

Universidad Autónoma de Bucaramanga  
Facultad de Ciencias Jurídicas  
Maestría en Derecho de Familia

**LA PROCREACION COMO UNO DE LOS FINES DEL MATRIMONIO:  
Nuevas realidades y posibilidades de transformación**

Asesor: Dr. Camilo Quiñonez

Investigadora Principal:  
Morales Escudero Angélica Edith

Bucaramanga, Julio 23 de 2012

Los fines del matrimonio, constituyen en la actualidad uno de los objetivos generales para la materialización y eficacia de la Institución Matrimonial. Los fines del matrimonio como se encuentran descritos legalmente se vienen desarrollando de manera diferente, y no por esto el Matrimonio pierde su esencia. Dentro de los fines, la procreación es mucho más genérica y actualmente existen circunstancias tales como la infertilidad, el mutuo acuerdo de no tener hijos, que transforman las finalidades propias del Matrimonio y por ende cambian la esencia del concepto de Familia.

Tabla de Contenido

**LA PROCREACION COMO UNO DE LOS FINES DEL MATRIMONIO:  
Nuevas realidades y posibilidades de transformación**

	Pág.
Resumen	5
Introducción	6
Justificación	7
Planteamiento del Problema	7
Objetivos	9
Objetivo General	9
Objetivos Específicos	10
Marco jurídico	10
Marco Jurídico Nacional	10
Marco Jurídico Internacional	12
Marco Conceptual	15
Marco Teórico	20
Concepto de Familia	29
Concepto de Familia D. Colombiano	29
Fines del Matrimonio	30
Concepto de Procreación como uno de los fines del matrimonio	32
Derecho a la Intimidad	37
Derecho libre desarrollo de la personalidad	43
Elementos concepto familia monoparental	45

Metodología	48
Tipo de investigación y Diseño	48
Instrumento	48
Ficha Textual	49
Ficha de Resumen	49
Ficha de Comentario	49
Procedimiento	50
Resultados	53
Discusión	61
Conclusiones	61
Referencias	81

## Resumen

Los fines del matrimonio, constituyen en la actualidad uno de los objetivos generales para la materialización y eficacia de la Institución Matrimonial. Los fines del matrimonio como se encuentran descritos legalmente se vienen desarrollando de manera diferente, y no por esto el Matrimonio pierde su esencia. Dentro de los fines, la procreación es mucho más genérica y actualmente existen circunstancias tales como la infertilidad, el mutuo acuerdo de no tener hijos, que transforman las finalidades propias del Matrimonio y por ende cambian la esencia del concepto de Familia.

## Palabras Clave

Matrimonio, Procreación, Fines del matrimonio, Autonomía, Autodeterminación reproductiva, intimidad

**LA PROCREACION COMO UNO DE LOS FINES DEL MATRIMONIO:  
Nuevas realidades y posibilidades de transformación**

Los fines del matrimonio, constituyen en la actualidad uno de los objetivos generales para la materialización y eficacia de la Institución Matrimonial. Los fines del matrimonio como se encuentran descritos legalmente se vienen desarrollando de manera diferente, y no por esto el Matrimonio pierde su esencia. Dentro de los fines, la procreación es mucho más genérica y actualmente existen circunstancias tales como la infertilidad, el mutuo acuerdo de no tener hijos, que transforman las finalidades propias del Matrimonio y por ende cambian la esencia del concepto de Familia.

Con la frase "de procrear" contenida en el artículo 113 del Código Civil, y lo consagrado en los incisos 4 y 5 del artículo 42 de la Constitución, se evidencia "una abierta oposición a lo dispuesto por la norma de normas", porque según el Diccionario de la Real Academia Española "la palabra 'procrear' hace referencia, a engendrar, "multiplicar una especie", lo que significa crear un ser humano "por medios naturales o científicos".

El artículo 113 del Código Civil no puede imponer como una de las finalidades del matrimonio la de "procrear", porque el matrimonio, como contrato de naturaleza civil, también debe observar el principio de la autonomía de la voluntad y además porque las parejas que formalizan su relación a través de la institución del matrimonio pueden o no determinar, amparados en su libre consentimiento, si desean o no procrear, por lo cual no

se puede fijar como finalidad del matrimonio la de engendrar, por cuanto se vulneraría el principio de la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, el Estado no puede imponer la finalidad de procrear como acción exclusiva del matrimonio ya que ésta puede realizarse sin mediar el contrato del matrimonio, adicionalmente esa finalidad excluye otras formas de tener hijos que integran lo que se tiene como concepto de Familia. El inciso 5 del artículo 42 de la Constitución señala que la pareja tiene "derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos" y en virtud de tal decisión libre una pareja no está obligada a procrear.

La procreación y la pervivencia de la especie constituyen una finalidad del matrimonio que no puede ser considerada acorde a la Constitución, puesto que la norma de normas señala que es de libre decisión de la pareja el determinar si quieren, o no, tener hijos, así como definir su número.

#### Planteamiento del Problema

El concepto del matrimonio estable durante largos siglos en toda la cultura judeo-cristiana ha experimentado en los últimos tiempos una evolución tal que difícilmente reconoceríamos y aceptaríamos en la actualidad una vinculación matrimonial como la establecida en siglos pasados.

La equitativa relación de la pareja con idénticos derechos y deberes tanto para hombre como para la mujer; la igualdad de derechos de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, y el divorcio son algunos de los cambios más significativos en la pareja que ya habían sido recogidos por la legislación civil Colombiana.

La libertad procreacional parece estar instalada en la norma social "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos". Se incluye, desde luego, la posible decisión de no tener hijos y el fundamento de la negativa puede estar en la edad, cuando la pareja ha superado la etapa fértil de sus vidas; tienen hijos de matrimonios anteriores; padecen alguna enfermedad que cause esterilidad o algún problema de transmisión genética, o simplemente, en ejercicio de su libertad, la pareja decide no tener hijos. Estas personas pueden buscar, en cambio, la posibilidad de constituir con otra persona de sexo contrario una comunidad de vida plena, permanente, y reconocida social y jurídicamente como matrimonio.

El derecho iría demasiado lejos si permitiera a un cónyuge exigir a su pareja tener hijos y educarlos contra su voluntad. La procreación y la formación de la prole es, por excelencia, la expresión de la libertad para adquirir serias responsabilidades para toda la vida. La experiencia ha demostrado que desafortunadamente los hijos no deseados, generalmente devienen en niños maltratados.



Además, si la procreación es un fin del matrimonio, el débito conyugal está implícito en la relación matrimonial. Los canonistas definen al débito como la obligación que en matrimonio tiene cada uno de los cónyuges de realizar la cópula con el otro cuando éste lo exija o pida.

El actual desarrollo de los derechos humanos no permite concebir un deber que vaya en contra del respeto a la intimidad e integridad del ser humano. Las personas no son el objeto para la consecución de un fin sino son sujetos con dignidad y con derecho a ejercer su libertad procreacional.

Lo anterior lleva a plantear el siguiente problema a investigar ¿Cuándo se define la procreación como uno los fines del matrimonio se está desconociendo por parte del legislador algún o algunos derechos constitucionalmente protegidos?

## Objetivos

### Objetivo General

Analizar la procreación como uno los fines del matrimonio a la luz de los derechos fundamentales de autonomía, salud, igualdad, libre desarrollo de la personalidad e intimidad personal.

## Objetivos específicos

Revisar las implicaciones constitucionales que tiene la procreación considerada como fin del matrimonio

Establecer si la procreación es una condición de la existencia y validez del contrato de matrimonio

Confrontar ideas y argumentos provenientes de la realidad social y cultural del país para tener una aproximación a los nuevos tipos de familia que se configuran en la actualidad

## Marco de Referencia

### Marco Jurídico Nacional:

La Constitución Política de Colombia, define la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y la forma libre de establecer filiación natural, civil o científica y la decisión libre de escoger el número de hijos; así mismo contempla separación y la disolución del vínculo, que se rigen por la ley civil. Tales derechos hacen parte de los derechos fundamentales del capítulo II de los derechos económicos, sociales y culturales.

Código Civil Colombiano (2011), artículo 113 define el matrimonio como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente; siendo uno de los

fines esenciales del vínculo matrimonial el procrear, el concebir hijos para establecer una familia.

La pareja es entonces libre de formar una familia y procrear, lo cual pone en ponderación dos derechos, el gozar de una familia natural o jurídica, y de tener hijos, e igualmente el no tenerlos, sea que naturalmente no puedan procrear o porque procrear no es un fin para alguno de los consortes, el cual no dejarían de serlo por no cumplir con este precepto; la Corte Constitucional se ha manifestado respecto al tema del concepto de familia, y sus formas son diversas, en búsqueda de un solo fin u objetivo que es el bienestar de los cónyuges, y deja de lado o de manera secundaria la procreación y la ayuda y socorro mutuos.

El matrimonio está definido en el artículo 113 del C.C. como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente, como puede verse, el legislador al establecer la naturaleza jurídica del matrimonio acogió el criterio contractualista al considerarlo como un contrato, criterio que ha tenido bastantes impugnadores, en cuanto no hallan en el vínculo matrimonial realmente un contrato sino que le atribuyen una naturaleza jurídica, distinta como matrimonio Institución (Georges Renard-Maurice Hauriou) o Mixta, Contrato-matrimonio-Institución (Planiol - Ripert) Ecléctica (Julien Bonnecase).

#### Marco Jurídico Internacional:

Reformas al Código Civil de los fines del matrimonio en México: Otra de las reformas de trascendencia la constituye el señalamiento de los que deben ser considerados como fines del matrimonio: la comunidad de vida, la procuración de respeto, igualdad y ayuda mutua. La procreación también puede ser una finalidad de la unión matrimonial, pero sólo como una posibilidad y no como un fin necesario. ¿Significa lo anterior una nueva concepción del matrimonio? Desde luego que sí, pero el cambio no se da a partir de la reciente reforma legal, por el contrario, se ha generado a partir de las transformaciones que ocurren en la estructura de la relación de pareja dentro del matrimonio.

El concepto del matrimonio estable durante largos siglos en toda la cultura judeo-cristiana ha experimentado en los últimos tiempos una evolución tal que difícilmente se reconocería y aceptaría en la actualidad una vinculación matrimonial como la establecida en siglos pasados. La equitativa relación de la pareja con idénticos derechos y deberes tanto para hombre como para la mujer; la igualdad de derechos de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, y el divorcio son algunos de los cambios más significativos en la pareja que ya habían sido recogidos por la legislación civil.

En cuanto a la procreación como finalidad necesaria del matrimonio, ya el legislador desde 1928 no la reglamentó como tal. Si bien en la regulación de las

capitulaciones, el código anterior establecía que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie se tendría por no puesta, no por ello se puede deducir que el legislador haya querido considerar a la perpetuación de la especie como un fin necesario del matrimonio.

Por otra parte, la reforma no hace sino confirmar la norma constitucional que reconoce la libertad procreacional: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos". La norma incluye, desde luego, la posible decisión de no tener hijos y el fundamento de la negativa puede estar en la edad, cuando la pareja ha superado la etapa fértil de sus vidas; tienen hijos de matrimonios anteriores; padecen alguna enfermedad que cause esterilidad o algún problema de transmisión genética, o simplemente, en ejercicio de su libertad, la pareja decide no tener hijos. Estas personas pueden buscar, en cambio, la posibilidad de constituir con otra persona de sexo contrario una comunidad de vida plena, permanente, y reconocida social y jurídicamente como matrimonio.

Además, si la procreación es un fin del matrimonio, el débito conyugal está implícito en la relación matrimonial. Los canonistas definen al débito como la obligación que en matrimonio tiene cada uno de los cónyuges de realizar la cópula con el otro cuando éste lo exija o pida. Con el matrimonio surgen varios derechos subjetivos que se manifiestan en facultades y una de

ellas es el derecho a la relación sexual con el débito carnal correspondiente, "Evidentemente que como en todos los problemas de derecho de familia, debe prevalecer el interés superior de la familia, de tal suerte que en el caso se trata no sólo de una función biológica, sino también de una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio".

Tal afirmación parte de las concepciones doctrinales que determinan la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y en tal virtud debe entenderse que cada cónyuge está facultado para exigir el débito conyugal. El actual desarrollo de los derechos humanos no permite concebir un deber que vaya en contra del respeto a la intimidad e integridad del ser humano. Las personas no son el objeto para la consecución de un fin sino son sujetos con dignidad y con derecho a ejercer su libertad procreacional.

