

**Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo**  
**Universidad de Cartagena**  
**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

Revista de Derecho  
*Law Review*



Nro. 9

Enero - Junio 2013



**Universidad  
de Cartagena**  
Fundada en 1877

Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo	Cartagena (Colombia)	Vol. V	Nro. 9	PP. 1-179	Enero – Junio	2013	ISSN 2145-6054
--	-------------------------	--------	--------	-----------	------------------	------	-------------------



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA  
1827

Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo

Volumen V Ejemplar No. 9 Enero – Junio 2013

ISSN: 2145-6054  
ISSN Electrónico: 2256-2796

Derechos Reservados

Universidad de Cartagena

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

**GERMÁN ARTURO SIERRA ANAYA**  
Rector

**EDGAR PARRA CHACÓN**  
Vice Rector Académico

**ROBINSON MENA ROBLES**  
Vice Rector Administrativo

**JESÚS OLIVERO VERBEL**  
Vice Rector de Investigaciones

**MARLY MARDINI LLAMAS**  
Secretaria General

---

## ÍNDICE

	Página
<b>DERECHO SOCIETARIO</b>	<b>9</b>
DEBERES DE LAS SOCIEDADES INSCRITAS: UN ESTUDIO EN EL DERECHO DEL MERCADO DE VALORES COLOMBIANO. <i>Duties of registered societies: A legal study of the colombian stock market.</i> Camilo E. Quiñónez Avendaño	10
<b>DERECHO PÚBLICO</b>	<b>30</b>
MODELO CONCESIONAL DE OBRAS PÚBLICAS APLICADO EN LOS PERÍMETROS URBANOS. UNA ALTERNATIVA DE POLÍTICA PÚBLICA EFICIENTE. PERSPECTIVA DESDE EL AED. <i>Concessional model of public works applied in urban perimeters.</i> <i>An alternative of efficient public policy. Perspective from the Economic Analysis of Law.</i> Raúl Fernando Guerrero Durango	31
<b>DERECHO PRIVADO</b>	<b>47</b>
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. IMPLICACIONES JURÍDICAS Y BIOÉTICAS EN EL DERECHO PROYECTADO ARGENTINO. <i>Gestation by substitution. Legal and bioethical implications in the Argentinian projected Law.</i> Carina Susana Jorge	48
EL DERECHO DE FAMILIA ¿EN DIRECCIÓN A UNA FLEXIBILIZACIÓN DE LA FAMILIA, EL MATRIMONIO Y SUS ELEMENTOS FUNDAMENTALES? <i>Family Law. Towards a relaxation of family, marriage and its fundamental elements?</i> Cristian David Jurado Ferrer	62
<b>DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA</b>	<b>88</b>
SENTIDO Y ALCANCE DE LOS “ESTADOS SIMILARES”. <i>Meaning and significance of the “similar States”.</i> José Fernando Botero Bernal	89
CONTORNOS DEL DEBIDO PROCESO EN EL DERECHO COLOMBIANO (I). TRES LECTURAS INTEGRADORAS EN TORNO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. <i>Outlines of due process in the Colombian law (I).</i> <i>Three integrative lectures about the presumption of innocence.</i> Miguel Antonio Morón Campos - Heriberto Antonio Díaz Arrieta	105
LA INSEGURIDAD Y EL TEMOR AL DELITO EN LA SOCIEDAD GLOBAL. <i>Insecurity and fear to crime in global society.</i> Carlos Alberto Elbert	128

<b>FILOSOFÍA DEL DERECHO</b>	<b>146</b>
<b>ASPECTOS CONCEPTUALES, METODOLÓGICOS Y NORMATIVOS DE LA PONDERACIÓN.</b> <i>Conceptual, methodological and normative aspects of balancing.</i>	<b>147</b>
Yezid Carrillo De La rosa Liseth Johanna Reyes Carrillo	
<b>TRES MODELOS EXPLICATIVOS DE LAS TENSIONES ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA EN AMÉRICA LATINA.</b> <i>Three explicative models of the tensions between constitutionalism and democracy in Latinamerica.</i>	<b>159</b>
Daniel Eduardo Flórez Muñoz	
<b>RESEÑAS</b>	<b>169</b>
<b>“CONTEXTO HISTÓRICO, BIOGRAFÍA Y PROYECCIÓN INSTITUCIONAL DEL JURISTA D. DIEGO ANTONIO NAVARRO MARTÍN DE VILLODRES EN ESPAÑA Y EN EL CONTINENTE AMERICANO”.</b>	<b>170</b>
<i>“Historical context, biography and institutional projection of the jurist D. Diego Antonio Navarro Martín de Villodres in Spain and the American continent”.</i> Paulo Bernardo Arboleda Ramírez	
<b>RESEÑA DE LA OBRA “THEOLOGIANS AND CONTRACT LAW” DE WIM DECOCK.</b> <i>Review of the work “Theologians and Contract Law” by Wim Decock.</i>	<b>177</b>
Andrés Botero Bernal	
<b>INSTRUCTIVO PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS.</b>	<b>182</b>

# EL DERECHO DE FAMILIA ¿EN DIRECCIÓN A UNA FLEXIBILIZACIÓN DE LA FAMILIA, EL MATRIMONIO Y SUS ELEMENTOS FUNDAMENTALES?

*Family Law. Towards a relaxation of family, marriage and its fundamental elements?*

Cristian David Jurado Ferrer\*\*

**Fecha de Recepción:** 14 de febrero del 2013

**Fecha de Aceptación:** 4 de marzo del 2013

**SUMARIO:** 1) Introducción; 2) La familia y el matrimonio; 3) la crisis moderna de la familia y el matrimonio; 4) Entre la institucionalidad, contractualización y la sacramentalidad del matrimonio. Una naturaleza jurídica escurridiza; 5) El molde patrimonial de la familia y el matrimonio; 6) Los cambios en los aspectos personales del matrimonio; 6a El matrimonio y vínculo familiar igualitario; 6.b. La maternidad subrogada; 6.c. Los acuerdos de fidelidad y prácticas swingers; 6.d. El divorcio unilateral; 6.e. Otros asuntos posibles; 7) Conclusiones; 8) Referencias Bibliográficas.

---

\* El presente producto del proyecto de investigación que lleva por título los presupuestos lus-teóricos del derecho de familia en Colombia, adscrito al grupo de Investigación Derecho en Contexto de la Fundación Universitaria Colombo Internacional (UNICOLOMBO). Fecha de inicio: 22 de enero del 2013; fecha final de la investigación: 22 de octubre del 2013.

\*\* Abogado egresado de la Universidad de Cartagena. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Libre, sede Cartagena. Candidato a Magíster de la Maestría en Derecho Privado de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Correo electrónico: cristian\_jurado\_ferrer@hotmail.com. Centro, edificio Bancafé, oficina 301. Cartagena, Colombia. Profesor del programa de derecho de la Fundación Colombo Internacional (UNICOLOMBO).

### **COMO CITAR ESTE ARTÍCULO (APA 6th)**

Jurado Ferrer, C. D. (2013). El futuro del derecho de familia ¿En dirección a una flexibilización de la familia, el matrimonio y sus elementos fundamentales? (Y. Carrillo De la rosa, Ed.) *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, V (9), 62-87.

### **RESUMEN**

En la actualidad la familia y el matrimonio como habían sido concebidas por el Derecho han sufrido notables variaciones en sus aspectos más fundamentales. El matrimonio igualitario, las capitulaciones matrimoniales, la maternidad subrogada, las compensaciones económicas, las prácticas “swingers” y el divorcio unilateral, son apenas uno de las tantas realidades con la que se topan estas. Todo ello hace considerar que estas instituciones se encuentran en crisis y que llevan a la decadencia humana. Pero la libertad e igualdad han permitido la transformación e interpretación de los conceptos, en los que la realidad exige diferentes aplicaciones y entendimiento. Siendo un pilar básico la autonomía de la voluntad, su poderío permite moldear el contrato de matrimonio y la célula esencial de la sociedad moderna.

### **PALABRAS CLAVE**

Familia; matrimonio; contrato; autonomía de la voluntad.

### **ABSTRACT**

*Today, the family and marriage as they had been conceived by the law have undergone notable changes in its fundamental aspects. The equal marriage, the prenuptial agreements, surrogate motherhood, financial compensation, “swingers” practices and unilateral divorce, are just one of the many realities that they face. All this makes to considere that these institutions are in crisis and lead to human decadence. But freedom and equality have led to the transformation and understanding of concepts. Being a pillar the autonomy of will, its power can shape the marriage contract and the essential cell of modern society.*

### **KEY WORDS**

*Family; marriage; contract; autonomy of will.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Hemos decidido abordar en este breve trabajo un aspecto que nos llama fuertemente la atención: el desvanecimiento paulatino que con el tiempo se produce en los límites establecidos en el derecho de familia, primordialmente en cuanto a la institución del matrimonio.

Si bien desde hace mucho se ha hablado de esta realidad, cada día adquiere mayor importancia y actualidad, pues cada día el derecho y la vida avanza, no siempre a la par.

