensas de toda clase que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges, se presumirán erogados por la sociedad, a menos de prueba contraria, y se le deberán abonar.

Por consiguiente:

El cónyuge que adquiere bienes a título de herencia, debe recompensa a la sociedad por todas las deudas y cargas hereditarias o testamentarias que él cubra, y por todos los costos de la adquisición; salvo en cuanto pruebe haberlos cubierto con los mismos bienes hereditarios o con lo suyo”.

“ARTICULO 1802. RECOMPENSA POR GASTOS EN BIENES DE LOS CÓNYUGES. Se le debe así mismo recompensa por las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges, en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes, y en cuanto subsistiere este valor a la fecha de la disolución de la sociedad; a menos que este aumento de valor exceda al de las expensas, pues en tal caso se deberá sólo el importe de éstas”.

“ARTICULO 1803. RECOMPENSA POR EROGACIONES EN FAVOR DE TERCEROS. En general, se debe recompensa a la sociedad por toda erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común.”

“ARTICULO 1835. ACCIONES DE REINTEGRO CONTRA EL CONYUGE. Aquel de los cónyuges que, por el efecto de una hipoteca o prenda constituida sobre una especie que le ha cabido en la división de la masa social, paga una deuda de la sociedad, tendrá acción contra el otro cónyuge para el reintegro de la mitad de lo que pagare; y pagando una deuda del otro cónyuge, tendrá acción contra él para el reintegro de todo lo que pagare.”

2.3.10 Sanción por ocultación o distracción de bienes sociales.

El artículo 1824 del Código Civil, si bien es cierto que se refiere a cónyuges es aplicable a compañeros permanentes, heterosexuales y homosexuales; para los primeros por la remisión directa del artículo séptimo de la ley 54 de 1990; para los segundos por mandato de la Corte Constitucional.

La norma es del siguiente tenor:

“ARTICULO 1824. OCULTAMIENTO DE BIENES DE LA SOCIEDAD. Aquel de los dos cónyuges o sus herederos, que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa, y será obligado a restituirla doblada.”

2.3.11 Un asunto confuso.

De conformidad con los artículos 110, 111 y 112 del Código Civil el incumplimiento de los esponsales no da lugar a responsabilidad por el daño que se causa. No obstante lo dicho se consagra la facultad de retener lo pagado por el incumplido y, se justifica la revocación de donaciones.

Las normas son del siguiente tenor:

“ARTICULO 110. CONCEPTO. Los esponsales o desposorios, o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y ciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil.

No se podrá alegar esta promesa ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios.”

“ARTICULO 111. IMPROCEDENCIA DE MULTA POR INCUMPLIMIENTO. Tampoco podrá pedirse la multa que por parte de uno de los esposos se hubiere estipulado a favor del otro para el caso de no cumplirse lo prometido.

Pero si hubiere pagado la multa, no podrá pedirse su devolución.”

“ARTICULO 112. RESTITUCION DE COSAS DONADAS. Lo dicho no se opone a que se demande la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado.”

2.4 EL ASUNTO DE JIAN FENG A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

El caso narrado en la parte introductoria parece no estar expresamente regulado en el ordenamiento jurídico colombiano porque no hay norma que regule el deber de indemnizar al cónyuge que descubre que el otro cónyuge le ha ocultado la verdad en torno de cirugías estéticas, a éste practicadas, antes de casarse. Tampoco se establece que la “fealdad”, de la prole, pueda constituir un daño para los padres o para uno de ellos.

No obstante lo anotado, es importante hacer más reflexiones en torno del caso Jian Feng frente a casos de responsabilidad expresamente regulados por el

ordenamiento jurídico como se hará a continuación en el Capítulo Tercero de este trabajo.

3. EL OCULTAMIENTO DE LA VERDAD COMO HECHO DAÑINO EN EL DERECHO DE FAMILIA COLOMBIANO

3.1 PLANTEAMIENTO EN UN SUPUESTO GENERAL

Un marido o un compañero permanente estima que sufre daños por la fealdad de los hijos que su mujer da a luz y porque el fenotipo de sus hijos no corresponde ni a los rasgos de ella ni a los rasgos de él.

