

**Nuevas realidades:
posibilidades de
transformación
en cuanto a la
procreación
como uno de los
fines del matrimonio**

Angélica Edith Morales Escudero

NUEVAS REALIDADES: POSIBILIDADES DE TRANSFORMACIÓN EN CUANTO A LA PROCREACIÓN COMO UNO DE LOS FINES DEL MATRIMONIO

AUTOR: Angélica Edith Morales Escudero
FECHA DE RECEPCIÓN: Julio 27 de 2012
DIRECCIÓN: anemoes1@hotmail.com

RESUMEN: Trabajo de grado presentado en la Maestría de Derecho de Familia en el cual se explica que, 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. La presente investigación es de tipo analítico, de revisión documental y se realiza bajo el diseño del Método Hermenéutico.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio, Procreación, Fines del matrimonio, Autonomía, Autodeterminación reproductiva, intimidad.

ABSTRACT: The purposes of marriage, are now one of the general objectives for the realization and effectiveness of the institution of marriage. The purposes of marriage as legally described are being developed differently, and therefore the marriage loses its essence. In the end, procreation is much more generic and currently there are circumstances such as infertility, mutual agreement not to have children who become their true purpose of marriage and therefore change the essence of the concept of family. This research is analytic, and document review is conducted under the design of the hermeneutic method.

KEY WORDS: Marriage, Procreation, Purposes of marriage, Autonomy, Reproductive Autodetermination, Privacy.

Nuevas realidades: posibilidades de transformación en cuanto a la procreación como uno de los fines del matrimonio

Angélica Edith Morales Escudero*



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, amparadas 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

* Estudiante de la Maestría en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

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 como fin del matrimonio desconoce la condición del ser humano como fin en sí mismo y contradice 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, 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 de El 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. Lo anterior comporta una potencial 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 este 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 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 como se decía líneas atrás, 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 frente a 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 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.

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.

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.

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.

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 aplico 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.

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 tanto 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.

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 entes 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.

Dentro de las conclusiones de la investigación, se encuentra que el Estado no puede imponer la finalidad de procrear como acción exclusiva del matrimonio ya que esta puede realizarse sin mediar el contrato del matrimonio; adicionalmente esa finalidad excluye otras formas de tener hijos que integran a la 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, por lo que “no resulta procedente imponer, por vía legal, dicha finalidad para ser obligatoriamente observada por quienes celebran matrimonio civil.

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 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 cualquiera 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.

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 realidades 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".

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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.

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, n°. 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, N°. 68, Pamplona.

- Burguiere, A. (1990). Una geografía de las formas familiares, Madrid.
- Cañón Ramírez, Pedro Alejo. (1995). "Familia. Legislación - jurisprudencia y doctrina "1887- 1994.Santafé de Bogotá: Editorial Presencia Ltda. (TOMO II-VOLUMEN 1) Pág. 1.
- Carbonnier, J. (1998). Ensayo sobre las leyes. París.
- 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.
- Chávez Asencio, Manuel. (1990). "La Familia en el Derecho, Editorial Porrúa". 2ª. 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, n°. 61, Pamplona.
- Martínez de Aguirre, C. (1996). Diagnóstico sobre el derecho de familia, Madrid.
- Monroy Cabra, G. (2001). Derecho de Familia y de Menores. 7ª 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.
- Rojina Villegas, Rafael. (1986). "Compendio de Derecho Civil". Tomo I, Ed. Porrúa, 21ª. Ed. México, 1986
- 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

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