Anotaremos que los pilares en que se ha basado históricamente el matrimonio han sufrido variaciones considerables, por la misma naturaleza de la humanidad y la evolución que de los conceptos se tiene para la elemental conducta del hombre de establecerse como familia y pareja. Miraremos tangencialmente que en cuanto a la rigidez que del aspecto patrimonial del matrimonio se ha dado en temas como capitulaciones, alimentos, sucesiones, etc. Haciendo énfasis en lo que tiene que ver con la autonomía de la voluntad para fijar y pactar situaciones económicas.

También echaremos un vistazo en lo que es bastante visible en la actualidad, y es en lo referente a cómo el aspecto de las relaciones personales y las obligaciones de esta índole se ha quebrado para dar paso a fenómenos inadmisibles en otras épocas, tales como la igualdad de la mujer, las nuevas formas de familia, la terminación unilateral y sin justa causa del vínculo matrimonial, y quien sabe, si todo apunta a que las normas de orden público se conviertan en supletivas en lo que toca a los deberes de fidelidad, socorro y similares, aterrizando en una realidad en ascenso y que “ataca” a la sacra figura del matrimonio tal y como se viene concibiendo de antaño, conocido mundialmente como el fenómeno *Swinger*, que antes de ser una práctica extraña y oculta, surge como frecuente y común en un número elevado de parejas a nivel mundial, no escapándose América Latina de esta moderna expresión de libertad.

Estos temas los miraremos desde la óptica del Derecho y la puja que mantiene esta ciencia con la realidad y en la que siempre la toga es derrotada, abriendo paso a figuras, situaciones y supuestos nunca pensados al estructurarse las sólidas instituciones que rigen nuestra vida personal y en sociedad.

No es nuestro propósito el indagar por todos y cada uno de los nuevos eventos en que debe embarcarse el Derecho de Familia, como tampoco fijar posturas críticas sobre las instituciones en sí. Limitaremos nuestras líneas simplemente a poner sobre el tapete la humilde visión que percibimos sobre los retos, realidades y desafíos que en estos tiempos abordan algunas bases del Derecho Familiar, señalando que los tiempos de cambio no cesan y que lo que era indefectiblemente cederá a lo que la realidad misma incita.

Por último, este trabajo se centrará primordialmente a las expresiones que sobre el tema ha tenido el derecho colombiano y argentino, sin pretensiones de derecho comparado. El primero, por ser la patria, donde nos hemos formado como abogado y ejercemos la profesión; el segundo por adelantar en tan fértil territorio la Maestría en Derecho Privado que nos ha llevado a utilizar la pluma en este momento.

## 2. LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO

La evolución del Derecho se presenta constantemente. Los cambios socioculturales y económicos de la humanidad mueven aún a las instituciones más sólidas del derecho y aquellas que reflejan los fundamentos y estructuras más íntimas de la humanidad.

Cuando la religión, cultura, economía, ciencia, política y demás aspectos que gobiernan las conductas sociales e individuales humanas actúan, el Derecho se ve compelido a transformarse. Así ha sucedido y sucederá siempre, dado el dinamismo que lo caracteriza y debe caracterizar.

La familia no ha escapado a ello, sufriendo diversas variaciones o evolución si se quiere, a lo largo de la historia, como resultado de distintos factores y la misma adecuación de los moldes a la realidad social imperante. Siendo considerada dentro del derecho privado una de las ramas más dinámicas del ordenamiento jurídico internacional.

El concepto etimológico de familia se remonta a las antiguas figuras del derecho romano, correspondiendo a la acepción latina de *familiam*<sup>1</sup> –conjunto de criados de una persona-. Desde otra acepción de carácter gramatical, según la Real academia de la Lengua “*es el conjunto de personas que proviene de una misma sangre, de un mismo linaje, de una misma casa*”. Ciñéndonos más a un criterio jurídico podríamos decir que es el conjunto de personas entre las que median relaciones de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción), a las que la ley atribuye algún efecto jurídico (Suárez, 1995).

La palabra familia puede tener diferentes significaciones. En sentido amplio, la familia es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar y comprende 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. Ya en sentido intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en determinada vivienda, bajo la autoridad del jefe de familia (Belluscio, 1978).

La procedencia de la familia como sabemos, corresponde a los mismísimos inicios de la humanidad con expresiones diversas pero identificables, existiendo grupos familiares que se distinguen entre los tipos de *familia consanguínea, punalúa, sindiásmica y monogámica* (Engels).

En la actualidad para nuestra zona geográfica, representación religiosa, cultural, económica y social, la familia es tenida como institución formante de una unidad socioeconómica básica que genera un organismo jurídico. Su importancia y reconocimiento se traduce en la exaltación que las normas jurídicas actuales le rinde, ubicándola como “*el elemento natural y fundamental de la*

---

<sup>1</sup> También es asociada su derivación etimología a la palabra latina *famulus*, que significa sirviente o esclavo.

*sociedad y tiene derecho a al protección de la sociedad y del Estado*<sup>2</sup>. Derivando de tal protección el derecho mismo a casarse y fundar una familia<sup>3</sup>.

El Código Civil Colombiano carece de definición o concepto general de familia, pero de manera particular el Artículo 874, inciso 3° toca lo concerniente a ella, pero solo en lo referente a los derechos de uso y habitación, expresa que: *La familia comprende la mujer y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o habitador no esté casado ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución*. De manera que si bien esta norma solo está regulando las personas beneficiarias de estos derechos reales, al menos brinda una noción sobre familia. No obstante, el Decreto 2388 de 1979 señala que: *“se entiende por familia el grupo de personas unidas por un vínculo de sangre, de afinidad o de parentesco civil”*.

Por su parte, la Constitución Política de Colombia, en concordancia con el artículo 5, en su artículo 42, considera a la familia como institución básica de la sociedad. Señala este último:

**ARTICULO 42.** La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. 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.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

---

<sup>2</sup> Artículo 16, inciso 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

<sup>3</sup> Inciso 1° *ibídem*.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

Esta disposición, a la que obligadamente habrá que referirse nuevamente en el presente trabajo, constituye el pilar constitucional para el desarrollo de la doctrina al respecto de la familia como institución y como figura jurídica, así como del matrimonio en nuestro derecho.

Argentina está ausente en cuanto a su Código Civil y Constitución, en definiciones o conceptualizaciones precisas sobre la familia.

No obstante la falta de estipulaciones en los ordenamientos jurídicos nacionales que versen de manera inequívoca sobre la definición de familia, no necesariamente esto condena la noción que sobre ella deba tenerse, mucho menos puede llevar a limitar sus espectros. Vale decir que si bien las normas puedan contribuir a la precisión de conceptos, esto no conduce a un entendimiento o regulación más ajustada a los intereses y principios dominantes del derecho, y por el contrario muchas veces pueden ser obstáculos para desenvolvimiento de hechos y relaciones jurídicas. Sobra decir que un texto debe ser interpretado, siempre a la luz de la realidad y el estado actual de cosas donde debe aplicarse.

En el derecho colombiano no hay lugar a considerar a la familia como persona jurídica, por cuanto no se adecua a la misma ni surte estos efectos. Así lo expresa Araque (2002):

Dentro del sistema jurídico colombiano, no podemos afirmar que la Familia sea una persona jurídica, porque no puede ser sujeto de derecho, ni puede contraer obligaciones; es decir, la familia se toma como una célula de la sociedad, como una agrupación de carácter natural o legal según su fuente de conformación, pero ella no tiene relaciones jurídicas considerándola como un todo, sino que esas relaciones tienen como sujetos, a cada uno de los miembros que la componen, considerados de manera individual; por lo tanto, se puede decir, que la Familia es una Institución que constituye la célula fundamental del Estado, en razón a las relaciones que existen entre sus miembros, el pasado común de ellos, los sentimientos comunes, la unidad de raza, lengua, tradiciones y religión, tiene como función la de integrar a sus miembros para así servir de elemento de equilibrio y cohesión de un determinado conglomerado social, como una de las condiciones de la existencia del Estado (p. 92).

De todo lo anterior podemos deducir en gracia de simpleza, que la familia sí es concebida según el Bloque de Constitucionalidad colombiano como una Institución, básica y privilegiada, lo que impone un tratamiento e interpretación que debe mirar a la estructura de la sociedad, que a la postre es diversa y que surge no solo de los vínculos naturales sino también jurídicos.

En cuanto a lo tocante al matrimonio, anticiparemos que como puede leerse del texto constitucional arriba transcrito, una fuente para la constitución de la familia es el matrimonio entre un hombre y una mujer, tal y como conservadoramente se ha considerado. De igual forma el Artículo 113 del Código Civil colombiano lo regula bajo este pensamiento.