3.2 Posibles ubicaciones del caso en el ordenamiento Jurídico Colombiano.

3.2.1 Determinación de la infidelidad como causal de divorcio, cesación de efectos civiles o separación de cuerpos.

Si el marido demuestra que su mujer le fue infiel y que en verdad las criaturas dadas a luz por ella no fueron engendradas por el, será procedente la declaración de divorcio o la cesación de efectos civiles y aún la separación judicial de cuerpos. En este supuesto, la reparación del daño es consecuencia de la infidelidad y no del hecho de la fealdad de los hijos en el campo matrimonial.

Como ya se anotó en el Capítulo anterior, la indemnización se contrae a la fijación de una cuota alimentaria a favor del cónyuge inocente y a cargo del cónyuge culpable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 de Código Civil.

3.2.2 Determinación de la infidelidad como causal de rompimiento de la Unión Marital de Hecho.

Lo que resulta regulado en el campo matrimonial no aparece en el campo de la unión marital de hecho: ¿Puede el compañero permanente reclamar alimentos

probando que la compañera le fue infiel y por tal razón le cabe responsabilidad por el daño causado con el rompimiento de la unión?.

Ante la ausencia de norma que regule el caso no puede acudirse al artículo 411 del Código Civil porque los principios hermenéuticos impiden la aplicación analógica de sanciones. No puede pretender el compañero engaño la fijación de cuota alimentaria.

Pero con fundamento en el artículo 2341 del Código Civil podría pensarse que el compañero permanente puede reclamar la indemnización propia de la responsabilidad: el pago de los perjuicios no atados al concepto de alimentos.

La norma citada es del siguiente tenor:

“ARTICULO 2341. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”

3.2.3 Ante la no infidelidad, El Engaño como causal de Nulidad del Matrimonio Civil.

Si el marido no logra demostrar la infidelidad, pudiera pensarse en alegar el engaño como causal de nulidad del matrimonio. Sobre el punto es importante observar cual es el tratamiento dado por el ordenamiento jurídico a las situaciones de error y dolo. Sobre el tema los profesores Martha Elena Montoya Osorio y Guillermo Montoya Pérez han señalado:

“2.2.2.2. Del error en el matrimonio.

El numeral 1 del artículo 140 del Código Civil se refiere al “*error acerca de la persona de ambos contrayentes o de la de uno de ellos*”, lo que significa que

el error puede ser mutuo o padecido sólo por uno de los contrayentes. La norma no precisa ni lo que ha de entenderse por error ni lo que ha de entenderse por persona, razón por la cual la dogmática y la jurisprudencia familiares han elaborado todo un cuerpo teórico sobre los puntos expresados.

2.2.2.2.1. Concepto de error.

Con fundamento en la teoría general del acto jurídico, se puede afirmar que se entiende por error el concepto equivocado de la realidad, esto es, creer cierto lo que es falso o creer falso lo que es cierto.

2.2.2.2.2. Clases de error.

Se distinguen dos clases de errores en materia matrimonial:

El error que recae sobre los contenidos esenciales del matrimonio, llamado también error sobre el significado del acto; este error se ubica dentro de la teoría de la manifestación de la voluntad y como ya se explicó, se trata como causal de inexistencia toda vez que el concepto equivocado sobre los contenidos esenciales implica la ausencia de consentimiento^{8 9}.

El segundo de los errores hace relación a las personas de los contrayentes y aquí la doctrina y la jurisprudencia toman posiciones diversas porque para un sector, el error mencionado en el numeral 1 del artículo 140 sólo hace referencia a la identidad misma de la persona y no a cualidades físicas o morales de ella; así lo sostenía por ejemplo el profesor Jorge Ortega Torres¹⁰; por el contrario, otros autores, entre ellos Arturo Valencia Zea consideran que el error puede darse tanto sobre la identidad física como social, o sobre las cualidades esenciales de las personas de los contrayentes. La tesis mayoritaria hoy es la segunda y así por ejemplo, el tratadista español Luis Díez Picazo¹¹ analizando el artículo 1266 del

⁸ Montoya Osorio, Martha Elena. Montoya Pérez Guillermo. *“Relaciones Matrimoniales”*, Librería Jurídica Dikaia, Medellín 2013.