Con base en los argumentos expuestos, se considera acertada la reforma que señala a la procreación como un fin del matrimonio susceptible de ser elegido. La pareja es libre para decidir si quiere asumir el compromiso de la maternidad o de la paternidad y, en todo caso, de decidir el número y espaciamento de sus hijos. En ese mismo sentido se expresa el artículo 162 del mismo código: "Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable sobre el número y espaciamento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señale la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia

descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

### Marco Conceptual

El matrimonio en el derecho romano; "Las nupcias son la unión del hombre y la mujer en un consorcio de toda la vida, comunicación del derecho divino y humano". Aquí observamos que los romanos se referían al matrimonio como "nupcias", el cual proviene de "nubere", es decir, velar o cubrir; aludiendo al velo que cubría a la novia durante la ceremonia de la confarreatio. Sin embargo la palabra etimológicamente deriva de *matris* (madre) y de *monium* (cargo o gravamen) oficio o cargo de madre.

A pesar de lo referido, el matrimonio para la mujer significa, formar su propio hogar con su esposo como principio inmutable para la persona. El matrimonio es la institución que constituye la base de la familia moderna monogámica. Se constituye la familia con el matrimonio, es decir que existe familia desde el momento de la celebración del matrimonio entre un hombre y una mujer. Nuestro Código Civil Colombiano conceptualiza al matrimonio, en el Art. 113, que prescribe: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".

La palabra matrimonio puede tener tres significados diferentes, de los cuales solo dos tienen interés desde el punto de vista jurídico. En un primer sentido, matrimonio es el acto de celebración; en un segundo sentido, es el estado que para los contrayentes deriva de ese acto; y, en el tercero, es la pareja formada por los cónyuges". (Son de interés los dos primeros).

La persona, la más célebre definición de la persona es la formulada por Boecio: "Sustancia individual de naturaleza racional". Por sustancia individual se entiende aquí lo que Aristóteles llama la sustancia primera: una realidad indivisa en sí misma, y separada en cambio, de las demás realidades. La dignidad, Deriva del latín "Dignitas", del adjetivo "Dignus", cuya forma arcaica "Dec", nos revela su origen del verbo "Decent", que significa decente. Entonces, es la actitud de respeto a sí mismo y a los otros, por el reconocimiento que toda criatura humana posee características que la elevan por encima de los otros seres. El respeto a esa dignidad es la garantía suprema del orden social.

El matrimonio, es una institución tan antigua como el hombre mismo; pues no hay etapa del desarrollo humano en el que no haya existido dicho acto, como matrimonio propiamente dicho u otra forma de unión. La Iglesia es quien se ha preocupado con mayor énfasis, enseñanza que ha tenido arraigo en todas las grandes culturas del mundo. El matrimonio no es una unión cualquiera entre personas humanas. Ha sido fundado por el Creador, que lo



ha dotado de una naturaleza propia, propiedades esenciales y finalidades.

La verdad natural sobre el matrimonio ha sido confirmada por la Revelación contenida en las narraciones bíblicas de la creación, expresión también de la sabiduría humana originaria, en la que se deja escuchar la voz de la naturaleza misma. Según el libro del Génesis, tres son los datos fundamentales del designo del Creador sobre el matrimonio. El hombre, imagen de Dios, ha sido creado varón y hembra; el hombre y la mujer son iguales en cuanto personas y complementarios en cuanto varón y hembra y, la sexualidad forma parte de la esfera biológica, donde se unen cuerpo y espíritu.

En la época Hebrea, celebraban el acto matrimonial en un cierre de negocios en el que era objeto primero la constitución como marido y mujer y la entrega de los bienes que pertenecerán a la mujer convertida ya en su esposa; y ya después la celebración y festejos nupciales en un ambiente religioso. En la cultura griega fue distinto, el padre de la joven y el pretendiente se ponían de acuerdo sobre la dote por la entrega de la mujer, acto que otorgaba poder al padre sobre la familia. A diferencia del derecho Romano que tuvo carácter monogámico y era reservado; para los patricios, el matrimonio por compra y el usus, que era la adquisición de la mujer por suerte de prescripción durante un año. En la sociedad Romana, estaba permitido el concubinato como un acto en que se iniciaba la convivencia conyugal.

Ya en la Edad Media el matrimonio que paso a ser cargo y responsabilidad de la Iglesia, naciendo así el matrimonio canónico, fue considerado como un contrato y a la vez un sacramento. Surge un dilema del matrimonio siendo éste ya en la época Moderna un sacramento para la Iglesia y un contrato en el Código Civil (en nuestra legislación es considerada como una Institución, Constitución política de 1991 art. 42) y demás legislación; y que sigue vigente hasta la actualidad.

Aunque algunos no usen esta terminología precisa, consagrada por el Magisterio de la Iglesia, se ven obligados, de grado o por fuerza, a reconocer la realidad que ella traduce, si es que quieren permanecer dentro de la doctrina católica. Algunos pretenden ampararse en el Concilio Vaticano II para escamotear o alterar la esencial subordinación de los fines del matrimonio anteponiendo el amor a la procreación, es decir, haciendo de lo segundo primero y viceversa. Quienes tales afirmaciones sostienen, demuestran de ese modo su ignorancia de los documentos conciliares. Según el Papa Pablo VI, las enseñanzas del Vaticano II se entienden siempre en la misma línea "del Magisterio eclesiástico anterior", del que el Concilio no es más que continuación, explicación e incremento".

Además la Constitución Pastoral "Gaudium et Spes" del Concilio Vaticano II, en su capítulo "Dignidad del matrimonio y la familia", en apoyo de su doctrina, cita ¡cinco veces! la encíclica "CastiConnubii" de Pío XI, que data de 1930, y que es la Carta fundamental del

Matrimonio Cristiano. Y al hablar de los "varios fines" del matrimonio, la "Gaudium et Spes" en su párrafo 48 remite en una nota a San Agustín, a Santo Tomás y a la encíclica "CastiConnubii", donde se afirma explícitamente la subordinación de los fines. Por lo tanto, si el Concilio Vaticano II cita, en su apoyo, documentos anteriores del Magisterio de la Iglesia es porque, al mismo tiempo, avala la doctrina que ellos contienen, como no podía ser de otra manera. De lo contrario, estaríamos en pleno absurdo e incoherencia lógica.

Si consideráramos a la procreación como el único fin esencial, se seguirían las siguientes consecuencias deplorables: podrían disolverse los matrimonios que no pudieran tener hijos; podrían separarse los matrimonios con hijos mayores, cuando, por la edad, ya no pudieran tener más; podría cohonestarse la inseminación artificial: tanto la ágama: entre no casados; como la heterónoma: entre mujer casada y varón que no es su marido; y la homógama entre casados; podría aceptarse la fecundación in vitro, que daría los llamados "hijos de probeta"; y se aceptaría como una bendición la proliferación de los bancos de semen, como ya hay en París, donde se registran las características del donante (color de ojos, cabello, estatura, grupo sanguíneo, etc.), para que el esperma sea elegido en función del aspecto físico del marido y de la mujer por inseminar, asegurándosele, por otra parte, al donante, que su anonimato será escrupulosamente respetado".

## Marco teórico

### Concepto de Familia

El matrimonio es una unión de dos personas, con un reconocimiento social, cultural y jurídico tendiente a proporcionar un marco de protección mutua (tanto jurídica como económica y emocional). En el derecho romano, el pragmatismo era parte de su forma de pensar, de manera que el matrimonio no se escapaba de ese vicio utilitarista. Los romanos, institucionalmente monógamos, concibieron las relaciones sexuales continuadas, con voluntad de convivencia y de vida en común, como un contrato, entre dos personas y sus familias.

Ya en la Edad Media el matrimonio que paso a ser cargo y responsabilidad de la Iglesia, naciendo así el matrimonio canónico, fue considerado como un contrato y a la vez un sacramento. Surge un dilema del matrimonio siendo éste ya en la época Moderna un sacramento para la Iglesia y un contrato en el Código Civil (en nuestra legislación es considerada como una Institución, Constitución política de 1991 art. 42) y demás legislación; y que sigue vigente hasta la actualidad. Aunque algunos no usen esta terminología precisa, consagrada por el Magisterio de la Iglesia, se ven obligados, de grado o por fuerza, a reconocer la realidad que ella traduce, si es que quieren permanecer dentro de la doctrina católica.

El tipo de familia que impera en Colombia y en general en toda América Latina, es el traído en la Conquista por españoles y portugueses, que a su vez se funda en bases romano-cristianas. Esta familia, como está dicho, fue de estirpe patriarcal con toda la autoridad girando alrededor del padre quien también ostentó un poder casi absoluto con la facultad, en ciertos casos, de vender o empeñar los hijos. Hay que recordar que la "familia española en la época de la Conquista, estaba formada sobre la base de la legislación de las Partidas, modificada por las ideas introducidas por la casa de Austria con la exclusión total de los extranjeros y de quienes no profesaban el culto católico, a punto tal, que la legislación española prohibía el matrimonio con cristiano no católico, que el derecho canónico si permitía, previa dispensa. No había otra unión reconocida más que la consagrada por la Iglesia Católica.

En la actualidad, la familia en Colombia no puede ser considerada, social ni jurídicamente, de manera exclusiva como patriarcal o matriarcal, pues con la expedición del Decreto 2820 de 1974, que consagró la absoluta igualdad jurídica del varón y la mujer, colocando a los cónyuges en un mismo pie de igualdad jurídica, debe concluirse que aquélla está bajo la autoridad de ambos padres y que los dos son igualmente responsables de la familia por ellos formada. Así las cosas, hoy la familia es de tipo conyugal, en la cual la autoridad es compartida en igualdad de condiciones por sus dos fundadores.

En la nueva Carta Política promulgada el 7 de julio de 1991, la familia adquirió un espacio significativo al ser proclamada, en su artículo 42, como el núcleo fundamental de la sociedad, con la disposición, en el artículo 5, de ampararla como su institución básica. La Constitución vigente, a diferencia de la de 1986, que apenas si nombraba la familia en el artículo 23 para decir que "nadie podrá ser molestado en su persona o familia", hace referencia expresa a ella en doce oportunidades para elevar a canon constitucional aspectos atinentes al matrimonio tanto civil como religioso, al divorcio, a la igualdad jurídica del hombre y la mujer, a los derechos del niño, del joven, a los de la tercera edad, etc. Así pues, "No puede hablarse de la familia sin coordinar sus contenidos con los del niño, el joven, la mujer o el anciano ni viceversa. No es necesario discutir por qué la familia es el núcleo, principio o elemento fundamental de la sociedad. Se le reconoce este lugar de privilegio dentro de la escala social porque todos deberíamos nacer, vivir y morir dentro de una familia.

El matrimonio es hoy una realidad regulada por el ordenamiento jurídico, que hace que la unión de dos personas con el objetivo de alcanzar una comunidad de vida y ayuda mutua se vea revestida de un conjunto de derechos y de obligaciones. El concepto de matrimonio no es totalmente estático, sino algo en constante evolución, a tenor de las variaciones que los acontecimientos han ido generando. Nuestra tradición jurídica nos obliga a partir de la regulación ofrecida por el Derecho romano. La tradición romanista contemplaba una regulación aplicable únicamente a quienes ostentasen el estatus de

ciudadanos romanos. Es decir, los derechos y obligaciones derivadas de la institución sólo alcanzaban a quienes tenían una determinada categoría social, siendo según Ulpiano "...la unión de varón y mujer consorcio de toda la vida, comunicación de derecho divino y humano".

El matrimonio romano podía finalizar con el divorcio y se basaba en un claro contrato matrimonial. Su base, además, se encontraba también en la procreación, si bien no estaba establecido que la falta de descendencia eliminase el vínculo matrimonial. Con la expansión del cristianismo, el matrimonio se convierte en una institución a la que definitivamente se la considera indisoluble, dirigida a la procreación y educación de los hijos, elevándose a la categoría de sacramento. Esto supone la mezcla de dos aspectos que hasta la fecha dificultan captar una realidad dual. Esta realidad dual supone hablar de dos cuestiones distintas que separan lo que es la previsión jurídico-matrimonial, de lo que es la regulación moral del matrimonio, sobre todo en el Estado moderno.

La Constitución Política de Colombia, define la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y la forma libre de establecer filiación natural, civil o científica y la decisión libre de escoger el número de hijos; así mismo contempla la separación y la disolución del vínculo, que se rigen por la ley civil. Igualmente el Código Civil Colombiano (2011), en su artículo 113 define el matrimonio como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente; siendo uno de los

fines esenciales del vínculo matrimonial el procrear, el concebir hijos para establecer una familia.

La pareja es entonces libre de formar una familia y procrear, aquí entran a ponderarse dos derechos, uno, el gozar de una familia natural o jurídica, y de tener hijos, e igualmente el no tenerlos, sea que naturalmente no puedan procrear o porque procrear no sea un fin para alguno de los cónyuges; la Corte Constitucional se ha manifestado respecto al tema del concepto de familia, y sus formas son diversas, en búsqueda de un solo fin u objetivo que es el bienestar de los cónyuges, y deja de lado o de manera secundaria la procreación y la ayuda y socorro mutuos. El matrimonio está definido en el artículo 113 C.C. como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente, el legislador al establecer la naturaleza jurídica del matrimonio acogió el criterio contractualista al considerarlo, criterio que ha tenido bastantes impugnadores, en cuanto no hallan en el vínculo matrimonial realmente un contrato sino que le atribuyen una naturaleza jurídica, distinta como matrimonio Institución o Mixta, como contrato-matrimonio-Institución.