Pero recientemente se ha abierto paso la posibilidad de considerar familia a las constituidas por personas del mismo sexo, aunque no opere la figura del matrimonio, por ser necesariamente entre hombre y mujer, lo que no obsta para que se haya declarado exequible por parte de la Corte Constitucional la norma del Código Civil, sin perjuicio de que la ley antes del 20 de junio de 2013 regule de manera sistemática y organizada los derechos de las parejas del mismo sexo. Si el legislador no sigue el exhorto dado por la Corte Constitucional sobre este particular, podrán estas parejas acudir a las autoridades competentes y solemnizar y formalizar su vínculo contractual. Tal y como lo tocaremos nuevamente en el capítulo final de este trabajo

### 3. LA CRISIS MODERNA DE LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO

Abundan las crisis en el Derecho Privado. Se ha hablado de la crisis del contrato, de la autonomía de la voluntad, de los derechos reales, etc. Pero se ha dicho con acierto que el derecho de familia es dentro del derecho privado quizás una de las ramas que ha mostrado más dinamismo y transformaciones en los últimos tiempos.

Estos cambios suponen en gran parte una profunda crisis para algunos, pues como hemos venido sosteniendo, se perciben de manera diferente los fundamentos estructurales de la familia y el matrimonio desde su concepción tradicional.

Aunque bien cabría preguntarse qué puede entenderse por “tradicional” dentro de los conceptos y nociones del derecho familiar, lo cierto es que se perciben ciertas situaciones que para la mayoría de los estudiosos del tema, en las diversas disciplinas que se entrelazan para la comprensión de los asuntos familiares, se tildan de críticas o lamentables.

Tomada la familia como institución, aparece más dinámica y cambiante, como la célula básica de la comunidad, en donde cada miembro desempeña un rol diferente y como tal se le reconoce, así no sea en atención a sus capacidades individuales, sino a lo ya prefijado por la ideología patriarcal.

La familia por ser parte integrante de la sociedad y de la cultura, se ve sacudida por conmociones poderosas, en la medida en que se presentan cambios extremos e internos dentro de la estructura socio-económica. (Es por eso, que al decir de muchos se halla en “crisis”) (Londoño, 1993, p. 20).

Pero la misma autora arriba citada deja algo en evidencia que al parecer no es muy tenido en cuenta cuando se habla de la actualidad del derecho de familia. Expresa con pocas palabras una verdad al parecer innegable:

Desde siempre se ha hablado de procesos críticos sufridos por esta organización. En tiempos de Pericles, ya se hacía referencia al peor de ellos. En todas las épocas se repite dicha conceptualización y lógicamente hoy también se dice lo mismo, solo que el actual es general y universal: abarca filosofía, trabajo, educación sexualidad, roles, valores, etc. (p. 23).

Y sostiene que en lo que tiene que ver con la familia monogámica se mantendrá tal cual existe:

No hay pues, crisis sino cambios operados a la velocidad de un jet, que requieren ajustes, a dicha institución. Se puede precisar que hacia el futuro, la familia tradicional nuclear y monogámica seguirá subsistiendo por mucho tiempo, para compartir de manera estable, positiva y procreativa la vida con alguien (p. 28).

Por citar solo a un “pesimista” de los muchos que firmemente y de manera ampliamente fundada ven una gran crisis en la actualidad del matrimonio y la familia, transcribimos el comentario de Monsalve (2005):

Pero como ya se dijo anteriormente, este no es el verdadero debate y el fin de la presente investigación, lo que es realmente importante es la crisis matrimonial que se vive en la actualidad, estamos asistiendo al ocaso de la institución familiar, influenciada por la cultura del consumismo, y por la relaciones despersonalizadas, propia de una sociedad de masas, urbanas e industriales; atrás queda una historia social, que presentaba la familia con solidez y fortaleza, para dar paso a debates totalmente contractualistas desprovistos de dialécticas morales o constructivistas (p 407).

La crisis denunciada obedece a los aspectos que recientemente han florecido en cuanto a al surgimiento de nuevas familias para el derecho, como las basadas en uniones maritales, de convivencia o a través de asistencia científica; el matrimonio entre parejas del mismo sexo; el divorcio inclusive en algunas legislaciones; la inclinación a la poligamia; la deformación de la fidelidad; la autonomía de la voluntad para regular los intereses patrimoniales y personales; etc.

La historia siempre nos ha enseñado que los pueblos más fuertes y desarrollados han sido siempre aquéllos en que la familia está más fuerte constituida: Roma, Inglaterra, Francia, Alemania; las lecciones de la historia nos enseña el relajamiento de los lazos familiares a los períodos de decadencia: ordinariamente, en la célula familiar se manifiestan los primeros síntomas de mal antes de afectar al organismo más vasto y mas poderoso del Estado (Castán, 1975, p. 717).

Pero además de estas situaciones de la realidad, la crisis se ha sostenido también por la naturaleza misma del matrimonio, el cual se ha balanceado en criterios de ubicación, discutiéndose si se trata de una institución, sacramento o contrato, básicamente. Y en cuanto a este último, qué categoría contractual lo identificaría. Problemática que ya de vieja data ha venido suscitándose.

Independientemente de si hay crisis o no, lo cierto es que se han dado cambios y se vaticinan muchos más. La fluctuación del derecho familiar y su flexibilidad histórica dejan en entredicho los soportes que se creían inamovibles. Pero esto se explica claramente con la claridad en que lo diría Alceu Amoroso Lima: *“las grandes instituciones sociales de la humanidad son tan intangibles en su esencia, como variables en sus accidentes* (Citado por Monsalve, 2005)“.

Si bueno o malo, la verdad es que preferimos evitar catalogar los avances sociales y jurídicos así, mucho más en cuanto a temas de familia, lo cual dejamos a los expertos. Aprendido tenemos que

muchas veces las opiniones sobre un punto, aún de manera estrictamente jurídica, se valen de la pasión y las emociones, obstruyendo el proceso racional y argumentativo que merece el estudio, aceptación o regulación de los fenómenos sociales. Por ello y debido a la finalidad misma del presente trabajo, evitamos conscientemente catalogar o fijar posturas que a la postre pueden ser desdichas por nosotros mismos con el paso del tiempo, solo creemos y lo expresamos así para estos efectos, en que son transformaciones sociales, la mayoría indetenibles, pero que ameritan discusiones de fondo y oportunas, atendiendo a todos los contextos y disciplinas que les sirven, pero dejando de lado los prejuicios, la conveniencia personal o la mirada particular.

No siendo tampoco nuestro propósito en el presente documento el extendernos sobre todas y cada una de las realidades que aquejan al derecho familiar, ni consultar las opiniones, argumentos y posiciones que han desarrollado las figuras del matrimonio y la familia; haremos algunas cortas anotaciones sobre la naturaleza del matrimonio, para ubicar en el plano jurídico algunas razones del porqué este aparece vulnerable a la libertad de los sujetos.

#### **4. ENTRE LA INSTITUCIONALIDAD, CONTRACTUALIZACIÓN Y LA SACRAMENTALIDAD DEL MATRIMONIO. UNA NATURALEZA JURÍDICA ESCURRIDIZA**

Sin embarcarnos en los pormenores de la interesante disputa doctrinal que a lo largo de la historia se gestó sobre la naturaleza del matrimonio, su imposibilidad de aplicarse la teoría tradicional del contrato y los efectos del mismo, señalaremos a modo de síntesis el desarrollo que ha tenido el matrimonio en cuanto a su naturaleza jurídica, por cuanto de esta forma se puede entender algunas realidades modernas sobre el matrimonio, pues la mayor aversión por parte de la doctrina conservadora se vuelca al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, figura cuyo importancia se ha notado en el campo del derecho contractual, donde las tendencias normativas ha ubicado al matrimonio, como pasa a explicarse.

Etimológicamente la expresión matrimonio proviene del latín, de las palabras *matris* que significa “madre” y *manium*, “gravamen o cuidado”, significando cuidado de la madre o espacio reservado por el hombre a la mujer, para el parto y los oficios domésticos en el hogar. También es comprendido como carga o gravamen para la madre. No obstante para la opinión sociológica la palabra matrimonio deriva de la frase *matrem muniens*, que quiere decir defensa, protección de la madre. Tiene el matrimonio por función garantizar el cumplimiento de los deberes del hombre hacia la madre de los hijos (Morales, 1997).

El matrimonio para el derecho romano era considerado como un hecho, una realidad social con consecuencias jurídicas reguladas, basada en la convivencia y fruto de la voluntad de estar unidos en matrimonio. Teniendo entonces por un lado un elemento objetivo consistente en la convivencia de los cónyuges por la entrada de la mujer en la casa del marido (*deductio in domum mariti*); junto al elemento subjetivo de la intención común y recíproca de marido y mujer de convivir matrimonialmente (*affectio maritalis*). Entre estos elementos predominaba el subjetivo sobre aquel, pero no implicaba de suyo que se originara en un contrato el matrimonio.

Los canonistas al interpretar los textos romanos sobre el matrimonio, le dieron un sentido contractual debido al fuerte predominio del elemento subjetivo.

Interpretando los textos en que se hace alusión al *consensus* en oposición a la cúpula, algunos juristas curiales, si bien espiritualizan el matrimonio infundiendo en él la idea religiosa, ven en el mismo un contrato, porque creyeron que el *consensus*, que en los pasajes romanos significó *affectio maritalis*, equivale al acuerdo o convención, es decir, a un contrato.