⁹ Vale alegarlo como causal de nulidad, según la posición mayoritaria

¹⁰ ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil comentado, editorial Temis, Bogotá, 1979

¹¹ DÍEZ PICAZO, Luis. Sistema de Derecho Civil, volumen II, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1985.

Código Civil Español que se refiere sólo al error sobre la persona, precisa que: “... esa expresión “persona” comprende tanto la identidad como las cualidades de la misma”.

La evolución doctrinaria y jurisprudencial nació de la legislación francesa que partió del criterio restringido pero que hoy se ha abandonado por los mismos franceses y por las demás legislaciones contemporáneas como la alemana, la portuguesa, la brasilera o la peruana, legislaciones éstas donde expresamente se indica que hay nulidad del matrimonio cuando ha habido error en la persona o en las cualidades de ella.

La posición contemporánea no descarta el error en la identidad física o en la identidad social del sujeto, que son supuestos posibles aunque de rara ocurrencia, al contrario de lo que ocurre acerca del error sobre las cualidades esenciales de las personas que son de frecuente presentación.

Hay error sobre la identidad física de la persona, de uno de los contrayentes o de ambos, cuando queriendo contraer con un determinado sujeto se contrae con otro, supuesto que es de rara ocurrencia pero que puede darse por ejemplo, en caso de gemelos o en los casos de personas que se conocen por medios electrónicos. Sobre este error es patético el ejemplo que se encuentra en el Génesis, 29 -15 - 30 que relata el matrimonio de Jacob con Lía donde Jacob estaba convencido que estaba recibiendo por mujer a Raquel que era la hija prometida por Labán a Jacob; a la mañana siguiente de la boda, Jacob descubre que no es Raquel la desposada, sino Lía, configurándose así un típico error sobre la identidad física de la contrayente, situación que a la luz de la Legislación Colombiana daría lugar a solicitar la nulidad del matrimonio con fundamento en el numeral 1 del artículo 140 del Código Civil, pero sabido es que en la historia bíblica el problema fue solucionado de diferente manera porque ante el descubrimiento del error, Labán acuerda con Jacob entregarle también a Raquel quedando éste con dos mujeres.

Sobre el caso, las siguientes consideraciones:

Técnicamente, el ejemplo no corresponde a un caso de error, sino que es un caso de dolo proveniente de un tercero, que en la teoría general del acto jurídico, no da lugar a la nulidad, según el claro mandato del artículo 1515 del Código Civil; pero como ya se indicó, el dolo no está consagrado como causal expresa de nulidad en el matrimonio. No estando consagrado el dolo, la situación debe manejarse a través de la teoría del error, creándose una situación excepcional en cuanto que el dolo de un tercero viene, indirectamente, a afectar el consentimiento y la consecuencia ha de ser la inexistencia y no la nulidad, como pasa a explicarse.

Debe advertirse que también puede darse el caso del error sobre la identidad física sin la intervención de un tercero, que es lo que corresponde al concepto de error; de presentarse, la solución pasa por lo ya dicho y por lo que va a decirse en torno de la inexistencia.

En estricto sentido y aplicando la teoría general del error, llamado obstáculo u obstativo, el error en la identidad física no debería ser considerado como causal de anulabilidad, sino que técnicamente debería tratarse como causal de inexistencia, porque es claro que quien consiente bajo error, en este caso concreto, no expresa el consentimiento respecto de quien quería expresarlo y por lo tanto, no hay correspondencia con lo querido, divergencia que hace que el matrimonio sea inexistente.

En síntesis, para quienes escriben, el problema del error en la identidad física, en el campo matrimonial, debe tratarse en el tema de la existencia y no dentro del campo de la nulidad.