La genealogía patriarcal del matrimonio se evidencia en una serie de disposiciones que fueron derogadas a lo largo del siglo XX o declaradas inexequibles por la Corte Constitucional. Así, la ley 28 de 1932 dispuso que la libre administración de los bienes, que inicialmente era reservada al marido, correspondía a ambos cónyuges. El Decreto 2820 de 1974 derogó lo que en su momento se



llamaba la potestad marital en virtud de la cual el hombre fungía como representante legal de su esposa. El Decreto 2820 de 1974 concedió la patria potestad que antes sólo estaba en cabeza del hombre a la mujer y al hombre, eliminó la obligación de la obediencia de la mujer al marido, y la de seguirle en caso de que este trasladase su residencia. Por su parte, el artículo 94 del Decreto-Ley 999 de 1988 suprimió la obligación de llevar el apellido del esposo.

Las restricciones de la administración de bienes y la capacidad de las mujeres que precedieron a las normas mencionadas reflejaban una visión de las mujeres como seres sin autonomía ni capacidad de autodeterminación. Cambios legislativos como estos, así como la adopción de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en 1981, la creación de la figura del divorcio civil, y la Constitución de 1991 que en sus artículos 13, 40 y 43 establece mandatos orientados a lograr una igualdad efectiva entre los sexos contribuyeron a generar un cambio sustancial en la institución matrimonial.

Así, la Corte Constitucional ha proferido una serie de sentencias que han ido despojando al matrimonio, en su dimensión jurídica, de sus evidentes rasgos patriarcales. A título de ejemplo, en la sentencia C-082 de 1999 la Corte declaró inexecutable la causal de nulidad del matrimonio contenida en el artículo 140 numeral 7 que sancionaba el matrimonio entre la mujer adúltera y su amante, por cuanto, en palabras de la Corte, la misma reflejaba "la concepción de la mujer como ser inferior al

hombre, alejada de la cultura y, por consiguiente, sometida a la voluntad del varón".

Otra sentencia importante es la C-285 de 1997 en la cual se declaró la inexecutable del artículo 25 de la Ley 294 de 1996 que establecía una pena menor a la violación entre cónyuges. Además de estas, otras sentencias en las que la Corte adoptó decisiones en esta línea son la C-007 de 2001, la C-112 de 2000, la C-482 de 2003 y la C-521 de 2007.

El artículo 42 de la Constitución dispone que "la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos". Este derecho reproductivo que concreta en el plano de la sexualidad los derechos a la intimidad personal y familiar (art. 15 C.P) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P) fue reconocido por primera vez como un Derecho Humano fundamental en la Proclamación de la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán en el año de 1968.

En esta Proclamación se indica que los padres tienen derecho "a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos". En el mismo sentido, la Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo de El Cairo en 1994 reconoce en su documento de acción que "los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a 'decidir libremente el número y el

espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo" y que "la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia".

En un primer estadio, el grupo familiar no se asentaba sobre relaciones individuales, de carácter exclusivo entre determinados sujetos, sino que la relación sexual, existía indiscriminadamente entre todos los varones y mujeres que componían una tribu (engomáis). Esto determinaba forzosamente, que desde el nacimiento del niño se supieran quién era su madre pero no quién era su padre; lo que permite afirmar que, en su origen, la familia tuvo carácter matriarcal. Posteriormente, las guerras, la carencia de mujeres, llevaron a los varones a buscar relaciones sexuales con mujeres de otras tribus, antes que con las del propio grupo. Independientemente de la causa, podría decirse que hay allí una primera manifestación de la idea de incesto y el valor negativo que este tiene frente a la conciencia de los hombres.

El hombre, luego avanza hacia la formación del grupo familiar asentados en relación individualizada, con carácter de exclusividad. Esto permite suponer que tras aquella primera etapa sobreviniese, en la evolución familiar, se cimentara un concepto basado en la exclusividad de la relación de la mujer con un solo hombre, pero sin reciprocidad, es decir, con la libertad de relaciones del hombre con diversas mujeres. Finalmente, la familia evoluciona hacia su organización

actual fundada en la relación monogámica: un solo hombre y una sola mujer sostienen relaciones sexuales exclusivas y ello deriva en la prole que completará el núcleo familiar.

La monogamia impuso un orden sexual en la sociedad. Esto facilitó el ejercicio del poder paterno y debilitó el antiguo sistema matriarcal de la familia. La Unión monogámica, que llevó a crear en torno a ella los elementos que aparecen de modo permanente a través de la historia: la libertad amplia de relaciones sexuales entre los esposos y el deber de cada uno de ellos de abstenerse de mantenerlas con otro. Lo cual ha concluido, con el correr del tiempo, a imponer penas para el caso de violación de ese deber, tal como sucedía en nuestro código penal con la sanción que se imponía al adulterio.

Sociológicamente, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco. En sentido amplio, la familia es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar. Comprendería el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje, incluyendo los ascendientes, descendientes y colaterales del cónyuge, a lo cual habría que añadir el propio cónyuge, que no es pariente. En sentido restringido, la familia comprende solo el núcleo paterno-filial denominado familia conyugal o pequeña familia, es decir, la agrupación formada por el padre, la madre y los hijos que viven con ellos o que están bajo su potestad. En sentido intermedio, la familia es el grupo social

integrado por las gentes que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella.

#### Concepto de Familia en el Derecho Colombiano

El artículo 42 de la Constitución Política dice que la Familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Por tanto, la Constitución acepta la Familia legítima, la natural y la adoptiva.

La Ley 294 de 1996 en su artículo 2 enumera los integrantes de la Familia. Si bien esta definición es para los efectos de la Ley 294 puede considerarse que la forma de integración responde al nuevo concepto de Familia contenido en la Constitución Política.

La Constitución de 1991 consagró dos principios esenciales, primero que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, y segundo, que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la Familia. Esto significa que se regula la familia legítima basada en el matrimonio y cuyo fundamento es jurídico y ético. También se admite la Unión marital de hecho que fue regulada por la Ley 54 de 1990. Además se regula la adopción. Por tanto, se protege la familia en general y sin tener en cuenta la fuente de donde haya nacido.

## Fines del matrimonio

Pese a que son muchos los juristas en Colombia, que manifiestan que los fines del matrimonio son necesarios y base del matrimonio e igualmente otras instituciones propenden por el cumplimiento de estos, como es el caso de la iglesia que a través de los tiempos ha manifestado que el matrimonio es la forma de constituir una nueva comunidad que implica el compromiso del cumplimiento de los fines y la cual genera una responsabilidad entre los contrayentes.

Ahora bien si bien es cierto no se desconocen que las instituciones jurídicas como tales deben tener una razón de ser, encontramos que los fines del matrimonio como se encuentran descritos se vienen desarrollando de manera distinta, y no por esto el Matrimonio pierde su esencia, ni por ello se desnaturaliza la creencia de quienes creen en el vínculo matrimonial como la consolidación del bienestar de los consortes.

Es pues, entonces que la comunidad de vida, como uno de los fines del matrimonio, tiene que cumplirse de manera abierta, visible, tan pública para que su preservación importe al orden público, por lo que los cónyuges no pueden renunciar a realizarla, desconocerla de manera unilateral o bilateral, salvo que haya un motivo legal que la justifique. El fin la procreación, es mucho más genérico ya que actualmente existen circunstancias tales como la infertilidad, el mutuo acuerdo a no tener hijos, que han reemplazado la procreación a la consecución de un hijo a través de otros

medios como son la adopción legal, o inseminación artificial.

La obligación de socorro y ayuda que la ley predica de los cónyuges casados, comprende varias dimensiones que cobijan, entre otras, prestaciones de carácter personal y económico que hacen posible la vida en común y el auxilio mutuo. A través de estos vínculos no sólo se manifiesta el deber constitucional de solidaridad, sino que también se desarrolla el principio de reciprocidad que caracteriza la relación conyugal. Como un desarrollo del principio de solidaridad predicable de los miembros de la familia, el Sistema de Seguridad Social en Salud protege al núcleo familiar de la persona cotizante, es decir, de quienes se consideren, de acuerdo con las opciones permitidas por la Constitución, familia. De esta forma, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 establece que el P.O.S. tendrá una cobertura familiar e indica, como se explicó, quiénes se consideran beneficiarios.

Es conveniente analizar, si los fines del matrimonio, que se encuentran fundamentados jurídicamente en el artículo 113 del código civil son la esencia, la base primaria para el desarrollo de la Institución matrimonial. Actualmente con el dinamismo que vienen sufriendo las instituciones jurídicas, es transcendental saber si la cohabitación, la procreación, la ayuda y el socorro mutuo son parte necesaria para el fortalecimiento del matrimonio como institución.

El no cumplimiento de uno o de todos los fines matrimoniales, nos llevaría a pensar que no estamos en presencia del matrimonio, y por ende perdería la razón de ser generando otros aspectos jurídicos, por el no cumplimiento de su cometido, cuando desprendiéndose en cabeza de los cónyuges una serie de deberes los cuales se complementan con lo prescrito en el artículo 176 del Código Civil, modificado por el Decreto 2820 de 1974, según el cual los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida, de acuerdo al principio de reciprocidad.

De acuerdo a lo anterior, es importante analizar que si los fines del matrimonio, se cumplen en el contrato matrimonial, genera que todos los deberes y obligaciones a que haya lugar se concreten, pero si no se cumplen uno se estaría atentando jurídicamente contra su fortalecimiento, con los efectos que traería el configurarse dentro de las causales del matrimonio, ya que al no concretarse el fin el contrato como tal en que se encuentra fundamentado el matrimonio perdería su esencia y fundamento lógico y jurídico.

Concepto de Procreación como uno de los fines del matrimonio

La procreación es una posibilidad que se les ofrece a los casados y que el legislador, atendiendo a lo que suele ser normal en la realidad, reconoció, otorgándole el carácter de finalidad del matrimonio, lo que no



implica la imposición de una obligación inexcusable de tener hijos, ni un desconocimiento de los derechos a la autodeterminación reproductiva, a la autonomía individual y al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

La noción de derechos en materia de procreación en realidad no es nueva. Estos derechos proceden de un conjunto de libertades y garantías fundamentales reconocidas universalmente e integradas en los "derechos sociales". Aunque este concepto no haya aparecido hasta la década de los 80, la mayoría de sus elementos constitutivos ya eran objeto de reconocimiento internacional. La "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer" (1979) ha reconocido el derecho de elegir "libre y responsablemente" el tamaño de la familia, el derecho a la información y a los consejos relativos a la planificación de la familia, y el derecho a asistencia sanitaria adecuada antes, durante y después del embarazo.

El derecho a la salud que se cita en todos los tratados internacionales de derechos sociales, encierra todos los demás derechos. El Comité de la ONU sobre los derechos económicos, sociales y culturales (creado en 1987) ha adoptado una posición según la cual "no hay vínculos de filiación directos entre los intereses del individuo y los de la colectividad". Y regularmente se informa del nivel de "la mortalidad infantil y de la asistencia sanitaria que se ofrece a las mujeres embarazadas", país por país.

El derecho a procrear no es más que el derecho natural de concebir un ser; derecho que al igual que los

derechos a la maternidad y paternidad suponen obligaciones en los sujetos que los encabezan, y el ejercicio de estos derechos supone el libre desenvolvimiento de la personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social, tal y como lo consagra el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El artículo 113 del C.C que establece la procreación como uno de los fines del matrimonio expresa la idea dominante que existía en el siglo XIX según la cual el destino "natural" de la mujer era ser madre. Evidencia de esto es que, la palabra matrimonio proviene etimológicamente de la expresión latina *matrimonium* que hace alusión a la condición legal de madre. Sin embargo, esa idea empezó a ser socavada durante el siglo XX, siendo a partir de la década de los sesentas que su fractura empieza a hacerse evidente como resultado de las críticas y cuestionamientos efectuados por la teoría feminista y los movimientos de mujeres.

Y así como en el siglo XIX las concepciones predominantes en relación con la posición de la mujer en la sociedad y en la familia fueron cristalizadas en las normas jurídicas, especialmente en aquellas concernientes al matrimonio, a partir de la década de los sesentas las nuevas concepciones alimentadas por la crítica feminista comenzaron a tener eco en el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Así lo ratifica la Corte en la sentencia C-355 de 2006 en la cual hace una descripción de la evolución de

los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, indicando que estos "han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos". Ha indicado que uno de los componentes esenciales de los derechos sexuales y reproductivos "lo constituye el derecho de la mujer a la autodeterminación reproductiva", y que la interferencia del Estado o los particulares en "el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva" constituye una vulneración de su derecho a la intimidad.