Así surgió en las escuelas jurídicas medievales la caracterización del matrimonio como contrato, que ha sido la tesis tradicional no solo de la Iglesia sino en la mayoría de los países latinos hasta el siglo XIX, situación esta que aún continúa latente en la mayoría de los países de América Latina (Monsalve, 2005).

El derecho canónico entonces aportaría a la concepción del contrato de matrimonio, que además de ser un *sacramento*, tal y como lo dispone el estatuto Canónico<sup>4</sup>, su naturaleza sagrada se compartiría con su naturaleza contractual bilateral<sup>5</sup>.

Los glosadores al considerar que toda expresión del consentimiento genera contrato, esparcen la teoría contractualista con mayor auge. Desde entonces durante cerca de cuatro siglos, la cuestión de la naturaleza del matrimonio no se planteó porque la respuesta era casi unánime e indiscutida: Se consideraba el matrimonio civil como un contrato. Era tan aceptado el carácter contractual del matrimonio que en los códigos y diferentes legislaciones promulgadas en los siglos XVI al XVIII, siempre se incluyó si no bien en su definición, sí en su características, y obligaciones. (Basta con remitirse al Código Francés Art. 144 y sigs. para encontrar sus referencias contractuales) (Monsalve, 2005).

Entonces antes de la Revolución francesa se edificó la tesis canónica del matrimonio como contrato, permitiendo sostener el derecho del Estado para inmiscuirse, siendo un vínculo de acto civil sometido a la jurisdicción del príncipe.

Luego de la Revolución, el principio de libertad emanado de ella conllevaría a distanciar y separar las formas civiles del matrimonio de las religiosas. Continuando la noción de matrimonio-contrato, pero estrictamente civil y sin consecuencias de carácter religioso, estando bajo la autoridad estatal, debilitando la competencia de la Iglesia. De esto derivaría la postura del divorcio como manera de dejar sin efectos de común acuerdo el contrato.

Siendo un contrato se podría como consecuencia entender bajo las normas ordinarias del derecho común de los acuerdos de voluntades.

La doctrina alemana por su parte, aportaría a la figura del matrimonio un carácter también de contrato, pero con la teoría del Negocio Jurídico encubada en este derecho, enriquecería la argumentación.

---

<sup>4</sup> El canon 1012 del Código Canónico expresa que: “CRISTO Nuestro Señor elevó a la dignidad de sacramento el mismo contrato matrimonial entre bautizados. Por consiguiente, entre bautizados no puede haber contrato matrimonial válido que por el mismo hecho no sea sacramento”.

<sup>5</sup> Con el Concilio de Trento de 1545 transforma el contrato de matrimonio de consensual a solemne.

Hasta aquí se ha presentado el matrimonio como contrato y se ha dejado entrever el carácter sacramental que la Iglesia y el Derecho Canónico le reconocen.

Pero si bien la tesis contractual del matrimonio ha lucido sólida y fecunda en adeptos, fue objetada seriamente por no encuadrar en el mismo concepto de contrato, entre otras razones porque: a) origina el matrimonio obligaciones que no son patrimoniales, sino de índole moral, que no pueden evaluarse en dinero, como el débito conyugal, la fidelidad, etc.; b) no se le pueden imponer términos o condiciones; c) no se persiguen intereses opuestos sino idénticos; d) las reglas del mutuo disenso le son inaplicables.

Frente a ello se ha sostenido que se trata es de un Acuerdo, por el consentimiento necesario para su formación. También se ha acudido a la Convención para explicar su naturaleza (Valencia, 1988). Mientras que Antonio Cicu lo explica como un “acto de poder estatal”, por su parte el mejicano Rojina Villegas distingue en el derecho entre los actos jurídicos privados, los actos jurídicos públicos y los actos jurídicos mixtos. Señalando que el matrimonio corresponde a este último. También se habla de acto jurídico familiar.

De igual forma se le atribuye una naturaleza de Institución, que se traduce en sus características peculiares por el conjunto de reglas impuestas por el Estado que forman un todo y que solo permiten la adhesión de los particulares como elemento vital de la sociedad. Como estandarte doctrinal sobre esta naturaleza se encuentra en el autor Julien Bonnecase, quien expresaría que: *“Hay que reaccionar contra esta tendencia negando al matrimonio el carácter de contrato”*.

Con ello se ha querido debatir el aspecto contractual, que genera aparentes dudas sobre los puntos neurálgicos de los efectos que el mismo genera en los giros ordinarios de los negocios, pero se ha respondido con fuerza que no todas las obligaciones emanadas de los contratos son de carácter patrimonial y que en la actualidad es posible terminar el vínculo matrimonial, de manera similar a los demás contratos. Por último es de advertir que no todos los contratos contraponen intereses, pues fácilmente pueden estar dirigidos a fines, intereses y objetivos comunes y de colaboración.

Entre todas estas posiciones lo cierto es que cada vez se concilian más las posturas y se maneja un criterio que admite tanto la naturaleza de institución como la contractual. El negocio jurídico califica el acto constitutivo del matrimonio y la institución se manifiesta en la realidad del matrimonio constituido.<sup>6</sup>

La incertidumbre de la naturaleza jurídica del matrimonio se presenta no solo en los ordenamientos que la no conciben de una u otra manera, como en el caso del argentino que no lo contempla de manera explícita. También como hemos reseñado, la discusión se da aún en los que se precisa claramente su naturaleza.

Huelga decir que en lo que al derecho colombiano se refiere, el matrimonio es un contrato, pues el Código Civil en su artículo 113 así lo determina de manera expresa al señalar: *“El matrimonio es un*

---

<sup>6</sup> Como ejemplo de quienes opinan así: Bonet, F.; Castán, J.; Monsalve Caballero, V.; entre otros.

*contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente*". A su vez el artículo 115 del mismo cuerpo normativo lo ratifica al disponer: *"El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en este código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contravinieren a tales formas, solemnidades y requisitos*. Pero no solo por ello es un verdadero contrato, sino que su formación, elementos y efectos guardan absoluta armonía con la teoría del contrato, en lo que le es naturalmente aplicable sobre las regulaciones de estos y aquél en el ordenamiento civil patrio.

En nuestra legislación, nosotros sabemos, sin que este conocimiento tenga el menor asomo de duda que la máxima compilación sustantiva predica, cuando define lo que es el matrimonio en el artículo 113, que este es un contrato. Entonces para nosotros la controversia que opera en el derecho comparado, no tiene cabida porque la exégesis de la norma contenida en el artículo sobredicho nos salva de aquélla discusión cuando de manera más que expresa es inequívoca en la prescripción de hacer y definir, que el matrimonio sea un contrato, al que califica de solemne y entendida asó la disposición hay que suponer que la fuente de su nacimiento sea un acuerdo de voluntades y siempre que el derecho se sirve del término contrato es obvio que hay (sic) entender un acuerdo de voluntades que así es entre los esposos (Morales, 1997).

Ahora bien, resulta innegable el rasgo contractual que el matrimonio contiene para su formación y efectos. Y a través de los elementos contractuales se puede dar explicación a todos los reparos que se efectúan al matrimonio, saliendo bien librada la naturaleza contractual de las críticas que se le han presentado, quedando ileso el matrimonio bajo la óptica de contrato y teniendo los efectos del mismo en algunos casos particulares. Esto adquiere trascendencia para el tema abordado en el presente trabajo, porque al estarse más identificado con la teoría del contrato y del negocio jurídico, mayor presión por parte de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual de los sujetos se admitirá a la figura, lo que se reflejará directamente en las regulaciones que de las relaciones matrimoniales surgen antes y después de celebrarse.

Es por esto que se plasman transformaciones en las realidades familiares -o se trastoca para otros- y que se empuja a permitir nuevas tendencias normativas, acordes con la argumentación que se dan de las regulaciones familiares.

Así, los moldes de vieja data sobre las relaciones patrimoniales y personales derivadas del contrato matrimonial van atenuándose o modificándose, dando lugar a lo que en los últimos tiempos se percibe con preocupación por sectores de la doctrina.

## **5. EL MOLDE PATRIMONIAL DE LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO**

De la familia y el matrimonio se derivan derechos y deberes de orden personal y patrimonial. Las relaciones patrimoniales que surgen del derecho de familia y particularmente del matrimonio son variadas, algunas no siempre existentes en el seno de esta rama del derecho.

Hablar hoy en día de igualdad sucesoral, igualdad patrimonial de la mujer, la elasticidad del concepto de alimentos, sus efectos y límites, son temas algo trillados, comunes y entendibles.

Para quienes iniciamos estudios en la Facultad de Derecho hace poco, nos resulta natural y no ameritaba mucha discusión. Pero sí fuimos advertidos, echándole un vistazo a la normatividad de otros tiempos, que las realidades patrimoniales que en estos días se concretaban en los Códigos y leyes, no siempre fueron así. Hoy por hoy son garantías o conquistas que favorecen a la sociedad y los individuos. No es asombroso ni escandalizante para nada, quizás por su consideración positiva y concordancia con las necesidades y exigencias del momento. Parece que estos tópicos avanzaron oportunamente y de manera armónica a los cambios sociales. No así con lo relativo a las relaciones personales emanadas del matrimonio, donde hay mayor resistencia a los cambios<sup>7</sup>.