El error sobre la identidad civil o social es también de difícil presentación pero puede darse, por ejemplo, en el supuesto citado por Valencia Zea: el ciudadano

colombiano que proyecta casarse con una venezolana a quien no conoce físicamente; a la ceremonia comparece otra mujer, no habiendo error sobre la identidad física porque el ciudadano colombiano manifiesta querer casarse con la persona que físicamente ha comparecido, pero luego descubre que no es la mujer cuya identidad civil o social él tenía por referente.

Por el contrario, el error sobre las calidades esenciales de las personas es de cotidiana presentación porque como lo afirman los hermanos Mazeaud, son las cualidades sustanciales las que le dan a cada persona su verdadera identidad jurídica, las que la distinguen y la individualizan; esta teoría, que es la mayoritariamente aceptada, tiene sus limitaciones porque no toda ausencia de cualidades personales puede dar lugar a la nulidad del matrimonio. Por eso se dice que tales cualidades han de constituir un bien interno del contrayente y no un aspecto externo del mismo; ha de tratarse de un error grave y determinante, de manera tal que de haberse sabido la realidad no se hubiera expresado el consentimiento matrimonial.

Como ejemplos de cualidades esenciales cuya ausencia puede generar la nulidad matrimonial por error, se citan, entre otras, las siguientes:

Las enfermedades o anormalidades graves o incurables, bien de contenido físico o psíquico, incluyendo entre ellas la impotencia generandi; recuérdese que la impotencia coeundi es causal de inexistencia, como ya se analizó.

En algunos sectores se miran como calidades esenciales de la mujer el ser virgen, no haber abortado y no haber ejercido la prostitución. Estos aspectos son materia de profundo debate y la tendencia contemporánea, respecto de los dos primeros casos, es negarles el carácter de calidad esencial.

Se miran como calidades esenciales del varón el no haber tenido una vida disoluta en el campo sexual, como equivalente de la calidad esencial de no prostitución de la mujer.

Respecto del hombre y de la mujer se miran como calidades esenciales el ser personas de bien y no tener antecedentes penales, incluso en materia de delitos políticos.

En algunos casos especiales, las diferencias culturales, originadas en aspectos como la nacionalidad, la raza y la religión, diversas, pueden constituir calidades esenciales de una persona, a efectos de que el cónyuge afectado alegue el error. La causal del error sólo puede ser alegada por el contrayente que ha padecido el error y no puede alegarse si al descubrirlo se continúa cohabitando.

No obstante que el artículo 142 del Código Civil no señala el término en que debe convivirse para convalidar el consentimiento, algún sector de la doctrina estima que debe alegarse la nulidad dentro de un término prudencial; otro sector estima que debe presentarse en cualquier tiempo, pero siempre bajo el supuesto de que descubierto el error se hizo cesar la convivencia, porque si se continúa en ella se entiende que se ha renunciado a alegar la causal. Hay también quienes estiman que esta causal debe alegarse dentro de los tres meses siguientes, aplicando la misma analogía que la Corte ha hecho frente a la incompetencia del Juez como causal de nulidad, doctrina contenida en sentencia de 9 de diciembre de 1975, de la Sala de Casación Civil:

“Nulidad del matrimonio generado por falta de celebración ante el juez competente. “Si la nulidad del matrimonio civil proveniente de no haberse celebrado éste ante juez y testigos competentes, nulidad que, como ya se dijo fue consagrada inicialmente en el numeral 4º del premencionado artículo 140 del Código Civil y luego reafirmada en el número 1º del artículo 13 de la Ley

57 de 1887, nunca, ni frente a las normas originales del código, ni frente a las de la legislación posterior expedida hasta hoy, ha sido considerada ni como nulidad absoluta ni como insubsanable, es palmar que, por exclusión, tal causa ha sido constitutiva siempre de una nulidad típicamente subsanable, es decir de una nulidad que hace confirmable al matrimonio por circunstancias posteriores a su celebración.