El contrato de matrimonio genera un vínculo jurídico entre los contrayentes, así lo ha destacado la Corte Constitucional que al respecto ha dicho: "el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas.

La formalización jurídica de la relación de pareja, que es una característica privativa del contrato de matrimonio, hace que los compromisos morales que suelen atribuirse a una relación de pareja que tiene vocación de permanencia, tales como la cohabitación, la fidelidad y el apoyo, se eleven a la categoría de deberes jurídicos. El hecho de que la cohabitación, la fidelidad y el socorro y ayuda mutua adquieran el carácter de obligaciones jurídicas tiene una repercusión importante en lo que respecta a los efectos del contrato de matrimonio.

En primer lugar, el incumplimiento de tales obligaciones constituye una causal de divorcio que puede ser invocada con el objeto de terminar el matrimonio. Y en segundo lugar, la comprobación del incumplimiento de una de tales obligaciones en un proceso de divorcio da lugar a que, aún después de terminado el matrimonio, persistan ciertas obligaciones a cargo del cónyuge culpable (el que con su conducta dio lugar a la configuración de la causal de divorcio) y a favor del cónyuge inocente, como la obligación de prestar alimentos establecida en el numeral 4° del artículo 411 del C.C.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el contrato de matrimonio otorga al compromiso de la pareja un nivel de solidez, que se deriva del carácter jurídico del vínculo que genera dicho contrato. En este sentido, para las personas que pretenden obtener tal nivel de solidez y arraigo en su relación de pareja, el único mecanismo jurídico que puede proteger tal expectativa es el contrato de matrimonio. Si consideráramos a la procreación como el único fin esencial, se seguirían las siguientes consecuencias deplorables: podrían disolverse los matrimonios que no pudieran tener hijos; podrían separarse los matrimonios con hijos mayores, cuando, por la edad, ya no pudieran tener más; podría cohonestarse la inseminación artificial.

En tanto, la definición de la procreación como finalidad del matrimonio vulnera los derechos a la autonomía reproductiva (Art. 42 CP), a la intimidad personal y familiar (Art. 15 CP) y al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 CP) de las personas que deciden

contraer matrimonio, y especialmente de la mujer. Posiblemente como reacción a los excesos que podría traer la teoría contractualista del matrimonio, surgió también, en Francia, en los albores del siglo XX, la teoría de la institución y su aplicación al matrimonio, originada en las ideas de Labreda y en Charles Lefevre desarrolladas por Hauriou y Renard quien la aplicó al matrimonio. El profesor Carbonnier adhiere a esta teoría pues dice que el matrimonio, como acto jurídico o acuerdo de voluntades, es una verdadera institución jurídica llamada a mantenerse en tanto vivan los cónyuges. El matrimonio como institución es "un todo orgánico, algo así como un cuerpo social que desborda la esfera de las voluntades individuales".

Quienes sostienen que el matrimonio es una institución dicen que esta teoría es la que más se ajusta a la realidad jurídica, porque comprende en el concepto de matrimonio tanto su característica contractual como su aspecto de Estado. En efecto, la institución del matrimonio es una realidad jurídica esencialmente objetiva que existe y perdura independientemente de las personas que aceptan o ponen en movimiento todo ese conjunto estático de normas legales. Conjunto de normas que reúne, por lo demás, todas las características expuestas antes: tiene una idea directriz, una finalidad propia y permanente, tiene una jerarquía convenientemente organizada y produce una comunidad de vida que es así mismo estable.

La intimidad es una necesidad humana y un derecho natural del hombre por lo que es independiente y anterior a su regulación positiva. El término íntimo viene de *intimus*, superlativo latino que significa "lo más interior". La intimidad corresponde al ámbito psicológico e inconmensurable del individuo, comprende su personalidad, sus valores morales y religiosos, sus tendencias sexuales y amorosas, sus orientaciones ideológicas. Lo íntimo está más fuera del alcance del interés público que lo privado.

Existen algunas definiciones de intimidad. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es la "zona espiritual y reservada de una persona o un grupo, especialmente una familia". Miguel A. Ekmekdjian, lo definió como: "la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito: privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las cuales pueden asumir diversos signos".

Con otros fundamentos, Humberto Quiroga Lavié reflexiona que en el concepto de intimidad y lo define como: "el respeto a la personalidad humana, del aislamiento del hombre, de lo íntimo de cada uno, de la vida privada, de la persona física, innata, inherente y necesaria para desarrollar su vida sin entorpecimientos, perturbaciones y publicidades indeseadas". Y continúa: "Es un derecho personalísimo que permite sustraer a las personas de la publicidad o de otras turbaciones a su

vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos" (Quiroga, 1986).

La Corte Constitucional señaló que el concepto del derecho a la intimidad no puede construirse exclusivamente sobre la base de la distinción entre las categorías de lo público y lo privado por cuanto sería inadmisibles que en un Estado Constitucional de derecho se dejara en manos del legislador la potestad ilimitada de determinar, bien sea con fundamento en razones políticas o de conveniencia, por ejemplo, lo que debe considerarse público y, de contera, lo que se limita a ser privado, ámbito en el cual se enmarcaría el derecho a la intimidad (Sentencia T 012/12).

Por lo que la Corte Constitucional, recurriendo a la teoría del núcleo esencial, definió el derecho a la intimidad como la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural, pronunciamiento que guarda armonía con una decisión anterior en la que la Corte había señalado que la intimidad debía entenderse como el espacio de aislamiento del que goza todo individuo que solamente puede ser penetrado por extraños cuando medie el consentimiento de su titular o una orden judicial.

De lo anterior se desprende que el derecho a la intimidad tutela un ámbito personal en el que, salvo consentimiento o decisión judicial, el individuo puede válidamente sustraerse de la injerencia del Estado o de

la sociedad. No obstante lo anterior, es decir, el concepto jurídico que con base en la Constitución y la jurisprudencia se acaba de esbozar, podría pensarse que sigue siendo una definición muy amplia pues no se determina con exactitud cuál es el ámbito o el espacio que se busca proteger.

Al respecto, aun cuando no debe entenderse como un listado taxativo, algunas sentencias de la Corte Constitucional han señalado ciertos referentes fácticos para tener en cuenta al momento de determinar si una específica situación está protegida por el derecho a la intimidad. Así, se debe mencionar que el derecho a la intimidad se refiere a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños.

En este sentido, en principio, serían objeto de protección: Las prácticas sexuales, las condiciones de salud de cada persona, las comunicaciones personales, las creencias religiosas y cualquier tipo de comportamiento que requiera para su conocimiento la revelación autónoma del individuo, casos en los cuales puede observarse que no hay un interés prioritario por parte de la sociedad en la medida en que sólo afectan e incumben al titular del derecho.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto y siguiendo a Pérez Luño, se considera que la protección a la intimidad no sólo debe limitarse a los aspectos íntimos de la vida privada de las personas, es decir, a aquellos internos, como los anteriormente mencionados, sino que debe ampliarse a la protección de la privacidad como tal.



Postura que no sería contraria a la corriente jurisprudencial actual, pues, como se menciona, el elenco presentado no busca ser taxativo y la definición jurídica que se tiene de este derecho permite la comprensión de otras situaciones.

Desde este punto de vista, se considera que la intimidad debe entenderse en un sentido amplio, pues más que un aislamiento de la persona, en nuestros días, debe corresponder a una reglamentación de las relaciones de ésta con la sociedad. El objeto del derecho a la intimidad no sólo debe ser lo íntimo sino la privacidad, eso quiere decir que la intimidad no sólo tiene un alcance restringido, referido a la defensa personal de este derecho frente a cualquier intromisión o injerencia del Estado o de terceros, sino que, también, tiene un alcance amplio en el cual se incluyen otras esferas de protección como la intimidad familiar, la social y la gremial.

La anterior afirmación encuentra asidero, primero, en la Constitución, que se refiere no sólo la intimidad personal sino también a la familiar y, segundo, en la jurisprudencia constitucional, que, a más de reconocer la intimidad personal y familiar, también alude a la intimidad social y gremial.

Con intimidad social la Corte Constitucional se refiere a las relaciones de las personas en un contexto determinado, como sería el caso de las relaciones laborales; mientras que con intimidad gremial se refiere a la posibilidad que las personas tienen de reservarse la explotación de cierta información desde el punto de vista económico, como sería el caso de la propiedad

intelectual. De forma que se pasa de un concepto estático y cerrado, a uno dinámico y abierto, que facilite entender que existen otro tipo de situaciones que igualmente podrían ser susceptibles de protección mediante la tutela del derecho a la intimidad.

Se sostiene que el derecho a la intimidad es disponible no porque su titular pueda enajenarlo, sino porque el titular de este derecho puede autorizar o promover el conocimiento de aspectos, información o datos propios del ámbito o espacio protegido por el derecho a la intimidad y, dada esta decisión libre y autónoma, no podría luego invocar este derecho contra terceros. En consecuencia, el sentido que en esta oportunidad se le ha dado a este calificativo no es aquel que corrientemente reporta en el ámbito jurídico, atinente las facultades de dominio sobre una cosa, sino a la posibilidad que ostenta el titular de optar por mantener o no en reserva determinados aspectos que comúnmente se encontrarían sustraídos del conocimiento de terceros.

Por otra parte, se señala que el derecho a la intimidad es relativo, calificativo que no busca enfatizar que este no es un derecho de carácter absoluto, sino que quiere dar a entender que este derecho no tiene la misma identidad para todas las personas. Así por ejemplo, los personajes y funcionarios públicos y, los reclusos, entre otros, si bien son titulares del derecho a la intimidad, tienen reducido su espacio de privacidad en virtud de su condición social en circunstancias concretas.

El derecho a la intimidad guarda una estrecha relación con otras disposiciones del texto constitucional

como aquellas que consagran el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, la libertad de cultos, el que nadie pueda ser molestado en su domicilio, ni ser molestado en su persona o familia, la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, la reiteración de que la intimidad de la familia es inviolable. Sumado a lo anterior se encuentra que, al estudiar los pronunciamientos que ha proferido la Corte Constitucional en torno al tema y la regulación que el mismo presenta, resulta llamativa la constante vinculación entre el derecho a la intimidad y los derechos a la información, al buen nombre, la honra y al habeas data.

#### Derecho al libre desarrollo de la personalidad

El derecho fundamental al Libre Desarrollo de la Personalidad, aparece consagrado en el Art. N° 16 de la Constitución Política, que señala: "Art. 16. Libre desarrollo de la personalidad. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico."

Para precisar conceptos, resulta atinente y necesario detenernos en la definición de autonomía. Ella está definida así: "Autonomía. Libertad para que un individuo disponga de sí mismo". El considerar a la persona como autónoma, implica unas consecuencias inevitables, inexorables, y la primera y más importante, es en que en todos los asuntos que sólo atañen a la persona, sólo por ella deben ser definidos, ya que

decidir por ella es arrebatarle su condición ética, y reducirla a un objeto.

Cuando el Estado reconoce la autonomía de las personas, lo que está haciendo, es darle la dimensión ética al ser humano y por lo tanto dejarla para que sea ella (la persona) quien resuelva sobre lo que considera bueno o malo sobre el sentido de su existencia. Que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ella no interfiera la vida y autonomía de los demás, es parte vital del interés común en una sociedad, como lo reconoce la actual Constitución Política (Art. 1°).

La Corte Constitucional, al estudiar el tema del libre desarrollo de la personalidad, en Sentencia C-481 de 1998, afirmó lo siguiente: "Al interpretar el artículo 16 constitucional que consagra el libre desarrollo de la personalidad, el interprete debe hacer énfasis en la palabra "libre", más que en la expresión "desarrollo de la personalidad", pues esta norma no establece que existan determinados modelos de personalidad que son admisibles y otras que se encuentran excluidas por el ordenamiento, sino que esa disposición señala "que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecten derechos de terceros, ni vulneren el orden constitucional."

Por ello la Corte Constitucional y la doctrina han entendido que ese derecho consagra una protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a la personas para autodeterminarse, esto es, a darse sus propias normas y desarrollar planes propios de vida, siempre y cuando no afecte derechos de terceros." Y mediante Sentencia SU- 642 de 1998, sostuvo: "El derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad protege la capacidad de las personas para definir, en forma autónoma, las opiniones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia. En esta medida, ha señalado que, en el artículo 16 de la Carta Política, se consagra la libertad, toda vez que cualquier tipo de libertad se reduce fundamentalmente a ella o, dicho de otro modo, la anotada norma constitucional constituye una cláusula general de libertad.