En cuanto al matrimonio, podemos resaltar que dos aspectos permiten verificar lo que en materia de regulación patrimonial de los efectos de este contrato ha morigerado su rigidez.

El primero es el que tiene que ver con las convenciones matrimoniales, los contratos prenupciales o prematrimoniales (también se discute su naturaleza jurídica), donde los futuros o ya cónyuges, pueden pactar con libertad el sistema que les apetezca rija su sociedad patrimonial.

En Colombia la figura de las capitulaciones matrimoniales permite a las parejas pactar la formación o no de sociedad conyugal y la manera de administrar sus bienes. De igual manera regular a los bienes que aportan al matrimonio y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro. Puede pactarse entonces la separación de bienes o comunidad de los mismos, pudiendo separar los bienes si se había establecido sociedad conyugal.

El Artículo 1771 del Código Civil colombiano preceptúa:

“Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro”.

Los Artículos 1774 y 1775 disponen la presunción de sociedad conyugal a falta de pacto escrito, estándose a las normas supletivas de la legislación civil; y la renuncia a los gananciales<sup>8</sup>.

De manera que se establecerían por pactos los bienes propios de cada cónyuge y/o los sociales o gananciales. Y la posibilidad de establecer capitulaciones es aplicable también a la figura de la Unión

---

<sup>7</sup> Evidentemente nos referimos de esta forma al marco normativo actual e histórico del derecho de familia colombiano, no solo por la educación recibida, sino porque en Argentina algunas figuras son tratadas de forma diversa y un poco más tradicional en lo patrimonial que en nuestro país.

<sup>8</sup> ARTÍCULO 1774. A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título.

ARTÍCULO 1775. Artículo modificado por el Artículo 61 del Decreto 2820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente: Cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros.

Marital de Hecho. Estándose plenamente amparada la autonomía de la voluntad en estos casos, salvo afectación del orden público y las buenas costumbres.

Por último, sobre este punto en el derecho colombiano es de mencionar que la oportunidad para establecer capitulaciones matrimoniales no se limita a antes de celebrarse el matrimonio, pues la norma que así lo establece del Código Civil (Artículo 1779) con la nueva redacción del Artículo 1820 (a propósito de la Ley 1ª de 1976), amplía la oportunidad.

Argentina por su parte no admite la escogencia del régimen patrimonial aplicable al matrimonio, resultando enteramente imperativa la normatividad sobre el mismo, no obstante en virtud de la Ley 17.711 se permiten las convenciones matrimoniales, ya establecidas originariamente en el Código Civil de Vélez, pero ahora con un mayor espectro de libertad.

Entonces vemos una pequeña variación en lo que atañe en estos derechos a la posibilidad de pactar convenciones matrimoniales, figuras que guardan identidad con la posibilidad de actuar bajo los parámetros de los negocios jurídicos.

Otro aspecto que ha adquirido fuerza en los últimos años relacionado con el matrimonio es el que tiene que ver con los acuerdos indemnizatorios frente a rupturas o compensaciones económicas.

Estos acuerdos bastante populares y comunes en otros derechos, han generado debate e interrogantes sobre su aplicabilidad en los regímenes del derecho latinoamericano.

Consisten estos acuerdos en establecer una suma de dinero como pena o sanción a cargo del cónyuge culpable a favor del inocente, que bien puede ser tasada por infidelidad, años de duración del matrimonio, número de hijos, y cualquier otro elemento accidental que se prevea.

El tema no es sencillo y parece tener bastante resistencia ante el molde patrimonial que se tiene para el matrimonio y sus efectos, donde esta figura aparecería como una extraña forma indemnizatoria con carácter compensatorio o una extensión del derecho a alimentos, pero en ambos casos no lucen idénticas.

Su aceptación se mirará desde la amplitud o limitación que a la autonomía de la voluntad se le imponga a los particulares sobre sus relaciones patrimoniales de familia, que deben observar de forma integral y atendiendo a los conceptos aplicables en la actualidad y la progresión mostrada por los ordenamientos y los fines del mismo.

Se puede considerar que en verdad no trastocarían para nada estos acuerdos los pilares estructurales e inamovibles del matrimonio y la familia, pues las relaciones de carácter privado en lo que al día de hoy concierne no representan una rigidez tal que pueda cohibir a los contrayentes para fijar estos pactos. Por otro lado, hay normas que apoyan la posibilidad implícita y explícitamente, de convenir lo relativo a las prestaciones económicas, no siendo entonces contradictorio el poder regular estas situaciones, mucho menos si no hay disposiciones que restrinjan la tenue libertad de que gozan los consortes.

Por otro lado y como soporte para comprender estas figuras dentro de las mismas intenciones de las normas, cabe decir que en varios ordenamientos se han establecido disposiciones sobre indemnizaciones y reconocimientos económicos al otro cónyuge, en ciertas circunstancias y bajo los deberes y obligaciones que emanan del mismo matrimonio y que han hecho carrera a lo largo de los años.

El derecho civil español contiene una norma para el caso de las nulidades del matrimonio, donde se fijará indemnización en caso de convivencia conyugal para el cónyuge de buena fe. Esta situación se regula en el artículo 98 del Código Civil que establece: *“El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el Artículo 97”*.

Esta norma es asociada a una responsabilidad contractual, lo que ha causado algo de extrañeza al considerarse como institución el matrimonio, puesto que esta figura lo aproxima más a la naturaleza contractual del vínculo, que permite solicitar una indemnización similar a la de los contratos comunes.

En Chile, la Ley 19947 o “Ley de Matrimonio Civil” de 2004, que sustituye la de 1884, establece de manera expresa la posibilidad de exigir una compensación económica cuando se presenta nulidad del matrimonio o el divorcio.

Estas normas chilenas tienen aplicación en los casos de nulidad y divorcio, donde se tendrán como criterio para fijarla primeramente el acuerdo de los cónyuges, lo que resalta el carácter convencional de las mismas y el franco uso de la autonomía de la voluntad. Para la tasación se tendrá en cuenta la duración del matrimonio, la vida en común, la situación económica y profesional, la buena y mala fe, etc.<sup>9</sup>

Con esto lo que nos proponemos es esbozar cómo la autonomía de la voluntad sigue mostrando sus frutos en el derecho de familia, particularmente en el caso de las relaciones patrimoniales del matrimonio, como se pudo insinuar.

Pero lo más controversial de las nuevas tendencias se presenta en el plano de los derechos y deberes personales surgidos del matrimonio, lo que nos permitiremos bosquejar.

## **6. LOS CAMBIOS EN LOS ASPECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO**

Siguiendo con la idea de la familia como en la actualidad, vemos que en lo tocante al derecho mundial, y el argentino y colombiano, para reducir el ámbito, se precisan características de la familia moderna, algunas de las cuales han sido tenuemente renovadas.

Dentro de estas características de la familia, se eleva como fundamental, la unidad, la estabilidad y el afecto, por resaltar algunos. Y en cuanto al matrimonio se cimienta en la monogamia, la

---

<sup>9</sup> Ver: PIZARRO WILSON, C. “La compensación económica en la Nueva ley de matrimonio civil chilena”. Tomado de [http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/carlos\\_pizarro/Compensacion%20economica.pdf](http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/carlos_pizarro/Compensacion%20economica.pdf)

diferencia de sexo (salvo recientemente en algunos países), el afecto, la fidelidad, la procreación, la estabilidad y unidad, igualmente, independientemente de su naturaleza contractual.

Pero vale la pena mencionar que de estos aspectos mucho ha cambiado, el panorama muestra una variación en los fundamentos clásicos. Es así como voces a favor de la poligamia se elevan, aunque no con tanta fuerza como lo fue y es lo relativo al matrimonio de parejas del mismo sexo. Por ende, tampoco se verifica como se concebía a la familia en su función procreadora, mucho menos lo que en materia de estabilidad y fidelidad, como se anotará.

### **a) El matrimonio y vínculo familiar igualitario**

Un tema bastante discutido en la modernidad del derecho de familia lo es el matrimonio entre parejas del mismo sexo. Estas uniones despiertan los más diversos sentimientos y opiniones no solo en los juristas, sino en los sociólogos, psicólogos y demás profesionales de las ciencias que de una u otra manera tienen que ver con ellas. Calificada la homosexualidad en episodios históricos diversos bajo la connotación de pecado, enfermedad y delito, el pretender su consagración legal matrimonial, es escandaloso e intolerado en principio.

El molde de la familia y el matrimonio, es para algunos desdibujado con la aparición de esos vínculos personales, lo que parece acertado si se hace esta crítica de cara a lo que siempre se ha manejado. Pero la evolución del derecho y la sociedad ha traído consigo una pertenencia a principios y valores que adquieren con el tiempo mayor fuerza, arraigándose en todas las instituciones habidas y por haber<sup>10</sup>.