(...).Ahora bien: si el artículo 115 preceptúa que el contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayente, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos por el Código Civil, y si como atrás quedó visto, el mutuo y libre consentimiento de los contrayentes se expresa ante juez civil municipal que no sea el del vecindario de la mujer, tal vicio constituye nulidad saneable, sin que el legislador haya previsto el modo de su saneamiento, es fuerza concluir, aplicando por analogía la solución dada a otras nulidades de la misma estirpe en los artículos 143 y 145, que pasados tres meses de la fecha del matrimonio celebrado ante juez civil municipal que no tiene jurisdicción en el vecindario de la mujer, sin que los cónyuges demanden la nulidad, ésta queda saneada. La demanda de nulidad de matrimonio, pues, fundada en la causa que antes se expresó, solamente puede intentarse dentro de los tres meses siguientes a su celebración. Pasado este término, la dicha nulidad no ha lugar¹².

Respecto del error matrimonial, en la legislación colombiana, se tiene:

La posibilidad de anular el matrimonio.

¹² El texto jurisprudencial es anterior a la sentencia C 112 del 2000, donde la Corte Constitucional aclaró que la competencia para la celebración del matrimonio la tiene el juez del domicilio del varón o de la mujer, a prevención.

También debe aclararse que si bien la referencia se hace al juez civil o promiscuo municipal, es aplicable a todo funcionario con competencia para presenciar el matrimonio civil.

La posibilidad de ser intentada la acción de nulidad por el cónyuge que padece el error, conforme lo prevé el artículo 142 del Código Civil.

La nulidad por error en materia matrimonial, es saneable, y se sana cuando, descubierto el error, los contrayentes continúan conviviendo por tres meses o más, porque si bien es cierto que no hay norma expresa que consagre este término, la jurisprudencia ha entendido que éste debe tomarse de la regulación de otras causales. También como ya se dijo, otras posiciones doctrinarias afirman que puede alegarse en cualquier tiempo o en un tiempo prudencial, siempre que no se haya seguido conviviendo.

El error se acredita con cualquiera de los medios de prueba admitidos en la legislación colombiana.

2.2.2.3. Del dolo.

Como se había anotado anteriormente, ante la ausencia de regulación del dolo, la doctrina contemporánea estima que cuando ha habido engaño de uno de los contrayentes al otro, con miras a obtener el consentimiento matrimonial, el engañado puede alegar como causal de nulidad el error, señalando que el engañante carece de la calidad esencial de ser persona de bien; considerando también la posibilidad excepcional, de que la intervención de un tercero afecte también el consentimiento, conforme lo analizado atrás.”

En conclusión puede afirmarse que: no le es dable al marido alegar el error sobre los aspectos estéticos de su mujer.

- Puede ser viable la demanda con fundamento en el engaño como configurante de un error acerca de la calidad de la persona porque de conocerse la situación, el engaño no la fealdad, el marido no se hubiera casado.
-

3.2.4 Ante la no infidelidad, el engaño como causal de nulidad de la unión marital de hecho

La ley 54 de 1990 en nada se refiere a los vicios del consentimiento en la conformación de la Unión Marital de Hecho. Si bien es cierto que no se puede aplicar la teoría matrimonial, hay que entender y aceptar que la Unión en tanto acto jurídico se rige por las normas generales, en este caso por los artículos 1508 a 1526 del Código Civil.

El artículo 1512 se refiere al error en la persona y precisa:

“ARTICULO 1512. ERROR SOBRE LA PERSONA. El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.

Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato.

Sobre el punto sostiene el profesor Díez Picazo¹³:

“ERROR EN LA PERSONA. ART. 1512. El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.

Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato.

DOCTRINA. El error en la persona comprende error sobre la identidad y error sobre las cualidades de la misma. “Error en la persona. De acuerdo con el

¹³ DIEZ PICAZO, Op. Cit.

párrafo 2º del artículo 1266 “el error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido causa principal del mismo”. Observa Castro que esta última expresión es coincidente con la que usa el párrafo 1º (motivo a celebrarlo), pues la causa principal aludida no es la tenida en cuenta para tipificar los contratos o caracterizarlos de una manera general (art. 1274). La consideración a ella envuelve dos tipos de error en la persona: error de identidad y error de cualidades. Hay un error sobre la identidad cuando, por ejemplo, queremos contratar con Pedro y lo hacemos con Juan, a quien creemos Pedro. Existe un error sobre las cualidades si contratamos con una persona a quien estimamos experta en la presentación de los servicios que necesitamos o deseamos y resulta no lo es.