Así caracterizado, el derecho al libre desarrollo de la personalidad presupone, en cuanto a su efectividad, que el titular del mismo tenga la capacidad volitiva y la autonomía suficiente para llevar a cabo juicios de valor que le permitan establecer las opciones vitales conforme a las cuales dirigirá su senda existencial." Luego de recorrer toda la normatividad y las definiciones de los conceptos, es claro que el concepto de Libre Desarrollo de la Personalidad no puede ser ajeno a un derecho de igual entidad que le de vida y forma, es decir que el desarrollo de la personalidad no es posible sin el concurso de un vehículo de carácter filosófico y legal que lo permitan.

## Elementos del Concepto de Familia Monoparental

Los elementos más significativos de las distintas definiciones de familia monoparental son los siguientes:

1. La presencia de un solo progenitor en el hogar familiar:

La no convivencia en pareja parece ser una de las condiciones fundamentales para que una familia pueda ser considerada como monoparental. Existe consenso casi absoluto entre los autores revisados en que el grupo se organiza en torno a un solo progenitor, que puede ser hombre o mujer, y en la mayoría de los casos adulto.

Pocas definiciones asumen explícitamente que este progenitor pueda compartir espacio o cohabitar con otras personas sin que el grupo familiar pierda su condición de monoparentalidad. Domina, pues, la idea de que cuando junto al núcleo monoparental convive la nueva pareja del progenitor estamos ante una de las situaciones que da por finalizada la monoparentalidad, pasando a configurar lo que se conoce como familia reconstituida.

2. La presencia de uno o varios hijos en el hogar familiar: Todas las definiciones estudiadas completan el grupo familiar con uno o varios hijos a cargo del adulto responsable de la familia. La presencia viene a definirse en términos físicos, resultando por tanto necesaria la coresidencia habitual en el hogar familiar.

3. La dependencia de los hijos: Otro elemento fundamental del concepto de monoparentalidad es la carga o dependencia de los hijos respecto del adulto, implícita en todas las definiciones recogidas. Las diferencias se

refieren a ciertos criterios que van a definir esa dependencia, entre ellos la edad y el estado civil de los hijos. Lo más frecuente es definir una edad por debajo de la cual se considera que todos los hijos son dependientes.

La dependencia se justifica por la función socializadora que cumple todo grupo familiar, y señalando que la maduración cada vez más tardía de los jóvenes debido a la prolongación de sus estudios y a su difícil inserción en el mercado de trabajo aconsejan elevar ese límite hasta los 25 años. Otro matiz importante en la línea iniciada en 1989 desde la Comisión Europea la aportan estos autores, al introducir la condición de que los hijos sean solteros.

4. Heterogeneidad en las causas que derivan la monoparentalidad: Por último, la complejidad de la monoparentalidad viene dada por la diversidad de circunstancias que en las sociedades actuales pueden generar familias monoparentales. A situaciones que vienen de antiguo como la procreación fuera del matrimonio, la viudedad o la separación de la pareja por motivos laborales, enfermedad o privación de libertad, se suman situaciones nuevas, consecuencia de las separaciones conyugales y el divorcio. Emergiendo con fuerza asistimos también en la actualidad a un nuevo tipo de monoparentalidad derivada del marco legal: la adopción por parte de un solo adulto.

Esta diversidad de circunstancias origina familias muy heterogéneas en cuanto a su naturaleza y a su desarrollo cotidiano. En este sentido, es permitido

clasificar las principales circunstancias que dan lugar a la monoparentalidad en las cuatro categorías siguientes:

a) Monoparentalidad vinculada a la natalidad, circunstancia que derivará los núcleos monoparentales de las madres solteras.

b) Monoparentalidad vinculada a la relación matrimonial, categoría que acoge el gran abanico de situaciones de ruptura voluntaria e involuntaria de la pareja.

c) Monoparentalidad vinculada al ordenamiento jurídico, tipología que acoge la maternidad y paternidad social a través de los procesos de adopción.

d) Monoparentalidad vinculada a situaciones sociales y cuya naturaleza se fundamenta en la ausencia de uno de los cónyuges por motivos de trabajo, privación de libertad, enfermedades prolongadas y emigración.

## Metodología

### Tipo de investigación y Diseño

La presente investigación es de tipo analítico, según Hurtado (1998) este tipo de estudio pretende "Identificar y reorganizar las sinergias de un acontecimiento con base en patrones de relación implícitos o menos evidentes, a fin de llegar a una comprensión más profunda del mismo, descubriendo nuevos significados y significaciones". Respecto al Diseño, esta investigación se realiza bajo el diseño del Método Hermenéutico.



## Instrumento

El fichaje permite acumular datos, recoger ideas y organizar todo ese material en un fichero, para posteriormente retomar las ideas, las citas textuales y dar coherencia al texto final. Sin duda la ficha es la memoria fiel del investigador, es una constante fuente de información, creciente y flexible (Montero, 1983). Para este trabajo se utiliza la ficha textual, la ficha de resumen y la ficha de comentario.

### *La Ficha textual*

Según (Montero, 1983) "Este modelo consiste en recoger textualmente algunos fragmentos del texto original. En este tipo de ficha solamente se anotará aquello que presenta interés o que está relacionado con la investigación, materia de estudio o trabajo a realizar".

### *La Ficha de Resumen*

Con esta ficha se busca sintetizar una idea expresada en un texto. "Hay que tener sumo cuidado en no deformarlas tanto por contaminación con las interpretaciones personales, como a través de omisiones, totales o parciales, de aspectos básicos del texto original (Montero, 1983).

### *La Ficha de Comentario*

Esta ficha es llenada por el investigador con las interpretaciones propias, realizadas a los textos,

autores o ideas. Esto permitirá al investigador relacionar sus interpretaciones con cualquiera de las fichas anteriores (Montero, 1983).

#### Procedimiento

Revisión documental con utilización del método Hermenéutico.

Hermenéutica viene del vocablo griego "hermeneia" que significa el acto de la interpretación. Si bien, la hermenéutica fue considerada desde sus inicios como base para el desarrollo del conocimiento teológico, más tarde se apreció la utilidad que prestaría a las ciencias sociales, sobre todo por la necesidad de reconocer al historicismo como elemento fundamental para el "desarrollo" de las sociedades. Sin embargo, para llegar a esta situación se pasó por una serie de momentos al interior de la misma hermenéutica.

La hermenéutica debe ser entendida como el arte del entendimiento, a partir del diálogo. En palabras de Echeverría "el verdadero punto de partida de la hermenéutica, según Schleiermacher, arranca de la pregunta ¿cómo una expresión, sea esta escrita o hablada, es entendida? La situación propia del entendimiento es la de una relación dialogal, donde hay alguien que habla, que construye una frase para expresar un sentido, y donde hay alguien que escucha. Este último recibe un conjunto de palabras para, súbitamente, a través de un misterioso proceso, adivinar su sentido". Dicha lectura de la obra de Schleiermacher, puede ser complementada a partir de la consideración del elemento histórico como aspecto significativo para la comprensión. Así, Coreth (1972:32),

sostiene que el autor en cuestión define hermenéutica como "reconstrucción histórica y adivinatoria, objetiva y subjetiva de un discurso dado".

Por otra parte, Dilthey (1833-1911), sostiene, en palabras de Giannini que "imaginar es interpretar comprensivamente y comprender será el mecanismo para percibir la intención ajena". Esto trae consigo la incorporación de aspectos internos del sujeto para un mejor análisis; así, para acercarnos más fielmente a su intención deben ser considerados los elementos pertenecientes a la dimensión valorativa del sujeto. En este sentido, para poder interpretar comprensivamente se requiere el esfuerzo por reconstruir todo lo que rodea a este sujeto, lo cual es imposible. El reconocimiento de esta imposibilidad de reconstrucción holística, supone reconocer que es el intérprete y el propio contexto de él, el que condiciona en alguna medida el sentido y utilidad del texto producido por ese otro.

Lo expuesto permite apreciar la experiencia como elemento fundante del proceso hermenéutico, ya que ésta incorpora inevitablemente la dimensión temporal y con ello el reconocimiento histórico de la experiencia. Lo expuesto permite captar la importancia a los elementos socioculturales que el autor otorga al proceso de interpretación. En palabras de Martyniuk (1994) dicha importancia se vislumbra en la crítica realizada por Dilthey a las limitaciones de la racionalidad explicativa para alcanzar el proceso de comprensión.

El tercer autor, considerado como fundamental es Hans-George Gadamer. Quien siguiendo a Heidegger, enfatiza en el aspecto ontológico de y en la

hermenéutica, como sostiene "el ser del hombre reside en comprender". Esto requiere del reconocimiento de un sujeto consciente y por tanto con capacidad de reconocer su historicidad. En palabras de Echeverría: "por lo tanto la conciencia está mediatizada históricamente. Es la historia la que otorga finitud a la conciencia por ser algo dado. Eso dado, aunque parcialmente es el sentido." Lo expuesto conlleva asumir la influencia del presente en el proceso de interpretación-comprensión; así, Gadamer sostiene que: "el sentido del texto le pertenece a él, pero además a quien procura comprenderlo".

Así, la hermenéutica puede ser asumida a través de un método dialéctico que incorpora a texto y lector en un permanente proceso de apertura y reconocimiento. En este sentido, el texto ha de ser asumido en el proceso de interpretación de discurso en un permanente siendo; lo que permite homologarlo, desde el pensamiento de Zemelman (1994) con la realidad; ya que desde la perspectiva de él, ésta para ser captada ha de ser concebida como un proceso inacabado, y especialmente en permanente proceso de construcción. Por otra parte, y a modo de complemento, Ricoeur sostiene que: "En la medida que el acto de leer es la contraparte del acto de escribir, la dialéctica del acontecimiento y el sentido tan esencial a la estructura del discurso genera en la lectura una dialéctica correlativa entre el acto de entender o la comprensión y la explicación".

A modo de síntesis, y utilizando las palabras de Ulises Toledo, lo fundamental en el trabajo hermenéutico esta en asumir que: "El referente es la existencia y la coexistencia de los otros que se me da externamente, a través de señales sensibles; en función de las cuales y

mediante una metodología interpretativa se busca traspasar la barrera exterior sensible de acceder a su interioridad, esto es: a su significado; así queda descrita la esencial actitud frente a las cosas humanas que, condensada en el término griego hermeneuein alude a desentrañar o desvelar; dicha actitud ha dado lugar a una teoría y práctica de la interpretación conocida con el nombre de hermenéutica".

En este sentido, la hermenéutica, o más bien, quien la utilice deberá procurar comprender los textos a partir del ejercicio interpretativo intencional y contextual. Dicho proceso supone desarrollar la inteligibilidad del discurso contenido en el texto; en gran medida se trata de traspasar las fronteras contenidas en la "física de la palabra" para lograr la captación del sentido de éstas en tanto plasmadas en un papel. En palabras de Martyniuk, se podría decir que la hermenéutica persigue: "romper con elementos simbólicos contenidos en la cultura, romper con las interpretaciones del mundo que hemos construido(o heredado)".

## Resultados

Al comparar la frase "de procrear" contenida en el artículo 113 del Código Civil, con lo consagrado en los incisos 4 y 5 del artículo 42 de la Constitución, se evidencia "una abierta oposición a lo dispuesto por la norma de normas", porque según el Diccionario de la Real Academia Española "la palabra 'procrear' hace referencia, a engendrar, "multiplicar una especie", lo que significa crear un ser humano "por medios naturales o científicos". El artículo 113 del Código Civil no puede imponer como

una de las finalidades del matrimonio la de "procrear", por las siguientes razones:

- a) El matrimonio, como contrato de naturaleza civil, también debe observar el principio de la autonomía de la voluntad y,
  
- b) Las parejas que formalizan su relación a través de la institución del matrimonio pueden o no determinar, amparados en su libre consentimiento, si desean o no procrear, por lo cual no se puede fijar como finalidad del matrimonio la de engendrar, por cuanto se vulneraría el principio de la autonomía de la voluntad.

Además, el Estado no puede imponer la finalidad de procrear como acción exclusiva del matrimonio ya que ésta puede realizarse sin mediar el contrato del matrimonio, adicionalmente esa finalidad excluye otras formas de tener hijos que integran a la familia anteriormente descartadas por el Código Civil, como la de los hijos habidos fuera del matrimonio, ahora bien, el inciso 5 del artículo 42 de la Constitución señala que la pareja tiene "derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos" y en virtud de tal decisión libre una pareja no está obligada a procrear, por lo que "no resulta procedente imponer, por vía legal, dicha finalidad para ser obligatoriamente observada por quienes celebran matrimonio civil.

La procreación y la pervivencia de la especie constituyen una finalidad del matrimonio que no puede ser considerada acorde a la Constitución, puesto que "la norma de normas señala que es de libre decisión de la pareja el determinar si quieren, o no, tener hijos, así como definir su número y existen matrimonios de parejas heterosexuales que han resuelto no procrear o adoptar hijos, lo cual refuta esa tesis.