La igualdad y la libertad se apoderaron del derecho. Y el derecho privado la acogió casi que sin muchos obstáculos reales. A medida que el discurso se iba exponiendo en algunos casos, servía de argumentos para otros, creando una cadena que ha conllevado a la fijación de la doctrina que se encarna en los Tratados de Derecho humanos y que trasciende a los ordenamientos nacionales, ya sea por aceptación de la ley interna, ora por reclamos a la desatención de la asunción de los mismos.

De esta forma las comunidades LGBT han exigido igual trato, el reconocimiento de sus derechos y acciones positivas a su favor. La fuerza de su lucha ha germinado en que los ordenamientos jurídicos vía jurisprudencial o legal, acepten la posibilidad del matrimonio de parejas del mismo sexo o igualitario en ya varios Estados<sup>11</sup>. En otros no se ha tenido aún la respuesta legislativa, pero jurisprudencialmente se ha reconocido el derecho a tener vínculos familiares idénticos al matrimonio.

---

<sup>10</sup> No hacemos énfasis en las diferentes uniones de hecho que las legislaciones permiten, o los efectos de las mismas, queremos centrarnos en el matrimonio como tal. Pero resaltamos que en verdad la evolución jurídica sobre estas figura, tanto en materia de parejas de igual o diferente sexo ha sido mucha y su auge es tal que se ha inmerso en las legislaciones civiles, derivando su protección casi la misma categoría que el matrimonio, donde desprende efectos en el plano laboral, la seguridad social, sucesoral y penal, entre otros.

<sup>11</sup> Entre los países que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo están: Países Bajos, Bélgica, Canadá, Sudáfrica, Noruega, Islandia, algunos Estados de los Estados Unidos y en México, el D.F.

En Argentina, luego de fallos judiciales donde se solicitaba tener por inconstitucionales los artículos que impedían el matrimonio formado por parejas del igual sexo, pues el Artículo 172 del Código Civil establecía para la existencia del mismo el pleno y libre consentimiento expresado por hombre y mujer, no quedó más remedio que el legislar estas figuras en el derecho, que lo plasmó como matrimonio. No restringiéndose hoy esa institución y figura únicamente a las parejas heterosexuales, ya que como es sabido, desde julio de 2010 está permitido el matrimonio igualitario, producto de la Ley 26.618, sancionada y promulgada el 15 y 21 de ese mes, respectivamente.

Dicha ley reformó los artículos del Código Civil que regulaban el matrimonio, para así albergar el matrimonio entre parejas de igual sexo, sustituyéndose el texto del mencionado Artículo 172 por un contenido que expresa: *“El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”*<sup>12</sup>.

El caso de Colombia en estos momentos está así: la norma constitucional señala como familia la constituida no solo por vínculos jurídicos, sino también por los naturales, y por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Y el Código Civil por su parte señala el contrato de matrimonio como un contrato solemne entre un hombre y una mujer con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

Conforme a este marco normativo, no cabe duda que en el derecho colombiano la institución matrimonial se restringe únicamente a las parejas heterosexuales, por expresa disposición legal.

Por ello, en acción pública de constitucionalidad, se pidió ante la Corte Constitucional que se declarara la inconstitucionalidad de la norma civil, por cuanto no albergaba la posibilidad del matrimonio entre parejas del mismo sexo, lo que a juicio del actor vulneraba el principio de igualdad.

El Artículo 113 del Código Civil relativo al matrimonio, fue declarado mediante sentencia C-577 de 2011<sup>13</sup>, exequible en cuanto a la expresión *“un hombre y una mujer”*. Si bien decidió el órgano máximo de la Jurisdicción Constitucional que la disposición no contravenía la Constitución en lo que refería a que era necesario la diferencia de sexo, dispuso exhortar al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que afecta a las mencionadas parejas. En caso de no hacerlo en la fecha mencionada, podrá recurrirse a las autoridades competentes para formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

---

<sup>12</sup> Inciso 2° del Artículo 2 de la Ley 26.618.

<sup>13</sup> La sentencia C-577 de 2011, proferida por la Corte Constitucional, actuando como Magistrado Ponente el Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fue exteriorizada mediante comunicado de prensa del 26 de julio de 2011. Decimos “exteriorizada” por cuanto ha hecho carrera en Colombia la costumbre de notificar los fallos relevantes la Corte Constitucional a través de comunicados de prensa, sin conocerse el contenido íntegro de la sentencia.

Aunque de manera diversa, Colombia ha seguido el rumbo de Argentina, al menos en lo que tiene que ver con las uniones del mismo sexo. Si bien la presión para que se produzca legislación sobre el matrimonio y uniones de parejas del mismo sexo se ha dado por el proferimiento de decisiones judiciales, la diferencia más notable entre estos dos países radica en que en Colombia no lo ha regulado aún. Pero también –y es la disimilitud más contundente– en que no se habla de matrimonio, sino que se quiere regular las uniones entre las personas del mismo sexo, sin categorizarlas de manera necesaria como vínculo matrimonial. Por lo demás, Colombia contaba con una norma constitucional que ampara el derecho a la familia, desarrollándolo bajo un criterio amplio que no reduce el origen familiar únicamente al vínculo matrimonial, el cual sí está limitado únicamente a parejas heterosexuales por expresa disposición legal y constitucional<sup>14</sup>.

Sin ambages podemos decir que este punto constituye un botón para la muestra de los cambios en los aspectos personales de la familia y el matrimonio, donde desde los mismos cimientos de la institución se han tocado los aspectos más de fondo que ella cuidaba, apareciendo ahora como retrógrados.

Esos propósitos y fines del matrimonio apuntados a la diferencia de sexo y la procreación, ya desde su mirada sacramental, institucional o contractual, lucen opacos. No se basan los matrimonios en estos elementos, menos cuando la capacidad reproductora de las parejas del mismo sexo depende de los adelantos científicos y legales para hacerse a la prole. El estado actual de cosas en cuanto a procreación está así, muy distante a lo que en otros días se concebía.

#### **b) La maternidad subrogada**

Este espinoso tema es una de las problemáticas actuales más trascendentales del derecho en general, puesto que genera una familia con diversidad de situaciones que impregnan de críticas a los fundamentos tradicionales de la misma, cuestionándose los aspectos científicos, sociales, religiosos y morales que rodean a esta práctica.

Lo cierto es que se trata de una realidad que cada día avanza y a ese ritmo trae problemas al derecho de familia que en muchas legislaciones carecen de regulación, debiendo los jueces resolver con criterios bastante diferentes y que se acomodan de acuerdo a la problemática moral que esto genera.

Para no entrar a detenernos en los puntos neurálgicos de este fenómeno multidisciplinario, diremos simplemente que es una ruptura clara al paradigma de la familia, donde se tenía como formante de la misma un padre, una madre y los hijos, por los lazos biológicos o de adopción. Ahora el aspecto biológico se transforma porque permite el avance científico lograr un concepto de familia diferente y una nueva forma de entender la filiación y las consecuencias y efectos de la misma.

Por otro lado, para llevar a cabo este tipo de fecundaciones, debe recurrirse a acuerdos de voluntades donde se pacte y regule lo atinente a ella, generando dudas sobre su licitud y validez, y a la par conflictos que llegan a los estrados judiciales.

---

<sup>14</sup> No hizo eco en la Jurisdicción de Colombia la consigna de “Los mismos derechos, con los mismos nombres”, pregonada en la República Argentina, pero se ha dado estatus a los vínculos jurídicos de las parejas del mismo sexo.

Si bien en Colombia no hay regulación normativa para estos fenómenos, el ordenamiento jurídico sí permite estos acuerdos, desde la misma integración de los tratados internacionales como desde la Constitución Política, que en el Artículo 42 transcrito al inicio de este trabajo, establece: “*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes*”. Siendo además que no hay prohibición expresa y lo atinente a la moral, el orden público y las buenas costumbres, parecen no ser agredidas por estos pactos, predicando su validez y efectos obligacionales.

Diremos por último que recientemente un fallo de la Corte Constitucional resolvió una Acción de Tutela donde se discutía el acierto de una sentencia proferida por un Juez de Familia. Se trata de la sentencia T-968 de 2009<sup>15</sup>. En esa ocasión el órgano colegiado consideró que era viable en nuestro derecho celebrar acuerdos sobre maternidad subrogada, debiendo estarse a lo contratado y surtir plenos efectos. En este fallo la Corte Constitucional manifestó:

“El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “*el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este*.”<sup>16</sup>. En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos”<sup>17</sup>.

(...)

“En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del Artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales derechos y deberes*.”

De igual manera se ha tratado el tema en la mayoría de los países, donde emerge como una situación problemática pero necesaria, por lo que su desarrollo en el campo del derecho cada día es más exigida y a la par aceptada.

No nos ensancharemos más en este punto ni en la sentencia arriba anotada, por el respeto a la extensión del presente trabajo y el propósito asumido en él.