La doctrina, aun reconociendo que será la autoridad judicial la que ponderando las circunstancias concurrentes valore si en un determinado contrato ha sido elemento esencial la persona o cualidades del otro contratante, tiende a dar relevancia al error cuando se trata de contratos marcados por el *intuito personae*, es decir, aquellos en los que la consideración de la persona es esencial. Una postura más acertada y abierta sostiene Alonso Pérez, para quien hay que extender la impugnación del negocio a todas las hipótesis en que la persona o sus cualidades sean elementos determinantes del contrato, haya sido o no *intuito personae*. Hay que centrar, dice, la atención en los intereses que con el contrato se quieren realizar. Siempre que, por razón de la persona, el negocio no los satisfaga o no ponga fin al conflicto de intereses, nos hallaremos ante un error en la persona de carácter esencial, partiendo de una serie de criterios objetivos, v.gr., tipo de contrato, cualidades de la otra parte, intereses en juego, circunstancias del caso concreto, confianza que inspira la persona en cuestión, etc.”

Así las cosas parece más viable la reclamación del compañero permanente que la del cónyuge por razón de las limitaciones que la ley Colombiana impone en el campo matrimonial.

A más de la posibilidad de alegar la nulidad de la unión, no puede descartarse la demanda de responsabilidad con fundamento en el artículo 2341 del Código Civil como quedó referido al hablar de la situación en relación con el matrimonio.

3.2.5 Responsabilidad Directa.

No habiéndose dado la infidelidad y por tanto no siendo susceptibles las demandas de divorcio, cesación de efectos civiles y separación de cuerpos; no siendo posible la demanda de nulidad ni la de rompimiento de la unión marital, hay que preguntarse si un marido o compañero permanente, de manera autónoma e independiente de las circunstancias referidas, puede pretender una indemnización alegando, como hecho dañino, el ocultamiento de la verdad consistente ésta en haberse sometido su mujer o compañera permanente a cirugías estéticas antes del matrimonio o de la unión.

La carencia de norma expresa lleva a plantear la polémica reseñada en la introducción de este trabajo en cuanto a la necesidad de regular, con precisión y claridad, los temas de responsabilidad por daños en materia del derecho de familia.

Mientras las normas llega, se impone, para la Doctrina y la Jurisprudencia, la necesidad de aproximar soluciones.

Quien suscribe este trabajo considera, con fundamento en el principio constitucional de la reparación integral de todo daño causado y con base en el artículo 2341 del Código Civil, que el ocultamiento de la verdad puede tenerse como hecho dañino, pero para fijar la responsabilidad hay que probar los demás elementos de ella: Daño, nexos causal (entre el hecho y el daño) e imputación, en el caso, a título de dolo o culpa.

BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ PICAZO, Luis. Sistema de Derecho Civil, volumen II, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1985.

LÓPEZ MESA, Marcelo J. Elementos de la Responsabilidad Civil. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá – Colombia. 2009.

MEDINA, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires – Argentina. 2008

MONTOYA OSORIO, Martha Elena. Montoya Pérez Guillermo. “Relaciones Matrimoniales”, Librería Jurídica Dikaia, Medellín 2013.

SAMBRIZZI, Eduardo A. Daños en el Derecho de Familia. La Ley S.A. Buenos Aires, Argentina. 2001.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual. Ediciones Doctrina y Ley Limitada, Bogotá D.C. Colombia. 2005.

URIBE HOLGUÍN, Ricardo. Cincuenta Breves Ensayos sobre Obligaciones y Contratos. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 1979.

Diario La Razón <http://www.razon.com.mx/spip.php?article196947>