La procreación como fin del matrimonio desconoce la condición del ser humano como fin en sí mismo y contradicen el postulado kantiano de la autonomía de la voluntad. Considerar la procreación como finalidad del matrimonio comporta un desconocimiento de los derechos que tienen las personas que deciden contraer matrimonio a la autonomía reproductiva, previstos en el artículo 42 de la Carta, a la autonomía personal y familiar de que trata el artículo 15 y al libre desarrollo de la personalidad, contemplado en el artículo 16 superior.

El artículo 42 de la Constitución Política señala que la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, establece un derecho reproductivo que concreta en el plano de la sexualidad los derechos a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad, derecho reconocido por primera vez como fundamental en la Proclamación de la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán en 1968 y luego reconocido en el documento de acción de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo del Cairo en 1994.

El derecho a la autonomía reproductiva constituye otro de los límites a la potestad del legislador y, por ello, le está vedado establecer en la regulación del matrimonio cualquier disposición que niegue tal derecho, de manera que cuando se define la procreación como uno de los fines del matrimonio el legislador desconoce el derecho a la autonomía reproductiva de los contrayentes en la medida en que liga la decisión de establecer un vínculo jurídico con la pareja a la finalidad de procrear, motivo por el cual las personas que deciden casarse ven seriamente restringido su derecho a la libertad de procreación y, por consiguiente, el derecho a decidir no tener hijos.

Lo anterior, comporta una injerencia arbitraria del legislador en el ámbito de la intimidad personal y familiar de los cónyuges por cuanto afecta la libertad de estos para decidir acerca de si tienen hijos o no, la cual es una decisión que atañe exclusivamente a la esfera privada y, por ello, se vulnera el derecho a la intimidad, una de cuyas dimensiones es la libertad que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada.

Existe diferencia en lo que sucede con los otros dos fines del matrimonio, frente a los que ambos cónyuges se encuentran en un nivel de igualdad, el fin de la procreación recae de un modo más fuerte sobre la mujer, lo que evidencia con claridad la genealogía patriarcal de éste y, en tal medida, constituye un rezago de una concepción que aboga y a la vez se sustenta en una ordenación de los sexos que resulta incompatible con el marco jurídico-constitucional que nos rige actualmente.



El mantenimiento de la procreación como fin del matrimonio en el orden jurídico refuerza el imaginario que vincula la posición de la mujer en el marco de las relaciones de la pareja y en la familia a su rol de procreadora, si bien la concepción, en tanto primer eslabón de la reproducción, requiere la concurrencia del hombre y de la mujer es sobre esta última que recae el peso de la procreación, pues es ella quien tiene la capacidad biológica para gestar y dar a la luz.

El artículo 113 del Código Civil expresa la idea dominante que existía en el siglo XIX, según la cual el destino lógico y natural de la mujer era ser madre, idea que comenzó a ser socavada durante el siglo XX mediante nuevas concepciones que empezaron a tener eco en el derecho internacional de los Derechos Humanos, como lo ha considerado la Corte Constitucional en sentencias tales como la C-355 de 2006 en la que se hace una descripción de la evolución de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que incluyen el derecho a la autodeterminación reproductiva, de modo que la interferencia del Estado o de los particulares en ese ámbito constituye una vulneración de su derecho a la intimidad.

La procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato de matrimonio y, en tal sentido la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato, tal como lo ha resaltado el profesor Monroy Cabra al indicar que no hay vicio alguno en que el contrato de matrimonio se celebre entre dos personas que, en virtud

de la vejez, la disfunción sexual o la infertilidad, no tengan capacidad de procrear.

El análisis del aspecto de la procreación como fin del matrimonio, actualmente tiene impacto sobre las nuevas configuraciones de Familia que afronta nuestra sociedad desde las dinámicas que propone la realidad actual. La capacidad de procrear como fundamento del carácter no asimilable de las parejas heterosexuales y homosexuales se sustenta en una comparación incompleta y sesgada que parte del presupuesto erróneo de que todas las parejas heterosexuales son aptas para procrear y hacen énfasis en que para que la comparación sea completa e imparcial es necesario incluir todas las variables que constituyen las categorías a comparar, de lo que resulta que es forzoso reconocer que, en lo que respecta a la cuestión de la procreación, las parejas homosexuales se encuentran en la misma situación que las parejas heterosexuales que no pueden engendrar.

Seguramente nuestro sistema jurídico tendrá la anterior premisa en primera línea para afrontar la discusión en el corto plazo acerca de la posibilidad o no de legislar a favor del matrimonio de parejas homosexuales. Este será un ejercicio teniendo en frente la realidad social por la que atraviesa el país.

La visión del matrimonio propia del Código Civil se enmarca en la teoría contractualista cuyo perfeccionamiento depende del acuerdo de voluntades de los contrayentes y la doctrina jurídica contemporánea

reconoce que esta perspectiva del matrimonio como contrato dista de la anticuada concepción de este como institución constituida por un conjunto de reglas esencialmente imperativas, cuyo fin era dar a la unión de sexos y a la familia una organización que se adecuara a las aspiraciones morales propias de un específico momento histórico.

La definición de procreación como función esencial de la pareja niega cualquier posibilidad de protección a las parejas heterosexuales que, por razones personales, biológicas, o de diferente orden, no pueden o no desean tener hijos. Mantener la procreación como requisito esencial de la figura contractual del matrimonio carece de sentido, pues no responde a la realidad y, además, desconoce los avances normativos realizados en materia de derechos sexuales. La expresión "procrear", contenida en el artículo 113 del Código Civil, resulta obsoleta, llegándose a cuestionar la legitimidad de este elemento como finalidad del contrato civil de matrimonio.

El matrimonio debe ser entendido como un proceso de libre asociación de las personas con fines de interés común como el amor, la protección, el bienestar, y no simplemente concebido como un contrato cuya finalidad es la procreación. Un pensamiento así necesariamente conduce a que se desconozcan los derechos fundamentales de la mujer a ejercer libremente su sexualidad y a decidir de manera autónoma acerca de la reproducción. La procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato de matrimonio y, en tal sentido, la

capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato.

La autodeterminación vital de las personas exige del Estado Social de Derecho, más que una actitud neutral, una acción afirmativa encaminada a garantizar la realización efectiva de las distintas opciones de vida en la esfera de lo público, es decir, frente al orden jurídico y la sociedad. La pareja es libre para decidir si quiere asumir el compromiso de la maternidad o de la paternidad y, en todo caso, de decidir el número y espaciamiento de sus hijos. Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable sobre el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señale la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

El artículo 42 de la Constitución Política señala que la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, establece un derecho reproductivo que concreta en el plano de la sexualidad los derechos a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad, derecho reconocido por primera vez como fundamental en la Proclamación de la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán en 1968 y luego reconocido en el documento de acción de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo del Cairo en 1994.

## Discusión

El tipo de familia que impera en Colombia y en general en toda América Latina, es el traído en la Conquista por españoles y portugueses, que a su vez se funda en bases romano-cristianas. Esta familia, como está dicho, fue de estirpe patriarcal con toda la autoridad girando alrededor del padre quien también ostentó un poder casi absoluto con la facultad, en ciertos casos, de vender o empeñar los hijos. Hay que recordar que la "familia española en la época de la Conquista, estaba formada sobre la base de la legislación de las Partidas, modificada por las ideas introducidas por la casa de Austria con la exclusión total de los extranjeros y de quienes no profesaban el culto católico, a punto tal, que la legislación española prohibía el matrimonio con cristiano no católico, que el derecho canónico si permitía, previa dispensa. No había otra unión reconocida más que la consagrada por la Iglesia Católica.

En el aspecto económico el ordenamiento estaba caracterizado por la existencia del mayorazgo con la consiguiente indivisión e intransmisibilidad de los bienes heredados, y por el retracto gentilicio, derecho concedido a los parientes de grado próximo para recuperar dentro de un plazo, los bienes vendidos, a fin de no sustraerlos a la comunidad familiar. En el aspecto de los derechos personales, las facultades del padre como jefe del hogar eran muy extendidas. Trasplantada a América, la familia mantuvo y afirmó su vigorosa constitución, Las leyes, la Iglesia y las costumbres, contribuyeron a darle el carácter de verdadera célula social. "En las

espaciosas casas vivían bajo la autoridad patriarcal, mujer, hijos, criados, indios y esclavos. Allí se desarrollaban importantes actividades económicas que tendían a que la familia, en lo posible, se bastase a sí misma; era el centro de reunión de amigos y parientes”.

En la actualidad, la familia en Colombia no puede ser considerada, social ni jurídicamente, de manera exclusiva como patriarcal o matriarcal, pues con la expedición del Decreto 2820 de 1974, que consagró la absoluta igualdad jurídica del varón y la mujer, colocando a los cónyuges en un mismo pie de igualdad jurídica, debe concluirse que aquélla está bajo la autoridad de ambos padres y que los dos son igualmente responsables de la familia por ellos formada. Así las cosas, hoy la familia es de tipo conyugal, en la cual la autoridad es compartida en igualdad de condiciones por sus dos fundadores.

En la nueva Carta Política promulgada el 7 de julio de 1991, la familia adquirió un espacio significativo al ser proclamada, en su artículo 42, como el núcleo fundamental de la sociedad, con la disposición, en el artículo 5, de ampararla como su institución básica. La Constitución vigente, a diferencia de la de 1986, que apenas si nombraba la familia en el artículo 23 para decir que “nadie podrá ser molestado en su persona o familia”, hace referencia expresa a ella en doce oportunidades para elevar a canon constitucional aspectos atinentes al matrimonio tanto civil como religioso, al divorcio, a la igualdad jurídica del hombre y la mujer, a los derechos del niño, del joven, a los de la tercera

edad, etc. Así pues, "No puede hablarse de la familia sin coordinar sus contenidos con los del niño, el joven, la mujer o el anciano ni viceversa. No es necesario discutir por qué la familia es el núcleo, principio o elemento fundamental de la sociedad. Se le reconoce este lugar de privilegio dentro de la escala social porque todos deberíamos nacer, vivir y morir dentro de una familia.

El matrimonio es hoy una realidad regulada por el ordenamiento jurídico, que hace que la unión de dos personas con el objetivo de alcanzar una comunidad de vida y ayuda mutua se vea revestida de un conjunto de derechos y de obligaciones. El concepto de matrimonio no es totalmente estático, sino algo en constante evolución, a tenor de las variaciones que los acontecimientos han ido generando. Nuestra tradición jurídica nos obliga a partir de la regulación ofrecida por el Derecho romano. La tradición romanista contemplaba una regulación aplicable únicamente a quienes ostentasen el estatus de ciudadanos romanos. Es decir, los derechos y obligaciones derivadas de la institución sólo alcanzaban a quienes tenían una determinada categoría social, siendo según Ulpiano "...la unión de varón y mujer consorcio de toda la vida, comunicación de derecho divino y humano".

El matrimonio romano podía finalizar con el divorcio y se basaba en un claro contrato matrimonial. Su base, además, se encontraba también en la procreación, si bien no estaba establecido que la falta de descendencia eliminase el vínculo matrimonial. Con la expansión del cristianismo, el matrimonio se convierte en una institución a la que definitivamente se la considera

indisoluble, dirigida a la procreación y educación de los hijos, elevándose a la categoría de sacramento. Esto supone la mezcla de dos aspectos que hasta la fecha dificultan captar una realidad dual. Esta realidad dual supone hablar de dos cuestiones distintas que separan lo que es la previsión jurídico-matrimonial, de lo que es la regulación moral del matrimonio, sobre todo en el Estado moderno.

La Constitución Política de Colombia, define la familia como el núcleo fundamental de la sociedad y la forma libre de establecer filiación natural, civil o científica y la decisión libre de escoger el número de hijos; así mismo contempla la separación y la disolución del vínculo, que se rigen por la ley civil. Igualmente el Código Civil Colombiano (2011), en su artículo 113 define el matrimonio como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente; siendo uno de los fines esenciales del vínculo matrimonial el procrear, el concebir hijos para establecer una familia.

La pareja es entonces libre de formar una familia y procrear, aquí entran a ponderarse dos derechos, uno, el gozar de una familia natural o jurídica, y de tener hijos, e igualmente el no tenerlos, sea que naturalmente no puedan procrear o porque procrear no sea un fin para alguno de los cónyuges; la Corte Constitucional se ha manifestado respecto al tema del concepto de familia, y sus formas son diversas, en búsqueda de un solo fin u objetivo que es el bienestar de los cónyuges, y deja de lado o de manera secundaria la procreación y la ayuda y



socorro mutuos. El matrimonio está definido en el artículo 113 C.C. como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente, el legislador al establecer la naturaleza jurídica del matrimonio acogió el criterio contractualista al considerarlo, criterio que ha tenido bastantes impugnadores, en cuanto no hallan en el vínculo matrimonial realmente un contrato sino que le atribuyen una naturaleza jurídica, distinta como matrimonio Institución o Mixta, como contrato-matrimonio-Institución.