### **c) Los acuerdos de fidelidad y prácticas *swingers***

Cardinal es el elemento de la fidelidad en el matrimonio. Al igual que la procreación, la estabilidad, la unidad, la vida en común, el socorro y la ayuda mutua, son deberes que surgen del vínculo contractual, donde las normas imperativas mandan sin vacilaciones.

---

<sup>15</sup> Sentencia del 18 de diciembre de 2009. Magistrada Ponente: Dra. María Victoria Calle Correa. Referencia expediente 2220700

<sup>16</sup> Yolanda Gómez Sánchez. *El derecho a la reproducción humana*. Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 136.

<sup>17</sup> Si lo aportara estaríamos frente a la hipótesis de la mujer que se compromete a entregar su hijo biológico a cambio de una suma de dinero, la cual si está prohibida en nuestro ordenamiento por constituir trata de seres humanos.

En la actualidad los acuerdos y prácticas *swingers* están en apogeo, las grandes capitales han sido testigo de las apariciones de lugares destinados para estos encuentros y la población que participa va en ascenso.

Reducidamente diremos que los *swingers* o *intercambio de pareja*, proveniente de la palabra en inglés “*swinging*”, que significa “cambiar” constituye un estilo de vida o una curiosidad para algunas parejas que desean cumplir fantasías, que va desde la observación por parte de un cónyuge de las relaciones sexuales del otro con un extraño, la participación de un tercero en las relaciones genitales de la pareja, o el cambio de parejas de dos matrimonios para los fines sexuales. Dentro de las experiencias sexuales que propone.

En todo caso

Definiciones sobre el término “*swinger*” existen muchas. Algunas de ellas se refieren exclusivamente al aspecto sexual, destacando que es *swinger* quien mantiene relaciones sexuales con muchas personas. Otras, más desarrolladas, opinan que es una alternativa que se otorga a las parejas casadas y que se caracteriza por comprometer actividad sexual poligámica, pero con compromiso y monogamia emocional dentro de la pareja<sup>18</sup>. Esta última definición está circunscripta al ámbito conyugal (Medina, Lucca, 2004, p. 1).

Las circunstancias sociales, culturales, psicológicas o médicas que conducen a estas prácticas no son de nuestro resorte en el presente compromiso. Solo centraremos la atención para exponer que el matrimonio se ve comprometido en cuanto al deber de fidelidad en lo que las expresiones del derecho refiere.

Decimos comprometido no de manera despectiva o censurante, sino que el asiento de la fidelidad que funda al vínculo matrimonial, se torna borroso en lo que bajo líneas generales ha sido descrito por el derecho. Así sucede con naturalidad que las parejas celebran acuerdos para la propia infidelidad, lo que repercute en la validez de estos acuerdos de cara a las causales de divorcio, pero también en la caracterización de lo que debe entenderse por fidelidad matrimonial, como aspecto interno y externo de la relación.

Hay que aclarar sin embargo, que el derecho actual muestra una resistencia a conceder tal dispensa a los cónyuges que practican las infidelidades consentidas. Al menos, en el caso del derecho argentino, la respuesta al movimiento *swinger* cuando se ha tocado en el plano judicial no ha salido bien librado en lo que refiere a su contraste con el orden familiar.

En el derecho argentino recordamos que mediante fallo de 12 de marzo de 2003, por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, se confirmó la Resolución de la Inspección General de Justicia que denegó la personería a la Asociación Argentina de *Swingers*.

---

<sup>18</sup> BERGSTRAND, Curtis - Blevis Williams, Jennifer, *Today's alternative marriage styles: The case of swingers*, Electronic Journal of Human Sexuality, en <http://www.ejhs.org/volume3/swing/body.html>, 20/02/04.

Dicha agrupación pretendía su reconocimiento para funcionar como asociación civil, negándose el reconocimiento de la personalidad jurídica con fundamentos constitucionales y civiles, por considerarse que transgrede el entendimiento de la asociación su particular interpretación del concepto de bien público, al confundirlo con el de objeto lícito, siendo el primero conforme a la normatividad argentina el que habilita para el reconocimiento de personería. Pero en lo tocante a lo que nosotros nos interesa, el tribunal preceptuó que hay una mala interpretación del deber de fidelidad consagrado en el Código Civil, el cual no requiere que haya engaño u ocultamiento para infringirlo, siendo entonces el objeto de la asociación contrario a esta imperativa norma de fidelidad donde los cónyuges no pueden pactar su desatención. Por otro lado, tales prácticas atacan el orden público familiar al trastocar lo que concierne a la protección integral de la familia<sup>19</sup>.

En otro fallo del poder judicial argentino que traemos a colación y que resulta más relacionado aún con este tópico es el proferido por la Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil, Sala G, de fecha 12 de julio de 2010, “R. E. c/ C. M. A. s/ Divorcio”.

Los fundamentos fácticos y la actuación procesal la echaremos de menos, resumiendo que uno de los puntos conflictivos resultaba el que la pareja en la que el demandante solicitaba el divorcio vincular que había desarrollado prácticas swingers. Por ello, la causal de infidelidad adquiriría un trasfondo sensible, por el conocimiento de uno y otro de las infidelidades consentidas.

Al respecto se dijo:

No empecé a ello la observación que hace el recurrente, al sostener que el deber de fidelidad no sería alterado porque los cónyuges, de común acuerdo, decidieran omitirlo. A mi entender, dicha apreciación, parte de una equivocada noción de los deberes matrimoniales. Pues, como es sabido, carecen de todo efecto los pactos donde los cónyuges pudieran dispensarse en el futuro del cumplimiento del indicado deber, por la notoria inmoralidad de su objeto<sup>20</sup>.

Creemos sin embargo que el fallo en cuestión no encaró la trascendencia del asunto con claridad, pues si bien citó lo conceptuado por el Ministerio Público y transcribió apartes del fallo sobre la Asociación Argentinas de Swingers anteriormente referida, no expuso nada concreto sobre la existencia o no de infidelidad en estos casos como causal de divorcio, pues la causal que provoca la ruptura por estas prácticas lo son las injurias graves, y el Tribunal se decanta más en lo concerniente a las relaciones del demandante con una mujer colombiana: *“excluida del ámbito “swinging”, al menos, por razones de vecindad o distancia geográfica, transgrediendo de ese modo el “acuerdo marco” dentro del cual se desarrollaba la vida conyugal”*.

No obstante, el sabor que deja la decisión judicial y los argumentos plasmados, es que no habría infidelidad en este caso, máxime si el *a quo* decretaba el divorcio por las causales establecidas en los

---

<sup>19</sup> Sobre este fallo se pueden ver varios comentarios, en especial: Medina, G & Lucca, I. Op. Cit. y Medina, G. (2003). *La negativa de la personería jurídica de los “swingers”. Un fallo trascendente y dos opiniones diferentes*. En <http://www.gracielamedina.com/la-negativa-de-la-personeria-juridica-a-los-swinger-un-fallo-trascendente-y-dos-pinion-es-diferentes/>

<sup>20</sup> Criterio del Ministerio Público Fiscal ante la Cámara.

incisos 4° y 5° del Artículo 214 del Código Civil argentino, siendo parcialmente revocada la sentencia apelada, pero solo para incluir como causante también de injurias graves a la demandada, y sosteniendo la causal de abandono del demandante<sup>21</sup>. Siendo así, la causal de divorcio en estos casos resultaría impróspera por acordarse tales infidelidades, al menos en lo que se reduce al adulterio, otra cosa es que encuadre en las injurias como expresó el fallo. Por lo que destacamos acá es que el criterio de fidelidad se mueve y admite excepciones cuando media la voluntad de los cónyuges, con todo y el pregón de orden público de las disposiciones sobre el particular.

En Colombia para hacer la comparación –no odiosa-, la causal de divorcio por infidelidad contemplada en el Artículo 154 del estatuto civil, señalaba en su numeral 1: *“Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado”*.

La expresión *“salvo que el demandante las haya consentido, facilitado o perdonado”* fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-660 de junio 8 de 2000. Por lo que se expulsó del ordenamiento, atendiendo a que:

Así, al atribuirle al perdón o al consentimiento que haya prestado uno de los miembros de la pareja a las relaciones sexuales extramatrimoniales del otro, un efecto como el que asigna la norma demandada, el legislador se está inmiscuyendo en el fuero íntimo de los cónyuges, en el devenir de sus emociones y sus afectos, en su esfuerzo por adecuarse en un momento dado a las conductas de su pareja. De esa manera atribuye a estas emociones, afectos y esfuerzos propios de una relación esencialmente mutante y vital unos efectos definitivos e ignora que estas formas de aceptación y justificación de conductas ofensivas que en muchos casos pueden ser admitidas por el ofendido sin que él tenga real conciencia del daño que ha sufrido. Consciencia que puede cobrar fuerza con el paso de los años y transformar en intolerable lo que en otro momento se consideró aceptable o justificable. Se contraría, pues, el Artículo 15 del ordenamiento superior, que dispone que *“todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar”*, la cual es deber del Estado respetar y hacer respetar”.

De manera pues que en Colombia las relaciones sexuales extramatrimoniales, aún con consentimiento del cónyuge demandante, son causales de divorcio, sin impedir a nuestro juicio que

---

<sup>21</sup> El Artículo 202 del Código Civil argentino es del siguiente contenido:

Art.202.- Son causas de separación personal:

1ro. El adulterio;

2do. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador;

3ro. La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos;

4to. Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse;

5to. El abandono voluntario y malicioso.

Por su parte el artículo 214 señala que:

Son causas de divorcio vincular.

1ro. Las establecidas en el Artículo 202;

2do. La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204.

los deberes de fidelidad sean atenuados en los estrados judiciales cuando median acuerdos swingers, dadas las peculiaridades de estos pactos y su forma de ejecución. O al menos el debate está abierto.

#### **d) El divorcio unilateral**

El derecho civil español se ha despachado con un divorcio diferente al consensual, al objetivo y al proveniente de un cónyuge culpable. La Ley 15 de 2005 modificó la “Ley de Divorcio” que databa de 1981, estableciendo entre otras regulaciones, una particular figura que toca con el tema planteado.

Admite esta legislación la solicitud de divorcio unilateral, por cualquiera de los cónyuges, pasados 3 meses de la celebración, con el único adicional requisito de acompañar propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

La norma luego de la reforma es del texto que transcribiremos:

Artículo 81: Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

De ella se percibe una verdadera forma de terminación del vínculo matrimonial por parte uno de los contrayentes, rompiendo el esquema de estabilidad e indisolubilidad que pretende tan importante unión de los seres.

La norma ha sido duramente criticada por atribuir una especie “repudio”, de tradición musulmana. También se duelen porque no tiene parangón en el derecho europeo. Por último y más grave, se dice que perjudica a la mujer como parte más débil y a los hijos.

#### **e) Otros asuntos posibles**

¿Podría darse un matrimonio enteramente virtual? Es decir, ¿Nunca cohabitar ni hacer vida en común? ¿Constituiría esto familia jurídicamente hablando?

Fácilmente sucede, vía Internet es posible conocer pareja y contraer matrimonio luego, así no se piense jamás en conocerse personalmente, ni compartir, procrear, o socorrerse.

No cabe duda que el matrimonio tiene como fin también el hacer vida común y apoyarse, junto a la ya desvalorizada procreación. Y más allá de que se puedan presentar matrimonios cotidianamente donde se eluden consciente o inconscientemente estos aspectos, los avances digitales permiten el tener relaciones “virtuales”. El sexo virtual es pan de cada día, las relaciones amorosas modernas en gran número se inician y fortalecen por esta vía. Entonces el matrimonio puede cuajarse así, sin más, vía web.

Extraño y descabellado no puede resultar, como tampoco desprovisto de efectos jurídicos. Se nos antoja que pensar diferente sería considerar que los matrimonios cuando uno de los cónyuges está en coma por largos años, o privados de la libertad a razón de secuestro o pena, automáticamente quedarían sin soporte, lo que no es acertado ni sensato. Otra cosa es que esté habilitado el cónyuge para solicitar divorcio, pero no implica ello que el vínculo matrimonial pierda toda su esencia.

Sumado a la hipótesis anterior, la duración del matrimonio parece tambalear. Frecuentemente se escucha de manera jocosa en los comentarios de la gente, que el matrimonio debería tener fecha de duración, como cualquier contrato, para cambiar de pareja o determinar si le es conveniente seguir ligado a tan fuerte vínculo. Estas reflexiones también se han considerado como viables por parte de algunos abogados, que no ven inconveniente para pactar previamente, atendiendo a lo que hoy en día se busca, necesita y aplica.

Justo al ir avanzando en el desarrollo de este trabajo, una noticia ha sonado bastante. Se trata del proyecto de ley presentado por parte de los legisladores de la Ciudad de México del Partido de la Revolución Democrática (PRD), en el que se propone poder decidir los contrayentes anticipadamente la duración del matrimonio. Un matrimonio temporal o con caducidad.

Explican que el término mínimo de duración es de dos años, perdiendo su vigencia al cabo de este plazo, salvo la intención de continuar. Esto como medida para evitar el “tortuoso” trámite del divorcio, que sería innecesario si en el plazo transcurrido hay desavenencias y al cumplirse el tiempo pactado se acaba el vínculo contractual.

Algunos al parecer apoyan esta propuesta, mientras que para otros es un absoluto sinsentido porque “desnaturaliza” o contradice la naturaleza del matrimonio.

Como hemos visto a lo largo de esta exposición, la naturaleza del matrimonio y de la familia en sí, ya no es tan inmutable, por lo que esta figura si es tomada en serio puede salir victoriosa en el Derecho de Familia, pues aunque no deje de ser extraña a lo corriente del matrimonio, descabellada jurídicamente hablando, no es.

## 7. CONCLUSIONES

En el último siglo se han podido contemplar cambios y flexibilización de las instituciones de la familia y el matrimonio, producto de la misma naturaleza humana, que no permanece estática. Algunas de estas nuevas tendencias son aplaudidas, otras cuestionadas duramente, lo que ha hecho florecer para algunos una actual crisis del derecho de familia.

Todas estas transformaciones vienen con discusiones, oposiciones y apoyos a bordo, basadas en aspectos religiosos, morales, sociológicos, psicológicos y jurídicos para sustentar la posición. La fuerza de los hechos gobierna y activa el surgimiento de cambios en el mundo del derecho, que tarde o temprano deben ser enfrentados.

En cuanto a la familia y el matrimonio, apenas se está escribiendo la historia humana, con todo y de su antiguo origen y fundamentación. Nuevos conceptos e interpretaciones emergen a la realidad, la libertad e igualdad marcan pautas de orientación, y el derecho civil y de familia como se concibió hace unos siglos se prepara para enfrentar estas mutaciones e innovaciones. Pero el debate se plantea más que todo en las consecuencias de esta flexibilidad, que generaría una bola de nieve hacia el libertinaje sin frenos normativos, dañinos a los principios básicos de la sociedad.

La diferencia de sexo, fidelidad, la procreación y la vida en común como deberes personales emanados del matrimonio ya se van marchitando en la percepción social, flexibilizándose su comprensión a la velocidad de los días que transcurren.

En nuestra visión del mundo aún queda la monogamia como pilar familiar y matrimonial, quien sabe hasta cuándo, porque si la libertad contractual opera tan drásticamente, el contrato podría pasar de ser bilateral a plurilateral, aceptando otros contratantes al vínculo.

Los obstáculos morales, religiosos y jurídicos, cada vez se van aminorando, la sociedad se acomoda a lo que ella misma conduce, luego el derecho la capta y la asume con normalidad, dejando de sentirse poderosas las objeciones internas de los individuos y tomando los cambios de una manera más comprensiva. Son los giros de la historia, así lo ha mostrado el Derecho, se siente un gobernante autónomo y sólido, pero antes de eso la misma realidad social lo ha guiado y le ha permitido tener determinada autoridad en lo privado, la autoridad que le deja la aceptación de lo que se siente humano y conforme al momento y lugar en que se impone.

## 8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAQUE GONZÁLEZ, J. H. (2002) "Derecho de familia". Bucaramanga: Editorial Universidad Libre del Socorro.

ARIAS LONDOÑO, M. (1993) "Derecho de Familia". Bogotá D.C.: Ecoe Ediciones.

BELLUSCIO, A. C. (1978) "Nociones de derecho de familia". Buenos Aires: Editorial Depalma.

CASTÁN, J. (1975) "Derecho civil español, común y foral", t. V; vol. I, (8ª ed.). Madrid: Alianza Universidad.

ENGELS, F. "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado".

MONSALVE CABALLERO, V. (2005) "Hacia la contractualización del vínculo matrimonial". *Revista Universitas*. (110)

MEDINA, G. & Lucca, I. (2004) "Los *swingers*. Sus derechos a expresarse, a trabajar y a asociarse. Jurisprudencia nacional y extranjera". Buenos Aires: Editorial Astrea.

MEDINA, G & Lucca, I. Op. Cit. y Medina, G. (2003) "La negativa de la personería jurídica de los *swingers*. Un fallo trascendente y dos opiniones diferentes". En <http://www.gracielamedina.com/la-negativa-de-la-personeria-juridica-a-los-swinger-un-fallo-trascendente-y-dos-piniones-diferentes/>

MORALES ACACIO, A. (1997) "Lecciones de derecho de familia" (1era ed.). Bogotá D.C.: Editorial Leyer.

PIZARRO WILSON, C. "La compensación económica en la Nueva ley de matrimonio civil chilena". Disponible en [http://www.fudacionfueyo.udp.cl/articulos/carlos\\_pizarro/Compensacion%20economica.pdf](http://www.fudacionfueyo.udp.cl/articulos/carlos_pizarro/Compensacion%20economica.pdf)

SUÁREZ MARTÍNEZ, H. E. (1995) "Teoría y práctica del derecho de familia y protección del menor". Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.

VALENCIA ZEA, A. (1988) "Derecho civil - Derecho de familia". Bogotá D.C.: Editorial Temis.