La genealogía patriarcal del matrimonio se evidencia en una serie de disposiciones que fueron derogadas a lo largo del siglo XX o declaradas inexequibles por la Corte Constitucional. Así, la ley 28 de 1932 dispuso que la libre administración de los bienes, que inicialmente era reservada al marido, correspondía a ambos cónyuges. El Decreto 2820 de 1974 derogó lo que en su momento se llamaba la potestad marital en virtud de la cual el hombre fungía como representante legal de su esposa. El Decreto 2820 de 1974 concedió la patria potestad -que antes sólo estaba en cabeza del hombre- a la mujer y al hombre, eliminó la obligación de la obediencia de la mujer al marido, y la de seguirle en caso de que este trasladase su residencia. Por su parte, el artículo 94 del Decreto-Ley 999 de 1988 suprimió la obligación de llevar el apellido del esposo. Las restricciones de la administración de bienes y la capacidad de las mujeres que precedieron a las normas mencionadas reflejaban una visión de las mujeres como seres sin autonomía ni capacidad de autodeterminación. Cambios legislativos como estos, así como la adopción de la Convención sobre la

eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en 1981, la creación de la figura del divorcio civil, y la Constitución de 1991 que en sus artículos 13, 40 y 43 establece mandatos orientados a lograr una igualdad efectiva entre los sexos contribuyeron a generar un cambio sustancial en la institución matrimonial.

Así, la Corte Constitucional ha proferido una serie de sentencias que han ido despojando al matrimonio, en su dimensión jurídica, de sus evidentes rasgos patriarcales. A título de ejemplo, en la sentencia C-082 de 1999 la Corte declaró inexecutable la causal de nulidad del matrimonio contenida en el artículo 140 numeral 7 que sancionaba el matrimonio entre la mujer adúltera y su amante, por cuanto, en palabras de la Corte, la misma reflejaba "la concepción de la mujer como ser inferior al hombre, alejada de la cultura y, por consiguiente, sometida a la voluntad del varón". Otra sentencia importante es la C-285 de 1997 en la cual se declaró la inexecutable del artículo 25 de la Ley 294 de 1996 que establecía una pena menor a la violación entre cónyuges. Además de estas, otras sentencias en las que la Corte adoptó decisiones en esta línea son la C-007 de 2001, la C-112 de 2000, la C-482 de 2003 y la C-521 de 2007.

El artículo 42 de la Constitución dispone que "la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos". Este derecho reproductivo que concreta en el plano de la sexualidad los derechos a la intimidad personal y familiar (art. 15 C.P) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P) fue reconocido por primera vez como un Derecho Humano

fundamental en la Proclamación de la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán en el año de 1968. En esta Proclamación se indica que los padres tienen derecho "a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos". En el mismo sentido, la Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo de El Cairo en 1994 reconoce en su documento de acción que "los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a 'decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo' y que "la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia".

El artículo 113 del C.C que establece la procreación como uno de los fines del matrimonio expresa la idea dominante que existía en el siglo XIX según la cual el destino "natural" de la mujer era ser madre. Evidencia de esto es que, la palabra matrimonio proviene etimológicamente de la expresión latina *matrimonium* que hace alusión a la condición legal de madre. Sin embargo, esa idea empezó a ser socavada durante el siglo XX, siendo a partir de la década de los sesentas que su fractura empieza a hacerse evidente como resultado de las críticas y cuestionamientos efectuados por la teoría feminista y los movimientos de mujeres. Y así como en el siglo XIX las concepciones predominantes en relación con la posición de la mujer en la sociedad y en la familia fueron cristalizadas en las normas jurídicas,

especialmente en aquellas concernientes al matrimonio, a partir de la década de los sesentas las nuevas concepciones alimentadas por la crítica feminista comenzaron a tener eco en el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Así lo ratifica la Corte en la sentencia C-355 de 2006 en la cual hace una descripción de la evolución de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, indicando que estos "han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos". Ha indicado que uno de los componentes esenciales de los derechos sexuales y reproductivos "lo constituye el derecho de la mujer a la autodeterminación reproductiva", y que la interferencia del Estado o los particulares en "el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva" constituye una vulneración de su derecho a la intimidad.

El contrato de matrimonio genera un vínculo jurídico entre los contrayentes, así lo ha destacado la Corte Constitucional que al respecto ha dicho: "el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas. La formalización jurídica de la relación de pareja, que es una característica privativa del contrato de matrimonio, hace que los compromisos morales que suelen atribuirse a una relación de pareja que tiene vocación de permanencia, tales como la cohabitación, la

fidelidad y el apoyo, se eleven a la categoría de deberes jurídicos. El hecho de que la cohabitación, la fidelidad y el socorro y ayuda mutua adquieran el carácter de obligaciones jurídicas tiene una repercusión importante en lo que respecta a los efectos del contrato de matrimonio. En primer lugar, el incumplimiento de tales obligaciones constituye una causal de divorcio que puede ser invocada con el objeto de terminar el matrimonio. Y en segundo lugar, la comprobación del incumplimiento de una de tales obligaciones en un proceso de divorcio da lugar a que, aún después de terminado el matrimonio, persistan ciertas obligaciones a cargo del cónyuge culpable (el que con su conducta dio lugar a la configuración de la causal de divorcio) y a favor del cónyuge inocente, como la obligación de prestar alimentos establecida en el numeral 4° del artículo 411 del C.C.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el contrato de matrimonio otorga al compromiso de la pareja un nivel de solidez, que se deriva del carácter jurídico del vínculo que genera dicho contrato. En este sentido, para las personas que pretenden obtener tal nivel de solidez y arraigo en su relación de pareja, el único mecanismo jurídico que puede proteger tal expectativa es el contrato de matrimonio. Si se considerara a la procreación como el único fin esencial, se seguirían las siguientes consecuencias deplorables: podrían disolverse los matrimonios que no pudieran tener hijos; podrían separarse los matrimonios con hijos mayores, cuando, por la edad, ya no pudieran tener más; podría cohonestarse la inseminación artificial.

En tanto, la definición de la procreación como finalidad del matrimonio vulnera los derechos a la autonomía reproductiva (Art. 42 CP), a la intimidad personal y familiar (Art. 15 CP) y al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 CP) de las personas que deciden contraer matrimonio, y especialmente de la mujer. Posiblemente como reacción a los excesos que podría traer la teoría contractualista del matrimonio, surgió también, en Francia, en los albores del siglo XX, la teoría de la institución y su aplicación al matrimonio, originada en las ideas de Labreda y en Charles Lefevre desarrolladas por Hauriou y Renard quien la aplicó al matrimonio.

El profesor Carbonnier adhiere a esta teoría pues dice que el matrimonio, como acto jurídico o acuerdo de voluntades, es una verdadera institución jurídica llamada a mantenerse en tanto vivan los cónyuges. El matrimonio como institución es "un todo orgánico, algo así como un cuerpo social que desborda la esfera de las voluntades individuales" (Carbonnier, 1998).

Quienes sostienen que el matrimonio es una institución dicen que esta teoría es la que más se ajusta a la realidad jurídica, porque comprende en el concepto de matrimonio tanto su característica contractual como su aspecto de Estado. En efecto, la institución del matrimonio es una realidad jurídica esencialmente objetiva que existe y perdura independientemente de las personas que aceptan o ponen en movimiento todo ese conjunto estático de normas legales. Conjunto de normas que reúne, por lo demás, todas las características expuestas antes: tiene una idea directriz, una finalidad

propia y permanente, tiene una jerarquía convenientemente organizada y produce una comunidad de vida que es así mismo estable.

Hoy se dice que todas las grandes instituciones de la Humanidad se hallan en crisis y que, por tanto, la familia no podía escapar a ella. Sin embargo, la palabra "crisis" se puede tomar tanta como sinónimo de decadencia, como de cambio o transformación. Suelen señalarse como causa de su desbarajuste la relajación de las costumbres, la quiebra de la disciplina familiar, la separación de cuerpos, los divorcios, la falta de preocupación por los hijos, como también el aspecto económico. Sobre esto hay que decir que hoy la economía familiar ya no reposa tan solo en los ingresos económicos obtenidos por el padre sino también en los de la mujer, quien sale del hogar en procura de ayuda económica, y no pocas veces en los de los mismos hijos menores.

Es casi corriente ver en la actualidad como todos los componentes del núcleo familiar se desplazan a los más variados lugares de la ciudad, en procura de un trabajo que asegure el sustento de la familia. La mujer ya no puede y no quiere dedicarse exclusivamente al cuidado del hogar, de los hijos y del marido, sino que debe salir, como se dijo, en búsqueda de un trabajo o a prepararse intelectualmente en colegios y Universidades con la esperanza de un mejor futuro.

Hay que aclarar, que aún conserva la familia un importante rol en la formación del carácter y

temperamento de los ciudadanos y en el inculcamiento de hábitos, sentimientos y principios que de algún modo se reciben en el seno de los otros entre educativos; la conservación de este papel permite afirmar que la familia no es, en general y en abstracto, la célula de la sociedad, de cualquier sociedad imaginable, sino en concreto, de la forma de vida que llamamos civilización.

Por otro lado, la preparación intelectual de la mujer, la ha llevado, además de sacarla del ámbito doméstico, a obtener una independencia económica, lo que no pocas veces es causa de desasosiego por parte del marido. En nuestro medio, por regla general, el hombre no está preparado para que su cónyuge compita con él en igualdad de condiciones intelectuales, sociales, económicas y jurídicas.

No hay duda de que paulatinamente la vida en común ha venido desapareciendo, los miembros de la familia casi no se reúnen; a duras penas lo hacen para comer. El hogar ha dejado ya de ser el centro de reuniones de otros tiempos; ha desaparecido la larga mesa familiar siempre lista para recibir amigos. El proceso se ha ido acentuando aceleradamente en los últimos años. El matrimonio ha perdido estabilidad: los cónyuges se separan por motivos baladíes o sin motivo alguno.

Todo lo anteriormente expuesto parece haber acarreado consecuencias perjudiciales para la estabilidad y la unidad familiares, lo que necesariamente hará cambiar la imagen de la familia; existen nuevas realidad



que se traducen en posibilidades de transformación de la Institución matrimonial principalmente en cuanto a sus fines. Habrá que esperar para verificar o no lo dicho por Rafael Linton, "la más antigua de las instituciones sociales humanas, sobrevivirá, en una u otra forma, mientras exista nuestra especie".

### Conclusiones

Las conclusiones de esta investigación son las siguientes:

1. Al comparar la frase "de procrear" contenida en el artículo 113 del Código Civil, con lo consagrado en los incisos 4 y 5 del artículo 42 de la Constitución, se evidencia "una abierta oposición a lo dispuesto por la norma de normas. El matrimonio, como contrato de naturaleza civil, también debe observar el principio de la autonomía de la voluntad y las parejas que formalizan su relación a través de la institución del matrimonio pueden o no determinar, amparados en su libre consentimiento, si desean o no procrear, por lo cual no se puede fijar como finalidad del matrimonio la de engendrar, por cuanto se vulneraría el principio de la autonomía de la voluntad.

2. El Estado no puede imponer la finalidad de procrear como acción exclusiva del matrimonio ya que ésta puede realizarse sin mediar el contrato del matrimonio,

adicionalmente esa finalidad excluye otras formas de tener hijos que integran a la familia.

3. El inciso 5 del artículo 42 de la Constitución señala que la pareja tiene "derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos" y en virtud de tal decisión libre una pareja no está obligada a procrear, por lo que "no resulta procedente imponer, por vía legal, dicha finalidad para ser obligatoriamente observada por quienes celebran matrimonio civil.

4. La procreación como fin del matrimonio desconoce la condición del ser humano como fin en sí mismo y contradicen el postulado kantiano de la autonomía de la voluntad. Considerar la procreación como finalidad del matrimonio comporta un desconocimiento de los derechos que tienen las personas que deciden contraer matrimonio a la autonomía reproductiva, previstos en el artículo 42 de la Carta, a la autonomía personal y familiar de que trata el artículo 15 y al libre desarrollo de la personalidad, contemplado en el artículo 16 superior.

5. El derecho a la autonomía reproductiva constituye otro de los límites a la potestad del legislador y, por ello, le está vedado establecer en la regulación del matrimonio cualquier disposición que niegue tal derecho, de manera que cuando se define la procreación como uno de los fines del matrimonio el legislador desconoce el derecho a la autonomía reproductiva de los contrayentes en la medida en que liga la decisión de establecer un vínculo jurídico con la pareja a la finalidad de procrear, motivo por el

cual las personas que deciden casarse ven seriamente restringido su derecho a la libertad de procreación y, por consiguiente, el derecho a decidir no tener hijos.

6. El fin de la procreación recae de un modo más fuerte sobre la mujer, lo que evidencia con claridad la genealogía patriarcal de éste y, en tal medida, constituye un rezago de una concepción que aboga y a la vez se sustenta en una ordenación de los sexos que resulta incompatible con el marco jurídico-constitucional que nos rige actualmente.

7. El mantenimiento de la procreación como fin del matrimonio en el orden jurídico refuerza el imaginario que vincula la posición de la mujer en el marco de las relaciones de la pareja y en la familia a su rol de procreadora, si bien la concepción, en tanto primer eslabón de la reproducción, requiere la concurrencia del hombre y de la mujer es sobre esta última que recae el peso de la procreación, pues es ella quien tiene la capacidad biológica para gestar y dar a la luz.

8. El artículo 113 del Código Civil expresa la idea dominante que existía en el siglo XIX, según la cual el destino lógico y natural de la mujer era ser madre, idea que comenzó a ser socavada durante el siglo XX mediante nuevas concepciones que empezaron a tener eco en el derecho internacional de los Derechos Humanos, como lo ha considerado la Corte Constitucional en sentencias tales como la C-355 de 2006 en la que se hace una descripción de la evolución de los derechos sexuales y reproductivos

de las mujeres que incluyen el derecho a la autodeterminación reproductiva, de modo que la interferencia del Estado o de los particulares en ese ámbito constituye una vulneración de su derecho a la intimidad.

9. La procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato de matrimonio y, en tal sentido la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato, tal como lo ha resaltado el profesor Monroy Cabra al indicar que no hay vicio alguno en que el contrato de matrimonio se celebre entre dos personas que, en virtud de la vejez, la disfunción sexual o la infertilidad, no tengan capacidad de procrear.

10. El análisis del aspecto de la procreación como fin del matrimonio, actualmente tiene impacto sobre las nuevas configuraciones de Familia que afronta nuestra sociedad desde las dinámicas que propone la realidad actual. La capacidad de procrear como fundamento del carácter no asimilable de las parejas heterosexuales y homosexuales se sustenta en una comparación incompleta y sesgada que parte del presupuesto erróneo de que todas las parejas heterosexuales son aptas para procrear y hacen énfasis en que para que la comparación sea completa e imparcial es necesario incluir todas las variables que constituyen las categorías a comparar, de lo que resulta que es forzoso reconocer que, en lo que respecta a la cuestión de la procreación, las parejas homosexuales se encuentran en la misma situación que las parejas heterosexuales que no pueden engendrar.

11. La visión del matrimonio propia del Código Civil se enmarca en la teoría contractualista cuyo perfeccionamiento depende del acuerdo de voluntades de los contrayentes y la doctrina jurídica contemporánea reconoce que esta perspectiva del matrimonio como contrato dista de la anticuada concepción de este como institución constituida por un conjunto de reglas esencialmente imperativas, cuyo fin era dar a la unión de sexos y a la familia una organización que se adecuara a las aspiraciones morales propias de un específico momento histórico.

12. La definición de procreación como función esencial de la pareja niega cualquier posibilidad de protección a las parejas heterosexuales que, por razones personales, biológicas, o de diferente orden, no pueden o no desean tener hijos. Mantener la procreación como requisito esencial de la figura contractual del matrimonio carece de sentido, pues no responde a la realidad y, además, desconoce los avances normativos realizados en materia de derechos sexuales. La expresión "procrear", contenida en el artículo 113 del Código Civil, resulta obsoleta, llegándose a cuestionar la legitimidad de este elemento como finalidad del contrato civil de matrimonio.

13. La autodeterminación vital de las personas exige del Estado Social de Derecho, más que una actitud neutral, una acción afirmativa encaminada a garantizar la realización efectiva de las distintas opciones de vida en la esfera de lo público, es decir, frente al orden jurídico y la sociedad. La pareja es libre para decidir

si quiere asumir el compromiso de la maternidad o de la paternidad y, en todo caso, de decidir el número y espaciamento de sus hijos. Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable sobre el número y espaciamento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señale la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

14. En la actualidad, la familia en Colombia no puede ser considerada, social ni jurídicamente, de manera exclusiva como patriarcal o matriarcal, pues con la expedición del Decreto 2820 de 1974, que consagró la absoluta igualdad jurídica del varón y la mujer, colocando a los cónyuges en un mismo pie de igualdad jurídica, debe concluirse que aquélla está bajo la autoridad de ambos padres y que los dos son igualmente responsables de la familia por ellos formada. Así las cosas, hoy la familia es de tipo conyugal, en la cual la autoridad es compartida en igualdad de condiciones por sus dos fundadores.

15. En la nueva Carta Política promulgada el 7 de julio de 1991, la familia adquirió un espacio significativo al ser proclamada, en su artículo 42, como el núcleo fundamental de la sociedad, con la disposición, en el artículo 5, de ampararla como su institución básica. La Constitución vigente, a diferencia de la de 1986, que apenas si nombraba la familia en el artículo 23 para decir que "nadie podrá ser molestado en su persona o familia", hace referencia expresa a ella en doce oportunidades para elevar a canon constitucional aspectos

atinentes al matrimonio tanto civil como religioso, al divorcio, a la igualdad jurídica del hombre y la mujer, a los derechos del niño, del joven, a los de la tercera edad, etc.

16. El matrimonio es hoy una realidad regulada por el ordenamiento jurídico, que hace que la unión de dos personas con el objetivo de alcanzar una comunidad de vida y ayuda mutua se vea revestida de un conjunto de derechos y de obligaciones. El concepto de matrimonio no es totalmente estático, sino algo en constante evolución, a tenor de las variaciones que los acontecimientos han ido generando.

17. La Corte Constitucional ha proferido una serie de sentencias que han ido despojando al matrimonio, en su dimensión jurídica, de sus evidentes rasgos patriarcales. A título de ejemplo, en la sentencia C-082 de 1999 la Corte declaró inexecutable la causal de nulidad del matrimonio contenida en el artículo 140 numeral 7 que sancionaba el matrimonio entre la mujer adúltera y su amante, por cuanto, en palabras de la Corte, la misma reflejaba "la concepción de la mujer como ser inferior al hombre, alejada de la cultura y, por consiguiente, sometida a la voluntad del varón". Otra sentencia importante es la C-285 de 1997 en la cual se declaró la inexecutable del artículo 25 de la Ley 294 de 1996 que establecía una pena menor a la violación entre cónyuges. Además de estas, otras sentencias en las que la Corte adoptó decisiones en esta línea son la C-007 de 2001, la C-112 de 2000, la C-482 de 2003 y la C-521 de 2007.

18. La Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo de El Cairo en 1994 reconoce en su documento de acción que "los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a "decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo" y que "la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia".

19. El contrato de matrimonio genera un vínculo jurídico entre los contrayentes, así lo ha destacado la Corte Constitucional que al respecto ha dicho: "el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas. La formalización jurídica de la relación de pareja, que es una característica privativa del contrato de matrimonio, hace que los compromisos morales que suelen atribuirse a una relación de pareja que tiene vocación de permanencia, tales como la cohabitación, la fidelidad y el apoyo, se eleven a la categoría de deberes jurídicos.

20. Si se considera a la procreación como el único fin esencial, se seguirían las siguientes consecuencias deplorables: podrían disolverse los matrimonios que no pudieran tener hijos; podrían separarse los matrimonios con hijos mayores, cuando, por la edad, ya no pudieran



tener más; podría coonestarse la inseminación artificial.

21. La institución del matrimonio es una realidad jurídica esencialmente objetiva que existe y perdura independientemente de las personas que aceptan o ponen en movimiento todo ese conjunto estático de normas legales. Conjunto de normas que reúne, por lo demás, todas las características expuestas antes: tiene una idea directriz, una finalidad propia y permanente, tiene una jerarquía convenientemente organizada y produce una comunidad de vida que es así mismo estable.

22. Hoy se dice que todas las grandes instituciones de la Humanidad se hallan en crisis y que, por tanto, la familia no podía escapar a ella. Sin embargo, la palabra "crisis" se puede tomar tanta como sinónimo de decadencia, como de cambio o transformación. Suelen señalarse como causa de su desbarajuste la relajación de las costumbres, la quiebra de la disciplina familiar, la separación de cuerpos, los divorcios, la falta de preocupación por los hijos, como también el aspecto económico.

#### Referencias

Acosta, Nayibet y Benavides Nony (s.f.). "El espíritu del pueblo colombiano en la configuración de las instituciones del derecho civil: propiedad, matrimonio y negocio jurídico". Tomado de

[http://www.redsociojuridica.org/material\\_revista\\_edicion\\_2/espíritu\\_pueblo\\_colombiano.pdf](http://www.redsociojuridica.org/material_revista_edicion_2/espíritu_pueblo_colombiano.pdf).

Álzate, P. (1995). "Fundamentación jurídica de la indisolubilidad del matrimonio" (hacia una inculturación de la Verdad del Principio), tesis doctoral en derecho canónico, Pontificia Universidad de la Santa Cruz, Roma.

Álzate, P. (1996). La relación conyugal, como relación familiar, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad del Norte, Barranquilla, Enero-Julio de 1996, pp. 34-45

Álzate, P. (1997). Matrimonio, Familia y Cultura, Bogotá.

Amigo, F. Unidad e indisolubilidad del matrimonio, Madrid.

Amoroso Lima, Alceu. Familia y Estado. Revista de la Universidad Católica Bolivariana. Vol. VII, No. 21. Junio-Julio.

Anderson, M. (2001). Aproximaciones a la historia de la familia occidental (1500-2000), Madrid, 2001

Arjonillo, R. (1998). Sobre el amor conyugal y los fines del matrimonio, Madrid.

Arregui, J. - Choza, J. (1991). Filosofía del hombre. Una antropología de la intimidad, Madrid.

Bañares, J.I. (1995). El matrimonio; en torno a la esencia, propiedades, bienes y fines, pp. 441-458, en Ius Canonicum, Vol. XXXIV, No. 68, Pamplona.

Burguiere, A. (1990). Una geografía de las formas familiares, Madrid.

Cañón Ramírez, Pedro alejo. (1995). "Familia. Legislación - jurisprudencia y doctrina "1887- 1994.Santa fe de Bogotá: Editorial Presencia Ltda. (TOMO II- VOLUMEN 1) Pág. 1.

Carbonnier, J. (1998). Ensayo sobre las leyes. Paris.

Carreras, J. (1999). La autonomía de la "incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio" como capítulo de nulidad, en Escritos en honor de Javier Hervada, pp. 779-794, Pamplona.

Castilla B. (1996). La complementariedad Varón-Mujer. Nuevas hipótesis, Madrid.

Chavéz Asencio, Manuel. (1990). "La Familia en el Derecho, Editorial Porrúa". 2<sup>a</sup>. Ed. México.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948). Asamblea General de las Naciones Unidas Artículo 16. Numeral 3.

Engels, Friedrich (1981) "El origen de la familia, la propiedad privada y el estado". Cap. II. La Familia. Editorial Progreso - Moscú 1981.

Fernández Clérigo, Luis; El Derecho de Familia en la Legislación Comparada, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana (UTEHA). México.

Hervada, J. (1991). Las obligaciones esenciales del matrimonio, pp. 59-83, en Ius Canonicum, Vol. XXXI, No. 61, Pamplona.

Martínez de Aguirre, C. (1996). Diagnóstico sobre el derecho de familia, Madrid.

Monroy Cabra, G. (2001). Derecho de Familia y de Menores. 7ma Edición, Bogotá.

Navarro-Valls, R. (1994). Matrimonio y derecho, Madrid.

Pacheco E. Alberto. (1991). "La Familia en el Derecho Civil Mexicano". Panorama editora. 2ª. Ed. México.

Planiol, Marcel y Georges Ripert. (1981). "Tratado Elemental de Derecho Civil". (Trad. Lic. José M. Cajica). Ed. Cárdenas. México.

Quiroga Lavie, H. (1978). Derecho Constitucional. Ediciones Depalma.

Rojina Villegas, Rafael. (1986). "Compendio de Derecho Civil". Tomo I, Ed. Porrúa, 21ª. Ed. México, 1986

Sentencia de tutela 012/12. (2012). Corte Constitucional. Derecho a la intimidad. Bogotá.

Universidad de Antioquia (s.f.). "Un nombre para cada familia" Recopilado 25 de Mayo de 2010, Tomado de [http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/BibliotecaPortal/DetalleNoticia/progSalud?p\\_id=14348831&p\\_siteid=419](http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/BibliotecaPortal/DetalleNoticia/progSalud?p_id=14348831&p_siteid=419)

Universidad De La Sabana (s.f.). "Familia" Escrito recuperado el 25 de mayo de 2010 y Tomado de [http://sabanet.unisabana.edu.co/crear/paginas/herramientas\\_de\\_valoracion\\_familiar/paginas/familia.htm#concepto](http://sabanet.unisabana.edu.co/crear/paginas/herramientas_de_valoracion_familiar/paginas/familia.htm#concepto)